

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Sull'applicabilità del rito sul silenzio in tema di accesso civico generalizzato. Prospettive di estensione dei poteri istruttori del giudice per una tutela effettiva

di Bruno Mercurio

(Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università di Napoli "L'Orientale")

Summary

1. Funzione giurisdizionale ed effettività della tutela in generale e nell'ipotesi di mancato esercizio del potere in materia di accesso civico e accesso civico generalizzato. Premessa allo studio e individuazione del tema di indagine. – 2. L'azione avverso il silenzio nella evoluzione dell'istituto processuale. La problematica definizione della natura e dei limiti del sindacato di cognizione giurisdizionale sull'obbligo di provvedere e sulla fondatezza dell'istanza; fra timide accelerazioni e brusche frenate. – 3. I poteri istruttori del giudice nell'attuale disciplina codicistica e i profili di incertezza sull'effettività della tutela assicurabile. – 4. La posizione giuridica tutelata nell'azione verso il mancato esercizio del potere nel conflitto fra giurisdizioni. Un interesse legittimo rafforzato? – 5. Obbligo di provvedere e tutela della pretesa in sede processuale; si intravede qualche spiraglio. – 6. La disciplina dell'accesso come paradigma della trasformazione del dialogo fra cittadino e amministrazione nell'evoluzione del principio di trasparenza. L'imprescindibile mediazione del potere come tratto unificante e elemento caratteristico del rapporto. – 7. Segue. L'accesso civico generalizzato; profili di ambiguità nella disciplina che ne limitano l'effettività e ruolo del giudice amministrativo - 8. Tratti distintivi dei tre tipi di accesso e natura peculiare della posizione giuridica soggettiva ad essi sottesa. – 9. Il dibattito sull'azione processuale nei confronti del silenzio in materia di accesso generalizzato. La maggiore rispondenza dell'art. 117 c.p.a. a tutelare, entro i limiti del possibile. – 10. Conclusioni. Ai confini della realtà: alcune proposte per rendere più incisivo il ruolo del giudice nell'azione ex art. 117 c.p.a..

Abstract

The social relevance of the public administration's obligation to provide expressly is particularly significant in institutions of access to documents, data and information of the public administration.

These institutes have evolved and have achieved, with the latest tool of generalized access, the consistency of democratic supervision of the principle of transparency which presupposes a continuous comparison and an almost osmotic and circular exchange of information between public and private and, therefore, the duty of the administration to respond promptly and expressly to the related requests. In doctrine and jurisprudence, the problem has arisen on the ritual to be carried out, or whether the illegitimacy of the administration's inaction is to be asserted with an appeal against silence, pursuant to articles 117 and 31, paragraph 3 of the c.p.a., or with the access ritual, governed by art. 116 c.p.a., which the law, however, explicitly provides only for the express provisions. Starting from the discipline of silence and the remedies against the silence of the administration, from which to isolate some elements useful for the investigation, the debate that has strongly characterized this matter in relation to civic access and has seen the orientation of apply the ritual of silence rather than that of access to the case in question, to try to provide, in the conclusions, food for thought for future interventions by the legislator aimed at ensuring the best possible protection.

* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.



1. *Funzione giurisdizionale ed effettività della tutela in generale e nell'ipotesi di mancato esercizio del potere in materia di accesso civico e accesso civico generalizzato. Premessa allo studio e individuazione del tema di indagine.*

Una peculiarità della giurisdizione amministrativa è costituita dal suo oggetto che l'art. 7 comma 1 del codice del processo amministrativo¹ individua nell'esercizio o nel mancato esercizio del potere amministrativo e dunque, in qualcosa di naturalmente dinamico che va affrontato dal giudice in chiave prospettica, con la consapevolezza, cioè, che la decisione che egli assumerà non andrà solo a dirimere controversie o ad accertare responsabilità relative ad atti o fatti riconducibili a volontà già manifestate (come accade prevalentemente nel processo ordinario di tipo civile e penale), ma potrà condizionare manifestazioni di volontà future, incidendo sull'esercizio della funzione amministrativa, attraverso l'effetto conformativo e nei limitati casi in cui la giurisdizione è estesa al merito, di quello sostitutivo.

In questo senso, il giudice amministrativo, pur nel rispetto dei limiti costituzionali dettati dal principio di separazione dei poteri, in qualche modo, contribuisce alla qualità dell'azione amministrativa².

Ciò è particolarmente evidente nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione, come quella che sarà presa in considerazione in questo saggio, del silenzio sulle istanze di accesso civico generalizzato, in cui l'intervento del giudice appare determinante per garantire un diritto di nuova generazione, preordinato a dare piena attuazione a principi generali dell'azione amministrativa, quali quelli di trasparenza e di pubblicità, fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi costituzionali di buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 cost., a beneficio dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Dalla qualificazione della azione esperibile nel caso di mancato riscontro alle istanze di accesso civico, infatti, dipende un più o meno penetrante potere di intervento del giudice sull'amministrazione e, quindi, una diversa incidenza della funzione giurisdizionale sulla effettività della tutela assicurata al diritto, riconosciuto agli amministrati, di conoscere l'attività dell'amministrazione, non solo per tutelare propri interessi, ma anche per esercitare su di essa un controllo diffuso e per favorire una partecipazione attiva alla vita pubblica.

In questo senso, l'articolo 1 del codice del processo amministrativo, individuando proprio nella effettività della tutela il fine cui deve tendere la giurisdizione amministrativa, ne canonizza il passaggio da una cognizione di tipo oggettivo, incentrata sulla verifica di legalità dell'azione amministrativa, a una di tipo

¹ Introdotta, come noto, dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

² Sul delicato rapporto fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e il loro reciproco atteggiarsi per l'ordinamento e nell'ordinamento si segnala, di recente, P. CERBO; G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI, Introduzione, *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Napoli 2022. In particolare. l'Introduzione pp. 5- 11.



soggettivo, in cui il giudice può assicurare pienezza ed effettività di tutela, pronunciandosi anche sulla congruità della pretesa al bene della vita a cui il cittadino ambisce³.

Invero, tale ruolo, già assegnato, secondo parte della dottrina, al giudice terzo e imparziale dagli artt. 24 e 113 della costituzione⁴ e come vedremo, ampiamente anticipato da certa giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ricevuto una spinta propulsiva dai principi dettati dalle fonti del diritto europeo⁵ e dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶ che costituiscono, oggi, nel nostro sistema giuridico,

³ Una lettura in senso sostanziale del principio di effettività è già presente negli scritti dei maestri degli anni '70. M.S. GIANNINI. A. PIRAS nella "Voce giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione", in Enc, Dir, Vol. 19, Milano, 1970, evidenziano che l'ampiezza dell'oggetto del processo amministrativo è strettamente collegata alla definizione della struttura dell'accertamento giurisdizionale in relazione alle posizioni giuridiche soggettive a base dell'aspettativa del privato. M. NIGRO, in *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza*, Milano 1983, pone l'accento sui profili conformativi del potere del giudicato, così anticipando il passaggio dalla giurisdizione di accertamento a quella di adempimento – condanna.

⁴ Per un approfondimento, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2021, Torino, p. 219; A. POLICE, *Commento all'art. 24 Cost.* in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana* (a cura di), Torino, 2006, vol.I, p. 501 ss.: in cui viene evidenziato che "Il precetto dell'art. 24, 1° co., Cost. non si limita ad assicurare l'accesso ad un giudice ma garantisce la 'effettività' della tutela, eliminando 'qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o difficile l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati' assicurando in tal modo un 'giusto processo secondo il più noto dei significati spettanti alla formula statunitense del due process of law'; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir.proc. Amm.*, 2017, p. 100 e ss.

⁵ Ci si riferisce, principalmente, ai Trattati Europei e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui il Trattato di Lisbona, riconosce la stessa dignità e valore giuridico dei Trattati. La Carta dei diritti, in particolare, sulla scorta di quanto già previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilisce, all'art. 47, rubricato "diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", che "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge".

⁶ Sui profili generali relativi alla influenza comunitaria sull'esigenza di certezza giuridica per i singoli di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo in Federalismi*, n. 20/2007. Per i profili generali, R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI e R. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007. Per una ricostruzione comparata di posizioni giuridiche assimilabili all'interesse legittimo in ambito europeo P. BIVIATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2006, 19. Di "diritto riflesso" a proposito della posizione del privato rispetto all'esercizio del potere nel diritto tedesco, parla G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 162 ss.

Dalle pronunce della Corte Costituzionale 31 ottobre 2007, n. 348 e 349, la Convenzione europea ha assunto enorme rilievo, perché, in quelle occasioni è stato affermato che la sua violazione configura una violazione dell'art. 117 della Costituzione, che impone di rispettare "i vincoli derivanti... dagli obblighi internazionali" sia al legislatore nazionale che regionale. L'art. 47 della Carta trova un corrispondente nell'art. 6 CEDU, rubricato "diritto ad un equo processo", il quale, per ciò che qui è di interesse, dispone che "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile". Sull'art. 106 CEDU: C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli 2007; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012. Sul rapporto fra ordinamento sovranazionale ed ordinamento



fonti di integrazione contenutistica e supporto interpretativo a garanzia del giusto processo, a seguito delle modifiche all'art. 111 Cost. apportate dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 27.

Del resto, nell'ordinamento interno, il fondamento costituzionale del principio di effettività, sotto il profilo sostanziale, si rinviene nel già richiamato art. 97, costituendo corollario del principio di buon andamento che il privato ottenga effettivamente quanto è nel suo legittimo interesse⁸.

Il codice ha costituito, dunque, l'occasione per recepire, sistematizzandole, le eterogenee indicazioni di cambiamento del processo amministrativo, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

L'obbligo imposto al giudice amministrativo di garantire una tutela giurisdizionale piena comporta, infatti, la necessità di approntare azioni e mezzi processuali che assicurino a chi vi fa ricorso, una protezione effettiva, "cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato"⁹.

Ciò a prescindere che si verta in materia di giurisdizione esclusiva o nel più generale ambito del giudizio di legittimità¹⁰, dovendosi ritenere oramai piena la protezione assicurata alla posizione giuridica di chi, rapportandosi con l'esercizio di una funzione pubblica, si trovi a "dialogare" col potere¹¹.

interno e sul ruolo della Costituzione F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, P. 329 e ss.

⁷ G. MARI, *giudice amministrativo ed effettività della tutela*, *Editoriale Scientifica*, 2013. La formulazione dall'art. 1 c.p.a., a tenore del quale il giudice amministrativo deve assicurare "una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", produce un effetto uniformatore tra le fonti interne ed esterne della situazione giuridica azionata. Così, F. DE LUCA, Art. 1, in F. CARINGELLA, M. PROTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012.

⁸ Il principio è stato mirabilmente sintetizzato dal Chioyenda già a metà degli anni '60, nella nota massima secondo cui "il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto a conseguire", in G. CHIOYENDA, *principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. ... Il principio di effettività, a livello europeo, è inteso, invece, in maniera sensibilmente differente, rispetto a quanto avviene in ambito nazionale, perché si preoccupa di evitare che posizioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario possano trovare ostacoli o difficoltà di natura processuale negli ordinamenti degli stati membri. Sul tema, M. SANTISE, *coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2021.

⁹ V. CERULLI IRELLI, *giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, p. 436 e ss.

¹⁰ In questo senso R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo ora in Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p.115 e ss.

¹¹ La felice espressione di Franco Gaetano Scoca che definendo l'interesse legittimo come la posizione di coloro che <<dialogano con il potere>> ne evidenzia l'evoluzione in dottrina (anche nel suo stesso pensiero) e nell'ordinamento da posizione strumentale all'azione, in cui la massima soddisfazione cui era possibile aspirare era quella all'adozione del provvedimento, a posizione strumentale all'interesse finale in cui la tutela viene orientata a garantire l'interesse primario di chi adisce la giustizia ossia l'ottenimento del bene della vita per cui si è proposta una istanza all'amministrazione o ci si oppone alle sue determinazioni. Sul punto, fra i molti scritti del maestro si rinvia ai più recenti nei quali la descritta evoluzione viene richiamata F. G. SCOCA. *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 456. Più di recente, ID. *Il processo*



Così, il tema dell'effettività della tutela nel processo amministrativo si lega al principio di pluralità delle azioni, sancito dal nuovo codice, che supera la tradizionale limitazione dell'interesse ad agire al solo modello impugnatorio.

Oltre all'azione di annullamento, il codice vigente ammette, infatti, l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna volte a soddisfare la pretesa del ricorrente, col solo limite della non sostituibilità di attività discrezionali riservate all'amministrazione¹².

Si assiste, dunque, ad un radicale cambio di prospettiva in quanto dai poteri del giudice il baricentro si sposta "sull'esigenza di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive devolute al giudice amministrativo, attraverso azioni "modellate sulla situazione sostanziale fatta valere e strumentali rispetto ai bisogni di tutela posti dal cittadino"¹³.

La stessa azione demolitoria viene adeguata alle esigenze di effettività, affermandosi, ad esempio, il principio per cui l'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha una portata assoluta, potendo il giudice amministrativo stabilire che l'annullamento di un atto abbia effetto *ex nunc* o che l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'amministrazione modifichi o sostituisca l'atto impugnato, quando ciò soddisfi meglio l'esigenza di tutela fatta valere in relazione all'interesse pubblico ad essa sotteso, in applicazione dei principi di giustizia sostanziale, di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria¹⁴.

Tale approccio si è fatto ancora più evidente con il secondo correttivo al codice del processo amministrativo, introdotto dal d.lgs. n. 160/2012 con cui, accogliendo le istanze di quella dottrina che da tempo invocava un rimedio più penetrante per la

amministrativo ieri, oggi e domani brevi considerazioni), in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, p. 195 e ss. in cui bene si evidenzia la centralità assunta nella prospettiva del nuovo codice della soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. In una recente ricostruzione del dibattito sulle posizioni giuridiche soggettive (A. CABONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. una proposta di confronto* in *PA Persona e Amministrazione*), l'autore definisce la situazione giuridica del privato, che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'Amministrazione, <<quale situazione procedurale a rilievo sostanziale, che si caratterizza, in ragione della connotazione che riveste sotto un profilo normativo, quale pretesa all'utilità finale; quale pretesa, cioè, a seconda dei casi, alla produzione dell'effetto ovvero alla non produzione dell'effetto che al potere fa riferimento>> pp. 498 e ss.

¹² "Ne consegue la trasformazione del giudizio amministrativo, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata" Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

¹³ G. SORICELLI, *il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 1, 2018.

¹⁴ Nella sentenza n. 2755/2011, il Consiglio di Stato, senza neanche annullare un piano specifico di prevenzione AIB (anti incendio boschivo), ha ordinato la sostituzione dell'atto impugnato entro 8 mesi, consentendo nel frattempo il prodursi degli effetti dell'atto viziato, non essendone possibile un annullamento parziale, per evitare un vuoto regolatorio e, quindi una diminuzione di tutela in una materia sensibile. Sul tema della modulabilità degli effetti delle sentenze di annullamento, M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2013, 162.



tutela degli interessi legittimi pretensivi¹⁵, è stata codificata l'azione di adempimento pubblicistico che consente di poter ottenere, oltre all'annullamento dell'atto, anche la condanna dell'amministrazione al rilascio di un determinato provvedimento.

Ed invero, mentre per gli interessi legittimi oppositivi, il cui titolare aspira a conservare il bene della vita inciso dall'azione amministrativa, opponendosi all'esercizio del potere dell'amministrazione che intende sottrarglielo o limitarne il godimento, "l'annullamento del provvedimento e il suo *pendant* cautelare, rappresentato dalla sospensiva, si erano dimostrati strumenti adeguati"¹⁶, per gli interessi legittimi pretensivi, in cui il privato aspira non solo a che il potere venga esercitato ma anche che lo sia in una determinata direzione, il sistema processuale impugnatorio non offriva una piena garanzia di tutela sia diretta che risarcitoria¹⁷.

Il secondo correttivo, quindi, inserendo all'interno dell'art. 34, dopo il comma 1 lett. c), la disposizione per la quale "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio", ha previsto in modo esplicito la possibilità di condannare la p.a. ad adempiere in modo specifico, già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza¹⁸, subordinandola però alla

¹⁵ S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 913 M. CLARICH, *tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 523 e ss.

¹⁶ R. GIOVAGNOLI, *Relazione tenuta al convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica"*, Roma, 2013 in <https://www.jusforyou.it/wp-content/uploads/2020/07/h-2.pdf>.

¹⁷ Essendo riconosciuta la risarcibilità dei soli interessi oppositivi, sulla base della nota teoria della degradazione dei diritti soggettivi.

¹⁸ Nell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3, Il Consiglio di Stato, nel dare risposta positiva al quesito generale relativo all'esperibilità di un'azione di condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi, ha fatto leva sulla disciplina dettata dal codice del processo amministrativo in materia di tecniche di tutela dell'interesse legittimo evidenziando che «Il codice, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, quindi, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, in materia di silenzio inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3)». Si è nell'occasione osservato che il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717). Testo in *Diritto e Giustizia online* 2011.



concomitante proposizione della domanda di annullamento del provvedimento di diniego o avverso il silenzio e così relegando, apparentemente, il nuovo strumento ad una funzione di tipo complementare¹⁹.

L'ambito entro cui la tutela giurisdizionale viene attivata, resta, comunque, quello del rapporto non paritario fra amministrazione e privato legato all'esercizio da parte della prima di un potere solo limitatamente sindacabile dal giudice, il cui esercizio è tendenzialmente inesauribile da parte dell'amministrazione.

Di tal che, ed è da questa prospettiva che l'effettività va inquadrata per poterne cogliere i limiti e individuare soluzioni, davanti al giudice amministrativo, «il giudizio sul rapporto non ha nulla da spartire con il giudizio sul rapporto affidato ai tribunali ordinari»²⁰ in quanto nel rapporto di diritto pubblico non si può prescindere dal potere e, quindi, una piena tutela della spettanza è possibile, solo nei limiti in cui al giudice è dato sindacare l'esercizio²¹.

Ecco perché, con particolare riferimento all'azione avverso il silenzio serbato dalla p.a., nelle ipotesi in cui il legislatore non abbia attribuito ad esso valore significativo tipizzato, si è incentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto oscillare il giudizio in parola tra il modello dell'azione di annullamento tradizionale e la ricerca di una sua identità nell'alveo dei comportamenti inappropriati della pubblica amministrazione²².

Nella successiva Adunanza 29/07/2011, n. 15, il Consiglio di Stato ha affermato il principio per cui il terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a., è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, «essendo la proposizione di detta azione coerente, sul piano processuale, con il disposto dell'art. 30, comma 1, c.p.a., trattandosi di domanda proposta contestualmente a quella di annullamento e rispettosa dei limiti posti dall'art. 31, comma 3, c.p.a.». In particolare il Consiglio di Stato ha evidenziato che nella ipotesi esaminata «lo jussum giurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione ma, sulla scorta dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il doveroso potere inibitorio, impone una determinazione amministrativa non connotata da alcun profilo di discrezionalità», in Foro amm. CDS 2011, 7-8, 2309.

Per una lettura ragionata delle modifiche apportate al codice nel 2012, in relazione al profilo della effettività e delle correlate azioni, M.A. SANDULLI, *il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, *Federalismi.it*, 2012, n. 18. In dottrina si vedano in argomento M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010; A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro Amm. - TAR*, 2011, 5.

¹⁹ M. TIBERII, *la tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, *Editoriale Scientifica*, 2013.

²⁰ R. VILLATA, *op. cit.*, p. 121

²¹ G. FALCON, *Il giudice amministrativo, tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione sulla spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2001 p. 327.

²² M. TIBERII, *op. cit.* p. 85.



Lo studio della natura e dei limiti della tutela effettiva che il giudice amministrativo può garantire al privato leso dal mancato esercizio del potere²³, è il presupposto per una indagine sul rimedio adeguato da esperire nell'ipotesi di mancata risposta dell'amministrazione alla richiesta di accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2 D.lgs. 33/2013), in cui, come vedremo, alla mancanza di indicazioni legislative, in termini di azioni esperibili, ha sopperito, non univocamente, la giurisprudenza.

In particolare, l'art. 5 del D.lgs. 33/2013, come novellato dal D.lgs. 97/2016²⁴, prevede che il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dall'istanza e che il rifiuto, il differimento e la limitazione opposti all'esercizio di tale diritto devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art.5-bis. Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il richiamato termine di trenta giorni, l'interessato può presentare, ai sensi del comma 6 del citato art. 5, richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni.

Nel caso delle regioni e degli enti locali, è altresì disciplinata, dal successivo comma 8, la possibilità di ricorrere al difensore civico competente per ambito territoriale o in caso di assenza di tale figura nell'ambito, a quello dell'ambito superiore che si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso.

Quanto alla tutela giurisdizionale, il citato articolo stabilisce che "avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o del difensore civico, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".

La norma non disciplina, quindi, l'ipotesi in cui sull'istanza non si pronunci l'ufficio competente, o, in seconda battuta il RPCT, inducendo a qualificare l'inerzia come non significativa, cioè come ipotesi di mancato esercizio del potere.

Si è posto, quindi, in dottrina e giurisprudenza il problema sul rito da esperire, ovvero se la illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione sia da far valere con ricorso avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 117 e 31, comma 3 del c.p.a., o con il rito

²³ Sul rapporto fra effettività della tutela ed inerzia come comportamento rilevabile nei casi in cui la legge non associa alcun significato al silenzio serbato dall'amministrazione, F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971. M. CLARICH, *Termine del procedimento e provvedimento amministrativo*, TORINO, 1995. M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, Napoli, 2012. C.GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012. Di recente. P. OTRANTO, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018.

²⁴ Novella adottata in attuazione della delega prevista dall'art. 7 della legge 124/2015.



sull'accesso, disciplinato dall'art. 116 c.p.a., che la norma, però, prevede esplicitamente per i soli provvedimenti espressi.

Partendo dalla disciplina del silenzio e dei rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione, da cui isolare alcuni elementi utili all'indagine, si darà conto del citato dibattito che ha fortemente caratterizzato questa materia in relazione all'accesso civico nella prima metà del decennio scorso e ha visto prevalere l'orientamento volto ad applicare al caso di specie il rito del silenzio piuttosto che quello dell'accesso, per provare a fornire, nelle conclusioni, spunti di riflessione per futuri interventi del legislatore finalizzati ad assicurare la migliore tutela possibile.

2. *L'azione avverso il silenzio nella evoluzione dell'istituto processuale. La problematica definizione della natura e dei limiti del sindacato di cognizione giurisdizionale sull'obbligo di provvedere e sulla fondatezza dell'istanza; fra timide accelerazioni e brusche frenate.*

Ai primordi del sistema di giustizia amministrativa, alle problematiche connesse all'inerzia amministrativa, la dottrina, sostanzialmente, non dava alcun rilievo²⁵ e anche le sporadiche sentenze sull'argomento, tendevano a negare la tutela del privato²⁶.

L'atteggiamento restio della giurisprudenza era giustificato, innanzitutto, dall'assenza di una norma che prevedesse la sindacabilità del mancato esercizio del potere, non essendo rinvenibile alcuna fonte che ponesse in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di provvedere²⁷ nelle ipotesi in cui era riconosciuta all'amministrazione ampia discrezionalità.

Per rispondere all'esigenza di tutela dei privati, in mancanza di una specifica disciplina processuale dell'inerzia amministrativa, la giurisprudenza individuò un percorso che attraverso una *fictio iuris* creava i presupposti per legittimare il ricorso al giudice amministrativo.

Il sistema di tutela giurisdizionale dell'epoca, infatti, consentiva unicamente la tutela impugnatoria quindi, in caso di inerzia, si ritenne necessario proporre innanzitutto un ricorso amministrativo. La mancata decisione dell'amministrazione su tale rimedio, veniva equiparata ad un atto definitivo di diniego impugnabile dinanzi all'organo giurisdizionale.

²⁵ O. RANELLETTI, *il silenzio nei negozi giuridici*, in Riv.It.Sc.Giur., 1982, 3; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982.

²⁶ Il Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 aprile 1893 n. 146, in Giust. Amm., 1893, 197, in un caso di richiesta di provvedimento di privatizzazione industriale su cui il competente Ministero non si era pronunciato, negò di poter rinviare le parti all'autorità amministrativa competente ad emettere il provvedimento definitivo e quindi, respinse il ricorso proposto, sul presupposto che il giudice amministrativo potesse giudicare solo della legittimità degli atti e non potesse intervenire, quindi, sull'inerzia.

²⁷ La dottrina dell'epoca sosteneva non vi fosse alcun dovere di provvedere sulle istanze dei privati, in assenza di una legge che obbligasse le autorità a provvedere. Così U. BORSI, *il silenzio della pubblica amministrazione*, in Giur. It., 1903.



Tale approccio comportò una prima apertura giurisdizionale alla sindacabilità del silenzio, con la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 2.3.1894, n. 78²⁸ che anticipò il successivo, esplicito, riconoscimento della tutela del privato inciso dal mancato esercizio del potere, che si ebbe agli inizi del '900²⁹, attraverso il recepimento dell'impostazione civilistica che considerava il comportamento inerte dell'amministrazione come tacita manifestazione di volontà³⁰.

Fu, in particolare, con la c.d. sentenza Longo³¹, in cui venne affrontato il problema dell'impugnabilità del silenzio serbato dall'amministrazione su un ricorso gerarchico, che il Consiglio di Stato equiparò il silenzio ad un atto di rigetto, aprendo la strada alla proponibilità del ricorso giurisdizionale.

In quell'occasione³², la IV sezione, la sola al tempo a svolgere funzioni giurisdizionali, introdusse il meccanismo per il quale, a seguito del silenzio serbato sul ricorso gerarchico, l'istante poteva diffidare la pubblica amministrazione a decidere entro un certo termine, trascorso il quale, in costanza dell'inerzia, il ricorso si intendeva rigettato e il privato poteva quindi impugnare tale decisione tacita di diniego.

In tal modo, si realizzò un ampliamento della tutela fino ad allora riconosciuta, attraverso l'introduzione, in via interpretativa e non legislativa, di una forma significativa di silenzio – rigetto impugnabile in sede giurisdizionale³³.

La citata pronuncia del Consiglio di Stato radicò in giurisprudenza l'orientamento che riconosceva natura "attizia" al silenzio inadempimento ed anche la dottrina sostenne, sulla scorta dei rilievi civilistici in materia di negozio giuridico, l'equiparabilità del silenzio ad una manifestazione tacita di volontà³⁴, purché, però, vi

²⁸ In cui si sostenne "la possibile equivalenza dell'omissione di qualunque provvedimento alla formale dichiarazione di diniego".

²⁹ Parere del Consiglio di Stato del 18.5.1900 e, in particolare Consiglio di Stato, sez. IV, 22.8.1902, n. 429, c.d. pronuncia Longo.

³⁰ La dottrina privatistica aveva affrontato la problematica della conclusione del contratto in ipotesi di comportamento inerte di uno dei contraenti. Sul punto, A. SRAFFA, *il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giur. it.*, 1898, IV.

³¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 22.8.1902, n. 429. La vicenda si riferiva ad un alunno di cancelleria del Tribunale di Napoli, che per ragioni disciplinari, venne dispensato dal servizio dal Presidente della Corte d'Appello. Ai sensi dell'art. 24 del regolamento n. 365 del 1990, era fatta salva la possibilità di proporre reclamo al Ministro di grazia e giustizia. Dunque, esperito il reclamo con ricorso al Ministro, ed essendo rimasto lo stesso privo di riscontro per alcuni mesi, venne presentata diffida al Ministro stesso affinché si pronunciasse nel termine di 10 giorni. Decorso inutilmente il termine assegnato, l'interessato propose ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato, ritenendo che il reiterato silenzio del Ministro equivallesse ad una sostanziale ed esplicita conferma dell'impugnato provvedimento.

³² Per un approfondimento sul c.d. caso Longo, A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1977.

³³ Sulla portata storica della pronuncia, G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, con commento di M. CHIAPPETTA, M. DE GIORGI e A. SANDULLI Milano, 2001 p. 62 e ss.

³⁴ S. PEROZZI, *il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. Comm.*, 1906, I; P. BONFANTE, *il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. Comm.*, 1097.



fosse un radicamento normativo del potere di iniziativa privata e, contestualmente, l'obbligo della pubblica amministrazione di esprimere una volontà³⁵.

In realtà, secondo la raffinata ricostruzione dei maestri dell'epoca, il silenzio, di per sé, non assumeva alcuna connotazione tipica, in assenza di un dato legislativo che attribuisse ad esso significato e a rilevare, era la presenza nell'ordinamento del dovere per la pubblica amministrazione di pronunciarsi sulle istanze riguardanti gli interessi dei cittadini, la cui fonte venne individuata nell'art. 3 della L. 20 Marzo 1865 all. E che sanciva l'obbligo di provvedere in modo espresso e motivato³⁶.

In seguito, il legislatore recepì la soluzione adottata dalla giurisprudenza ed avallata dalla dottrina, canonizzandola nell'art. 5 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, per il quale "una volta trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che lo stesso venga deciso. Trascorsi sessanta giorni dalla notifica di tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende a tutti gli effetti di legge, come rigettato".

Il citato articolo 5 venne poi ritenuto applicabile anche agli altri ricorsi amministrativi³⁷, ad eccezione di quello straordinario³⁸, assurgendo a disciplina generale nei casi di mancato esercizio del potere.

Tuttavia, tale approccio presentava alcune criticità in quanto, assimilando il silenzio ad un provvedimento di diniego, da un lato ne sottoponeva l'impugnazione al termine decadenziale dei sessanta giorni e dall'altro costringeva a formulare impugnazioni al buio, non potendosi evidenziare, in mancanza di un atto scritto, vizi propri ed effettivi dell'esercizio del potere espresso nel "panciuto provvedimento"³⁹.

Ciò che, però, minava alle fondamenta detta ricostruzione è la circostanza che alla descritta finzione provvedimentale non era associata una presunzione di consumazione del potere di provvedere in capo all'amministrazione che avrebbe reso

³⁵ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.

³⁶ Per O. RANELLETTI, *lezioni di diritto amministrativo*, Napoli 1921, "[...] quando l'autorità amministrativa abbia l'obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento, e non dichiara la sua volontà, malgrado le istanze ripetute, e regolarmente intimate, dell'interessato, quel silenzio debba interpretarsi come rifiuto di prendere quel provvedimento".

³⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 26 gennaio 1938; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 1956, n. 729.

³⁸ Sull'inapplicabilità dell'art. 5 al ricorso straordinario, Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1948, n. 274.

³⁹ L'espressione, divenuta nota, è stata coniata ed utilizzata più volte dal Presedente del Consiglio di Stato De Roberto per distinguere l'attività dell'amministrazione per "atti" da quella negoziale; alle quali, secondo il giurista si sarebbe andata aggiungendo una terza categoria formata dagli atti formalmente negoziali, ma sostanzialmente amministrativi in quanto strettamente collegati all'attuazione di interessi pubblici, come quelli ricadenti nell'ambito dei contratti strumentali allo svolgimento di servizi pubblici. A.DE ROBERTO, *Il Consiglio di Stato nel nuovo quadro ordinamentale in Instrumenta* n. 17/2001, p.503.



effettiva la tutela riconoscibile dal giudice, evitando il sovrapporsi del procedimento al processo⁴⁰.

La giurisprudenza dell'epoca, infatti, ammetteva, e ancora ammette, l'intervento tardivo di un provvedimento sfavorevole all'interessato, una volta incardinato il giudizio e ciò comportava l'obbligo di impugnazione del nuovo atto e inizialmente l'estinzione del primo giudizio⁴¹.

Anche se, successivamente, è stata introdotta la proponibilità di motivi aggiunti avverso il provvedimento espresso sopravvenuto e la conseguente trasformazione del giudizio pendente sul silenzio mediante "l'assorbimento" del secondo ricorso nel processo già incardinato⁴², tale meccanismo comportava, comunque, un aggravio di oneri per l'interessato ed una sostanziale negazione del principio di effettività della tutela.

Al giudice non era, infatti, consentito svolgere alcuna indagine, nel merito, sulla spettanza del bene della vita, in quanto ciò avrebbe significato una inammissibile ingerenza in valutazioni su cui l'amministrazione manteneva la propria potestà decisionale che poteva, in ogni momento, essere nuovamente esercitata, senza alcun condizionamento, attraverso l'adozione di un successivo atto formale⁴³.

Ciò, nonostante il richiamato art. 5 della citata legge sulle commissioni amministrative provinciali si prestasse a essere qualificato come "principio generale di diritto amministrativo"⁴⁴ e, dunque, idoneo a fondare una lettura del termine per provvedere come perentorio e a consentire al giudice di esercitare una più penetrante verifica di legittimità estesa al merito sul diniego tacito, potendo, all'esito di una istruttoria piena, <<giungere a formulare la regola vincolante per il caso concreto>>⁴⁵.

Ed invece, si è assistito ad un graduale allontanamento da questo percorso. L'equiparazione del silenzio ad un provvedimento di rigetto venne, infatti, superata

⁴⁰ Di questo avviso M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 3/2014, p. 6. L'Autrice evidenzia come "Il nostro legislatore ha evitato di intervenire sull'unico profilo di diritto sostanziale che avrebbe assicurato al privato un'adeguata tutela avverso il silenzio, non introducendo termini procedurali perentori per l'amministrazione". In senso conforme, B. TONOLETTI, voce Silenzio della pubblica amministrazione, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, 1999, p. 167 ss.

⁴¹ Il riferimento è alle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 novembre 1989, n. 16 e 4 dicembre 1989, n. 17. In tema di silenzio sul ricorso gerarchico, laddove l'espressione "trascorsi 90 gg il ricorso si intende rigettato" è stata interpretata in senso strettamente processuale per permettere il ricorso avverso il silenzio, senza escludere, però, la possibilità per l'amministrazione di pronunciarsi anche tardivamente.

⁴² Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 1958, n. 921, in *Cons. Stato*, 1958, I, 1527.

⁴³ Per una attenta ricostruzione di questa posizione, F.G. SCOCA e M. D'ORSOGNA, *silenzio, clamori di novità*, *Dir. Proc. Amm.*, 1995.

⁴⁴ In tal senso, A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, III, 1257 ss;

⁴⁵ M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale*, cit. p. 9 che richiama F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., p.294.



dalla giurisprudenza e dalla dottrina, maggiormente inclini a ricondurlo nell'alveo dei comportamenti come forma di inerzia rispetto all'obbligo di provvedere.

Anche questa teoria partiva dal principio per cui l'attività provvedimentale costituisce un dovere in capo all'amministrazione cui è correlato un vero e proprio diritto soggettivo del cittadino a ricevere risposta alle proprie istanze che prescinde dalla natura discrezionale o vincolata dello stesso⁴⁶.

Così, il silenzio si configurava come comportamento integrante un inadempimento all'obbligo di provvedere gravante sull'amministrazione⁴⁷ per cui, soprattutto in ipotesi di attività discrezionale, si riteneva vi fosse per la pubblica amministrazione un dovere di pronunciarsi, in senso affermativo o negativo, dovendo essere espresse le ragioni per le quali un interesse tutelato e riconosciuto in astratto dal legislatore restasse inattuato⁴⁸.

La disciplina della tutela processuale del privato inciso dal silente inadempimento amministrativo venne innovata, su detti presupposti, dall'art. 6 del d.p.r. n. 1199/1971⁴⁹, abrogativo dell'art. 5 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, e dall'art. 20, comma 1, della legge 1034 del 1971⁵⁰ con cui fu eliminata la necessità di mettere in mora l'amministrazione, attraverso formale diffida, prima di proporre un ricorso giurisdizionale avverso l'inerzia tenuta su un ricorso gerarchico.

Questa innovazione, tuttavia, essendo ancora legata al meccanismo del ricorso amministrativo, non assicurava tutela diretta nei confronti del silenzio *ex se* considerato, di fatto, quindi, non superando, ma semplicemente temperando, la precedente visione attizia dello stesso⁵¹.

⁴⁶ La prima ricostruzione della tesi è A.M. SANDULLI, *il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, 1963.

⁴⁷ Il riferimento è alla storica sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 3 maggio 1960, n. 8. In cui si stabilì il principio per cui il silenzio-rigetto non dovesse essere considerato alla stregua di un atto-provvedimento poiché esso consiste in un mero comportamento, cioè un fatto-accadimento che prescinde da qualsiasi considerazione in merito all'esistenza del fattore volitivo da parte dell'Amministrazione inerte e dal quale per legge scaturiscono specifici effetti sia sostanziali sia processuali. Di conseguenza fu ritenuto che l'Amministrazione adita manteneva anche dopo la formazione del silenzio-rigetto il potere-dovere di decidere sul ricorso amministrativo, ciò anche nel caso in cui fosse stato impugnato in sede giurisdizionale il silenzio dell'Amministrazione.

⁴⁸ In questo senso, Consiglio di Stato, sez IV, 9.11.1954, n. 733.

⁴⁹ Ai sensi del quale "decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica".

⁵⁰ Per il quale "nei casi in cui contro gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di Enti Pubblici a carattere ultraregionale sia presentato ricorso in via gerarchica, il ricorso al Tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed, in mancanza, contro il provvedimento impugnato se, nel termine di 90 giorni, la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato".

⁵¹ Per un approfondimento F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva* in Dir. proc. amm., 2002, n. 4, 936 ss.



Si deve al Sandulli il tentativo di elaborare *ex novo* la disciplina del silenzio inadempimento, radicandola in principi già presenti nell'ordinamento, quali quello di legalità e giustiziabilità dell'azione amministrativa⁵².

La tesi, partendo da un orientamento pretorio all'epoca minoritario, costruiva l'azione avverso il silenzio - inadempimento, sulla base dell'art. 25 T.U. n. 3 del 1957 in tema di responsabilità del dipendente pubblico per omissione di atti o di operazioni, al cui compimento lo stesso fosse tenuto per legge. Tale norma, in particolare, prevedeva che per attivare l'azione di risarcimento conseguente alla responsabilità dell'agente pubblico, fosse necessaria una previa diffida da presentare, non prima che fossero decorsi sessanta giorni dall'ultimo atto procedimentale utile e che, poi, bisognasse attendere trenta giorni per incardinare il giudizio risarcitorio.

Lo schema descritto veniva applicato all'ipotesi di comportamento inerte dell'amministrazione per cui l'interessato, nel termine di sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza collegata ad un interesse pretensivo, previa diffida, intimava all'amministrazione di concludere il procedimento entro trenta giorni, allo scadere dei quali, poteva agire in giudizio per ottenere dal giudice la condanna dell'amministrazione a provvedere.

La tesi del Sandulli fu condivisa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella storica sentenza 10 marzo del 1978 n. 10⁵³, pronunciata in materia di formazione del silenzio rifiuto, ritenne applicabile l'art. 25 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, sia in ottica deflattiva del contenzioso che di tutela del privato il quale rischiava di non individuare il termine oltre il quale l'omissione diventasse inadempimento⁵⁴.

Nella fase antecedente la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, infatti, la giurisprudenza negava la possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, ritenendo che l'esame giudiziale dovesse limitarsi ad accertare l'esistenza dell'obbligo di provvedere e l'inottemperanza a tale obbligo, mediante una mera verifica effettuata "calendario alla mano"⁵⁵ delle tempistiche individuate dai termini indicati nelle norme, costituendo la sentenza, in altre parole, un mero accertamento sulla base dei rigorosi criteri predeterminati dalla legge.

⁵² A.M. SANDULLI, *sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione*, 1977.

⁵³ Sulla portata della detta sentenza, G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell'Ad.Pl. del Consiglio di Stato: oggetto del processo e silenzio dell'amministrazione*, *Dir. Proc. amm.*, 1984.

⁵⁴ La dottrina non era unanime sulla necessità di dover necessariamente diffidare l'Amministrazione, prima di proporre l'azione di tutela. Da un punto di vista sostanziale, si sosteneva che l'ontologica illegittimità del silenzio superasse la necessità di diffida, che rappresentava, inoltre, un aggravio procedurale in contrasto con il principio di certezza del tempo dell'azione amministrativa. In senso conforme V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1993.

⁵⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, 310; sulla necessità non di una pronuncia di contenuto positivo, relativa a un provvedimento soddisfacente della pretesa fatta valere in giudizio, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2005, 557 ss.



Nella fase successiva, invece, e fino alla legge n. 205 del 2000, si afferma la tendenza a superare questo orientamento in un senso che assicurasse maggiore tutela al ricorrente rispetto alla pretesa sottesa all'azione.

Invero, già con la richiamata sentenza del '78, l'Adunanza plenaria aveva ammesso la possibilità del giudice di andare oltre il mero accertamento del dovere di provvedere⁵⁶ e, anche se con riguardo alla sola attività vincolata della p.a., di spingere il suo sindacato fino alla verifica sulla fondatezza in concreto della pretesa.

Vi fu, quindi, il progressivo riconoscimento del potere di cognizione del giudice sulla fondatezza delle istanze che richiedevano l'adozione di provvedimenti vincolati.

Inizia, così, ad essere valorizzato il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive, in una prospettiva di controllo giurisdizionale non più solo formale, ma orientato a che "il cittadino possa conseguire, attraverso il processo, quella utilità sostanziale che l'amministrazione gli ha illegittimamente negato"⁵⁷.

Si assiste, infatti, ad un ampliamento dell'oggetto del giudizio in cui l'accertamento dell'inerzia dell'amministrazione costituisce il presupposto per una verifica della fondatezza dell'istanza del privato, potendo il giudice condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto, sebbene solo nel caso di attività vincolata⁵⁸.

Tale impostazione comportava, evidentemente, una tutela differenziata a seconda della situazione giuridica fatta valere dal privato nei confronti dell'obbligo di provvedere.

Ciò in quanto dinanzi all'inerzia del potere, può dirsi esistente una aspettativa alla risposta correlata all'obbligo di provvedere posto in capo all'amministrazione, ma tale posizione giuridica non può essere estesa fino alla pretesa di ottenere il bene della vita oggetto dell'istanza che, come è stato giustamente osservato, dipende, invece, <<dalla disciplina sostanziale che regola la situazione>>.⁵⁹

Così, la tutela in sede giurisdizionale dell'utilità sostanziale pretesa dal privato resta più o meno intensa a seconda che il suo riconoscimento sia collegato all'esercizio di un potere via via più discrezionale da parte dell'amministrazione.

Ciò in quanto non cambia la posizione giuridica sottesa alla istanza del privato che, nel caso di un potere massimamente discrezionale, resta di interesse legittimo, con tutti i limiti di sindacabilità da parte del giudice in ordine a qualsiasi profilo che non sia di legittimità, mentre può essere configurata come diritto soggettivo nel caso in cui l'amministrazione sia vincolata ad una risposta positiva e, quindi, il soggetto

⁵⁶ In merito, G. SCOCA, *il silenzio della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2002.

⁵⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 232.

⁵⁸ E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio - rifiuto e mutamento della domanda*, *Foro amm.*, 1993.

⁵⁹ G. VERDE, *Nel codice la tappa di un'evoluzione in corso*, in Guida del Diritto n. 9/2011. R. VILLATA, *Tre anni dopo la prima riforma*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di) *Il codice del processo amministrativo*, Torino 2012. 9 e ss.



possa in qualche modo reclamare il diritto ad un bene particolare e il giudice direttamente concederlo⁶⁰.

Di fatto, quindi, nonostante l'ottimismo con cui tale approccio fu accolto inizialmente, testimoniato da alcune pronunce che addirittura provarono ad estenderne l'applicazione oltre l'attività vincolata, ai casi di provvedimento a contenuto discrezionale limitato⁶¹, la nuova disciplina non si è rivelata idonea ad affermare una tutela della pretesa specifica maggiore della precedente⁶².

In particolare, la posizione giuridica sottesa alla istanza del privato nei confronti dell'amministrazione non sembra ricevere da questa nuova qualificazione del silenzio una tutela più effettiva di quella che era possibile ottenere attraverso l'assimilazione dello stesso ad un provvedimento di rigetto.

L'introduzione da parte dell'art. 2 della legge 205 del 2000, nel corpo della l. n. 1034/71, dell'art. 21-bis che disciplinava un rito speciale⁶³ contro il silenzio inadempimento dell'amministrazione, modellato sull'impianto dell'art. 25 L. 241 del 1990 in materia di accesso agli atti della pubblica amministrazione, recepì questo orientamento, senza provare a migliorarlo, anzi inducendo a ridurre ulteriormente lo spazio di intervento del giudice.

Tale rito, infatti, prevedeva un processo camerale accelerato da definirsi, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, con una sentenza succintamente motivata mediante la quale "in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere".

Partendo dal tenore letterale della norma, si affermò un orientamento giurisprudenziale, sancito in principio dall'Adunanza plenaria n. 1 del 9 gennaio 2002, che ha circoscritto, per lungo tempo, il sindacato del giudice amministrativo alla sola verifica dell'obbligo di provvedere.

⁶⁰ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 19 ss.;

⁶¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2001 n. 1743, in *Foro amm. CDS*, 2001, 661. In materia di pubblico impegno, a proposito della maturazione del credito per interessi e rivalutazione monetaria su voci retributive, il Consiglio di Stato, pur partendo dal presupposto che va operata una distinzione fra emolumenti che direttamente derivano da disposizioni di legge o di regolamento dai casi in cui l'attribuzione di un determinato trattamento economico richiede l'intermediazione provvedimentale dell'amministrazione, precisava che la natura discrezionale della valutazione operata dall'amministrazione ai fini dell'avanzamento in carriera, è pur sempre da mettere in relazione alla comparazione con gli altri aspiranti alla qualifica, ed è sotto questo profilo, sindacabile per illogicità ed irragionevolezza.

In dottrina, G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa, principio o mito? un Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 653. Per una trattazione sistemica, A. POLICE., *Ill ricorso di piena giurisdizione di fronte al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

⁶² Una posizione da sempre critica in dottrina sui limiti posti al sindacato del giudice è quella di Greco secondo cui l'azione avverso il silenzio deve tendere ad un provvedimento soddisfacente della pretesa fatta valere in giudizio G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1981, Milano, 23 ss.

⁶³ S. FANTINI, *il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, *Giust. Civ.* 2001.



Con la richiamata pronuncia, il Consiglio di Stato, investito del compito di individuare correttamente l'oggetto del giudizio introdotto dalla legge n.205/ 2000, ha, infatti, ritenuto recessivo il precedente e più aperto orientamento giurisprudenziale di fronte a un dettato normativo che definiva specificamente la tutela accordata al privato nell'azione avverso il silenzio, individuando diversi elementi oggettivi a favore della tesi restrittiva che limitava la cognizione del giudice. In particolare, secondo l'Adunanza Plenaria, l'abbreviazione dei termini, la semplificazione dell'azione, la previsione della possibilità di nominare un commissario *ad acta* nella sentenza che definisce il giudizio, sono indici di una volontà chiara del legislatore di assegnare al giudice una cognizione sommaria e semplificata volta ad assicurare in tempi rapidi tutela al privato, ma anche sintomatica di una semplificazione cognitiva e quindi maggiormente limitata da parte del giudice e incompatibile con l'accertamento del contenuto sostanziale del provvedimento da adottare⁶⁴.

In dottrina, non è mancato chi ha sottoposto a revisione critica questo orientamento, evidenziando come il rito accelerato previsto dalla normativa non fosse un rito sommario per cui il giudice conservava intatte tutte le prerogative cognitive del rito ordinario⁶⁵. Del resto, anche chi all'epoca, ha condiviso le motivazioni della giurisprudenza ha, comunque, auspicato una riforma del rito, riconoscendo l'opportunità di un sindacato più ampio del giudice in materia⁶⁶.

Effettivamente, il citato termine breve di definizione del giudizio, non era compatibile con una istruttoria approfondita, sebbene la stessa fosse astrattamente possibile.

La *querelle* in ordine all'estensione del sindacato del giudice amministrativo in materia venne temporaneamente risolta dalla modifica introdotta dal d.l. n. 35/05 all'art. 2 della legge 205 che svincolava la procedibilità dell'azione dalla condizione della previa diffida e prevedeva espressamente il potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza della pretesa.

⁶⁴ In questo senso, l'utilizzo del termine "provvedere" avrebbe proprio il senso di limitare la cognizione del giudice all'accertamento dell'obbligo generico, non consentendogli di accertare il contenuto sostanziale del provvedimento da adottare e nessun valore avrebbe l'alternativa tra potere discrezionale e vincolato, non essendo possibile riferirsi "alla distinzione tra casi di agevole e meno agevole conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale, ovvero di maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dell'amministrazione; deve osservarsi che non è ammissibile far discendere l'estensione dei poteri cognitivi e dispositivi del giudice dal grado di complessità della controversia. Si tratta di un criterio empirico che poteva semmai trovare spazio nella soluzione elaborata dalla giurisprudenza, ma non più dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, nel cui contesto, come già osservato nulla autorizza ad effettuare simili distinzioni.

⁶⁵ G. GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Process. Ammin.*, 2002, n.1 p. 8 ss..

⁶⁶ M.A. SANDULLI, *La disciplina del silenzio della Pubblica Amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata. Atti del IX Convegno biennale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 183.



Tale riforma seguì la nota sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 con cui il giudice delle leggi sancì l'equiparazione, sotto il profilo della pienezza della tutela, tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁶⁷.

La citata norma, se ha consentito di superare l'orientamento restrittivo del 2002 in ordine alla natura dell'azione⁶⁸, ha d'altra parte sollevato dubbi interpretativi circa la profondità della valutazione consentita al giudice ed in particolare sulla possibilità che tale valutazione potesse essere svolta anche nelle ipotesi in cui il mancato esercizio del potere riguardasse attività, pur solo limitatamente, discrezionali dell'amministrazione, come una parte innovatrice della giurisprudenza aveva lasciato intendere nei richiamati orientamenti intervenuti fra il 1978 ed il 2002.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 5311 del 2007, ha negato che la norma del 2000 abbia introdotto una sorta di giudizio di merito senza confini⁶⁹, ritenendo che la stessa ha piuttosto attribuito al giudice, nei limiti della sua giurisdizione, uno strumento processuale ulteriore⁷⁰ in chiave acceleratoria del contenzioso⁷¹.

Ciò, sul presupposto che l'estensione della giurisdizione amministrativa al merito, in ossequio al principio di separazione dei poteri, rappresenta un'ipotesi eccezionale nel processo amministrativo e come tale, può avvenire nei soli casi tassativamente previsti dalla legge e d'altra parte, la configurazione del giudizio sul silenzio nell'ambito della giurisdizione di merito sarebbe contraddittoria rispetto all'esigenza di snellezza e celerità del rito stesso.

La possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, nel giudizio sul silenzio, è rimasta, quindi, limitata alle ipotesi di attività vincolata in cui non vi sono profili di scelta, essendo il provvedimento dovuto in base ad una specifica previsione legislativa⁷².

⁶⁷ La tutela che il giudice amministrativo può assicurare al ricorrente viene, comunque delimitata dalla precisazione che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà.

Per un commento alla sentenza F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*, in astrid-online.it; L. COEN, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, in <https://www.forumcostituzionale.it/>.

⁶⁸ Sul presupposto che "l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di cui alla sentenza n. 1 del 2002, deve essere rimediato successivamente all'introduzione nell'ordinamento dell'art. 4 comma 6-bis l. n. 80 del 2005 che ha riscritto l'art. 2 l. n. 241 del 1990 prevedendo, al comma 5, di tale articolo, che il g.a. può conoscere della fondatezza dell'istanza prodotta dall'interessato sulla p.a. e sulla quale si è formato il silenzio-inadempimento". TAR Lazio- Roma, sez. I, 7 giugno 2010, n. 15657.

⁶⁹ Come invece sostenuto dal C.G.A.R.S., sez. giur., 4 novembre 2005, n. 726. In senso contrario, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 maggio 2007, n. 2318; TAR Campania – Napoli, sez. II, 5 gennaio 2006, n. 112.

⁷⁰ Cfr. L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in Giustamm.it.

⁷¹ R. CHIEPPA. R GIOVAGNOLI, *manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2021.

⁷² Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5843.



Unica eccezione è costituita dal riferimento alla possibilità riconosciuta al giudice di accertare e dichiarare la manifesta infondatezza dell'istanza proposta, in una logica di economicità delle azioni, essendo inutile obbligare l'amministrazione a provvedere laddove l'atto non potrebbe che essere di rigetto⁷³.

Anche in questa occasione, dunque, l'ordinamento resta frenato e tale impostazione influirà, come vedremo, sulla cultura dell'istituto, condizionandone l'attuale assetto.

3. I poteri istruttori del giudice nell'attuale disciplina codicistica e i profili di incertezza sull'effettività della tutela assicurabile.

Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 che ha introdotto il vigente codice di procedura amministrativa, all'art. 31, commi 1 e 2, prevede una azione di accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione, avviabile da chiunque vi abbia interesse, entro un anno da quando sia decorso il termine per concludere il procedimento, se perdura l'inadempimento.

Il successivo comma 3, consente al giudice di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, quando l'attività è vincolata o quando non residuano margini di discrezionalità nella scelta e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Tale previsione configura una azione di condanna astrattamente idonea a superare i limiti individuati nella disciplina precedente dalla dottrina più attenta e ad ampliare la sfera di cognizione del giudice in questa materia, nel rispetto del divieto, stabilito dall'art. 34, di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, in attuazione del principio generale di separazione dei poteri.

La norma, infatti, attribuisce al giudice la possibilità di condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento atteso, non solo quando sia accertata nel corso dell'istruttoria processuale la sussistenza di tutti presupposti vincolati al suo rilascio, ma anche quando sia stato verificato che l'amministrazione abbia esaurito ogni verifica sui profili discrezionali involti nella decisione.

In questo senso, è stato opportunamente osservato che la lettura sistematica delle norme codicistiche consente di qualificare l'azione avverso il silenzio non solo come azione di accertamento, ma anche di condanna. In particolare, il riferimento contenuto al primo comma dell'art. 31 all'accertamento dell'obbligo di provvedere, letto congiuntamente sia al comma 1 dell'art. 34, per il quale il giudice nei limiti della domanda ordina all'amministrazione inerte di provvedere, sia al successivo art. 117

⁷³ La pubblica autorità non è tenuta a provvedere, ad esempio, in presenza di istanze reiterate già respinte. In tal caso, la p.a. ha già adempiuto l'obbligo provvedendo la prima volta, la tutela del cittadino non può condurre al blocco dell'azione amministrativa che va salvaguardata nella sua libertà ed elasticità. L'obbligo a provvedere è escluso anche in relazione al potere di autotutela. Questo è potere pubblico altamente discrezionale che ammette sollecitazioni da parte del privato ma non obbliga l'amministrazione a pronunciarsi. Consiglio di Stato, Sezione VI, 19/02/2003, n. 939; Sezione V, 3/06/1996, n. 621; Cons. giust. amm. 14/02/2001, n. 77.



del codice, a tenore del quale il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore ai 30 giorni, restituiscono una chiara indicazione, circa il carattere duplice dell'azione⁷⁴.

Peraltro, l'art. 117, nel disciplinare gli aspetti procedurali, pur confermando il rito speciale accelerato (nei termini) e semplificato (nella forma della sentenza), lo rende compatibile con una cognizione più approfondita, nel caso di silenzio in procedimenti comportanti l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione.

Scompare, infatti, il termine massimo entro cui pronunciare la sentenza previsto dalla L. n.205/2000 e il rito sul silenzio diviene, come ogni altro rito camerale diverso da quello cautelare, un giudizio accelerato, ma a cognizione piena, nell'ambito del quale è possibile seguire l'intero iter verso la soddisfazione della pretesa sostanziale. In questo senso depone la previsione del comma 4 del citato articolo 117 per cui "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto", ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

In particolare, acquisendo in giudizio ed in contraddittorio fra le parti la prova dell'avvenuto svolgimento dell'istruttoria procedimentale e del compimento da parte dell'amministrazione delle eventuali verifiche connotate da profili discrezionalità, il giudice può valutare se il grado di maturazione procedimentale sia tale da poter consentire di ordinare la soddisfazione diretta della pretesa, non residuando attività discrezionale da parte dall'amministrazione o se invece, occorra condannare l'ente a provvedere, rimettendo le scelte puramente amministrative alla sede competente a svolgere una completa istruttoria e ad assumerle.

Di tal che, anche attraverso il vaglio degli argomenti portati in giudizio dall'amministrazione, se costituita, e ricorrendo agli strumenti interlocutori utilizzabili dal giudice nel corso dell'istruttoria, si può pervenire a una decisione giurisdizionale più o meno penetrante in relazione alla natura dell'attività amministrativa sottesa alla pretesa.

In particolare, oltre alla tutela immediata, con la condanna dell'ente pubblico ad emettere il provvedimento nell'ipotesi di attività vincolata, sarebbe possibile assicurarne una intermedia, in cui il giudice, pur non interferendo con le prerogative discrezionali dell'apparato amministrativo,⁷⁵ ne indirizza l'azione verso una tutela effettiva, sulla base degli elementi raccolti in giudizio, nell'ipotesi di attività discrezionale già parzialmente istruita dall'amministrazione; fino ad un livello minimo costituito dall'accertamento dell'obbligo a alla conseguente condanna a

⁷⁴ M. TIBERII, *la tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Editoriale Scientifica, 2013.

⁷⁵ In questo senso, M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 1, 157 ss.



provvedere, cui però segue la possibilità per il giudice di nominare un commissario e conoscere delle vicende relative all'attuazione della sentenza.

In realtà, come è noto, nel testo del codice elaborato dalla commissione speciale del Consiglio di Stato cui il Governo sulla base della legge delega n. 69/09 aveva demandato la stesura, era evidente la spinta verso una più effettiva tutela degli interessi legittimi attraverso specifiche azioni, quali quella di accertamento e costitutiva di condanna (rispettivamente, articoli 36 e 40 dello schema) che però non sono state confermate nel testo approvato dal Parlamento⁷⁶.

Quando, poi, successivamente, con i decreti correttivi al codice⁷⁷, è stata espressamente introdotta l'azione di condanna, al richiamato art. 34 comma 1 c.p.a., la stessa è stata subordinata al previo annullamento del provvedimento di diniego o alla declaratoria di illegittima del silenzio rifiuto, senza chiarire che le due attività potevano ben costituire due fasi dello stesso giudizio sulla base al comma 2 dell'art. 113 Cost. che non pone esclusioni o limiti alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi,⁷⁸ se non quello desumibile dal successivo comma 3 in tema di annullamento degli atti della pubblica amministrazione e relativi effetti.

Questa ritrosia del legislatore a fornire un indirizzo netto verso un complesso strutturato di azioni finalizzato ad attuare la piena parificazione del grado di tutela degli interessi legittimi, specie pretensivi, a quello dei diritti soggettivi, ha influito sull'interpretazione che del nuovo sistema codicistico si è affermata nel tempo.

Essa è stata, infatti, decisamente restrittiva, rimanendo preclusa la tutela specifica della pretesa⁷⁹, salvo che l'attività amministrativa non sia interamente vincolata.⁸⁰

⁷⁶ I primi commentatori furono tutti concordi nel ritenere il nuovo codice debole sotto il profilo della effettività della tutela assicurata agli interessi pretensivi. Per richiamare alcuni fra i più illustri, si vedano, A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente* su www.giustamm.it; N. SAITTA, *"Codice che poteva essere"*, in www.giustamm.it; F.G., SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 2010 fasc. 3-4, pagg. 5 e ss.; A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2010 fasc. 3, pagg. 585 e ss.; G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010 fasc. 3, pagg. 795 e ss. Del resto, già durante la stagione delle grandi riforme degli anni '90 vi era stato il tentativo attraverso il disegno di legge delega n. 788/89 di introdurre una disciplina organica delle azioni finalizzate alla tutela effettiva degli interessi legittimi, poi fallito. Per una buona ricostruzione del tema E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, S. CERVELLI, *La sistematica delle azioni al nuovo processo amministrativo*, in *Riv amm. Rep. It.*, n. 9-10/2010, p.529 e ss., S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011 fasc. 3, pagg. 913 e ss.;

⁷⁷ D.lgs 15 novembre 2015 n. 195 e D.lgs. 18 aprile 2016 n. 160

⁷⁸ Sul tema, M. CLARICH., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 e ss.

⁷⁹ Questa espressione del principio di separazione dei poteri. Sul punto, Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 7 e 9 del 2014 che però si riferiscono all'obbligo per il giudice di lasciare impregiudicata ogni questione attinente al merito della pretesa e a quegli accertamenti complessi che richiedono ulteriori adempimenti istruttori.



Ciò anche sul presupposto che la materia del silenzio – inerzia, non è inserita fra quelle in cui la giurisdizione amministrativa è estesa al merito, ai sensi dell'art. 134 c.p.a.⁸¹

Parte della dottrina ha individuato nella carenza di una adeguata disciplina dei poteri istruttori del giudice, all'interno dell'art.117 c.p.a l'elemento che ha rafforzato questo orientamento restrittivo, ritenendo che attraverso un corredo adeguato di strumenti, il giudice avrebbe potuto, invece, accertare, senza sostituirsi all'amministrazione, il livello di completezza raggiunta dall'istruttoria procedimentale, la sussistenza degli elementi di fatto richiesti dalla normativa sottesa alla istanza del privato, il grado di maturazione del procedimento non concluso e, quindi, verificare l'esistenza dei presupposti, formati all'esterno del giudizio, attraverso l'attività dell'amministrazione, per il rilascio del provvedimento⁸², in piena aderenza al dettato dell'art. 31 e nel rispetto dei limiti posti alla cognizione di merito dall'articolo 34 del codice.

Ciò avrebbe consentito di colmare in parte la lacuna determinata dalla approvazione di un codice mutilato dalle azioni tipiche di tutela presenti nel disegno originario⁸³.

Tuttavia, poiché la materia in esame rientra fra quelle di giurisdizione esclusiva, ai sensi dall'art.133, comma 1, lett a) n. 3, per le quali la Corte Costituzionale ha riconosciuto al giudice la titolarità di tutti gli strumenti necessari a dare adeguata protezione alle posizioni giuridiche soggettive rimesse alla sua tutela⁸⁴, la espressa disciplina di tali strumenti nell'art. 117 non appare necessaria, in quanto il giudice dispone di tutto il corredo di poteri istruttori, formali e informali, propri del giudizio di cognizione, cui come si è già sostenuto più sopra, attualmente il rito del silenzio è pienamente riconducibile.

Le caratteristiche di semplificazione e celerità del rito vanno, infatti, ricordate con il richiamato principio di concentrazione e pluralità delle forme di tutela finalizzato a dare alla stessa effettività⁸⁵, ai sensi dell'art. 7 comma 7 del codice, e, quindi, vanno

⁸⁰ Ancora di recente la giurisprudenza ha affermato che , attraverso uno strumento giurisdizionale di tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione, non può essere aggirato il divieto per il giudice amministrativo di sostituirsi agli organi dell'amministrazione negli apprezzamenti discrezionali, consentendo ad esso di pronunciarsi sul contenuto di atti riferibili a poteri amministrativi non esercitati, in ragione di quanto posto dal comma 2 dell'art. 34 del Codice, fatta eccezione per le ipotesi in cui venga in rilievo attività vincolata ad esito certo. Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. II, 22.2.2021, n. 2173.

⁸¹ R. CHIEPPA. R GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 2021.

⁸² Di questo avviso M. RAMJOLI, *op. cit.*, p.15 che richiama alla nota n. 30 i lavori preparatori del codice per sottolineare come, invece, l'ipotesi della condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento fosse presente nel testo del codice elaborato dalla Commissione di tecnici e l'obbligo di allegare in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento (art. 42 della bozza originaria).

⁸³ Sulla tormentata genesi del codice e sulla improvvisa mutilazione subita poco prima della sua approvazione da parte del governo per timore di una eccessiva incidenza economica delle azioni di condanna F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 658.

⁸⁴ Corte Cost. sentenza 18 aprile 2007, n. 140.

⁸⁵ V. CERULLI IRELLI, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni in *Dir. Proc. amm.*, 2012, p. 436 e ss



necessariamente interpretate nel senso più favorevole a chi chiede giustizia. Dunque, far discendere da esse limiti non espressamente previsti dalla legge alla cognizione del giudice, appare in contrasto con la finalità stessa dell'istituto processuale in questione.

Sotto altro profilo, è noto che non mancano, anzi vanno aumentando, le ipotesi in cui nel rito ordinario il giudizio possa essere definito in modo più rapido e già in camera di consiglio, come quelle previste dall'art. 60, quando risulti accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e dall'art. 74, quando sia accertata la manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso o la sua irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità; o quelle di recente introduzione⁸⁶ come la decisione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione con sentenza in forma semplificata prevista dall'art. 72-bis e le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato, disciplinate al comma 4-bis dell'art. 87, entrambe svolte in sede camerale.

Pertanto, l'ordinamento non esclude una certa flessibilità ed atipicità delle forme⁸⁷, purché siano rispettati i principi fondamentali del contraddittorio e della parità delle parti, sanciti dall'art. 111 Cost., riconoscendo al titolare della funzione giurisdizionale, in taluni casi, la possibilità discostarsi dal modello processuale del rito di riferimento, quando ciò meglio garantisca effettività della tutela ed economia del processo in coerenza con l'art. 24 della Costituzione⁸⁸.

L'attuale quadro normativo, quindi, appare compatibile con una azione semplificata in cui il giudice amministrativo possa contestualmente svolgere la necessaria e preventiva attività di accertamento sull'illegittimità del provvedimento o del silenzio e, contestualmente, determinare le condizioni per il concreto rilascio del provvedimento, anche quando non siano stati raccolti elementi sufficienti per la condanna diretta, sollecitando con i suoi poteri istruttori il completamento del procedimento amministrativo.

Nella descritta direzione di "sintesi" va, ad esempio, la recente scelta del legislatore di riformare il procedimento sommario di cognizione nel codice di procedura civile⁸⁹ realizzata dall'art. 5, alla lettera n) della legge n. 206/2021 che dispone i criteri di delega volti a trasformarlo in un "procedimento semplificato di cognizione" nelle ipotesi in cui i fatti di causa siano tutti non controversi; l'istruzione della causa si basi su prove documentali o di pronta soluzione; oppure sia richiesta un'attività istruttoria costituenda non complessa.

⁸⁶ Il riferimento è all'art. 17, comma 7, lett. a), legge n. 113 del 2021.

⁸⁷ Sul tema, S. FOA', *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli 2012.

⁸⁸ Sul tema. M. CLARICH, *Tipicità* op. cit., p. 582 che ricorda la già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 con la quale è stato affermato il principio della piena tutela dell'interesse legittimo in giudizio che comporta il corollario dell'adeguatezza dei poteri per il giudice.

⁸⁹ Introdotto dalla legge n. 69/2009 che ha disciplinato detto procedimento agli artt. 702-bis, 702-ter e 702-quater del Capo III-bis, del Titolo I del Libro Quarto.



Su tali presupposti, il d.lgs. 10 ottobre 2022 n.149, attuativo della delega, ha abrogato gli artt. 702 bis, *ter e quater* del codice di procedura, introducendo il nuovo art. 281 *decies* che prevede la possibilità per il giudice, valutata la maturità della causa per la decisione, di disporre con ordinanza la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario, se ritiene debba svolgersi un'istruttoria complessa, o di fissare una udienza per la discussione orale, per poi decidere, sulla base dei mezzi di prova allegati, la questione in modo definitivo. Così che tale rimedio, da sommario diviene semplificato, costituendo di fatto un giudizio a cognizione piena, alternativo all'ordinario giudizio di cognizione.

Se non ostanto ad una tutela effettiva della pretesa i poteri esercitabili dal giudice, è alla natura stessa della giurisdizione amministrativa e alla sua specialità che bisogna guardare per comprendere e ridefinire, senza forzature, il limite alla possibilità di condannare l'amministrazione al materiale rilascio del provvedimento, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva che non può essere estesa al merito.

Ciò, partendo dal dato acquisito per cui, nell'ipotesi di attività discrezionale non esercitata, la sostituzione del giudice all'amministrazione non è ammissibile, sulla base del più volte richiamato divieto imposto dall'art. 34, mentre, quando non venga in rilievo l'esercizio del potere autoritativo, è dubbia e dibattuta la stessa giurisdizione amministrativa, ritenendo le corti superiori sia amministrativa che ordinaria che in questo caso si debba avere riguardo alla natura della pretesa fatta valere in giudizio⁹⁰.

Tanto a prescindere che si qualifichi il silenzio come inadempimento o come diniego, ipotesi quest'ultima, come visto, già tentata dall'ordinamento alle origini, ma

⁹⁰ Cfr. Cons Stato, sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751 per il quale "con la procedura di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., in tema di silenzio della p.a., sono tutelabili unicamente le pretese che rientrino nell'ambito della giurisdizione amministrativa, nel senso che le controversie sull'assetto degli interessi regolato dal mancato diniego espresso rientrano in una materia devoluta alla giurisdizione del plesso amministrativo e siano giustiziabili, nel senso che sia ravvisabile un dovere della p.a. di provvedere. Il rito speciale del silenzio in questione non ha lo scopo di tutelare, come rimedio di carattere generale, la posizione del privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della p.a., bensì quello di apprestare una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali". Di recente, T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 06/06/2022, n.516 secondo cui è inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto per la declaratoria dell'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso relativamente al silenzio serbato dalla Questura di Latina, con riferimento all'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di famiglia, che è oggetto di un diritto soggettivo.

In proposito, anche la Corte di Cassazione ha stabilito che "il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione, previsto dal D. Lgs. n. 104 del 2010, art. 117, quale strumento processuale di tutela contro l'inerzia della stessa p.a., non fonda bensì presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo sulla pretesa sostanziale alla quale si riferisce la dedotta inerzia, non determinando una ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva di detto giudice, per cui è alla natura di tale pretesa che occorre avere riguardo ai fini del riparto della giurisdizione (cfr. Cass S.U. 18152/2015).



accantonata per l'impossibilità, condivisa anche della Corte Costituzionale⁹¹, di associarvi una presunzione di consumazione del potere⁹².

Peraltro, l'istituto del silenzio diniego è giustamente guardato con sospetto ed è residuale nel nostro ordinamento che lo prevede in pochi casi, fra cui, quello del diritto di accesso documentale, su cui si tornerà in seguito. Ciò in quanto esso "autorizza" la violazione del principio della buona amministrazione sancito dall'art.97 Cost., rispetto all'obbligo di provvedere in modo espresso che, dopo l'introduzione dell'art. 2 della L. 241 del 1990, costituisce un principio generale del nostro ordinamento⁹³.

A ben vedere, infatti, l'effettività della tutela degli interessi legittimi in caso di inerzia, come è stato giustamente osservato, non può avvenire con i modi di protezione dei diritti soggettivi, essendo diverso l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice del diritto pubblico rispetto a quello del diritto privato⁹⁴.

4. La posizione giuridica tutelata nell'azione verso il mancato esercizio del potere nel conflitto fra giurisdizioni. Un interesse legittimo rafforzato?

Ricostruito in termini di supremazia il rapporto pubblicistico fra amministrazione e privato che attende il provvedimento, ne discende che all'obbligo di provvedere

⁹¹ La Corte costituzionale in più occasioni ha precisato che il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'Amministrazione entro il termine stabilito per la conclusione del procedimento, non comporta ex se, in assenza di espressa previsione, la decadenza del potere di provvedere. Cfr. Corte Costituzionale, 18/07/1997, n. 262 e 17/07/2002, n. 355; M.T. Sempreviva, Atto amministrativo, nota a sentenza Corte costituzionale 16 marzo 2013, n. 39 in *Urbanistica e appalti*, 2013, 5, 530.

⁹² A parere del Consiglio di Stato, infatti, la scadenza del termine previsto per la conclusione dell'istruttoria, non determina la consumazione del potere di provvedere in capo all'Amministrazione, né tantomeno l'illegittimità del provvedimento adottato dopo la scadenza. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 27/02/2012. In dottrina G. CORSO, art. 34, in *Il processo amministrativo – Commentario al d.lgs. 104/2010 (a cura di A. Quaranta – V. Lopilato)*, Milano, 2011, pag. 339.

⁹³ Così, T. A.R. Napoli, 5 ottobre 2020 n. 4280 (che richiama cfr. Cds., sez. III n. 5601/2014), pronunciandosi sull'obbligo di un Comune di restituire alcuni terreni illegittimamente occupati o di acquisirli secondo il procedimento previsto dall'art. 42 bis d.P.R. n. 327/2001, ha ritenuto che «< Rispetto all'interesse qualificato e differenziato del proprietario a superare la situazione di incertezza circa la sorte della sua proprietà, determinatasi a fronte della mancata conclusione del procedimento espropriativo ovvero della sua mancata attivazione, è senz'altro speculare l'obbligo dell'Amministrazione - che con la sua azione ha determinato la perdita del possesso del bene da parte del privato - di prendere posizione espressa sull'istanza proposta ex art. 2 L. 241/1990, che trova il suo presupposto nelle esigenze di giustizia sostanziale e nei principi di imparzialità, buon andamento e corretta amministrazione (art. 97 Cost.) che fanno sorgere, nel loro insieme, una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia dell'Amministrazione, con cui si chiarisca definitivamente se sussiste la volontà di procedere all'attivazione del procedimento di acquisizione sanante, col pagamento degli indennizzi previsti dall'art. 42 bis d.P.R. n. 327/2001>>».

⁹⁴ Di questo avviso, R. VILLATA, *Sul nuovo processo amministrativo*, in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 104 cui si rinvia per la puntuale ed articolata ricostruzione delle diverse posizioni sul tema. Tale precisazione evidenzia il ruolo del giudice amministrativo come giudice speciale dell'azione amministrativa che è e deve rimanere distinto dal giudice ordinario, senza cedere, come ha correttamente evidenziato, alla tentazione sminuente di inseguirlo Cfr. M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?* in *Dir. Proc. Amm.* 1/2012 p. 46-78.



dell'amministrazione non può corrispondere un diritto alla risposta del privato, dovendosi configurare quale interesse legittimo la posizione di colui che attende che l'amministrazione riscontri la propria istanza⁹⁵, come di recente affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 23 aprile 2021 n. 7 in materia di risarcimento del danno da ritardo⁹⁶.

Non è, pertanto, condivisibile il diverso orientamento della Corte di Cassazione risalente alle ordinanze delle Sezioni Unite nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, recentemente ribadito, che rivendica alla giurisdizione ordinaria l'ipotesi di una pretesa risarcitoria per lesione dell'affidamento all'emanazione di un provvedimento amministrativo, fondandola su una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede⁹⁷. Tanto, come noto, sul presupposto che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato consegua alla violazione di regole sul rapporto inquadrabile nello schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c.

In particolare, arresti recenti del massimo organo della giurisdizione civile hanno ritenuto applicabile tale orientamento non solo nell'ipotesi in cui il danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo <<ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione>>⁹⁸.

Inoltre, la Cassazione ha, in alcune pronunce, operato una distinzione fra le ipotesi in cui il danno lamentato dal privato sia ricollegabile al mancato esercizio di un potere autoritativo discrezionale, in cui la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. e le ipotesi in cui, il privato denunci l'omesso compimento di un'attività vincolata, ricondotte alla propria giurisdizione⁹⁹. Senonché, come dimostra proprio il caso della presente indagine, all'obbligo di provvedere (in senso positivo o negativo) non corrisponde una posizione di diritto soggettivo in capo al privato neanche dinanzi ad un potere vincolato.

La descritta posizione non appare, infatti, coerente con il criterio generale di riparto di giurisdizione, compatibile con la tesi portata avanti nel precedente paragrafo e condiviso in altre sentenze dalla stessa Corte di Cassazione che attribuisce al giudice ordinario solo le controversie che abbiano ad oggetto comportamenti

⁹⁵ In questo senso T.A.R. Torino, sez. II, 04/10/2022, n.790.

⁹⁶ In particolare, il Consiglio di Stato ha escluso la natura contrattuale della responsabilità amministrativa sul presupposto che nell'attività provvedimentale <<la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria>>.

⁹⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 12/11/2021, n. 33851; 29/07/2021, n. 21768; 2/07/2015, n. 13568.

⁹⁸ Cfr. Cass. Sez. Unite Ordinanza n. 8236 del 28/04/2020.

⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 16/12/2016, n. 25978.



dell'amministrazione privi di ogni interferenza con un atto autoritativo, <<in quanto non configurabile neppure mediatamente come espressione dell'esercizio di un pubblico potere>>¹⁰⁰ e sempre che ad essi corrisponda una posizione di diritto soggettivo¹⁰¹.

Rifacendosi a tale ultimo criterio, va considerata la posizione del privato nei confronti del mancato esercizio del potere.

Diversi, infatti, sono gli elementi, sia nella legge sul procedimento amministrativo che nel codice processuale che fanno propendere per la qualificazione della posizione soggettiva di chi attende un provvedimento, come interesse legittimo.

Innanzitutto, come visto in precedenza, l'azione contro il silenzio riguarda soltanto l'attività provvedimentale in cui l'amministrazione agisce d'autorità e nella quale il privato non fa valere pretese di carattere paritario, come già evidenziato dalla richiamata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha preso posizione rispetto al citato diverso orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

E' importante, a questo punto, sottolineare, per lo sviluppo del ragionamento che si sta svolgendo, come l'utilizzo del termine inadempimento riferito al silenzio, contenuto nel comma 2 dell'art. 31, non sia da ricondurre alla categoria civilistica della prestazione negoziale, ma al dovere pubblicistico di provvedere, cui corrisponde l'esercizio di un potere autoritativo, in mancanza del quale, rientra pienamente nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. la tutela dell'aspettativa lesa.¹⁰²

In questo senso, la distinzione operata dalla Cassazione fra l'ipotesi in cui l'inerzia dell'amministrazione sia stata assoluta e, quindi, non sia stato possibile maturare per il privato un affidamento, e quella in cui, invece, lo svolgimento di una parziale istruttoria favorevole abbia determinato una lesione diretta al bene della vita e, pertanto, mutato in diritto soggettivo tutelabile dinanzi al giudice ordinario la posizione dell'istante, è da contrastare.

Tale interpretazione, infatti, finisce per avallare la lettura restrittiva dei poteri del giudice amministrativo nell'azione avverso il silenzio per cui lo stesso non potrebbe andare oltre l'accertamento del mancato esercizio del potere e la conseguente condanna dell'amministrazione a provvedere quando, invece, secondo il già

¹⁰⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 27/07/2022, n. 23436, in *Giustizia Civile Massimario* 2023.

¹⁰¹ Come nelle ipotesi in cui l'atto o il provvedimento di cui la condotta dell'Amministrazione sia esecuzione non costituisca oggetto del giudizio, facendosi valere unicamente l'illiceità del comportamento del soggetto pubblico ai sensi dell'art. 2043 c.c., suscettibile di incidere sull'incolumità e i diritti patrimoniali del privato. Cfr. Cass., Sez. Un., 12/11/2020, n. 25578; 29/12/2016, n. 27455.

¹⁰¹ Cfr. Cass. Sez. Unite Ordinanza n. 8236 del 28/04/2020.

¹⁰² Viene in rilievo sotto questo profilo anche il più volte richiamato art. 34 del codice, in combinato con l'art. 31 primo comma, che escludono la possibilità che i poteri del giudice amministrativo siano esercitabili a prescindere dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere, in quanto legati o a un provvedimento emesso di cui si denunciano vizi di legittimità o a un comportamento silente quando siano decorsi i termini per provvedere.



richiamato principio di concentrazione delle forme di tutela previsto dall' art.7 comma 7 c.p.a., al giudice amministrativo è attribuita ogni forma di tutela dell'interesse legittimo, compresa quella relativa alla soddisfazione diretta della pretesa, come sancito dall'art. 31 comma 3, nell'ipotesi in cui, pur in presenza di un potere non vincolato dell'amministrazione, l'istruttoria procedimentale sia stata totalmente o parzialmente svolta e siano stati vagliati i profili discrezionali dell'azione.

Riporta all'interesse legittimo anche il principio, affermato nella stessa pronuncia del Consiglio di Stato sopra richiamata e che costituisce corollario del primo elemento, per cui il danno da inerzia o da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo non è risarcibile *ex se*¹⁰³, ma nella misura in cui sia possibile al privato provare che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia dipesa da colpa grave o dolo e sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sua sfera giuridica¹⁰⁴.

Ancora, la circostanza che l'art. 30 c.p.a., nel prevedere, al comma 4, fra le azioni di condanna, quella volta al risarcimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine di concludere il procedimento, la collega al precedente comma 3 in materia di risarcimento per lesione di interessi legittimi, e al termine in esso previsto di 120 giorni.

Infine, la considerazione che, anche quando sia prevista la possibilità di una condanna al rilascio del provvedimento, l'accertamento del giudice, pur in presenza di attività vincolata, ha come oggetto immediato l'obbligo gravante sull'amministrazione di provvedere e la sussistenza di tutti presupposti per l'emanazione del provvedimento e solo in via mediata la pretesa del privato.

Ciò in quanto, come osservato in un recente orientamento del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano, la circostanza che il potere amministrativo sia vincolato, ovvero predeterminato dalla legge nell' *an* e nel *quomodo*, non comporta in ogni caso

¹⁰³ Per un approfondimento, A. COLAVECCHIO, *Interessi procedimentali e tutela risarcitoria. La questione della risarcibilità del danno della violazione delle regole sul tempo del procedimento, affrontata alla luce degli studi di Enrico Follieri* in V. FANTI (a cura di) *Diritto e Processo Amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, I, Napoli, 2019, p. 811 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. Consiglio di Stato Ad. plen, 23 aprile 2021, n. 7 secondo cui la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano (e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale), per cui è necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita.

Già in precedenza, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia i presupposti di carattere oggettivo (danno e suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante) (cfr. Consiglio di Stato, II, 12 aprile 2021, n. 2960 con richiami a C.G.A.R.S., 16 maggio 2016, n. 139; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768; Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638).



la sua trasformazione << in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, perché l'atto vincolato è sempre esercizio del potere autoritativo, in quanto espressione di supremazia o di funzione>>, potendosi configurare anche come "finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico" e, dunque, come forma di esercizio del potere amministrativo autoritativo la cui verifica va attribuita alla giurisdizione amministrativa¹⁰⁵.

Si tratta, comunque, di un peculiare tipo di interesse legittimo rinforzato, come si può ricavare da alcune previsioni che tendono a distinguerne la tutela rispetto alla figura generale, fra cui la possibilità riconosciuta, dall'art.31 comma 2, di riproporre l'istanza oltre il termine di decadenza dell'azione, in deroga al consolidato principio giurisprudenziale per cui il titolare di interessi pretensivi non possa ottenere la riapertura di procedimenti già definiti in sede amministrativa o rimettere in discussione provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili¹⁰⁶, e come la scelta di assegnare la materia del silenzio alla giurisdizione esclusiva, recante la implicita considerazione da parte del legislatore che la materia possa investire anche diritti soggettivi.

Sotto questo ultimo profilo, è interessante considerare il dato per cui la giurisprudenza ha differenziato, nelle molteplici ipotesi di mancato esercizio del potere, l'interesse legittimo alla risposta, a seconda che alla inosservanza del termine speciale o generale per la conclusione del procedimento, corrisponda o meno un preciso obbligo giuridico di provvedere sulla istanza del privato.

Qualora, infatti, l'interesse legittimo pretensivo alla emanazione di un provvedimento è correlato ad un preciso obbligo di provvedere che sussiste, non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche nelle ipotesi in cui l'obbligo di provvedere discenda da principi generali dell'ordinamento, al giudice deve essere riconosciuta la possibilità di accertare ogni possibile profilo di allontanamento dell'amministrazione dal modello legale, anche se la decisione presenti profili di discrezionalità, non

¹⁰⁵ Così, Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802, con nota di A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione*, in *Gustizia insieme*, 18 11. 2021. Il quale distingue l'ipotesi in cui il potere vincolato è finalizzato a soddisfare interessi pubblici, dove il potere esercitato <<resta autoritativo e quindi resta la giurisdizione amministrativa>>; da quello in cui il potere non sia vincolato a interessi pubblici per cui l'atto non è esercizio del potere amministrativo, <<ma soddisfa interessi privati e quindi ha bisogno d'una capacità privata dell'amministrazione, che possa gestire diritti soggettivi, propri e altrui. Il che spiega la giurisdizione ordinaria>>. Sul tema si veda A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 113 ss; .G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2021, 42 secondo cui <<Anche i poteri vincolati sono rivolti al perseguimento dell'interesse pubblico (negli esempi fatti, alla certezza dell'identità delle persone ...): ma ogni valutazione relativa ad esso è stata assorbita dalle norme che regolano l'attività, sicché seguire le norme significa al tempo stesso perseguire l'interesse pubblico da esse definito e in esse in qualche modo incorporato.>> F. FRANCIOSI, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 317 ss.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 marzo 2015 n° 1182; sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181; 6 ottobre 2001, n. 5307; 9 agosto 2005, n. 4227.



potendosi ritenere, in questi casi, compreso nel ventaglio delle opzioni dell'amministrazione, anche quella di non provvedere.

Tali situazioni sono state ricollegate, ad esempio, alla sussistenza di particolari ragioni di giustizia sostanziale¹⁰⁷, ovvero di particolari rapporti esistenti tra amministrazioni ed amministrati i quali impongano l'adozione di un provvedimento espresso¹⁰⁸.

Diversamente, quando la discrezionalità è massima, inerendo a scelte di indirizzo politico o espressione dell'autonomia dell'ente, il non provvedere non può essere sanzionato, configurandosi esso stesso come scelta non sindacabile¹⁰⁹. Non sussiste, infatti, l'obbligo di provvedere in caso di atti espressione di un potere tipicamente discrezionale nell'*an*, dovendo essere riconosciuta ad eventuali istanze rivolte all'esercizio di siffatto potere una funzione meramente sollecitatoria.

E' il caso del riesame in autotutela di un provvedimento, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di verifica della legittimità dell'atto amministrativo e configurandosi la posizione del privato, in questo caso, quale mero interesse di fatto¹¹⁰, ma anche il caso della richiesta volta all'emanazione di ordinanze *extra ordinem*.¹¹¹

Nelle ipotesi intermedie in cui, invece, l'obbligo per l'amministrazione di provvedere discende dall'art. 2 comma 1 della legge generale sul procedimento, l'indicazione contenuta all'art. 31 comma 3 c.p.a. che consente al giudice di pronunciarsi anche sulla spettanza della pretesa solo se non residuano ulteriori margini di esercizio della

¹⁰⁷ Di questo orientamento il Tar Campania, Napoli, sez. V, nella sentenza 29 aprile 2019, n. 2293 sul diritto del proprietario di ottenere dall'amministrazione la dichiarazione di inservibilità di un terreno colpito da decreto di esproprio, ma non utilizzato, perché ne sia possibile la restituzione.

¹⁰⁸ In questo senso si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601, in una fattispecie relativa ad una richiesta avanzata da parte del proprietario di un immobile abusivamente occupato da parte di esponenti di un centro sociale e volta all'esercizio del potere di sgombero, ritenendo sussistente l'obbligo della PA di provvedere, poiché l'abusiva occupazione di un bene, seppur privato, determina la sussistenza di ragioni di giustizia sostanziale che richiedono anche l'intervento dell'amministrazione a tutela dell'incolumità pubblica.

¹⁰⁹ Di questo tenore la sentenza C.d.S. del 09.03.15 che ha ritenuto non sussistere l'obbligo di provvedere su una istanza presentata ad un ente locale di modificare un regolamento, in considerazione del carattere normativo ed organizzatorio del potere regolamentare esercitato dalla p.a., le cui scelte spettano esclusivamente all'Ente locale.

¹¹⁰ La giurisprudenza sul punto è vasta e consolidata. Per richiamare recenti arresti, si veda Consiglio di Stato sez. III, 5 ottobre 2022, n.8535 che riconduce alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione il potere di riesame assegnando alle eventuali istanze di parte, valore di mera sollecitazione. In senso conforme, T.A.R. Campania, Napoli, sez.VIII, 7 ottobre 2021, n. 6351 che ha ribadito la non sussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte del sollecito di annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990 avanzata nei confronti di un provvedimento amministrativo, ormai inoppugnabile. Il principio è stato affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 13/07/2017, n. 181, in cui a proposito dell'autotutela tributaria la Corte ha sostenuto che la stessa costituisce un potere esercitabile d'ufficio da parte delle Agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali, e non uno strumento di protezione del contribuente, «sicché il privato può naturalmente sollecitarne l'esercizio, ma la segnalazione non trasforma il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso» in *Diritto Processuale Amministrativo* 2018, 2, 686.

¹¹¹ Cfr. T.A.R. Genova, (Liguria) sez. I, 25 novembre 2022, n.1013.



discrezionalità, se da un lato ha ampliato la possibilità di soddisfazione diretta della pretesa prima circoscritta all'ipotesi di mancato esercizio di un potere vincolato, appare ancora insufficiente ad assicurare una tutela diretta del bene della vita, non essendo di facile determinazione l'accertamento dell'esaurimento della discrezionalità nel giudizio amministrativo.

Nei casi di attività discrezionale, infatti, il sindacato del giudice amministrativo resta comunque esterno, ossia limitato alla verifica se il potere sia stato correttamente esercitato o meno, con la sola eccezione, individuata dalla giurisprudenza dei casi di attività "vincolata in concreto", ossia nei casi in cui l'amministrazione, attraverso il meccanismo del c.d. autovincolo, abbia azzerato la discrezionalità prevista a livello normativo¹¹².

Fuori da tale ipotesi, infatti, difficilmente al giudice sarà possibile superare eventuali eccezioni dell'amministrazione sulla necessità di svolgere ulteriore attività, a meno che le stesse non risultino evidentemente dilatorie e strumentali. Ciò anche se i profili da vagliare siano di discrezionalità prevalentemente tecnica come nel caso di rinnovazione di una concessione, a seguito di una istanza di subentro.¹¹³

Infine, fuori dai casi espressamente previsti dall'art. 31 comma 3, come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 71/2015, non potendo il giudice amministrativo inserirsi nel circuito della decisione politico-amministrativa¹¹⁴, la tutela non può, allo stato, che realizzarsi in due fasi, quella della condanna a provvedere e quella eventuale dell'esercizio del potere sostitutivo in sede di ottemperanza e si potrà giungere ad attribuire al ricorrente il bene della vita solo entro i limiti del giudicato che coincidono con il perimetro di sindacabilità della pretesa sostanziale da parte del giudice amministrativo.

Pertanto, per le ipotesi di attività discrezionale parziale o carente, di effettività della tutela si deve parlare non solo in relazione alla natura della posizione giuridica fatta valere, quanto e soprattutto in relazione alla tempestività con cui essa viene garantita nel suo complesso, atteso che i tempi per ottenere una definitiva determinazione amministrativa attraverso la successione di procedimento e processo nella sequenza inerzia – condanna – ottemperanza – esecuzione –, potrebbero vanificare l'utilità perseguita dal ricorrente, rendendo irrealizzabile in forma specifica l'obbligazione nascente dal giudicato.

¹¹² Tale ipotesi, viene infatti ricondotta alla previsione di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a. che consente al giudice di pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, non solo quando si tratta di attività vincolata in astratto (ossia vincolata già a livello normativo), ma anche quando, per effetto di vincoli esterni di carattere non normativo o di autovincoli, risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Cfr. T.A.R. Trento, sez. I, 23/05/2022, n.99.

¹¹³ Cfr. T.A.R. Roma, sez. II, 04/02/2020, n.1492.

¹¹⁴ Nella citata sentenza, la Corte ha infatti ribadito che il giudice amministrativo, nel caso di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., non può condannare la P.A. all'adozione di un atto specifico, dovendosi limitare all'accertamento dell'obbligo generico di provvedere entro il termine all'uopo fissato.



Tanto più che l'ordinamento si limita ad individuare in capo all'amministrazione, in questi casi, una responsabilità di tipo contrattuale che l'art. 112, comma 3, c.p.a. sottopone ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica, per cui l'impossibilità di adempiere in forma specifica non fa venire meno l'obbligazione <<ma la converte, *ex lege*, in una diversa, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica>>¹¹⁵.

Tale forma di monetizzazione della pretesa insoddisfatta, oltre a provare l'insufficienza degli strumenti processuali di tutela nei confronti del mancato esercizio del potere a fare giustizia in un tempo utile alla realizzazione dell'interesse sostanziale, lede il principio del giusto processo¹¹⁶ ponendo i privati, talvolta costretti alla resa per sfinimento, in una situazione di minorità¹¹⁷.

Sebbene, infatti, come è stato giustamente notato, la considerazione del tempo procedimentale come autonomo bene della vita sia un valore aggiunto nell'ordinamento più recente e comporti la possibilità di essere risarciti per equivalente e per il danno da ritardo nella conclusione del procedimento¹¹⁸, proprio tali garanzie rischiano di porsi come limiti alla effettività della tutela in ambito processuale, offrendosi come alternative alla materiale soddisfazione della pretesa che, però, resta l'unico modo di assicurare una tutela piena ed effettiva e il fine intrinseco della stessa funzione giurisdizionale¹¹⁹.

5. *Obbligo di provvedere e tutela della pretesa in sede processuale; si intravede qualche spiraglio.*

Il richiamato articolo 2 della legge sul procedimento amministrativo, stabilendo che le amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con provvedimento espresso, costituisce attuazione di un principio generale rafforzato dal più recente inserimento nell'art. 1 della legge n. 241/90 del comma 2-bis, in base al quale i rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino devono essere improntati alla buona fede e alla collaborazione in tutta l'attività amministrativa e non solo in quella di tipo non autoritativo, già regolata dalle norme di diritto privato in cui detti principi operano pacificamente.

¹¹⁵ Consiglio di Stato ad. plen. 12/05/2017, n. 2, in *Foro Amministrativo* (II) 2017, 5, 1012.

¹¹⁶ L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del giusto processo applicato al giudizio amministrativo* in *www.giust.it*.

¹¹⁷ Secondo una evoluzione procedimentale e giurisdizionale che determina una crisi di cooperazione tra amministrazione e parte privata, risolvendosi in un rimpallo tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto. Così Cons. Stato, 25/02/19 n.1321, in *diritti fondamentali.it*

¹¹⁸ Sul valore del tempo nel rapporto fra effettività della tutela e ragionevole durata del processo M. INTERLANDI, *L'abuso del tempo nel processo amministrativo. Effettività della tutela e certezza del diritto* in L. DI SANTO (a cura di) *Diritto nel tempo e tempo nel diritto*, Milano, 2016. P.41 – 67.

¹¹⁹ Sul tema, G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.* 3, 2013, p.401.



Il dovere di concludere un procedimento in modo espresso ed entro un termine certo è divenuto, quindi, espressione di tale obbligo collaborativo, rispondendo alla necessità di evitare che il privato resti per un tempo indefinito sottoposto all'incertezza provocata da una condotta negligente e poco chiara della p.a.¹²⁰

In questo senso, la possibilità prevista al comma 1 del citato articolo di emettere un provvedimento in forma semplificata con cui è possibile definire il procedimento nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda attraverso una motivazione sintetica, offrendo all'amministrazione un corredo strumentale per facilitare l'adempimento dell'obbligo di provvedere, implicitamente rimarca l'obbligo stesso, sebbene un orientamento giurisprudenziale, non condivisibile, tenda ad escluderlo.¹²¹

La certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere vengono riconosciuti, quindi, come elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento, perché, secondo il giudice costituzionale, con l'art. 2 viene cristallizzata «l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi sub procedurali», dando così «applicazione generale a regole, in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico»¹²².

Anche la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato, in più occasioni, come l'obbligo di conclusione del procedimento, previsto al detto art. 2, abbia il proprio fondamento giuridico nei principi costituzionali fondanti l'azione amministrativa ed in particolare "l'imparzialità", il "buon andamento", la "trasparenza", "l'affidamento"¹²³.

¹²⁰ G. MORBIDELLI, *Introduzione all'attività amministrativa*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005.

¹²¹ Secondo tale orientamento, non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento avviato d'ufficio o su istanza di parte nei casi limite di domande manifestamente assurde, o totalmente infondate e al cospetto di pretese illegali (Cfr. Consiglio di Stato Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012 n. 4065). G. TROPEA, Recensione a N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere in PA, persona e amministrazione*, 2/2018, p. 501

¹²² Così si esprime la Corte Costituzionale già nella sentenza 23 luglio 1997, n. 262, in Giur. cost., 1997, p. 2406.

¹²³ Di recente, T.A.R. , Trento , sez. I , 30/09/2022 , n. 161 secondo cui in presenza di una formale istanza del privato, l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte «il legislatore, infatti, ha imposto alla P.A. di rispondere in ogni caso, tranne le ipotesi limite di palese pretestuosità, alle istanze dei privati nel rispetto dei principi di correttezza, buon andamento, trasparenza, consentendo alle parti di difendersi in giudizio in caso di provvedimenti lesivi dei loro interessi giuridici». In chiave evolutiva dell'orientamento si vedano, fra le tante, Consiglio di Stato, Sez IV, 2 novembre 2004, n. 7068, per cui l'obbligo dell'Amministrazione di rispondere alle istanze dei privati è "conforme agli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà, insiti nei principi di imparzialità e



Dunque, qualora il silenzio non assuma un significato positivo, la sua qualificazione come rifiuto di provvedere, piuttosto che come diniego, si fonda sul diritto di chi si rivolge all'amministrazione di ricevere un atto scritto in cui l'amministrazione espliciti, anche succintamente, le ragioni del mancato accoglimento della sua istanza¹²⁴ radicato nel più generale interesse pubblico alla buona amministrazione¹²⁵. In particolare, l'obbligo di provvedere scaturisce non soltanto da specifiche previsioni di legge attributive del potere amministrativo in capo alla p.a. da esercitare entro il termine ordinario previsto dall' art.2 o in quello *ad hoc* fissato da norme speciali, bensì anche dai principi informatori dell'azione amministrativa e dai doveri solidaristici di correttezza e buona fede che obbligano l'amministrazione a dare comunque riscontro al privato che vanta una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) della amministrazione.

Tale posizione è stata recentemente sostenuta dal Tar Lazio nell'ordinanza del 22 luglio 2021 n.8854, con cui ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 comma 3 del T.U. Edilizia per violazione degli articoli 3, 97, 24 e 113 Cost. In particolare, secondo la ricostruzione operata nell'ordinanza di remissione, l'art. 36 comma 3 del DPR n. 380/01 violerebbe il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto l'attribuzione del significato di diniego al silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di sanatoria presentata dal privato creerebbe incertezza nel rapporto tra cittadino e soggetto pubblico, impedendo al primo di poter comprendere le ragioni del rigetto. La norma, inoltre, violerebbe i principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza di cui all'art. 97, secondo comma, Cost., in quanto contrasterebbe con i doveri dell'amministrazione di concludere i procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e con provvedimenti espressi,

buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della P.A."; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772, per cui "l'inerzia dell'Amministrazione è contraria ai principi di buon andamento della P.A. e dell'affidamento del cittadino nel corretto svolgimento dell'azione amministrativa che impongono la conclusione di ogni procedimento con un provvedimento espresso"; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318; TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 4 giugno 2010, n.1051, per cui "indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (articolo 97 della Costituzione), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia".

¹²⁴ Sulla esigenza di approntare adeguate garanzie per il cittadino nei confronti dell'inerzia dalla p.a. A.M., SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio inadempimento in Il processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p.510.

¹²⁵ In proposito, con particolare riferimento alla disciplina codicistica, S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*,2010, p. 423 e ss. in cui si pone bene in evidenza come la tutela nei confronti del silenzio inadempimento, non sia posta nell'esclusivo interesse del privato leso dall'inerzia, ma si fondi sull'interesse pubblico al buon andamento amministrativo.



motivati e preceduti da adeguato contraddittorio procedimentale. Conseguentemente, sarebbero violati gli artt. 24 e 113 Cost. in quanto mancando la possibilità di ricostruire l'iter logico valutativo seguito dall'amministrazione attraverso la motivazione, verrebbe leso il diritto costituzionalmente garantito di difesa, dovendo l'interessato proporre una impugnazione al buio e nell'incertezza più assoluta circa il grado di tutela che la propria posizione giuridica soggettiva potrà ricevere dal giudice.

La Corte, con la sentenza 16 marzo 2023 n. 42, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dal Tar Lazio¹²⁶, svolgendo, tuttavia, nella motivazione, alcune considerazioni in ordine al profilo più interessante nell'analisi che si sta svolgendo che suscitano perplessità.

Ed invero, il profilo di illegittimità prospettato dal TAR Lazio in relazione alla impossibilità per il cittadino comprendere le ragioni del diniego, viene superato con l'argomento per cui nella maggior parte dei casi in cui si ricorre all'accertamento di conformità, la motivazione del diniego sarebbe ricavabile *aliunde* in quanto la domanda è presentata, generalmente, a seguito dell'emanazione di una ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già manifestato le ragioni del suo intervento repressivo, dando conto dei profili di incompatibilità dell'intervento abusivo con la disciplina urbanistica del territorio, probabilmente coincidenti con quelli alla base anche del diniego di sanatoria¹²⁷.

Come riconosciuto dallo stesso giudice, però, questa considerazione vale per la maggior parte dei casi, ma non per quelli in cui l'istanza di accertamento è presentata spontaneamente per i quali l'argomento utilizzato dal giudice costituzionale non è utilizzabile, mancando totalmente parametri anche indiretti da cui trarre le ragioni della scelta tacita.

In ogni caso, questo orientamento della Corte costituzionale testimonia la rilevanza attribuita al tempo, nella prospettiva generale del buon andamento, in relazione, cioè, non solo della soddisfazione delle pretese dei privati, ma come fattore che incide sul corretto contemperamento di interessi pubblici di pari rilevanza.¹²⁸

¹²⁶ Per motivazione insufficiente in ordine al requisito della non manifesta infondatezza della questione, non avendo il TAR rimettente, secondo i giudici costituzionali, fornito un quadro esaustivo e completo della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento.

¹²⁷ Sul punto la Corte richiama l'orientamento del Consiglio di Stato espresso nella sentenza della sezione quarta, 3 aprile 2006, n. 1710.

¹²⁸ La previsione del silenzio diniego è ritenuta rispondente alla necessità e a favore della difesa del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001). Sotto ulteriore profilo, la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 DPR 380/01 relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi che prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento. Tale norma, secondo i giudici, richiede un contenimento temporale del procedimento di sanatoria, non potendo il processo penale arrestarsi *sine die*.



La speciale considerazione che il valore del tempo oggi riceve dall'ordinamento, consente, allora, di assegnare ad esso una posizione direttamente riconducibile all'articolo 2 della Costituzione come dovere inderogabile, funzionale alla piena realizzazione della persona come singolo e come società e di inserire il correlato obbligo di provvedere posto in capo all'amministrazione fra le prestazioni essenziali da garantire, ai sensi dell'art. 117 lett. m) Cost., in modo uniforme su tutto il territorio nazionale per evitare situazioni di disparità incompatibili con il principio di uguaglianza sancito all'art. 3 della Carta fondamentale¹²⁹.

Ed invero, gli strumenti di tutela del tempo possono ritenersi il controlimite a disposizione dello stato comunità nei confronti delle prerogative dello stato apparato, assistito, a sua volta, dai principi, già analizzati, di inesauribilità del potere e di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

Tali principi, infatti, devono essere messi in relazione necessaria con il fine dell'amministrazione che è quello di servire la comunità per cui, nell'ipotesi in cui entrino in conflitto con quelli a tutela della *societas*, non possono che recedere, tanto più in presenza di comportamenti, come l'inerzia, che si pongono come negazione del servizio dovuto al cittadino¹³⁰.

Di recente, la giurisprudenza ha offerto spunti interessanti di riflessione che sembrano aprire ad un bilanciamento dell'obbligo di provvedere con l'aspettativa del privato più rispettoso dell'assiologia appena richiamata.

In alcune pronunce, ad esempio, si è affermato il principio per cui, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, la complessità dell'istruttoria e l'esigenza di

¹²⁹ In questo senso va la recente modifica apportata dall'art. 12, comma 1, lettera l), legge n. 120 del 2020 all'art. 29 della l. n. 241/90 che ha introdotto il comma 2bis. Secondo tale disposizione, infatti, attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.

In dottrina M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*. In A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, pp. 57-94.

¹³⁰ Sulle patologie del rapporto di servizio fra istituzioni e comunità e sulla responsabilità politica del legislatore di non affrontare il problema amministrativo investendo in misure organizzative e di valorizzazione delle risorse umane dell'amministrazione, di recente A. TRAVI, *Pubblica Amministrazione burocrazia o servizio al cittadino? Milano, 2022*, il quale, in relazione all'obbligo di provvedere entro un termine soddisfacente della pretesa evidenza come invece, soprattutto le amministrazioni statali abbiano approfittato della possibilità loro concessa dall'art. 2 della legge sul procedimento di derogare al termine generale di conclusione del procedimento, senza incontrare resistenze politiche particolari in quanto «la fissazione di un termine molto lungo per la conclusione del procedimento è ben gradita agli apparati amministrativi. Riduce, in partenza il rischio di contestazioni di responsabilità per i ritardi; evita i conflitti interni; resi più concreti dalla previsione legislativa di interventi sostitutivi dei dirigenti e di loro eventuale corresponsabilità nel caso di ritardi» (p. 103).



acquisire tutti gli elementi informativi non sottraggono l'amministrazione all'obbligo di provvedere nel termine stabilito per la conclusione del procedimento¹³¹.

Tale orientamento si fonda sull'argomento centrale per cui l'obbligo di concludere il procedimento implica che nel termine previsto siano posti in essere tutti gli atti strumentali a tal fine necessari, compresi quelli istruttori, la cui adozione non comporti alcuno slittamento del termine finale laddove ciò non sia espressamente previsto e non vengano in rilievo ipotesi di interruzione o sospensione del termine. Nel sistema delineato dall'art. 2 della legge n.241/1990, dette ipotesi, infatti, sono tipiche e di stretta interpretazione¹³², per cui, laddove le stesse non siano previste da alcuna disposizione normativa, il procedimento deve comunque concludersi entro il termine previsto dalla legge, quali che siano gli esiti¹³³.

Si tratta di una posizione innovativa rispetto a quella più risalente e ancora maggioritaria, secondo cui, invece, la scadenza del termine, anche perentorio, assegnato all'amministrazione non precluderebbe la possibilità di provvedere tardivamente¹³⁴ e consentirebbe la sua dilatazione per ragioni istruttorie e non solo¹³⁵. Nella medesima direzione di circoscrivere nel tempo l'esercizio del potere pubblico, può essere collocato il principio giurisprudenziale del *one shot* temperato affermato di recente dal Consiglio di Stato in base al quale, a seguito di un primo annullamento giurisdizionale, è riconosciuta all'amministrazione, la facoltà di riesaminare una seconda volta la questione nella sua interezza, ma con l'obbligo di

¹³¹ Così, in relazione all'obbligo di pronunciarsi sulla richiesta di iscrizione nella c.d. white list dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 1, comma 532, l. 109 del 2012 si è pronunciato il T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 01/06/2021, n.367, in 1 Foro Amministrativo 2021, 6, 1032. A sua volta, il T.A.R., Torino, sez. II, 20/09/2022, n.737, nel chiarire che in materia ambientale non si forma il silenzio assenso, a ciò ostando l'espressa previsione ha, però, dichiarato l'obbligo della Provincia di Alessandria di adottare la determinazione conclusiva del procedimento avviato con l'istanza di variante non sostanziale alla autorizzazione integrata ambientale, ai sensi dell'art. 29-nonies, comma 1, del D.lgs. n. 152/2006, sul presupposto che non potesse essere opposta all'istante come motivazione del mancato esercizio del potere la generica necessità di valutazione delle risultanze istruttorie, le quali devono essere necessariamente svolte entro il termine generale o speciale prestabilito nella norma attributiva del potere.

¹³² cfr. TAR Torino, sentenza 12.04.2022, n. 345; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 1461/2019; TAR Genova, sentenza n.233/2020.

¹³³ Tanto anche al fine di consentire agli istanti di valutare, alla luce dei riscontri forniti dall'amministrazione, la fondatezza o meno delle proprie doglianze e di impugnare l'eventuale provvedimento sfavorevole. Cfr. T.A.R. Roma, sez. III, 10.11.2022, n.14617; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10.02.2021, n. 859; Cons. Stato, Sez. VI, 7.06.2018 n. 3460.

¹³⁴ Secondo questo orientamento, il carattere perentorio del termine, se implica e rafforza le responsabilità dell'ente e dei suoi funzionari per il caso di inosservanza di esso, non può comportare *sic et simpliciter* la decadenza del potere dell'amministrazione pubblica di provvedere in ordine all'istanza, a ciò ostando il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo. Cfr. Cons. Stato sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1870; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 19/02/2016, n.322.

¹³⁵ Ad esempio, secondo il T.A.R. Latina, sez. I, 8.7 2022, n.661 una risposta interlocutoria può impedire la formazione del silenzio inadempiuto se l'ente procedente è a sua volta in attesa di un provvedimento propedeutico di altra amministrazione.



valutare, in tale occasione, ogni profilo tecnico e discrezionale, essendole precluso, per l'avvenire la facoltà di riprovvedere.

Detto principio, ha osservato il massimo giudice amministrativo, «costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi, essendo lesa in caso contrario, infatti, il legittimo affidamento dell'aspirante beneficiario»¹³⁶.

Sarebbe opportuno, allora, ripensare il principio di inesauribilità del potere amministrativo rendendolo compatibile, secondo l'attuale gerarchia dei valori dell'ordinamento, con l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento e, quindi, con la possibilità per il giudice amministrativo, non solo di vagliare l'attività eventualmente svolta dall'amministrazione nel corso dell'istruttoria (totale o parziale) del procedimento mai concluso¹³⁷ al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per una tutela diretta della pretesa, ma anche di contenere i tempi dell'istruttoria procedimentale mai avviata e la conclusione del procedimento. Il punto sarà ripreso nelle conclusioni.

6. *La disciplina dell'accesso come paradigma della trasformazione del dialogo fra cittadino e amministrazione nell'evoluzione del principio di trasparenza. L'imprescindibile mediazione del potere come tratto unificante e elemento caratteristico del rapporto.*

La trasparenza è principio generale dell'azione amministrativa rispetto alla quale riveste un ruolo centrale in quanto canone di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione e corollario del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost.¹³⁸

Tale principio ha assunto rilievo crescente, nel più generale ambito del diritto pubblico, come modello di quel rapporto peculiare, cui si è fatto riferimento nei

¹³⁶ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; sul medesimo orientamento cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, n. 660/2017; sez. IV, n. 1321/2019.

¹³⁷ In coerenza con il principio oramai consolidato, formatosi nell'ambito dei giudizi impugnatori, ma estensibile anche a quelli sui comportamenti, secondo cui una volta esaurita la fase discrezionale del procedimento, non è consentito all'amministrazione ritornare sugli aspetti già positivamente valutati, con un esito deteriore per il richiedente, configurandosi un tale comportamento «quale lesione del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri». Così, Consiglio di Stato, sez. VI n. 3480/2022, cit.

¹³⁸ In questi termini si è espressa di recente la Corte Costituzionale nella sentenza 21 febbraio 2019 n. 20, che richiama a, sua volta, le pronunce n. 177 e n. 69 del 2018, n. 212 del 2017, evidenziando come siano direttamente riconducibili al principio di trasparenza gli obblighi di pubblicazione dei dati che l'amministrazione possiede e controlla.

R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm.1989, p.416 e ss. R. VILLATA, *La Trasparenza dell'azione amministrativa*, in V. GASPARINI CASARI, *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth*, Milano, 2005, p. 521 e ss.



paragrafi precedenti, che sorge fra amministrazione e privato nello svolgimento del potere pubblico.

Esso, quindi, si presenta, nella sua dimensione interna, come valore cui l'amministrazione deve tendere e non solo come obbligo cui conformarsi, secondo un modo di essere e di operare, fondato sull'apertura e sulla condivisione delle sue dinamiche e decisioni.¹³⁹

Nella sua dimensione esterna, invece, la trasparenza si pone come garanzia per il cittadino, ma più in generale per chiunque venga in contatto con l'amministrazione, di poter penetrare il potere, guardandovi attraverso¹⁴⁰, con finalità che si sono andate via via ampliando nell'evoluzione che detto principio e il suo corredo strumentale hanno avuto nel nostro ordinamento¹⁴¹.

La necessità di rendere conoscibili i processi di formazione delle scelte amministrative e di coinvolgere in essi il privato ha trovato, come noto, un primo sistematico riconoscimento nella legge n. 241/1990 che, «abbattendo il tradizionale schermo del segreto amministrativo»¹⁴² ha introdotto alcuni istituti, quali il responsabile del procedimento, l'obbligo di motivazione, la partecipazione e, per quanto qui di interesse, l'accesso agli atti, già previsto in alcune discipline di settore¹⁴³, che assume carattere generale¹⁴⁴.

¹³⁹ Per una approfondita ricostruzione dell'evoluzione del principio della trasparenza dalle origini fino all'attuale configurazione come vero e proprio canone dell'organizzazione oltre che dell'azione amministrativa, ancora fragile e da consolidare, ma chiaramente affermato, cfr. E. CARLONI, *il paradigma trasparenza Amministrazioni, informazioni, democrazia*, Bologna, 2022. Secondo l'autore, la trasparenza «si presenta a un tempo come obiettivo, strumento e principio» che tuttavia si frammenta in un complesso sistema di strumenti che costituiscono un fattore di opacità che andrebbe semplificato (anche per non gravare irragionevolmente sull'attività degli uffici pubblici) proprio in relazione agli articolati obblighi di pubblicazione ed informazione, oggi posti in capo alla p.a. cui corrispondono ben tre forme di accesso da parte dei privati (procedimentale, civico e generalizzato).

¹⁴⁰ Nel senso di *trans-incipere* ossia di guardare attraverso e all'interno. Così, G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

¹⁴¹ F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir.amm.* n. 4, 2019.

¹⁴² Cfr. Corte Cost. sent. n. 20/19, cit. Il principio di segretezza sia dell'organizzazione che dell'attività amministrativa caratterizzava gli ordinamenti che hanno preceduto le forme di stato sociale e sussidiario oggi prevalenti, costituendo un elemento costitutivo del potere stesso, che fondava la sua forza e la sua tutela sul concetto di supremazia ossia sulla legittimazione ad esso derivante dalla legge che lo sottraeva alla visibilità e al controllo da parte dei cittadini "sudditi". A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infelice idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp.569 e cc. Sulle peculiarità della della forma di Stato liberale A. CARETTI, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2018, p. 24.

¹⁴³ Particolare rilevanza ha rivestito nello sviluppo del modello generale, l'accesso alle informazioni ambientali che recependo gli indirizzi venuti dalla Convenzione di Aarhus del 1998, introduce con il D.lgs. n. 195/05 una prima disciplina sistematica dell'accesso diverso da quello procedimentale in Italia in cui è prevista l'unica ipotesi in cui il 'quibus de populo' può avanzare istanza di accesso documentale, attesa la straordinaria rilevanza della materia ambientale, tale da giustificare un controllo generalizzato. Sul tema, A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in M. A. SANDULLI, (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1066 e ss. In giurisprudenza, al riguardo, T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 14 marzo 2011, n. 2260.



Tali istituti appaiono finalizzati a dare concretezza, per la prima volta, al modello costituzionale di amministrazione in cui il principio di legalità dell'azione amministrativa per come lo si ricava dagli articoli 97, 98 e 28 della carta fondamentale, secondo cui il potere merita tutela solo se esercitato legittimamente e responsabilmente, si coniuga con il principio di effettività della tutela giurisdizionale ricavato dagli articoli 24, 101, 103 e 113 Cost. che comporta la sindacabilità giurisdizionale sugli atti amministrativi a tutela degli interessi legittimi¹⁴⁵.

Nella prospettiva del presente studio, è questo il momento in cui l'ordinamento individua nel giudice amministrativo l'organo deputato a ristabilire l'equilibrio nel rapporto fra amministrati e amministratori, sebbene entro i limiti di ingerenza, già ricordati, posti a garanzia della separazione dei poteri¹⁴⁶.

Prima della riforma degli anni novanta, infatti, l'organizzazione e l'attività amministrativa erano ancora improntate al modello pre-costituzionale di stampo liberale fondato sugli *arcana imperii*¹⁴⁷ in cui il cittadino, di fatto, poteva conoscere esclusivamente il provvedimento finale adottato in quanto <<non aveva gli strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento>>¹⁴⁸,

Le scelte operate con la legge generale sul procedimento hanno, invece, posto il principio di trasparenza, già ritenuto immanente nell'ordinamento costituzionale¹⁴⁹, in un rapporto di stretta correlazione con il principio del contraddittorio, attraverso cui al privato è possibile partecipare al procedimento presentando osservazioni e documenti, con finalità sostanzialmente difensive ed in relazione a procedimenti

¹⁴⁴ M. WEBER, *Economia e società, Edizioni di comunità*, Milano, 1961, Vol. I, p. 53. Comportava che il cittadino potesse conoscere esclusivamente il provvedimento finale adottato e <<non aveva gli strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento>>. Così, G. CORSO, *potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. Il funzionario amministrativo, infatti, era tenuto a mantenere il segreto sulle attività svolte, secondo quanto imposto all'art 15 del dpr 10 gennaio 1957, n. 3.

¹⁴⁵ Di recente, sul tema, S. TUCCILLO, *Dialogo con le amministrazioni pubbliche e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023, p. 23.

¹⁴⁶ Sul rapporto fra sindacato giurisdizionale e potere amministrativo, In questo senso, Consiglio di Stato sez. IV, 02/09/2011, n.4975.

¹⁴⁷ La nota espressione utilizzata da Tacito, nelle *Historiae* (I, 4) e negli *Annales* (II, 36), è ripresa dalla Corte Costituzionale nella sentenza, 7 maggio 2002, n. 155 con cui il superamento del principio del segreto viene considerato indispensabile a garantire la democraticità dell'iter di formazione delle scelte pubbliche così come ricavabile dai principi costituzionali che presuppongono <<un processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica>>

¹⁴⁸ Così, G.C. DI SAN LUCA, *"Diritto di accesso e interesse pubblico"*, Napoli 2006; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. Di sistema retto sugli *arcana imperii*

¹⁴⁹ R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazione*, cit., il quale evidenzia la strumentalità della pubblicità (e, quindi dell'accesso) alla effettività del principio di trasparenza intesa come finalità "di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini", direttamente riconducibile ai principi di imparzialità, buon andamento e legalità dell'azione amministrativa. Sul valore costituzionale della trasparenza come architrave dell'intero sistema U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.



aventi ad oggetto provvedimenti restrittivi della propria sfera giuridica¹⁵⁰ in cui viene riconosciuto il principio processuale del diritto di essere sentiti¹⁵¹.

In questa fase, i dati in possesso della pubblica amministrazione non sono pubblicati, ma sono accessibili, attraverso una richiesta che l'amministrazione può accogliere o negare, quei documenti già formati e nella disponibilità dell'amministrazione, rilevanti per la tutela di interessi privati, pubblici o diffusi, purché collegati al documento richiesto in modo diretto, concreto e attuale¹⁵².

Il diritto di accesso si configura, quindi, prevalentemente come strumentale alla tutela del privato nei confronti di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del richiedente.

Tuttavia, parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca già ne evidenziavano le potenzialità correlate al più generale fine dichiarato nell'art. 1 della legge sul procedimento, di «assicurare un'effettiva trasparenza della pubblica amministrazione»¹⁵³.

Ciò soprattutto con riferimento alla legittimazione all'accesso (ed alla correlativa tutela processuale) riconosciuta, oltre che alle persone fisiche, agli enti esponenziali di interessi collettivi e diffusi dotati di sufficiente rappresentatività e aventi finalità statutarie, direttamente ricollegabili all'oggetto dell'istanza, considerata strumentale «al diritto alla trasparenza, alla corretta gestione e al buon andamento delle pubbliche amministrazioni»¹⁵⁴.

Esso, inoltre, opera anche nei procedimenti su istanza di parte, funzionali all'ottenimento di un provvedimento ampliativo, favorendo una partecipazione collaborativa, attraverso cui si garantisce al privato la possibilità di introdurre elementi istruttori o deduttivi suscettibili di apprezzamento da parte dell'organo procedente, secondo il modello prefigurato da Nigro fin dagli anni ottanta.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Sulla funzione difensiva della partecipazione procedimentale, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. Trim. dir. Pubbl. 1953, 119 e ss, S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in Arch.Giur. Serafini, 1970, 25 e ss, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 4 e ss.

¹⁵¹ M. D'ALBERTI, *La visione e la voce. Le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. I/2000, p. 1 e ss.

¹⁵² In particolare, l'accesso sia per le ipotesi di esercizio endoprocedimentale che esoprocedimentale, attiene sempre ad una attività di interesse ristretto. Esso appare, infatti, strumentale alla partecipazione procedimentale e, una volta concluso il procedimento, alla tutela giurisdizionale della posizione giuridica incisa dal provvedimento. In questo senso, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, n. 8, 2013.

¹⁵³ T. MIELE, *"Il procedimento Amministrativo e il diritto di accesso"*, G. Giappichelli, 1995.

¹⁵⁴ Questo filone giurisprudenziale si è affermato specialmente in ordine a documenti amministrativi incidenti sull'ambiente e sugli interessi dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 marzo 2011, n. 2260; T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 02 aprile 2009, n. 1274; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 1 febbraio 2007, n. 724.

¹⁵⁵ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in Riv. trim. dir. Proc. civ., 1980, p. 226. Sulla portata collaborativa della partecipazione, M. RAMAJOLI, *Lo Statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge*



Si tratta, però, di una collaborazione circoscritta alla singola pretesa attivata con il procedimento e quindi simmetrica, nel suo ambito oggettivo, alla partecipazione difensiva svolta nei procedimenti restrittivi sopra richiamati.

Peraltro, la finalità difensiva resta prevalente ed è presente anche nei procedimenti ad istanza di parte, attraverso la possibilità per il richiedente di presentare osservazioni volte a evidenziare eventuali profili di illegittimità dell'istruttoria e delle ragioni ostative che l'amministrazione ha il dovere di preannunciare, mediante il ricorso all'istituto del preavviso di diniego disciplinato dall'art. 10 bis, introdotto dalla legge n. 11 febbraio 2005, n. 15¹⁵⁶.

Bisognerà attendere la fine del primo decennio degli anni duemila perché il legislatore italiano indirizzi il sistema a garantire l'effettività del principio di trasparenza oltre il procedimento, attraverso misure volte a fornire al cittadino strumenti di controllo dell'efficienza dell'amministrazione dal punto di vista organizzativo e dell'uso delle risorse pubbliche, con il fine non più di tutelare specifiche posizioni giuridiche soggettive, ma di consentire una diffusa forma di controllo democratico e legittimazione da parte della comunità amministrata sugli amministratori¹⁵⁷.

Tale processo è favorito dall'affermazione in altri ordinamenti, soprattutto di *common law*, del paradigma di *open government*¹⁵⁸ che si pone l'obiettivo di realizzare un nuovo livello di *governance* amministrativa.

L'idea di fondo è che per rafforzare il legame fiduciario tra la collettività e i pubblici poteri (*legitimacy*) devono essere conoscibili le modalità in cui vengono gestite le risorse pubbliche (*accountability*), favorendo la collaborazione dei cittadini nelle scelte politico - amministrative, così da poterle orientare (*participation*)¹⁵⁹.

Questo approccio, rafforzato dalle carte dei diritti e dalla giurisprudenza di matrice europea che riconoscono e valorizzano il diritto dei cittadini ad essere informati e a

n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo in Dir. proc. amm., fasc.2, 2010, p.461.

¹⁵⁶ Fra i numerosi riferimenti giurisprudenziali, si segnalano per l'accuratezza, Consiglio di Stato, sez. IV, 16/02/2010, n. 885 T.A.R. Napoli, sez. IV, 01/09/2022, n. 5561.

¹⁵⁷ A. MEIJER, N. BURGER, W. EBBERS, *Citizens Citizens: Mapping participatory practices on the internet*, in *Electronic Journal of e-Government*, 7, 1, 2009. Sia consentito un rinvio a B. MERCURIO, *Società e decisioni amministrative, profili evolutivi per una democrazia deliberativa*, Napoli, 2021.

¹⁵⁸ Per Open Government si intende un nuovo modello di governance della Pubblica Amministrazione, sia centrale che periferica, che attraverso l'utilizzo e l'implementazione della tecnologia, centrale quindi per lo sviluppo del modello è la digitalizzazione del Paese, e grazie ai nuovi modelli e alle tecniche di comunicazione favorisce la realizzazione di un rapporto più aperto e trasparente con i cittadini.

Per un approfondimento, V. SARTORI, *Open government: what else?*, in Istituzioni del Federalismo, anno XXXIV, n. 3/4, Rimini, 2013; M. CAPALBI, *Open government: un'amministrazione trasparente?*, in *Amministrativamente- Rivista di diritto amministrativo*, fasc. 2, 2012; A. ALOIA, *Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della P.A.*, in www.diritto.it, 2014.

¹⁵⁹ D. LATHROP E L. RUMA, *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, Sebastopol, O'Reilly Media, 2010.



conoscere, muta la prospettiva dell'accesso che da individuale e a domanda si tramuta in obbligo generalizzato di pubblicazione di atti individuati per categorie¹⁶⁰. In Italia, esso è segnato da due tappe fondamentali, nel 2009 e nel 2012, legate a due paralleli processi di trasformazione del sistema amministrativo, quello dell'amministrazione di risultato, secondo cui il miglioramento dell'efficienza pubblica si raggiunge attraverso l'applicazione alla pubblica amministrazione del modello efficientista¹⁶¹ e quello tendente a prevenire fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione.

In particolare, il primo vero passaggio da un'accessibilità individuale a una generale, priva di necessaria legittimazione soggettiva, si ha con d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150¹⁶² che prevede l'accesso totale agli atti e alle informazioni relative all'organizzazione degli enti pubblici, al fine di testarne efficienza e produttività¹⁶³ in cui la trasparenza assume a parametro per valutare e misurare i risultati della amministrazione nel suo complesso e individuale dei suoi dipendenti e dirigenti¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Nel Trattato di Maastricht, la dichiarazione n. 17 già evidenziava l'importanza della trasparenza per rafforzare il carattere democratico delle Istituzioni, I codici di condotta del 1993 sull'accesso ai documenti di Commissione, Consiglio e PE, pur garantendo il più ampio accesso possibile, non prevedono forme di tutela introdotte, successivamente, nel 1997 con il Trattato di Amsterdam con cui il diritto di accesso diviene principio generale dell'UE e diritto fondamentale espressamente richiamato nella carta dei diritti fondamentali (art. 42), collegato al diritto alla buona amministrazione (art. 41). Il Regolamento 1049/2001 amplia ulteriormente il diritto di accesso legittimando qualsiasi cittadino dell'UE e qualsiasi persona fisica e giuridica risieda o abbia sede sociale in uno Stato membro. In caso di diniego è previsto il ricorso al Mediatore o al Tribunale per annullamento della decisione negativa o parzialmente negativa (Cfr. sentenza Turco c. Consiglio T-84/03; sentenza C-552/7). La Corte di giustizia UE, dal canto suo ha fissato il principio per cui l'interpretazione delle eccezioni previste all'art. 4, n. 1, della decisione 93/731, relativa all'accesso dei documenti del Consiglio, deve aver luogo alla luce del principio del diritto dell'accesso all'informazione e del principio di proporzionalità, di modo che, prima di negare l'accesso a un documento in quanto tale, il Consiglio è tenuto ad esaminare l'opportunità di accordare un accesso parziale ai dati non compresi nelle deroghe. Riguardo al principio del diritto all'informazione, detta decisione ha lo scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all'informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell'amministrazione. Così, Corte di Giustizia UE, 02-12-2001, C-353/99, Hautala/Consiglio, sulla tutela dell'interesse pubblico in materia di relazioni internazionali - accesso parziali

¹⁶¹ Sulla partecipazione del privato funzionale al miglior risultato in termini di servizio ricevuto dall'amministrazione G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003, p. 188.

¹⁶² Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

¹⁶³ L'art. 11 del D.L. 150/2009, poi abrogato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, parlava di accessibilità totale "anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle istituzioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolte dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità".

¹⁶⁴ In proposito, la giurisprudenza dell'epoca ha avuto modo di evidenziare <<in virtù di recenti interventi normativi, le procedure amministrative di scelta dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni, unitamente al risultato delle correlative gestioni, sono state assoggettate ad un regime di "piena ed incondizionata pubblicità", a prescindere addirittura da una eventuale richiesta di soggetto specificamente interessato. Si fa riferimento al



La riforma, che tende alla massimizzazione della produttività e alla responsabilizzazione dei dipendenti pubblici attraverso istituti volti a misurarne le *performance*, a vigilare sulla spesa pubblica e, più in generale, a migliorare la qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni¹⁶⁵, introduce una serie di obblighi di pubblicazione strumentali al controllo esterno, sebbene non ancora diffuso, sull'operato della p.a., espressamente escluso, in precedenza, dell'articolo 24 comma 3 della Legge 241/90.

Ad essere accessibili non sono più i soli documenti del singolo procedimento ma, secondo l'art.11 del citato decreto legislativo, tutte le informazioni utili alla valutazione delle performance e la trasparenza viene intesa come <<conoscibilità, da parte di chiunque, di una serie di informazioni predeterminate, rese disponibili attraverso la rete internet>>, secondo un criterio di accessibilità totale¹⁶⁶.

Ciò comporta l'espansione della portata del diritto di accesso che, assurge a principio generale dell'azione amministrativa e viene incluso tra i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2 lettera m) della Costituzione dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 coeva al d.lgs. n. 150/09, che introduce l'art. 29 comma 2-bis nella legge sul procedimento.¹⁶⁷

d.lgvo 27 ottobre 2009, n. 150, che all'art. 11 così statuisce: "1. La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione>>. T.A.R. Cagliari, sez. II, 30/08/2011.

¹⁶⁵ Tra le introduzioni degne di menzione, vi sono i "Piani triennali per la trasparenza e l'integrità", aggiornati ogni anno, con cui vengono indicate le iniziative finalizzate a garantire un adeguato livello di trasparenza e di legalità. Per conseguire tale risultato, le p.a., quindi, in ogni ciclo di gestione delle performance, dovranno obbligatoriamente pubblicare sul proprio sito istituzionale: il programma triennale per la trasparenza e l'integrità, con annesso focus sullo stato di realizzazione; il Piano e la Relazione ex art. 10; l'ammontare dei premi stanziati ed effettivamente distribuiti; i nominativi ed i curricula dei componenti dell'organismo indipendente di valutazione e del Responsabile delle funzioni di misurazione della performance ex art. 14; i curricula dei dirigenti e di coloro che rivestono posizioni organizzative; le retribuzioni dei dirigenti, con l'indicazione anche delle componenti legate alla valutazione di risultato; il compenso e il curriculum di coloro che ricoprono incarichi politico-amministrativi; gli incarichi, retribuiti e non, conferiti a dipendenti pubblici e soggetti privati.

¹⁶⁶ E. CARLONI, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, in *Munus*, 1, 2012, il quale osserva <<si passa da una trasparenza intesa come garanzia dell'accesso da parte di cittadini interessati a determinati documenti amministrativi e direttamente coinvolti in un rapporto col potere al fine di tutelare specifiche posizioni giuridiche protette, ad una conoscenza dichiaratamente aperta al cittadino qualunque, rispetto anche ad informazioni non formalizzate all'interno di documenti (sebbene già precedentemente intesi *latu sensu*), allo scopo di garantire quella forma di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione prima precluso>>.

¹⁶⁷ A mente del quale, a seguito delle ulteriori recenti modifiche apportate dal decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 che ha inserito nei livelli essenziali delle prestazioni la misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti <<Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della



Esso, tuttavia, resta limitato, prevalentemente, all'aspetto organizzativo dell'amministrazione più che alla sua attività¹⁶⁸, rispetto alla quale, forse proprio il concetto di "risultato" ha inciso negativamente sullo sviluppo dell'istituto, in quanto l'accesso e, più in generale, la partecipazione dei privati apparivano confliggenti con il principio di buon andamento, costituendo un aggravio a danno della rapidità delle decisioni¹⁶⁹.

Tale potenziale conflitto, del resto, costituisce ancora oggi un profilo delicato di coordinamento fra due principi comunque riconducibili al buon andamento, quello di trasparenza, appunto, e quello di tempestività.

Ne è testimonianza il recentissimo D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante il nuovo codice dei contratti pubblici, che, all'art.1, inserisce il risultato come primo principio¹⁷⁰, ponendo la trasparenza in posizione strumentale, non contemplandola fra i principi e definendola, al comma 2 del citato art. 1 come <<funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto>>, assicurandone <<la piena verificabilità>>.

Il merito della disciplina del 2009, è stato, però, quello di anticipare l'obbligo di pubblicazione di dati e informazioni rilevanti per il controllo dei cittadini sulla pubblica amministrazione poi esteso dall'introduzione dell'accesso civico che l'ha sostituita¹⁷¹.

L'attuale ampia concezione del principio di trasparenza si deve, invece, alla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, (cd. legge anticorruzione) che ha previsto una delega legislativa per il riordino degli obblighi di pubblicità e trasparenza, poi attuata dal del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 in materia di

presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti>>.

¹⁶⁸ Di nuova accezione di trasparenza organizzatoria dei pubblici poteri, nella quale rimane compresa, ai sensi dell'art. 4 l. 4 marzo 2009 n. 15, e dell'art. 11, d.lgs. n. 27 ottobre 2009 n. 150, anche l'attività valutativa che conduce la p.a. medesima alla scelta del proprio personale, nella copertura dei posti dirigenziali parla il T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo) sez. I, 27/04/2010, n.379

¹⁶⁹ Il raggiungimento del risultato si concretizza attraverso una scelta amministrativa efficace economica ed efficiente. E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in Dir. pubbl., 3, 2009, p. 779 e ss.; C. CHIAPPINELLI, *Le innovazioni della Legge "Brunetta" al sistema dei controlli nel quadro delle altre recenti riforme*, in Rivista delle Corti dei Conti, n.4, 2010, p. 189; Per un inquadramento generale del tema, M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati : atti del Convegno*, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

¹⁷⁰ A mente del quale "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività"

¹⁷¹ Il D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, all'art. 52, comma 5, ha disposto l'abrogazione dell'art. 10 del D.lgs. n. 150/09



prevenzione e repressione della corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Il principio di trasparenza viene, infatti, ridefinito nell' art. 1, acquisendo la più ampia portata di presidio della collettività, a prescindere dal collegamento con un determinato procedimento amministrativo, come era nella legge sul procedimento o a un settore specifico dell'amministrazione, quale l'organizzazione, come era previsto nella legge 159/09¹⁷², allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento di tutte le funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e dunque, sebbene nell'ottica di contrasto ai fenomeni corruttivi e di *maladministration*, il suo esercizio diviene diffuso¹⁷³.

In particolare, viene introdotto, all'art. 5 comma 1 del richiamato decreto n. 33/13, l'accesso civico semplice, strettamente collegato all' obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni, previsto dal precedente art. 3, di pubblicare documenti, informazioni o dati che "chiunque" ha diritto di richiedere nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione¹⁷⁴.

L'obbligo di pubblicazione sui siti web istituzionali viene esteso a tutte le informazioni, anche qualora non abbiano la forma del documento amministrativo¹⁷⁵, acquisendo, così, una valenza attiva come "diritto di informarsi"¹⁷⁶ e una passiva come "diritto di ricevere informazioni"¹⁷⁷.

Si afferma, per tale via, la regola generale della libertà di accesso ai documenti amministrativi, dando concretezza alla trasparenza come pilastro di quel potere visibile e accessibile auspicato da Filippo Turati nella nota metafora della casa di vetro come *modus operandi* dell'amministrazione¹⁷⁸ che è ora chiamata <<all'apertura di nuove porte e finestre e all'illuminazione di nuove stanze >>¹⁷⁹.

L'ampissimo ambito di applicazione soggettiva dell'istituto rappresenta fin da subito una radicale innovazione rispetto alla ristretta disciplina dell'accesso

¹⁷² A. L. MAGLIUOLO, *Trasparenza e Pubblicità nell'azione amministrativa*, in Riv. tel. di dir., 2018

¹⁷³ S. MILAZZO, "Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 Maggio 2016, n. 97", www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁷⁴ Conseguentemente l'amministrazione è tenuta, in caso di accoglimento, e a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale (ar. 5 comma 6).

¹⁷⁵ Sul punto il Tar Lazio – Roma, sez. III, 19 marzo 2014, n. 3014, chiarisce che "Trattasi di una nuova forma di accesso, ontologicamente diversa da quella disciplinata agli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, la cui funzione è di permettere a "chiunque", pertanto a prescindere da specifici requisiti soggettivi di legittimazione attiva, la conoscenza di documenti, informazioni o dati, qualora l'amministrazione abbia violato obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente.

¹⁷⁶ P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in Istituzioni del Federalismo, anno XXXIV, n. 3/4, Rimini, 2013.

¹⁷⁷ M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in Istituzioni del Federalismo – Rivista di studi giuridici e politici, anno XXXIV, n. 2, Maggioli Editore, Rimini 2013.

¹⁷⁸ F. TURATI in Atti del parlamento italiano, Camera dei deputati, sessione 1904 – 1908, 17 giugno 1908.

¹⁷⁹ E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit. pp- 130 – 131.



tradizionale previsto dalla legge n.241/90, rispetto alla quale determina il passaggio da un accesso qualificato e azionabile soltanto qualora sia servente ad un interesse giuridicamente rilevante, concreto e attuale, ad uno il cui esercizio non necessita di un'istanza motivata e in cui non deve essere data prova della <<strumentalità tra le esigenze difensive del singolo con l'atto che si pretende di conoscere>>¹⁸⁰.

Sul versante dell'operatività oggettiva, invece, si evidenziano, inizialmente, significativi limiti rispetto a quanto si ha diritto a conoscere¹⁸¹.

Nella sua originaria formulazione, infatti, l'art. 3 del D.lgs. n. 33/2013, individua una serie di atti e di informazioni da pubblicare obbligatoriamente, suddivisi per categorie che, per quanto ampie, restringono l'ambito oggettivo dell'istituto che, invece, avrebbe dovuto essere impostato seguendo il criterio opposto, prevedendo, cioè, la generale accessibilità, salvo alcune eccezioni tassativamente individuate.

Tale disciplina, dunque, pur rappresentando un significativo passo avanti rispetto all'accesso individuale, non sembra ancora riconducibile al modello del Freedom of information act (F.O.I.A), degli ordinamenti di oltremarica in cui le informazioni pubbliche sono proprietà della collettività che può riutilizzarle liberamente (*open data*) e il diritto all'ostensione è riconosciuto indipendentemente dall'esistenza di un corrispondente obbligo legislativo¹⁸².

Le ragioni di tale, iniziale, incompiutezza, non possono ricercarsi nella esigenza di bilanciamento tra pubblicità e *privacy*, tra diritto all'informazione e diritto alla riservatezza che costituirà, da questo momento in poi, il principale limite all'esercizio del diritto di accesso, da graduare con la rilevanza e la sensibilità dei dati oggetto di pubblicazione¹⁸³. Ciò, in quanto, come è stato giustamente osservato, l'elenco dei

¹⁸⁰ I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale* in Federalismi.it, n. 11/2015

¹⁸¹ Per un approfondimento, A. CONTIERI, *il lungo cammino della trasparenza tra accesso e accesso civico*, in A. CONTIERI, (a cura di) *Argomenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2022, p. 91 e ss; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza*, in *giornale dir. Amm.* 9/9 p. 795 e ss. M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel D.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir e proc, amm.* n. 1/2015.

¹⁸² G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI, (a cura di) *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2018, p. 17 e ss. S. MILAZZO, *"Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97"*, www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁸³ Il diritto di riservatezza, che ha avuto una evoluzione, parallela alla trasparenza. All'indomani dell'approvazione della l 241 del 90 non vi era una reale tutela dei controinteressati, la regola era tutta piegata sulla trasparenza cui si voleva dare piena attuazione. Questi equilibri vengono messi in discussione dalla diffusione del "diritto a restare soli", a chiudersi nella propria sfera giuridica, che diviene diritto alla privacy e alla tutela della sfera personale con il D.lgs. n. 196/2003 (codice della privacy) che impone un necessario contemperamento con la trasparenza e l'accessibilità.

Il bilanciamento che il legislatore fa tra principi in continua tensione, come si evince nel già richiamato parere del 2016 reso dal Consiglio di Stato sulla revisione della legge sulla trasparenza in cui viene rilevato che "il diritto di accedere direttamente e liberamente ai dati ed agli atti detenuti dalla pubblica amministrazione deve necessariamente arrestarsi ove sussista una posizione giuridicamente tutelata dell'individuo. Sul tema, F.



documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria non pare <<sia stato redatto tenendo conto della loro maggiore compatibilità con la tutela della riservatezza, né la categoria di appartenenza appare elemento che possa escludere un conflitto con tale diritto¹⁸⁴>>.

Il mancato riconoscimento del diritto all'informazione come diritto generalizzato, sembra piuttosto derivare dalla volontà, da parte del legislatore, di riservare ai pubblici poteri una valutazione circa l'accessibilità di dati e informazioni a tutela, in via prioritaria dell'interesse pubblico generale, secondo la logica alla base delle precedenti discipline del 1990 e del 2009. Per tali ragioni, la legge 190 è stata definita "imperfetta ma importante"¹⁸⁵.

A ben vedere, dunque, il rapporto fra amministrazione che ha formato o detiene i dati, i documenti o le informazioni e il privato che esercita l'accesso si basa ancora sull'esercizio del potere in quanto è rimesso alla valutazione discrezionale della prima il contemperamento di tale posizione con ulteriori interessi pubblici che possono prevalere sul diritto alle informazioni¹⁸⁶.

7. *Segue. L'accesso civico generalizzato; profili di ambiguità nella disciplina che ne limitano l'effettività e ruolo del giudice amministrativo.*

L'impianto del decreto n. 33 viene innovato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che, oltre ad apportare le richiamate modifiche all'accesso civico, ha modificato l'art. 5, introducendo al comma 2, come è noto, l'istituto dell'accesso civico generalizzato in base al quale chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti individuati al successivo articolo 5-bis cui la norma rinvia.

Secondo il parere del Consiglio di Stato n. 515 del 2016, reso dalla sezione consultiva per gli atti legislativi¹⁸⁷, il nuovo accesso "generalizzato" avrebbe dovuto costituire una matura forma di attuazione all'interno dell'ordinamento del descritto sistema del

PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n.8/2013, 2.

¹⁸⁴ Così letteralmente, A. CONTIERI, *il lungo cammino*, cit. p.103.

¹⁸⁵ V. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, anno XIX, n. 2, IPSOA, Milano, 2013.

¹⁸⁶ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di partecipazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2013, p. 657 e ss.

¹⁸⁷ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, adunanza di sezione 18 febbraio 2016, parere n. 515 sullo "Schema di decreto legislativo recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".



F.O.I. A¹⁸⁸, ponendosi in linea con quanto disposto a livello sovra nazionale dal paragrafo 3 dell'art. 15 TFUE¹⁸⁹ e 42 CEDU¹⁹⁰ in materia di accesso ai documenti delle istituzioni europee¹⁹¹.

Tuttavia, a distanza di sette anni dalla sua introduzione, non sono pochi i limiti emersi e per i quali si è parlato di "trasparenza tradita"¹⁹².

Ed invero, in via di principio, l'accessibilità totale dei documenti e dei dati prodotti detenuti dalle pubbliche amministrazioni prevista all'art. 1 del decreto n. 33/13, così come modificato dall' art. 2, comma 1, del citato d.lgs. n.97/16 ha lo scopo di << tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.>> (art. 1 comma 1).

Si marca, quindi, la continuità con la precedente legge anticorruzione nelle finalità di prevenzione degli illeciti e dei fenomeni di malamministrazione, specialmente erariale, ma viene in aggiunta valorizzata la funzione democratica dell'istituto, finalizzata a favorire la partecipazione del cittadino alle decisioni pubbliche (*opengov*), nella direzione del "diritto ad una buona amministrazione" così come configuratosi ed evolutosi, attraverso la normativa e la giurisprudenza eurounitaria¹⁹³.

¹⁸⁸ Così si esprime il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 515/2016. In particolare, viene evidenziato il mutato ruolo assunto nel nostro ordinamento dal principio di trasparenza "non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una 'casa di vetro, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri". In tale prospettiva evidenzia come la nuova forma di accesso civico libero ai dati e ai documenti pubblici, introdotta dalla novella del 2016, possa ritenersi, almeno tendenzialmente "equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita Freedom of information act (F.O.I.A.)".

¹⁸⁹ "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo."

¹⁹⁰ "Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto".

¹⁹¹ Per un approfondimento sull'armonizzazione della disciplina interna con quella sovranazionale e in senso critico sulla mancata ratifica in Italia della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine dell'entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, in *Federalismi.it*, Osservatorio trasparenza, 21 aprile 2021, pp. 221 e ss.

¹⁹² Sul tema, F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita, Napoli, 2021*. Nell'analizzare il percorso della trasparenza, l'autrice evidenzia elementi di disorganicità ed incompiutezza della disciplina che ne pregiudicano l'effettività, soffermandosi in particolare sull'istituto dell'accesso civico che, anche in ragione di un atteggiamento restrittivo della giurisprudenza, sembra limitato nelle sue potenzialità sotto il profilo sia sostanziale che processuale.

¹⁹³ Così, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>, che, per quanto di interesse in questo scritto, evidenzia come tale diritto dalle molte sfaccettature, include il dovere di diligenza e l'obbligo per l'amministrazione di decidere in un termine ragionevole, nonché il diritto di accesso e il diritto di essere ascoltati dei cittadini che costituiscono <<core principles della buona amministrazione che si sovrappone in larga misura con la "rule of law" e con il principio di legalità inteso in senso ampio, nel campo amministrativo



La trasparenza diviene “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali” (art. 1 comma 2), segnandosi così il passaggio da principio a diritto¹⁹⁴, riconosciuto all’ art. 3 e qualificabile alla stregua di diritto civico riconosciuto *uti cives*, a chiunque¹⁹⁵, sul modello del *right to know* di matrice nord europea e anglosassone¹⁹⁶.

Passando, però, dal livello dei principi a quello della disciplina, il nuovo accesso generalizzato dimostra di <<promettere più di quel che può dare>>¹⁹⁷ sia per limiti propri che per un approccio ondivago della giurisprudenza su taluni profili non secondari ai fini della piena affermazione di questo istituto.

In particolare, seguendo la linea del ragionamento che si sta conducendo, vale la pena soffermarsi su quegli aspetti che incidono sulla tutela giurisdizionale e che stanno determinando una progressiva trasformazione della natura dell’azione in materia di accesso e del relativo ruolo del giudice.

Immediatamente si evidenzia un fattore schizofrenico fra l’accesso alla tutela per il privato che la giurisprudenza tende a restringere e i poteri istruttori del giudice che, invece, sembrano allargarsi.

Quanto al primo profilo, l’art. 5 comma 1 del decreto trasparenza, riconoscendo la possibilità di proporre istanza a “chiunque” senza onere di motivazione, non sembra porre limiti per attivare l’accesso generalizzato in coerenza con la sua finalità di

(“due process of law”)>>. Sul principio in generale, A. ZITIO, *il diritto ad una buona amministrazione nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in Riv. It. Dir. Pubbl. 2002, p. 425 e ss. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2005, pp. 819-857; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, pp. 49-86. C. CUDIA, *il diritto alla conoscibilità* (art. 3), in B. PONTI (a cura di), *la trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013.

¹⁹⁴ C. COLAPIETRO, C. SANTARELLI, *Accesso civico*, in *Il Libro dell’anno del Diritto 2014*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2014.

¹⁹⁵ A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo – Rivista di studi giuridici e politici*, anno XXXIV, n. 3/4, Rimini, 2013.

¹⁹⁶La prima legge sulla trasparenza amministrativa che radica nell’Europa continentale la filosofia oggi rispondente all’Opengov, è di matrice svedese e risale al 1766 quando il re Adolfo Federico approvò l’ordinanza sulla libertà di scrittura e di stampa (*tryckfrihetsförordningen*). Nell’esperienza svedese, su cui molto incisero le influenze luterane del principale promotore di tale fenomeno legislativo, Andes Chydenius, il diritto d’accesso, concretizzato nei principi libertà di espressione e trasparenza amministrativa, veniva concepito come un’espressione di una libertà costituzionale necessaria a limitare i fenomeni di maladministration, tant’è che la *tryckfrihetsförordningen* è una delle 4 leggi fondamentali che compongono la costituzione. Nonostante la risaleza dell’esperienza svedese, questa non si è riuscita ad imporre come punto di riferimento tanto che la stessa Commissione Europea ha individuato l’esperienza statunitense, in cui non si riscontra il rilievo costituzionale delle politiche attive di trasparenza e accesso, quale “ordinamento- modello”. Così, infatti, anche l’esperienza italiana, come la maggioranza di quelle del continente, si discosta dalla “concezione costituzionale” e la genesi del diritto di accesso si rinviene nella necessità di difesa di altri e diversi interessi qualificati, la cui esistenza diviene il presupposto per l’esercizio del diritto.

¹⁹⁷ C. MARZUOLI, *Trasparenza e chiunque*, brevi note in E. CARLONI, A. PIOGGIA, B. PONTI, (a cura di), *Lo sguardo del giurista all’amministrazione in trasformazione*, Torino, 2021, p.257.



garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa¹⁹⁸. La posizione sottesa all'accesso generalizzato, infatti, non richiede la sussistenza di un interesse proprio del richiedente, come nell'accesso documentale,¹⁹⁹ né è legata a specifici obblighi di legge, come nell'accesso civico semplice, ma costituita da un generico e indistinto interesse individuale alla conoscenza, protetto in sé e per sé.

Tuttavia, si è assistito, nel tempo, ad un disallineamento della legittimazione procedimentale rispetto a quella processuale, avendo la giurisprudenza sviluppato alcuni orientamenti, talvolta sorprendentemente ed eccessivamente restrittivi, volti a circoscrivere la legittimazione ad agire per l'impugnazione del diniego di accesso o la tutela avverso l'inerzia sull'istanza, che diminuiscono sensibilmente l'effettività dell'istituto, privando coloro che vi ricorrono di tutela davanti al giudice amministrativo.²⁰⁰

In particolare, va richiamato innanzitutto l'orientamento che esclude la possibilità di attivare i rimedi giurisdizionali per i soggetti diversi da quelli che hanno presentato l'istanza respinta o inevasa, sul presupposto, condivisibile in verità, che la disciplina dell'accesso civico non sia configurabile come azione popolare e, pertanto, non comporti l'attrazione della relativa procedura nell'ambito di una speciale e residuale ipotesi di giurisdizione oggettiva nella quale è possibile prescindere dal requisito della legittimazione²⁰¹.

Non altrettanto condivisibili sono, invece, le pronunce che hanno ritenuto utilizzabile lo strumento dell'accesso civico generalizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi della collettività generale dei cittadini,²⁰² o quelle che hanno sanzionato la mancata indicazione nell'istanza delle finalità pubbliche collegate all'esercizio del "diritto di conoscere"²⁰³

Tali approcci, infatti, finiscono per limitare ingiustificatamente l'istituto, impedendo ai privati, pur mossi da un interesse personale, ma non collegato alle finalità difensive o collaborative di tipo procedimentale che giustificano il ricorso all'accesso

¹⁹⁸ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019. Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 10/2022; III, 10 giugno 2022, n. 4735; V, 11 aprile 2022, n. 2670; 3 agosto 2021, n. 5714; 6 aprile 2020, n. 2309; 2 agosto 2019, n. 5502.

¹⁹⁹ Ciò in quanto nel caso di accesso documentale il giudice è chiamato a garantire la realizzazione di una specifica posizione soggettiva giuridicamente tutelata, in funzione e nei limiti dell'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante alla conoscenza di determinati documenti, ed ancora entro i limiti previsti dall'art. 24 della legge n. 241/1990.

²⁰⁰ F. LOMBARDI, *op. cit.* p.230.

²⁰¹ Cfr. T.A.R., Napoli, 10 dicembre 2019, n.5837. In dottrina, con argomenti convincenti circa la carenza dei presupposti sia sul piano sistematico che alla luce dei criteri interpretativi dei testi normativi, per individuare una compiuta volontà del legislatore di considerare l'accesso civico alla stregua di una azione popolare, si veda, M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist del federalismo*, 2013, 425 e ss. p. 442. S. GIACOMETTI, *Diritto di accesso processo amministrativo, effetto Fukushima*, in www.giustiziaamministrativa.it 26.5.2011 Per la tesi contraria, V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, *Dir. Amm.*, 4,2013, 789 ss.

²⁰² T.A.R. Roma, sez. I, 6 settembre 2022, n.11507.

²⁰³ T.A.R. Roma, 2 luglio 2018 n. 7326.



documentale di cui agli artt. 22 e ss della legge n. 241/1990, di acquisire conoscenza sull'operato di una amministrazione.

Tanto, in contrasto con la disciplina introdotta dall' art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 che chiaramente disancora il controllo democratico, esercitato attraverso l'accesso civico dalla legittimazione "difensiva" alla base di quello procedimentale²⁰⁴ e non esclude che lo stesso possa muovere da interessi egoistici²⁰⁵, spettando all'amministrazione in sede di esame e al giudice nell'eventuale sede di tutela, il compito di interpretare la domanda, indagando il suo contenuto, qualificandone l'effettivo tenore e ponendolo in relazione con i limiti (eccezionali) all'esercizio del diritto di accesso²⁰⁶. Ciò che appare impedito dalla inammissibilità preliminare (nel procedimento) e pregiudiziale (nel processo) da cui l'orientamento descritto pretende sia frustrata la pretesa sostanziale prima e l'esigenza di tutela poi.

Quanto alla indicazione delle finalità pubbliche alla cui tutela la richiesta è propedeutica, pur non essendo stato negato che una qualche utilità potrebbe venire dalla stessa alla gestione dell' istanza da parte dell'amministrazione e a evitare quella <<opacità per confusione>>che può derivare dalla grande quantità di dati che è necessario rendere pubblici in assenza di una identificazione chiara delle finalità per cui gli stessi sono richiesti²⁰⁷, non vi è dubbio che sul piano processuale si realizzi un contrasto evidente con la previsione normativa che esplicitamente esime il richiedente dall'indicare una motivazione nella richiesta.

Entrambe le questioni sono state chiarite dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10 con cui, nel precisare che non va confusa la *ratio* dell'istituto con la legittimazione, il Consiglio di Stato ha fissato il principio per cui l'interesse del richiedente <<non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede>>.

Però, proprio in riferimento alla *ratio* individuata nella necessità avvertita dal legislatore di dotare il nostro ordinamento di uno strumento di piena accessibilità funzionale alla democrazia, sul modello del F.O.I.A., la stessa sentenza, ha a sua volta individuato un limite alla legittimazione, affermando che, se da un lato l'accesso civico ben può convivere con altre forme di accesso, ed essere autorizzato

²⁰⁴ V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit. p. 803.

²⁰⁵ In questo senso va il condivisibile orientamento contrario a quello analizzato del TAR Brescia nella sentenza, 13 gennaio 2020, n. 10.

²⁰⁶ Sul potere connotato alla sua funzione di qualificare le domande dei privati in base al loro contenuto, A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in *giustizia-amministrativa.it*, dottrina, 2020.

²⁰⁷ L'espressione è contenuta nella già citata sentenza della Corte Costituzionale 21 febbraio 2019 n. 20. L'idea che *de iure condendo* possa essere utile l'inserimento della finalità nella istanza è fra le conclusioni cui giunge F. LOMBARDI *La trasparenza tradita*, cit. p. 239 e ss.



anche in assenza di un esplicito riferimento ad esso nella richiesta dell'interessato²⁰⁸; dall'altro, tale versatilità è impedita nel caso in cui risulti evidente che l'istanza è stata formulata esclusivamente ed inequivocabilmente come accesso documentale ai sensi della legge n.241 del 1990. Ciò sul presupposto che non sia possibile, in sede procedimentale, imporre all'amministrazione di convertire l'istanza né, successivamente ammissibile richiedere al giudice tutela per tale posizione.

Questa posizione è stata ritenuta da taluni contraddittoria in quanto a fronte dell'approccio di grande *favor* dimostrato verso l'accesso generalizzato, volto a volerlo liberare dai lacci delle ambiguità legislative, il Consiglio di Stato si sarebbe poi ritratto dianzi a un presunto limite che poteva essere, invece superato.

In particolare, sul piano procedimentale, si è sostenuto che l'Adunanza plenaria si sarebbe contraddetta rispetto alla facoltà riconosciuta nella stessa sentenza di esaminare una richiesta formulata come accesso documentale anche come accesso generalizzato <<laddove contenga gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo civico>>, mentre sotto il profilo processuale, sulla base dell'interpretazione costante dell'art. 183 c.p.c. (norma applicabile al giudizio amministrativo, attraverso il rinvio operato dall'art. 39 c. p.a.) il giudice può convertire la domanda se vi è identità di *petitum* e *causa petendi* che, in questo caso, sussisterebbe²⁰⁹.

Pur dubitandosi della sostenuta identità di *causa petendi* fra accesso documentale e accesso civico, in quanto la ragione giustificatrice della domanda che, a sua volta, coincide con il diritto sostanziale affermato, appare oggettivamente diversa nei due istituti (almeno per ora), la tesi è qui interessante nella parte in cui evidenzia il limite per cui, una volta ammessa la *mutatio libelli*, il giudice si troverebbe ad esaminare per la prima volta una domanda mai vagliata in sede procedimentale

²⁰⁸ In questo senso, la circostanza che l'accesso civico si differenzia da quello documentale riservato esclusivamente a chi abbia un interesse concreto e attuale, come quello dell'operatore economico che abbia partecipato alla procedura di gara classificandosi secondo a vedersi affidato il contratto, non può comportare che a quest'ultimo sia precluso l'utilizzo dello strumento espressamente riservato dalla legge a "chiunque" perché ciò contrasterebbe con la tutela del buon andamento amministrativo che l'istituto è finalizzato a favorire, con un approccio espansivo della trasparenza per permettere il controllo non solo sulla correttezza delle procedure selettive, ma anche sulla spesa pubblica e per limitare i fenomeni corruttivi, che costituisce la ratio dell'intervento legislativo del 2016 che ha introdotto l'istituto Consiglio di Stato, Ad.Pl., sent. 2 aprile 2020, n. 10. La sentenza ha ricevuto numerosi commenti, tra cui si segnalano: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi*, n. 16, 2020; F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti pubblici nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2020; S. MANCUSI, *il diritto d'accesso come diritto fondamentale a connotazione solidaristica (note a margine dell'Adunanza plenaria n. 10/2020)*, in *Lexitalia.it*, n.6., 2020; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto d'accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2020; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir.amm.*, n. 4, 2020.

²⁰⁹ F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2022, fasc. 5, pp. 106



dall'amministrazione, il che sarebbe in contrasto con il potere dispositivo del giudice amministrativo previsto all'art. 32 c.pa. di qualificare l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali che con il più volte richiamato divieto, di cui all'art. 34, comma 2, di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

Emerge così nel particolare, il problema esaminato nella prima parte di questo lavoro sul piano generale, circa la insufficiente effettività della tutela nell'attuale sistema processuale amministrativo delle azioni di condanna che comporta la necessità di ripensare il ruolo del giudice soprattutto nelle materie di giurisdizione esclusiva, ampliandone i poteri istruttori e di "direzione" della dinamica fra processo e procedimento che si instaura con l'azione in giudizio, quando il potere non sia stato ancora esercitato o sia stato esercitato in maniera parziale, facendo del processo il luogo di convergenza soddisfacente delle diverse posizioni.²¹⁰

Sul piano oggettivo, alcuni limiti alla piena accessibilità discendono da espresse previsioni del decreto.

Ed invero, l'art. 5 comma 2 non contempla nell'oggetto dell'accesso generalizzato la categoria delle informazioni, il che costituisce certamente un ostacolo alla piena accessibilità secondo il modello di libertà di espressione sancito dall'art. 10 CEDU, comprensivo del diritto di ricevere e comunicare informazioni, entro i limiti stabiliti al successivo comma 2²¹¹, sostanzialmente coincidenti con quelli previsti nell'ordinamento italiano dal citato art. 5 bis del D.lgs. n. 33/2013²¹².

Particolarmente interessante per l'analisi in corso è la disciplina riguardante le eccezioni "relative" legate alle contrarie ragioni di interesse pubblico o privato tassativamente individuate dal legislatore all'art. 5-bis commi 1 e 2 del d.lgs. n.33/2013 per tutti i tipi di accesso²¹³ che, nel caso dell'accesso generalizzato, si sommano alle ulteriori eccezioni "assolute", previste dallo stesso art. 5-bis al comma

²¹⁰ Si rinvia alle proposte formulate nel quinto paragrafo, a proposito del silenzio inadempimento.

²¹¹ A mente del quale <<L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario>>.

²¹² La restrizione è ribadita nelle linee guida F.O.I.A. adottate dall'ANAC d'intesa con il Garante della privacy con delibera 28 ottobre 2016 n. 1309.

²¹³ La norma, al primo comma, esclude l'accesso civico se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Al secondo comma, invece, sono previste le ipotesi di esclusione per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.



3 in cui rientrano <<i> i casi di segreto di Stato e gli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990>>.

Segnatamente, le circostanze che l'oggetto dell'accesso generalizzato non sia individuato a monte, ma consista in una ampia categoria residuale formata da dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di obblighi di pubblicazione e che la relativa istanza non debba essere motivata, comportano che le eccezioni di tipo relativo, devono essere valutate dall'amministrazione attraverso un'attività <<che può presentare anche ampi margini di discrezionalità>>²¹⁴.

Questa valutazione consiste in una indagine sulla portata degli interessi che si contrappongono all'esercizio dell'accesso, svolta attraverso il criterio individuato espressamente ai citati commi 1 e 2 dell'art. 5, dell' *harm test*, in base al quale l'amministrazione può rigettare l'istanza solo qualora l'ostensione sia causa di un pregiudizio concreto in maniera <<altamente probabile>> ad un interesse che si oppone alla ostensione; di tal che la valutazione è tutta concentrata sulla valenza del contro interesse²¹⁵.

La norma non prevede, quindi, per l'accesso generalizzato, l'ulteriore bilanciamento, successivo alla valutazione sul pregiudizio, tra la tutela da assicurare all'interesse da proteggere dalla *disclosure* e la tutela dell'interesse pubblico alla diffusione. (*public interest test*).

Tale verifica è stata però ammessa da un orientamento giurisprudenziale, secondo cui la scelta finale dell'amministrazione sull'istanza di accesso generalizzato deve tenere conto << anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante, operando una valutazione comparativa, secondo il principio di proporzionalità, fra il beneficio che potrebbe arrecare la *disclosure* richiesta e il sacrificio causato agli interessi pubblici e privati contrapposti che vengono in gioco>>²¹⁶ che , è stato prospettato, potrebbe addirittura essere anche svolto in via autonoma, e a prescindere da quello sul pregiudizio, essendo collegato a finalità diverse²¹⁷.

La tesi, sebbene evidenzi il beneficio che deriverebbe dall'inserire un criterio di valutazione ampliativo costituito dalla comparazione degli interessi rispetto a quello restrittivo che caratterizza la verifica del pregiudizio, incontra, a parere di chi scrive,

²¹⁴ T.A.R. Roma, sez. V, 05/01/2023 n. 207.

²¹⁵ ANAC, delibera 28 dicembre 2016, n. 1309 recante *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, cit., 11

²¹⁶ TAR Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486. Per un approfondimento, A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, pp. 603-604.

²¹⁷ E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: arbitri e arbitri*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020.



il limite della espressa esclusione dell'accesso nel caso non si superi la verifica sul pregiudizio.

Di tal che, allo stato, è difficile configurare la verifica sull'utilità come autonoma, se non viene superato il test filtro del pregiudizio, mentre nulla impedisce di far seguire a quello preliminare sul pregiudizio, il successivo giudizio sull'interesse, se questo è volto a favorire l'accesso, soprattutto nell'ambito della ricomposizione di una controversia in sede giurisdizionale.

Tuttavia, in questo caso, il giudice viene investito del compito addirittura di ricostruire l'esatta pretesa, mancando sul piano sostanziale la motivazione dell'istanza e dovrebbe, pertanto, necessariamente ricercare e stimolare, attraverso l'istruttoria, la collaborazione delle parti per addivenire ad una decisione soddisfattiva della pretesa²¹⁸, non avendo coordinate chiare dal privato, né possibilità di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione sul bilanciamento degli interessi che si contrappongono all'accesso che, nell'art. 5 bis, sono individuati per categorie e senza una predefinita gerarchia di valori che possa costituire fonte normativa di legittimazione per una autonoma decisione giudiziaria²¹⁹.

Questa difficoltà comporta, come conseguenza, il rischio di una dequotazione della effettività nella tutela che spetterebbe agli interessati sulla base del principio di piena accessibilità nonché il paradosso che proprio questi ultimi, vengano ritenuti responsabili dell'impossibilità di garantire la loro pretesa.

Ciò emerge con chiarezza in alcune pronunce anche molto recenti con cui il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo il diniego di accesso sulla base di presupposti e limiti che non dovrebbero rilevare nel caso dell'accesso generalizzato, fra cui, quello della mancanza di specificità dell'oggetto della richiesta²²⁰ o quello per cui quando la formulazione non consenta di soddisfare per intero la richiesta, l'amministrazione non ha l'onere di ridefinire l'oggetto dell'istanza, o di suggerirne una riformulazione <<che non può che gravare sull'interessato, quale aspetto della disponibilità della situazione giuridica soggettiva azionata>>²²¹.

Detti orientamenti, basati su un formante consolidato della giurisprudenza in materia di accesso documentale, stanno ridimensionando la portata del principio di leale collaborazione che, con l'introduzione dell'accesso generalizzato, il legislatore ha inteso porre a base del rapporto fra amministrazione e cittadino, in sostituzione dell'accezione più ristretta, valida per l'accesso procedimentale appunto, che circoscrive l'operatività del principio entro i confini della istanza con cui il soggetto

²¹⁸ Sul ruolo del giudice amministrativo nell'incertezza delle norme che definiscono oneri dei privati e compiti delle amministrazioni, si veda A. PAJNO, *Relazione dell'anno giudiziario 2018*, in *Lexitalia* n.1/18

²¹⁹ non rientrando la materia dell'accesso fra quelle oggetto di giurisdizione di merito, ai sensi dell'art. 134 c.p.a.

²²⁰ Cfr. T.A.R., Roma, sezione III - quater, 30 maggio 2022, n. 7036

²²¹ Consiglio di Stato sez. III, 14 marzo 2023, n.2686.



interessato attiva l'amministrazione, e che successivamente costituiscono il perimetro entro cui il giudice può vagliare e disporre.

In particolare, il diverso approccio, ben descritto nella circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, secondo cui l'amministrazione è tenuta ad avviare un dialogo con il privato al fine di valutare la possibilità di meglio definire la stessa domanda, quando questa non appaia immediatamente accoglibile per la presenza di elementi ambigui o generici, in alcune sentenze è stato, addirittura ritenuto solo facoltativo²²².

Quanto al silenzio sull'istanza che, come è noto e sarà successivamente ricordato, nella disciplina sull'accesso documentale acquista il valore di diniego, mentre nel caso dell'accesso generalizzato si qualifica come inerzia, la descritta ambiguità del quadro in cui si trova ad operare, richiede al giudice, innanzitutto una valutazione circa la possibilità di pronunciarsi direttamente sulla pretesa, ordinando l'esibizione di quanto richiesto, in base agli atti prodotti dalle parti nel caso in cui risulti essere stata svolta l'attività discrezionale di bilanciamento degli interessi antagonisti di cui si è detto.

In tutti gli altri casi, che saranno la maggior parte, considerata l'assenza dell'obbligo di motivare l'istanza, il ruolo del giudice, non potendo interferire con le prerogative discrezionali dell'apparato amministrativo, consisterà nell'indirizzarne l'azione verso una tutela effettiva favorendo il rapporto collaborativo sopracitato fra amministrazione e interessato o sarà limitato all'accertamento dell'obbligo di provvedere e alla conseguente condanna a se non vi sono le condizioni per instaurare un rapporto collaborativo fra le parti (nel caso, ad esempio, della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione).

In buona sostanza, il giudice opererà secondo lo schema esaminato, in precedenza, per il silenzio inadempimento, non disponendo di quegli elementi essenziali <<contenuti tanto nella motivazione dell'istanza di accesso quanto nella motivazione del provvedimento per poter accertare la fondatezza della pretesa azionata, rischiando così di infrangersi contro il limite di cui all'art. 34, comma 2 c.p.a.²²³

²²² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza, sez. III, 13 agosto 2019, n. 5702, secondo cui è legittimo il rigetto di una istanza opposta senza dialogo cooperativo, in quanto l'attivazione di tale dialogo sarebbe una mera facoltà, prevista nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 2/2017, non fondata su una previsione legislativa riconducibile agli artt. 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013.

²²³ M. DE DONNO, *La tutela del controinteressato nell'accesso civico generalizzato*, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, Maggioli, 2019. Si segnala la posizione di P. CERBO, *il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in P. Cerbo (a cura di), *il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, Libellula, 2019, il quale osserva che <<molto spesso l'art. 34, comma 2, cpa è stato richiamato per affermare l'impossibilità del giudice di assumere scelte connotate da discrezionalità amministrativa o comunque di compiere valutazioni riservate all'amministrazione: tuttavia, a rigore, entrambe le esigenze sono già salvaguardate dalla previsione dell'art. 31, comma 3, cpa, senza necessità di far riferimento al divieto in esame>>.



8. *Tratti distintivi dei tre tipi di accesso e natura peculiare della posizione giuridica soggettiva ad essi sottesa.*

Con il d.lgs. n. 33/2013, l'ordinamento offre, si è visto, nel suo complesso, una ampia gamma di strumenti generali di conoscenza dell'attività dell'amministrazione, formata dai tre tipi di accesso richiamati²²⁴.

Tali strumenti, diversificati nei fini, presentano un diverso grado di ampiezza soggettiva e oggettiva e una capacità di resistenza nel contemperamento con altri interessi inversamente proporzionale alla loro ampiezza, come dimostra la giurisprudenza formatasi sul tema del bilanciamento fra il diritto di accesso e il principale interesse antagonista, quello alla privacy.²²⁵

In particolare, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 515/2016 che richiama la tesi conforme proposta dall'ANAC nelle sue Linee guida del 2016, nel caso dell'accesso documentale la tutela può consentire un accesso più in profondità, mentre nel caso dell'accesso generalizzato, le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso più esteso, ma meno profondo, in ragione della maggiore conoscibilità e diffusione dei dati, documenti e informazioni ricevuti e al peculiare regime di riutilizzabilità degli stessi che caratterizza l'accesso

²²⁴ cui si affiancano quelli previsti dalle discipline settoriali, come l'accesso in materia di contratti pubblici o quello alle informazioni ambientali.

²²⁵ Il diritto di accesso documentale, in ragione della sua finalità difensiva è considerato tendenzialmente prevalente rispetto a quello alla privacy, a prescindere dalla sua strumentalità ad esigenze processuali (in questo senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2010 n. 7166; Consiglio di Stato sez. V, 17/03/2015, n.1370). Esso è temperato dal coordinamento con i dati sensibili o giudiziari per accedere ai quali deve risultare indispensabile, e con quelli super sensibili, quali quelli relativi alla salute o alla vita e all'orientamento sessuale, rispetto ai quali l'interesse giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, deve essere di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consistere in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale. con le eccezioni previste dall'art. 60 del D.lgs. n. 196/2003 recante il codice della privacy. In giurisprudenza, di recente, T.A.R. L'Aquila, sez. I, 07/11/2020, n.414.

Nel caso dell'accesso civico generalizzato, invece, è rimesso alla pubblica amministrazione destinataria della richiesta il bilanciamento tra l'interesse del cittadino alla conoscenza dei documenti in possesso della PA e il diritto alla privacy dei soggetti i cui dati personali sono contenuti in tale documentazione, attraverso una valutazione caso per caso della situazione concreta, tenendo conto di tutta una serie di parametri rinvenibili nella legislazione e giurisprudenza nazionale ed europea in materia di protezione dei dati personali e nei principi di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 14 marzo 2023, n. 2686).

Le recenti modifiche introdotte al codice dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che ha inserito il Capo II, vanno nella direzione di procedimentalizzare il bilanciamento. In particolare, l'art. 2 *sexies*, introdotto con la citata novella, al comma 1 prevede che in determinati casi, fra cui, al successivo comma 2 vengono ricompresi anche l'accesso a documenti amministrativi e l'accesso civico, i trattamenti delle categorie particolari di dati personali necessari per motivi di interesse pubblico rilevante, sono ammessi qualora <<siano previsti dal diritto dell'Unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali che specificino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato>>.



civico e generalizzato rispetto all'accesso documentale ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 33/2013²²⁶.

Rispetto al diritto di accesso, in tutte le sue forme, il privato, però, viene posto sempre in relazione con l'esercizio di un potere di accoglimento o di rigetto da parte dell'amministrazione, più o meno vincolato a seconda sia del tipo di accesso che della natura del rapporto giuridico sottostante alla richiesta.

In questo senso, le due tipologie di accesso civico, pur essendo accomunate dalla posizione giuridica soggettiva dell'istante, si muovono lungo binari diversi, come confermato dall'inciso inserito nel quinto comma dell'articolo 5 del decreto 33/2013, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", che determina il criterio di individuazione degli oggetti di richiesta di ostensione nei due diversi istituti.

Segnatamente, l'accesso civico costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge²²⁷, in modo tale da affiancare al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di richiedere e dunque accedere ai documenti, dati e informazioni oggetto di inadempienza da parte della p.a. Diversamente, l'accesso civico generalizzato è strumentale al controllo diffuso vero e proprio²²⁸, finalizzato alla verifica dell'operato dell'amministrazione e alla partecipazione sussidiaria della comunità alle scelte amministrative²²⁹.

In particolare, l'accesso civico è una forma di accesso "proattiva" ovvero volta a stimolare l'amministrazione all'adempimento dei suoi obblighi di pubblicazione. Al contrario, l'accesso generalizzato, come quello documentale, è "reattivo" cioè richiede un'istanza fatta all'amministrazione detentrica del dato o del documento e una sua reazione di accoglimento o rigetto²³⁰.

Con l'accesso documentale, inoltre, l'accesso generalizzato condivide la disciplina di tutela dei controinteressati che, ove individuati, l'amministrazione è tenuta ad informare, tenendo poi conto, in una valutazione caso per caso, delle ragioni eventualmente opposte in un bilanciamento guidato dai vincoli a tutela degli

²²⁶ S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, Napoli, 2020, pp. 497 ss.

²²⁷ ANAC, "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013", delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

²²⁸ S. VILLAMENA, "Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili", in www.federalismi.it

²²⁹ La già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1546 del 2019 evidenzia come la disciplina nazionale del nuovo accesso civico, « si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, quale istituto strumentale volto ad assicurare le condizioni –ovvero la conoscibilità generalizzata degli atti e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione- necessarie "al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico" (art. 5, citato, sull'accesso civico) e quindi volte a favorire la "autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale" (art. 118 Cost., citato, che introduce il principio di sussidiarietà)>>.

²³⁰ Cons. Stato, parere n. 515/16, cit.



interessi privati, previsti dall' art. 5-bis, comma 2 che, per la sua formulazione ampia e generale, organizzata per categorie più che per fattispecie, di fatto assegna all'amministrazione una ampia discrezionalità²³¹.

Occorre, a questo punto, soffermarsi brevemente sulla natura della posizione giuridica sottesa all'esercizio del diritto di accesso, limitatamente al profilo necessario al prosieguo del discorso, di presupposto per qualificare l'azione di tutela nell'ipotesi in cui l'amministrazione resti inerte rispetto ad una istanza di provvedere.

Sul piano generale, al paragrafo quarto sono stati illustrati gli argomenti in base ai quali si assume come interesse legittimo rafforzato la situazione di chi è in attesa di un provvedimento richiesto cui a sua volta, corrispondono prerogative più o meno ampie del giudice in base alla natura vincolata, parzialmente discrezionale o totalmente discrezionale del potere posto in capo alla pubblica amministrazione rispetto al bene della vita oggetto della pretesa.

Nel caso dell'accesso, l'amministrazione ha sempre l'obbligo di provvedere, a meno che la domanda sia manifestamente non accoglibile il che esclude le relative decisioni dal novero delle possibili scelte discrezionali nell' *an* in cui è possibile anche non riscontrare l'istanza.

Il principio che presiede all'esercizio della funzione pubblica è, infatti, costituito dalla generale accessibilità di documenti, dati e informazioni, come chiarito inequivocabilmente dalla Adunanza Plenaria n. 10/2020, rispetto al quale all'amministrazione è rimesso il compito, come visto, di individuare la sussistenza di una delle già ricordate eccezioni assolute o di valutare eventuali altri interessi rilevanti di natura pubblica e privata che possano costituire eccezioni relative, limitando l'esercizio del diritto nelle sue diverse estrinsecazioni e finalità²³².

In effetti, in un primo momento, la posizione corrispondente al diritto di accesso era stata ricostruita in termini di interesse legittimo, in ragione della natura impugnatoria del giudizio e in questo senso si era espressa l'Adunanza plenaria nella decisione 24 giugno 1999 n. 16.

Tale decisione non sopì i contrasti in giurisprudenza, che continuò a registrare orientamenti opposti a quello della Planaria²³³.

La maggiore profondità dell'accesso documentale, aveva, infatti portato a ritenerlo un diritto soggettivo²³⁴, considerando che fosse così denominato dalla stessa legge sul

²³¹ Cons. Stato sez. V, 14 marzo 2023, n.2674. T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 23 giugno 2022 n.925

²³² Che al paragrafo 36.1 statuisce che <<Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge>>.

²³³. Cfr. Consiglio di Stato 7 aprile 2004 n. 1969; 8 settembre 2003 n. 5034, 12 aprile 2005 n. 1679 e 27 maggio 2003 n. 2938.

²³⁴. Cfr. Consiglio di Stato 7 aprile 2004 n. 1969; 8 settembre 2003 n. 5034, 12 aprile 2005 n. 1679 e 27 maggio 2003 n. 2938.



procedimento; che la valutazione fatta dall'autorità pubblica circa l'opportunità di accogliere la richiesta non fosse discrezionale, bensì vincolata a precisi parametri legislativi e che la previsione in materia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non avrebbe avuto ragion d'essere se la posizione da tutelare fosse certamente di interesse legittimo²³⁵.

Tanto, anche alla luce dell'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, a seguito della modifica apportata all' art. 22, co. 2 della legge n. 241/ dalla legge n. 15 del 2005.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, superando le due posizioni fondate sulle categorie classiche, prima con la sentenza n. 6 del 2006 e, successivamente, con la sentenza n. 19 del 2020, ha sostenuto che l'accesso non è né un diritto soggettivo né un interesse legittimo, ma una situazione strumentale volta alla tutela di diritti ed interessi, per la protezione situazioni giuridiche soggettive che possono anche non assumere la consistenza né del diritto soggettivo né dell'interesse legittimo²³⁶.

Nella più volte ricordata Adunanza Plenaria n. 10/2020, infine, criteri elaborati per l'accesso documentale vengono posti in relazione alle forme di accesso civico evidenziandosi come la natura strumentale dell'accesso che nella forma prevista nella legge sul procedimento amministrativo è strumentale al "bisogno di conoscere" per tutelarsi (non necessariamente in giudizio), non muta nell'accesso civico in cui la strumentalità diviene funzionale al "desiderio di conoscere" per informarsi, per controllare, per partecipare e anche, incidentalmente, per sostenere e rafforzare con elementi di rilievo pubblicistico un interesse personale²³⁷.

In buona sostanza, pur arrivando a definire l'accesso civico <<quale diritto fondamentale (c.d. *right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto>>, il Consiglio di Stato, lo assimila all'omologo istituto procedimentale, come strumento per interfacciarsi con l'amministrazione²³⁸, di fatto, riducendone la portata.

²³⁵ S. BELLOMIA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti* Varese, 2000. In giurisprudenza la tesi fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. Viene, inoltre, evidenziata la peculiarità dei poteri istruttori del giudice, volti a valutare la sussistenza dei requisiti sostanziali che legittimano all'accesso. (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2866)

²³⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006 n. 6 e 25 settembre 2020, n.19. Di natura ibrida parla V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018 pp. 15-17.

²³⁷ Nel caso esaminato dall'Adunanza quello al recesso pubblicistico dal contratto non eseguito nel rispetto delle regole pubblicistiche poste a garanzia degli interessi della collettività all'affidabilità dell'operatore e all'efficienza del servizio che allo stesso tempo possono condurre al subentro nel contratto da parte del proponente l'istanza.

²³⁸ La natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi



Si è già osservato, altrove, che ciò ha generato interpretazioni restrittive nella giurisprudenza sia sotto il profilo della legittimazione che dell'ambito oggettivo dell'istituto in questione, dimostrando come, passando dal piano formale a quello sostanziale il nostro ordinamento fatichi a riconoscere, se non nominalmente alla trasparenza e ai suoi strumenti piena dignità ed autonomia.

Sul piano della posizione processuale, invece, la natura di interesse legittimo peculiare, come è stato correttamente evidenziato, non si pone in contrasto con la definizione dell'accesso civico in termini di libertà fondamentale che non è incompatibile con la struttura giuridica dell'interesse legittimo, dipendendo piuttosto dalla circostanza che nell'ordinamento interno la corrispondente relazione che si viene a determinare per garantire detta libertà si attui attraverso una attività vincolata in tutti i suoi aspetti da un precetto normativo, secondo lo schema norma-fatto-effetto proprio del diritto soggettivo o compori una attività di contemperamento tra l'interesse sotteso a quella pretesa ed eventuali altri interessi, pubblici o privati, concorrenti secondo lo schema norma-potere-effetto, proprio dell'interesse legittimo²³⁹.

Il problema è nei poteri esercitabili dal giudice al fine di soddisfare la pretesa di conoscenza fatta valere, garantendo effettività alla tutela, considerato che nel caso dell'accesso generalizzato si ricade evidentemente nella secondo schema, che vincola il giudice entro i limiti posti al suo sindacato, impedendogli in ogni caso di sostituirsi all'amministrazione nell'attività di bilanciamento, alla luce del principio di proporzionalità, attraverso cui valutare se l'esigenza di accesso sia compatibile con la tutela di altri interessi pubblici perseguiti dall'ordinamento o se debba recedere o ancora se possa essere soddisfatta con misure appropriate che prescrivano restrizioni rispetto all'ampia diffusione e al riutilizzo dei dati ricevuti²⁴⁰.

Come visto, infatti, l'attività dell'amministrazione nell'accesso generalizzato, non è totalmente vincolata, trovandosi la stessa a dover compiere valutazioni connotate anche da ampia discrezionalità sull'oggetto della richiesta, in rapporto agli interessi sia pubblici che privati da tutelare, rispetto alle quali, nel caso di inerzia, il giudice non può andare oltre l'accertamento del diritto del ricorrente ad un provvedimento

dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati. Sul punto A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in *Federalismi.it*, 1 marzo 2017

²³⁹ M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2019, pp. 453ss.

²⁴⁰ Su questi presupposti, con la già richiamata sentenza n. 19/2020, la Corte Costituzionale ha stabilito l'illegittimità dell'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui prevede la pubblicazione da parte delle amministrazioni dei dati anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.



espresso e alla condanna dell'amministrazione ad emetterlo; a prescindere da come sia qualificata la posizione di chi agisce.

9. Il dibattito sull'azione processuale nei confronti del silenzio in materia di accesso generalizzato. La maggiore rispondenza dell'art. 117 c.p.a. a tutelare, entro i limiti del possibile.

L'art. 5 comma 7 del d.lgs. n. 33/2013, a proposito della tutela giurisdizionale in materia di accesso generalizzato prevede che avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 c. p.a. il quale è strutturato come azione impugnatoria contro il diniego espresso o il silenzio rigetto sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza.

Analogia previsione è prevista, al successivo comma 8, con riferimento al riesame che è possibile richiedere al difensore civico, ove costituito, negli enti locali e nelle regioni.

Il ricorso, come è noto, è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata (116, comma 1) e il giudice è chiamato a decidere con una sentenza in forma semplificata, in cui potrà ordinare l'esibizione, e ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti.

Né la normativa sull'accesso né il codice del processo amministrativo prevedono una esplicita disciplina della tutela avverso il silenzio inadempimento sulle istanze di accesso generalizzato, se non la possibilità di attivare il richiamato potere sostitutivo del R.P.C.T. o, per gli enti locali del difensore civico, i quali, a loro volta, ai sensi dei commi 7 e 8 dell'art. 5 sono tenuti a provvedere in modo espresso.

L'unico silenzio diniego ricompreso, al comma 1 dell'art. 116 nel relativo rito è quello con valore di diniego previsto dall'art. 25, comma 4 della l.n. 241/90 sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi.

In realtà, nello schema iniziale del d.lgs. n. 33/2013, all'art. 5 era presente l'ipotesi di un silenzio con valore di rigetto anche per l'accesso generalizzato sulla quale il Consiglio di Stato, nel più volte richiamato parere n. 515/16, espresse forti e condivisibili perplessità, evidenziando, in particolare, la contraddittorietà del silenzio rigetto come modo di conclusione di un procedimento collegato ad un istituto volto, invece, a favorire la trasparenza che presuppone la necessità per l'interessato di ricevere una adeguata motivazione sulle ragioni del rigetto, al fine non solo di



potersi tutelare²⁴¹, ma anche di avere chiaro il motivo per cui non gli fosse possibile esercitare la sua libertà d il suo diritto a conoscere, riconosciuto come libertà fondamentale.

Nella formulazione finale della norma, il legislatore ha eliminato la previsione del silenzio rigetto, prevedendo esclusivamente che il procedimento debba concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza (art. 5 comma 6).

Da ciò è derivata la questione interpretativa sull'azione da attivare in sede giurisdizionale qualora l'amministrazione sia rimasta silente. Infatti, la circostanza che il legislatore abbia imposto all'amministrazione di pronunciarsi espressamente sulle istanze di accesso generalizzato, comporta che l'eventuale silenzio da questa serbato rappresenti una forma di mera inerzia, quindi un silenzio inadempimento²⁴².

Così, la prima giurisprudenza ha ritenuto che la tutela fosse da ricercare attivando il rito sul silenzio ex art. 117 c.p.a. e, successivamente, qualora intervenisse un diniego espresso sulla domanda di ostensione, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.²⁴³

Tanto, sul presupposto che l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 non prevede il silenzio diniego come possibile esito del procedimento di accesso e richiama, ai commi 7 e 8, il rito speciale in materia di accesso di cui all' art. 116 c.p.a., con riferimento ai soli casi di provvedimento espresso adottato direttamente dall'amministrazione o in seconda battuta e in sede di riesame, del RPCT o dal difensore civico²⁴⁴.

Secondo questo orientamento, a rilevare è la circostanza che nell'ipotesi in cui l'amministrazione, o in sede di riesame il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza non si siano espressi sull'istanza di accesso, l'inerzia non può essere qualificata come significativa, in particolare in termini di silenzio diniego, ma va considerata, più propriamente, come silenzio inadempimento²⁴⁵.

²⁴¹ In particolare il Consiglio di Stato ha osservato che «<11.11 Sempre con riferimento al comma 5, viene introdotto un caso di silenzio rigetto, la cui finalità "mitigatrice", a fronte dell'estensione dei possibili casi di libero accesso civico, risulta chiaramente evidente, ma che costituisce, come è noto, un istituto non poco problematico dal punto di vista della partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa, ancor più quando, come nel caso di specie, non è accompagnato dall'obbligo di motivare il rifiuto espresso. Appare, pertanto, opportuno omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso "ordinario", imponendo, dunque, che il rifiuto dell'accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, debba comunque essere motivato, ancorché sinteticamente. Coerentemente, infatti, all'impianto di disclosure perseguita, una valorizzazione adeguata del diritto di conoscenza rende necessario, a fronte dell'attribuzione ai singoli cittadini del diritto di richiedere informazioni alle amministrazioni, il corrispondente obbligo di queste ultime di indicare gli eventuali motivi posti a base dell'eventuale diniego di accesso, conformemente a quanto accade nel F.O.I.A. statunitense»>>.

²⁴² T.A.R. Campania – Napoli, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4931.

²⁴³ T.A.R. Campania – Napoli, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901.

²⁴⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 12.2.2020, n. 1121.

²⁴⁵ T.A.R. Campania – Napoli, sez. VI, n. 5901/2017 e 4913/2018; T.A.R. Lazio- Roma, n. 9076/2017 e 1458/2019.



Di conseguenza, la tutela giurisdizionale deve essere attivata con un ricorso ai sensi della specifica disciplina dell'art. 117 c.p.a., a cui si connette il potere del giudice, indagato nella prima parte di questo scritto, di accertare nel merito il fondamento della pretesa, quando, ai sensi dell'art.31 comma 3, <<si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione>>.

Questa interpretazione si fonda sull'assunto per cui il silenzio inadempimento, non può essere ricompreso nella nozione di "decisione", di cui all'art. 5 comma 7, d.lgs. 33 del 2013, avverso cui l'interessato può ricorrere al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 116 c.p.a.²⁴⁶, non potendosi avere una forma di silenzio rigetto in assenza di una previsione legislativa come quella dell'art. 25, comma 4 della legge 241 del 90²⁴⁷, secondo quanto stabilito dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990 e, in applicazione del principio di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici²⁴⁸.

Tanto più nel caso di specie, in cui l'ipotesi del silenzio diniego era stata inizialmente prevista nello schema del decreto n. 33/13 per poi essere espunta perché contraddittoria rispetto alle esigenze di certezza e trasparenza che hanno portato all'introduzione dell'accesso civico, favorendo comportamenti "opachi" dell'amministrazione²⁴⁹.

Di tal che, se l'amministrazione rimane inerte dinanzi alla richiesta di accesso generalizzato è possibile <<coltivare due strade: a) attivare la speciale tutela amministrativa davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'art. 5 comma 7 del d.lgs. n. 33/2013 (proprio al fine di ottenere un provvedimento espresso); b) attivare la speciale procedura giurisdizionale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., onde far accertare l'illegittimità del silenzio - inadempimento e dunque per ottenere una condanna della Amministrazione al rilascio di un provvedimento espresso>>²⁵⁰.

In questo senso, secondo la tesi che si sta analizzando, anche la previsione di una speciale tutela amministrativa interna, attivabile con l'istanza al RPCT, trova fondamento proprio nell'esigenza di assicurare all'interessato "una risposta chiara e

²⁴⁶ T.A.R. Napoli, sez. VI, 27.8.2019, n. 4418.

²⁴⁷ In senso contrario, T.A.R. Puglia, sez. I, 18.10.2018, n. 1344; Consiglio di Stato n. 2737/2019 cit.

²⁴⁸ Cfr. Consiglio di Stato sez. VII, 12 aprile 2023, n.3699.

²⁴⁹ La possibilità che il silenzio dell'amministrazione sia spesso una scelta strategica e si presti ad ambiguità, è circostanza nota, sul punto si segnala A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, per cui <<il silenzio diviene subdolo strumento per evitare, o almeno ritardare, l'adozione di provvedimenti che l'ordinamento impone o consente di adottare nel momento considerato, per propiziare soluzioni amministrative non attuabili in maniera esplicita. Basti al riguardo pensare, ad esempio, alla pratica non infrequente del mancato esame delle istanze di concessioni edilizie dopo la scadenza del termine di applicazione delle misure di salvaguardia>>.

²⁵⁰ T.A.R. Lazio - Roma, sez. III- quarter, 11.11.2021, n. 11656; T.A.R. Lazio- Roma, sez. III- quarter, n. 10620/2019.



motivata²⁵¹ e in tempi celeri, con l'ausilio della figura presente in ciascun ente, preposta a dare concretezza al principio di trasparenza; ciò che è indice della volontà del legislatore di giungere ad un formale provvedimento scritto.

Inoltre, l'inapplicabilità del rito sull'accesso, deriverebbe dall'ontologica diversità di tutela garantita, tra le fattispecie di accesso documentale e accesso civico generalizzato, testimoniata dalla diversa scelta operata sul piano della disciplina sostanziale di ammettere solo per la prima l'ipotesi del silenzio diniego.

Tale differenza sarebbe giustificata dal fatto che, nel caso dell'accesso documentale, il giudice è chiamato a garantire la realizzazione di una specifica posizione soggettiva giuridicamente tutelata, e ciò nei limiti e in funzione dell'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante alla conoscenza di determinati documenti, e comunque entro i limiti previsti dall'art. 24 della l. n. 241 del 1990, mentre, nel caso dell'accesso civico generalizzato, la posizione legittimante l'accesso non è strumentale alla tutela di un interesse personale del richiedente, ma è costituita da un generico e indistinto interesse di ogni cittadino al controllo del buon andamento dell'attività amministrativa²⁵².

Rispetto a questo orientamento, se ne è affermato un secondo che si pone in netta antitesi, postulando l'applicabilità del rito sull'accesso, previsto dall' art. 116, anche per le ipotesi di silenzio su una istanza di accesso civico generalizzato²⁵³, in linea con quanto in proposito suggerito dalle specifiche linee guida dell'ANAC del 2016 che indicano il rito in questione come rimedio «a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione»²⁵⁴.

La giurisprudenza formatasi sul punto²⁵⁵, ha considerato il rito sull'accesso documentale «plasticamente applicabile al nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato»²⁵⁶ sul presupposto che l'azione disciplinata dall' art. 116 del codice del processo amministrativo sarebbe rivolta non solo contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso documentale, ma anche, per espressa previsione dello stesso comma 1 della citata disposizione, «alla tutela del diritto di accesso civico, connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza», in cui ben può rientrare l'azione a tutela dall'inerzia.

Ciò condurrebbe a ricomprendere nel significato del termine utilizzato al comma 1 dell'art. 116 anche il silenzio inadempimento, «in considerazione del fatto che nel più è contenuto il meno»²⁵⁷, pur se in realtà la disposizione in esame è stata

²⁵¹ T.A.R. Lazio- Roma, sez. II- bis, 2.7.2018, n. 7326.

²⁵² T.A.R. Roma, sez. V, 05 gennaio 2023, n.207 T.A.R. Firenze, sez. II, 24.10.2019, n. 1421.

²⁵³ Cfr. T.A.R. Firenze, sez. II, 24.10.2019, n. 1421; Consiglio di Stato, sez. VI, 25.6.2018, n. 3907.

²⁵⁴ Linee guida A.N.A.C. adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, paragrafo 14, in <https://foia.gov.it/normativa/linee-guida-anac>.

²⁵⁵ Di recente, T.A.R. Lazio- Roma, 14.3.2022, n. 2890

²⁵⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 29.4.2019, n. 2737.

²⁵⁷ V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi*, cit. p.



approvata prima che nell'ordinamento facesse ingresso la disciplina dell'accesso civico e quindi, l'unico riferimento all'epoca era il silenzio diniego sull'istanza di accesso ai documenti amministrativi, cui espressamente il citato comma 1 dell'art. 116 si riferisce letteralmente.

Su tale presupposto, il termine "decisione" utilizzato dal legislatore andrebbe letto in modo coordinato con la previsione del comma 1 e dimostrerebbe una formulazione ampia della norma, tale da includere nel proprio ambito oggettivo di applicazione <<le determinazioni ed il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza>>²⁵⁸.

Oltre a questi due orientamenti principali, si registrano posizioni intermedie che testimoniano la difficoltà nel trovare un punto di equilibrio, come quella in cui il TAR ha definito il giudizio nel merito, facendo, però emergere forti perplessità sulla tesi attorea circa la formazione di un silenzio significativo²⁵⁹.

In tale gruppo va segnalata quella giurisprudenza che, cosciente dell'ambiguità normativa in materia di rito esperibile, indipendentemente dalla proposizione del ricorso attraverso il rito dell'accesso o del silenzio, sostiene l'obbligo del giudice di accertare il diritto a conoscere i documenti ed eventualmente ad ordinarne l'ostensione, qualora l'attività amministrativa sia vincolata²⁶⁰.

Ancora, stante la simultanea proposizione di domande ex artt. 117 e 31, e 116 c.p.a., il giudice amministrativo ha ritenuto non sussistere difficoltà di ordine processuale, posto che in entrambi i casi è previsto il rito camerale²⁶¹.

Le due azioni hanno sicuramente importanti punti di contatto, rappresentanti dal radicamento della giurisdizione esclusivamente in capo al giudice amministrativo e dall'applicazione del rito camerale, essendo quindi parimenti soggetti alle disposizioni dell'art. 87 c.p.a., ma a le diverse conseguenze di ordine pratico che

²⁵⁸ T.A.R. Abruzzo- Pescara, sez. I, 22.11.2018, n. 347.

²⁵⁹ T.A.R. Lazio - Roma, sez. III - quarter, 17.9.2019, n. 11024.

²⁶⁰ T.A.R. Campania- Napoli, sez. VI, 27.8.2019, n. 4418, per cui <<[...] deve considerarsi, tuttavia, che rispetto alle richieste di accesso generalizzato la "pratica" ha dimostrato che nei casi di silenzio serbato dall'amministrazione il comportamento processuale dei ricorrenti non è sempre uniforme, così le azioni intentate e le domande formulate in giudizio si sono differenziate. In ragione di ciò anche il giudice amministrativo, di fronte a scelte processuali non univoche, e considerata la materia, ha preferito non porre particolari questioni processuali, ma ha privilegiato la scelta di dare sempre una risposta di "merito" al ricorrente, "adattando" il rito speciale azionato alla domanda processuale avanzata>>.

²⁶¹ T.A.R. Marche- Ancona, sez. I, 18.10.2018, n. 677, per cui <<Va premesso che, ad onta di quanto risulta dall'epigrafe del ricorso (in cui è richiamato solo l'art. 116 cod. proc. amm.), in realtà parte ricorrente introduce due distinte domande, la prima finalizzata a denunciare l'illegittimità del silenzio serbato dal Comune sull'istanza di accesso, la seconda finalizzata invece ad ottenere una sentenza di accertamento (del diritto di accesso) e di condanna (all'esibizione degli atti in questione). Ciò non pone peraltro alcun problema di ordine processuale, visto che i giudizi di cui, rispettivamente, agli artt. 31 e 117 cod. proc. amm. e 116 cod. proc. amm., seguono entrambi il rito camerale e sono dunque parimenti soggetti alle disposizioni dell'art. 87 del codice processuale amministrativo>>.



discendono dall'adesione all'uno piuttosto che all'altro orientamento, fanno propendere per il più "garantito" rito dell'inerzia che è stato concepito nei suoi tempi (in particolare per proporre l'azione) e nei suoi modi (possibilità di nominare un commissario che si sostituisca all'amministrazione) proprio in funzione della fattispecie specifica per cui si chiede tutela.

Ed invero, dinanzi ad una ipotesi di inerzia sull'istanza di accesso, il giudice opererà, necessariamente, secondo lo schema esaminato per il silenzio inadempimento cui è certamente più aderente, sul piano processuale, la struttura dell'azione disciplinata dall' art.117 c.p.a., rispetto a quella, dello specifico rito in materia di accesso di cui all'art. 116. c.pa.

Ciò in quanto il rito dell'accesso, come visto, ha una conformazione esclusivamente impugnatoria, essendo la relativa azione rivolta "contro" determinazioni o forme di silenzio diniego che meno si concilia con la tutela dall'inerzia che ha ad oggetto, invece, il mancato esercizio del potere e non il suo prodotto.

In questo senso non si condivide la posizione di chi, pur riconoscendo che il legislatore avrebbe dovuto espressamente prevedere anche per l'accesso generalizzato la fattispecie del silenzio diniego, se avesse voluto correttamente uniformare la disciplina processuale di tutte le forme di accesso, alla fine ritiene comunque applicabile l'art. 116 c.p.a., ritenendo assorbente il profilo della specialità del rito e dubitando della applicabilità del rito previsto all'art. 117 c.p.a. per la tutela di posizioni diverse dal mero interesse legittimo ²⁶².

In realtà, sebbene sia auspicabile il superamento della frammentazione della disciplina sia sostanziale che processuale relativa alle diverse figure di accesso, tanto che questo obiettivo è oggetto di studio ed è rientrato fra quelli da raggiungere attraverso le misure del PNRR (soprattutto, però, in relazione ai profili sostanziali e a tutela delle amministrazioni) ²⁶³ allo stato, in assenza di elementi che facciano ritenere il rito sull'accesso compatibile con la tutela dall'inerzia, è allo speciale e specifico rito disciplinato all'art. 117 del codice processuale che è opportuno rifarsi,

²⁶² V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso*, cit. p. 31-32.

²⁶³ Dal 3 dicembre 2019 al 29 febbraio 2020 è stata indetta una procedura di consultazione pubblica, cfr. il Report del Dipartimento della Funzione Pubblica, *Consultazione pubblica su trasparenza e anti-corruzione: l'ascolto degli stakeholder*, 2020, avente l'obiettivo di "predispone un mirato e puntuale intervento legislativo in tema di prevenzione del fenomeno corruttivo e di trasparenza", grazie all'ascolto degli stakeholder e dei responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Tale procedura di consultazione ha accompagnato i lavori della Commissione ministeriale costituita per la revisione dell'istituto della trasparenza presieduta da B.G. Mattarella. Infatti tra gli interventi del PNRR, compare tra le "riforme abilitanti" quelle volte all' "abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione" ove è indicato che "occorre evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti. È il caso delle disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori. È il caso, inoltre, delle norme che contemplano ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative.



tanto più alla luce dei richiamati arresti dell'Adunanza plenaria che hanno escluso la natura di diritto soggettivo per l'istituto in questione.

Del resto, lo si è già detto, sebbene il giudice nel rito di cui all'art. 116 disponga di poteri istruttori molto ampi, come evidenziato da ultimo dal Consiglio di Stato nella sentenza, sempre dell'Adunanza plenaria n. 4/2023²⁶⁴, essi non appaiono nel caso concreto più incisivi di quelli esaminati a proposito dell'istruttoria nell'azione disciplinata dall'art. 117, essendo preclusa in entrambi i casi la possibilità di sostituirsi all'amministrazione nelle valutazioni discrezionali.

Invero, la giurisprudenza, ha talvolta ritenuto che su un'istanza di accesso civico generalizzato non si porrebbe il problema di un eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione o di violazione dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., in quanto nel caso di accesso civico generalizzato l'amministrazione destinataria della richiesta «non dispone di alcun potere discrezionale circa l'accoglimento o meno della domanda, avendo già il legislatore stabilito a monte quali sono le categorie di documenti sottratti all'accesso civico»²⁶⁵. Detto orientamento, tuttavia, sembra disancorato dai dati normativi e non condiviso dalla stessa giurisprudenza²⁶⁶.

Infatti, le categorie escluse dall'obbligo di *disclosure*, previste dall'art. 5 bis, sono state oggetto di critica proprio perché dai contorni eccessivamente sfumati, circostanza che oltre a implicare il necessario esercizio di un potere discrezionale permetterebbe, addirittura, all'amministrazione di sottrarsi agli obblighi di trasparenza, tradendo così l'intera *ratio legis*²⁶⁷.

Va, inoltre considerato che, mancando una espressa disposizione di raccordo fra il rito dell'accesso e l'azione per il risarcimento del danno, segnatamente derivante dal mancato o ritardato accesso, la giurisprudenza amministrativa prevalente ritiene che, in ragione della sua struttura semplificata e accelerata, che non permette l'introduzione di domande diverse²⁶⁸, non si possano proporre domande risarcitorie

²⁶⁴ potendo «disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili nella disponibilità della pubblica amministrazione ai sensi artt. 63, comma 1, e 64, comma 2), nonché l'ispezione e l'esibizione di documenti in possesso di terzi (art. 63, comma 2))» Cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, Sentenza 24 gennaio 2023, n. 4, capo 2.3.

²⁶⁵ T.A.R. Marche- Ancona, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677.

²⁶⁶ T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, sez. II, 8 novembre 2018, n. 821, In senso conforme, può citarsi il T.A.R. Lazio – Roma, sez. II – bis, 2.7.2018, n. 7326.

²⁶⁷ Il Consiglio di Stato, nel parere reso nel 2016, ebbe modo di notare che «Le numerose e non sempre puntuali eccezioni previste, a tutela di interessi pubblici e privati, all'obbligo di *disclosure* dal nuovo articolo 5-bis, che vanno ad aggiungersi ai "casi di segreto di Stato" ed agli "altri divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge", seppur evidentemente contrassegnate da finalità compensative a fronte della potenziale ampiezza degli ambiti dell'accesso civico, possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento in esame. In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni, infatti, potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza».

²⁶⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1927.



nell'ambito dei giudizi promossi ex art. 116 c.p.a. e che il giudice possa pronunciarsi sulle stesse, ove proposte, solo nelle ipotesi in cui respinga il ricorso, in quanto sarebbe contrario al principio di economicità in questo caso, rinviare la decisione sul risarcimento²⁶⁹.

Sebbene tale elemento non sia stato considerato dirimente, potendo il giudice ricondurre al rito ordinario le domande connesse, ma soggette a riti diversi ai sensi dell'art. 32 c.p.a. o procedere per gradi, decidendo prima sulla domanda principale relativa all'accesso in base al rito proprio e poi su quella connessa di risarcimento, in base al rito ordinario²⁷⁰, esso evidenzia una maggiore idoneità del rito previsto all'art. 117, in cui invece le due azioni possono espressamente convivere, a soddisfare le esigenze collegate a una domanda di reazione ad una forma di inerzia dell'amministrazione cui è fisiologicamente collegata almeno l'azione di risarcimento per danno da ritardo.

Ciò anche considerando, che il termine breve di trenta giorni per proporre l'azione previsto dall'art. 116, se da un lato non aggiunge maggiore forza alla tutela del diritto di conoscenza rispetto a quello lungo di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 117, condividendo con lo stesso la natura accelerata e semplificata del rito, ne sottrae, certamente all'azione di risarcimento che, in ogni caso, difficilmente può essere proposta contestualmente al ricorso avverso il silenzio, in ragione del poco tempo a disposizione per raccogliere gli elementi di prova da offrire al giudice a sostegno della domanda che il termine lungo di decadenza dall'azione avverso l'inerzia concede.

In questo senso, anche sotto il profilo del termine per la proposizione dell'azione, l'art. 117 appare più idoneo ad una tutela piena.

L'art. 116, infatti, prevede un termine decadenziale di 30 giorni entro cui proporre il ricorso, per il calcolo del quale non è neanche facile stabilire il *dies a quo*, attesa la articolata disciplina di definizione dell'istanza che vede innestarsi sul termine generale di conclusione del procedimento, fissato in trenta giorni dall'art. 5 comma 6 del d.lgs.n. 33/2013 alcune ipotesi di sospensione.

Ci si riferisce alla sospensione prevista dal comma 5 della medesima disposizione nel caso in cui l'amministrazione individui soggetti controinteressati e trasmetta loro l'istanza entro dieci giorni dalla sua ricezione e a quelle previste dai commi 7 e 8, nel caso in cui il RPCT o il difensore civico, in sede di riesame, rilevino l'esigenza di acquisire la pronuncia del garante per la protezione dei dati personali.

Così, sebbene sia condivisibile la tesi secondo cui che l'unico criterio oggettivo possibile sia quello di far decorrere i trenta giorni per l'impugnazione dalla scadenza

²⁶⁹ Cfr. TAR Campania – Napoli del 26.03.2015, n. 1809; TAR Calabria – Reggio Calabria del 14.02.2013, n. 102; TAR Lazio – Roma del 08.01.2013, n. 114; TAR Abruzzo – Pescara del 26.11.2012, n. 505;

²⁷⁰ V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018, pp. 20-21



del termine per provvedere assegnato all'amministrazione²⁷¹, lo stesso rischia di rendere l'azione antieconomica per il soggetto interessato, atteso che, una volta avviata l'azione e affrontati i relativi costi (ridotti, ma presenti) basterebbe all'amministrazione dimostrare di avere in corso un'attività endoprocedimentale che giustifichi la sospensione o di averla avuta al momento della presentazione del ricorso per privare di utilità l'azione proposta.

E' evidente, dunque, il rischio maggiore di incorrere in pronunce di tardività per un diverso criterio utilizzato dal giudice per stabilire il *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale; la sua inammissibilità per carenza di interesse se l'istruttoria risulti ancora legittimamente in corso e, ovviamente, la sua improcedibilità se nelle more intervenga un provvedimento espresso.

Ciò, senza che, di contro una volta trasferita la questione nella sede processuale il giudice sia in grado di garantire una tutela piena, per la già evidenziata preclusione generale derivante dall'art. 34 comma 2 c.p.a. di sindacare su una attività discrezionale ancora non svolta.

L'art. 117 in combinato con l'art. 31, invece, prevedono un termine più lungo, di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, per proporre l'azione giurisdizionale, con l'ulteriore possibilità, non prevista dal rito in materia di accesso, di nominare un commissario *ad acta* per l'ipotesi in cui l'amministrazione rimanga inerte²⁷².

10. Conclusioni. Ai confini della realtà: alcune proposte per rendere più incisivo il ruolo del giudice nell'azione ex art. 117 c.p.a., dinanzi al limite dell'inesauribilità del potere.

L'analisi fin qui condotta ha evidenziato la crescente rilevanza riconosciuta dall'ordinamento alla tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione nel processo di trasformazione del rapporto fra pubblici poteri e loro interlocutori, siano essi cittadini o no.

L'obbligo di provvedere, infatti, si riconnette al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. non solo nella sua accezione interna come dovere per

²⁷¹ In questo senso, A. CORRADO, *op. cit.*, p. 13. L'osservazione è in linea con quanto aveva suggerito il Consiglio di Stato nel richiamato parere del 2016, secondo cui, fermo restando l'obbligo motivazionale in ipotesi di diniego all'accesso, riteneva per l'accesso generalizzato opportuno omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 comma 4 della legge n. 241 del 1990 a mente del quale «Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5».

²⁷² Sul tema, la giurisprudenza ha mostrato una certa sensibilità, conscia delle ripercussioni in termini di tutela effettiva che derivano dall'incerta applicazione di due riti la cui forbice temporale è molto ampia, prestandosi a valutare la proponibilità del ricorso sia rispetto al termine di cui all'art. 116 che 117. T.A.R. Sicilia – Catania, sez III 17.7.2020, n. 1781. In questo caso pur ritenendosi applicabile il rito ex art. 116 e quindi il termine decadenziale breve per la proposizione del ricorso, il g.a. ha accertato l'irricevibilità del ricorso medesimo anche in riferimento al termine più lungo di cui all'art. 31, comma 2.



l'amministrazione di svolgere le funzioni ad essa attribuite, secondo legge e nell'interesse della collettività, ma anche nella sua proiezione esterna come dovere di esternare le ragioni delle sue decisioni, tanto più quando queste siano limitative della sfera giuridica dei soggetti su cui esse incidono e, quindi, come diritto della persona a conoscere le motivazioni nei provvedimenti avviati d'ufficio e a ricevere risposta in quelli su istanza di parte.

In particolare, si è visto, nei procedimenti ad iniziativa privata, che qualunque sia la natura giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) della pretesa avanzata da chi attivi un procedimento, la pubblica amministrazione ha l'obbligo di rispondere, entro il termine di conclusione del procedimento in modo scritto e motivato (anche succintamente nelle ipotesi di manifesta infondatezza della richiesta).

Costituisce, infatti, diritto fondamentale di ogni persona ai sensi dell'art. 2 Cost, cui corrisponde una prestazione di livello essenziale in capo alle istituzioni, ai sensi dell'art. 117 Cost., <<sapere se una sua istanza rivolta all'amministrazione merita o no accoglimento>>. ²⁷³

Tale configurazione si poggia sulle fondamenta classiche che legittimano l'esercizio del potere e sovrintendono alla sua efficienza²⁷⁴; alla correttezza dei rapporti con il cittadino improntati alla collaborazione²⁷⁵, ma anche sui nuovi valori che vanno connotando il dialogo fra stato apparato e stato comunità, ed in particolare quelli discendenti dall'attuazione dei diritti sociali e del principio di sussidiarietà orizzontale che indirizzano il nostro ordinamento ad una sempre più fattiva partecipazione del privato alla vita amministrativa²⁷⁶.

La rilevanza sociale dell'obbligo di provvedere espressamente è particolarmente significativa negli istituti passati in rassegna di accesso ai documenti, ai dati e alle informazioni della pubblica amministrazione. Tali istituti sono andati evolvendosi fino a raggiungere, con l'ultimo strumento dell'accesso generalizzato, la consistenza di presidio democratico attuativo del principio di trasparenza totale secondo il modello F.O.I.A. Tale modello presuppone un confronto continuo e uno scambio

²⁷³ TAR Napoli, sez III, 10 dicembre 2019 n. 5386.

²⁷⁴ L'obbligo di provvedere risponde anche alle esigenze di evitare alla stessa amministrazione un aggravio di lavoro collegato agli contenziosi di tipo amministrativo o giurisdizionale che costituiscono la inevitabile reazione dei privati dinanzi all'inerzia, (Cfr. Cons. Stato, 8 settembre 2016, n.3827) e di monitorare dall'interno la capacità di risposta alle esigenze della comunità ai fini della valutazione della performance e del miglioramento delle prestazioni (T.A.R. Roma, sez. III, 7 novembre 2022, n.14439).

²⁷⁵ T.A.R. Napoli, sez. V, 09 marzo 2020, n.1038 secondo cui, a prescindere dalla fondatezza o meno dell'istanza, <<sussiste il dovere dell'Amministrazione, discendente dal principio di leale collaborazione che deve improntare il rapporto tra privato e P.A., di provvedere con provvedimento espresso sull'istanza autorizzatoria e, dunque, di concludere il procedimento positivamente o negativamente>>.

²⁷⁶ per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, che presuppone la trasparenza delle decisioni pubbliche, intesa innanzitutto come loro piena comprensione e conoscibilità per sfuggire al rischio di "opacità" nell'esercizio del potere Consiglio di Stato sez. II, 21 giugno 2021, n.4756.



quasi osmotico e circolare di informazioni fra pubblico e privato e, quindi, il dovere dell'amministrazione di rispondere prontamente ed espressamente alle relative richieste.

In questo senso è stata letta, nel corso del lavoro, la ferma critica del Consiglio di Stato all'ipotesi inizialmente prevista nello schema del decreto legislativo che ha introdotto l'accesso generalizzato di estendere a tale istituto l'applicabilità del silenzio diniego, già prevista per l'accesso documentale, stante la profonda differenza fra i due istituti e l'inidoneità della decisione silente a soddisfare le esigenze opposte di apertura e piena conoscibilità che l'accesso generalizzato persegue per un controllo diffuso, sistematico, completo e democratico sull'attività amministrativa.

La conseguente qualificazione del silenzio sulle istanze di accesso generalizzato come inerzia, ha posto il problema di come garantire tutela tempestiva ed effettiva a questo diritto e, in proposito, si è dato conto delle ragioni che, in attesa di una pur auspicabile riforma della disciplina complessiva delle varie tipologie di accesso fanno propendere per l'applicazione del rito ex art. 117 c.p.a., piuttosto che di quello speciale disciplinato all'art. 116.

Fra i motivi che hanno indotto la preferenza, mi limito a richiamare, perché utile alle conclusioni, quello relativo alla migliore conformazione del rito sul silenzio a consentire al giudice una istruttoria più dinamica e dialogica con l'amministrazione nell'ipotesi in cui non ci si trovi dinanzi ad una fattispecie riferibile ad attività vincolata, in cui è previsto che il giudice possa procedere direttamente a soddisfare la pretesa sia nel rito sull'accesso che in quello sul silenzio, ma alla diversa fattispecie in cui risultino profili di valutazione discrezionale o siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti necessariamente dall'amministrazione, non potendo, in questo caso, il giudice sostituirsi ad essa, in ragione del limite a sindacare le scelte non compiute previsto dall'art. 34 comma 2 c.p.a.²⁷⁷.

In questa seconda ipotesi, il giudice, quindi, assume un ruolo di direzione verso il risultato della vicenda non solo processuale, ma anche procedimentale, dovendo esercitare poteri, oltre che di accertamento e condanna a provvedere²⁷⁸, anche

²⁷⁷ Secondo cui al giudice compete solo annullare gli atti illegittimi, non potendosi sostituire all'amministrazione. O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937 p. 482.

²⁷⁸ Nel tempo, al giudice è stata riconosciuta una crescente capacità di assumere decisioni idonee a conformare l'attività dell'amministrazione, senza sostituirsi ad essa, ma indicando in motivazione criteri stringenti al punto da costituire quasi ordini. In questo senso va la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 30 dicembre 2022 n. 11760 già richiamata come precedente in materia di *one shot*, che sebbene pronunciata in un giudizio di annullamento ha bene evidenziato, in una vicenda lunghissima avente ad oggetto il riconoscimento di un contributo alla produzione di opere cinematografiche, come il comportamento del MIBACT che, più volte condannato a rivedere la sua valutazione, nel dare esecuzione alle sentenze individuava sempre ulteriori profili per confermare il suo giudizio negativo, fosse non solo illegittimo, ma avesse anche comportato la consumazione del potere in capo all'amministrazione, consentendo al giudice di porre criteri vincolanti per la nuova scelta. Secondo il giudice amministrativo «anche tenuto conto del disposto di cui all'art. 34 comma 1 lettera e) del c.p.a.,



esecutivi, propri dello schema operativo derivante dal combinato disposto degli articoli 31 e 117 c.p.a. in cui è previsto il ricorso, se del caso, ad un commissario che concluda l'attività che il giudice non può svolgere, ma che in base alle risultanze istruttorie può fortemente indirizzare²⁷⁹.

Il grado di effettività di questa tutela è, però, inversamente proporzionale all'approfondimento raggiunto nel corso dell'istruttoria processuale, nel senso che quanti più fatti siano stati accertati dal giudice, anche in ordine all'attività svolta dall'amministrazione di valutazione dei profili discrezionali, tanto più egli potrà condizionare nella sua decisione lo sviluppo futuro del rapporto fra interessato ed amministrazione²⁸⁰.

A tal proposito, la giurisprudenza ha evidenziato come la riduzione della discrezionalità amministrativa, anche tecnica, possa essere l'effetto «di meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a svolgere ogni valutazione residua sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere»²⁸¹, concentrando in una sola vicenda giurisdizionale tutta l'attività di cognizione che, altrimenti, potrebbe dover essere integrata dalla successiva fase dell'ottemperanza.

Nel caso specifico della tutela nei confronti del silenzio, prevista dall'art. 117 c.p.a., è emerso nel corso del lavoro che l'istruttoria processuale svolge un ruolo ulteriore rispetto alla particolare frattura nel rapporto di fiducia tra amministrazione e privato, derivante dall'inerzia dell'amministrazione lesivo, non solo del canone di buona amministrazione, ma anche, e soprattutto nella scala assiologica, dell'affidamento riposto dai cittadini nelle istituzioni di ricevere risposta alle proprie istanze²⁸².

appare dunque opportuno precisare che la valutazione positiva a suo tempo conseguita dall'appellante a seguito della prima valutazione del progetto filmico, nella quale aveva ottenuto 70 punti, a seguito della presente pronuncia, non potrà più essere rimessa in discussione dall'amministrazione nel riesercizio del suo potere, oramai divenuto pressoché vincolato».

²⁷⁹ Non a caso, la natura del commissario ex art. 117 è stata ritenuta in alcuni orientamenti giurisprudenziali diversa da quella di ausiliario del giudice perché sarebbe investito di un ruolo pienamente amministrativo e quindi verrebbe ad immedesimarsi con l'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7). Tale lettura, sebbene non condivisa dal Consiglio di Stato che evidenzia, invece, l'elemento per cui il commissario esegue un dispositivo del giudice e trova nella pronuncia che lo nomina la sua legittimazione (Cons. Stato, Ad. Plen., el 25 maggio 2021n. 8), è indicativa della valenza che nel rapporto con l'amministrazione ha il rito sul silenzio rispetto a quello sull'accesso.

²⁸⁰ D. VAIANO, Sindacato, cit. p.50 che sulla necessità di sfruttare meglio i poteri istruttori, rispetto alla tendenza retinente del giudice, oggi meno marcata rispetto all'epoca dell'articolo che si sta citando, richiama a sua volta l'autorevole posizione di V. SPAGNUOLO VIGORITA, in *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*,1984, 7 e ss. che con ironica amarezza, denunciava questo atteggiamento dei giudici nella formula "L'istruttoria non s'ha da fare".

²⁸¹ Consiglio di Stato sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321.

²⁸² Tanto più, si è visto analizzando alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali, alla luce della rilevanza attribuita al valore del tempo nel rapporto pubblicistico, in base al quale il privato ha, invece, diritto a ricevere una risposta, anche negativa l'amministrazione è tenuta a svolgere tutte le valutazioni discrezionali proprie e di



Tuttavia, sono emersi non pochi elementi di criticità da superare perché a tale risultato si giunga, soprattutto in considerazione del fatto che, a differenza di altre fattispecie, nel caso dell'accesso generalizzato il giudice si trova ad operare quasi al buio in ragione del fatto che il privato non ha bisogno di una legittimazione specifica per richiedere l'accesso; che non è tenuto a motivare l'istanza e che l'amministrazione, rimanendo silente, non ha fornito elementi conoscitivi su cui basare la decisione.

Di conseguenza il giudice, non potrà avere come parametro di valutazione della sussistenza dei presupposti per riconoscere l'esercizio dell'accesso all'interessato, né l'insieme delle prerogative comprese in una determinata posizione giuridica derivante da una specifica disposizione di legge da cui far discendere l'obbligo di provvedere; né le motivazioni particolari che abbiano indotto alla richiesta nel caso concreto; né alcun elemento sulla accoglibilità della pretesa secondo la parte pubblica.

In questa prospettiva, il processo diviene momento di necessaria ricostruzione dei termini della questione prima che di composizione della frattura nel rapporto fra privati e pubblica amministrazione derivante dal silenzio di quest'ultima e ciò richiede il potenziamento del ruolo del giudice e una più efficace configurazione dell'azione sul silenzio tale da poter favorire, possibilmente, la soddisfazione della pretesa.

A , tale risultato potrebbe contribuire, seguendo la logica conclusione di quanto fin qui ricostruito, il riconoscimento al giudice della possibilità non solo di vagliare l'attività eventualmente svolta dall'amministrazione nel corso dell'istruttoria (totale o parziale) del procedimento mai concluso, al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per una tutela diretta della pretesa, ma anche di contenere i tempi dell'istruttoria procedimentale mai avviata e di conclusione del procedimento.

Tale approccio, obbligando l'amministrazione a provvedere, al più tardi, entro la conclusione del giudizio sul silenzio, eviterebbe quella <<defaticante alternanza tra procedimento e processo, con grave dispendio di risorse pubbliche e private>>²⁸³ che costituisce la prima causa di ineffettività della tutela, mettendo in crisi il principio di cooperazione tra amministrazione e parte privata, sancito dall'art. 2-bis della legge 241/90.

Ciò potrebbe avvenire, *de iure condendo*, con una diversa configurazione dell'azione avverso il silenzio per il caso di mancato esercizio di un potere discrezionale.

acquisire quelle degli altri enti eventualmente coinvolti nel procedimento nel termine procedimentale, sebbene non perentorio, senza possibilità di ritornare a piacimento su quanto già deliberato, nel rispetto dei principi costituzionali che finalizzano l'esercizio dei pubblici poteri al risultato di favorire un integrale sviluppo della persona umana nella sua dimensione relazionale e nell'esercizio dei suoi diritti civili di ogni tipo.

²⁸³ Cfr. Cons. St. 1321/2019.



In particolare, quando l'accertamento dell'obbligo di provvedere previsto al comma 1 dell'art. 31 non può essere seguito dalla pronuncia sulla pretesa di cui al successivo comma 3 per la necessità di adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione, al giudice potrebbe essere riconosciuta la possibilità di pronunciarsi anziché con una sentenza in forma semplificata di condanna a provvedere, come oggi previsto dall' art. 117 comma 2, mediante una ordinanza di condanna modellata sulle decisioni cautelari propulsive di "remand", attraverso cui assegnare all'amministrazione un termine, coincidente con quello già previsto dal comma appena citato <<non superiore, di norma, a trenta giorni>>, per provvedere e depositare in giudizio l' atto adottato (positivo o negativo).

Tale ordinanza, riprendendo i principi fissati dalla giurisprudenza in materia di *one shot*, potrebbe contenere anche indicazioni prescrittive sui limiti imposti nell'esercizio del potere, a seconda che le risultanze processuali in fase di accertamento abbiano indotto il giudice a rilevare profili di illegittimità nell'istruttoria procedimentale parzialmente svolta, in coerenza con quanto prescrive l'art. 34 comma 1 lettera e) del codice che consente al giudice di disporre, nella sentenza di condanna, le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, sebbene con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'esecuzione, soprattutto nelle ipotesi in cui il potere amministrativo di tipo discrezionale debba ritenersi, oramai, pressoché esaurito, essendo stata compiuta la valutazione in ordine ai profili rimessi alla scelta degli organi amministrativi.

Nel caso di mancata esecuzione, si attiverebbe il potere sostitutivo del commissario *ad acta*, da individuare nell' ordinanza disattesa, come già previsto dal comma 3 dell'art. 117 a proposito della sentenza e, qualora il commissario concluda il procedimento in senso favorevole per il ricorrente, la sentenza che definisce il giudizio unico dovrebbe prevedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di un *dietim* sanzionatorio da calcolarsi, a decorrere dalla data in cui il procedimento si sarebbe dovuto concludere in via ordinaria e fino alla data del rilascio del provvedimento.

Si potrebbe, inoltre, imporre una condanna alle spese da determinarsi in misura non inferiore a quella prevista dai parametri forensi ai valori medi e l'obbligo conformativo di tenere conto della sentenza nella valutazione della *performance* del dirigente e del responsabile del procedimento.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di favorire l'anticipazione e la concentrazione in un solo giudizio dell'attività che nell'attuale sistema è articolata in più d'uno; quello che viene definito con la sentenza semplificata di condanna a provvedere, ai sensi del comma 3 dell'art. 117, in cui il giudice può nominare, ove occorra, un commissario *ad acta* e quello, previsto al successivo comma 4, in cui il giudice conosce di tutte le



questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

Potrebbe, comunque, essere assicurata una forma di appellabilità dell'ordinanza, costruita alla stregua di quella cautelare,²⁸⁴ perché non risulti diminuito il diritto di difesa.

Questa proposta si pone nel solco di quella dottrina che già da tempo ha sostenuto la necessità di coniugare l'autonomia dell'amministrazione con le esigenze di certezza del diritto attraverso due teorie di cui si propone la sintesi.

La prima, più risalente, ha auspicato il trasferimento dell'esercizio delle potestà discrezionale dell'amministrazione dalla sede procedimentale a quella processuale²⁸⁵, la seconda invece, sostiene la necessità di prevedere forme di limitazione all'esercizio del potere amministrativo quando il comportamento illegittimo dell'amministrazione si configuri come contrario al principio di certezza del diritto sul modello tedesco di decadenza (*verwirkung*). Se infatti, il principio di inesauribilità che caratterizza il nostro sistema amministrativo non consente forme, pure invocate²⁸⁶, di decadenza vera e propria come in Germania, la sua "versione italiana" << non esaurirebbe il potere, ma sarebbe una nuova regola per il suo esercizio. Un limite dunque.>²⁸⁷

Dette teorie meritano, infatti, di essere riprese alla luce dell'evoluzione che nel nostro ordinamento ha avuto l'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione, anche in senso negativo, sussistendo tutti i presupposti perché si configuri una tutela effettiva della pretesa attivata con l'istanza, secondo una prospettiva che incanali nel binario del processo le esigenze di certezza del diritto, attraverso strumenti come quello proposto che, pur non considerando consumato il potere dell'amministrazione, circoscrivano la possibilità per quest'ultima di esercitarlo senza limiti di tempo e di contenuto, dovendo intervenire il provvedimento, una volta avviata l'azione avverso l'inerzia, nei tempi stabiliti dal giudice amministrativo e sotto la sua vigilanza, in modo che, ove possibile, l'istruttoria processuale e quella procedimentale non si succedano e si alternino, ma convivano e convergano, nel comune obiettivo di dare al cittadino certezza di giustizia, la prima, e di amministrazione, la seconda.

Tale soluzione, sebbene non realizzi una forma di tutela piena, perché come è stato giustamente osservato, soggiacendo ai tempi del processo, dilata i termini a disposizione dell'amministrazione per provvedere²⁸⁸, costituisce tuttavia la tutela più

²⁸⁴ che spesso pronunciandosi sul *fumus boni iuris* è già essa stessa anticipazione del merito.

²⁸⁵ Questa soluzione era stata già auspicata in dottrina da B. TONOLETTI, *voce Silenzio*, cit. p. 171.

²⁸⁶ M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit. p. 104.

²⁸⁷ In tal senso F. MERUSI *Sulla decadenza dall'esercizio del potere amministrativo* in R. URSI, G. ARMAO, C. VENTIMIGLIA (a cura di) *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, pp. 229- 238.

²⁸⁸ M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur, it*, n. 4/ 2017, p. 993



effettiva possibile sul piano processuale nelle ipotesi in cui l'amministrazione non avrebbe affatto provveduto, se non costretta dall'ordine del giudice.

L'utilità di una tale impostazione, infatti, non va misurata secondo il parametro del tempo ordinario per provvedere che, evidentemente, se si arriva in giudizio è già stato violato e che l'amministrazione probabilmente non intende rispettare, ma alla luce del tempo più lungo e dei costi maggiori che l'attuale sistema delle azioni comporta per il privato il quale, oggi, seguendo l'art. 117 deve affrontare certamente il giudizio di accertamento e condanna dell'obbligo di provvedere e rischia di doverne affrontare successivamente un altro (di annullamento) o addirittura due (di esatta adozione, ai sensi del comma 4 e di annullamento, ai sensi del comma 5) nelle ipotesi in cui l'amministrazione non provveda in modo a lui favorevole.

Tanto più che questa peculiare azione di condanna dovrebbe, in prospettiva, assumere portata residuale rispetto ai nuovi rimedi, che nel diritto sostanziale sempre più frequentemente sono inseriti nelle singole discipline, per ottenere una piena attuazione dell'obbligo di provvedere, i quali dovrebbero ridurre i casi di inerzia, attraverso strumenti finalizzati ad incentivare i dipendenti diligenti; a dissuadere i comportamenti negligenti e a stimolare i poteri sostitutivi²⁸⁹.

Fra questi, va qui richiamato quello, invero facoltativo, previsto all'art. 5 commi 7 e 8 del d.lgs. n. 33/13, già analizzato in precedenza, in base al quale, in caso di mancata risposta sull'istanza di accesso generalizzato, l'interessato, prima di agire in giudizio, può rivolgersi al RPCT e, nelle regioni e negli enti locali alternativamente al difensore civico ove istituito, per il rilascio dei documenti.

Tali istituti, se indicano una tendenza del legislatore a valorizzare il principio di cooperazione e corresponsabilità nel rapporto fra pubblico e privato anche in chiave deflattiva del contenzioso²⁹⁰, pongono, a loro volta, nuovi problemi di bilanciamento

²⁸⁹ Si è occupato di recente del tema in una accurata monografia S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Torino 2020. L'autore si sofferma in particolare sulle discipline relative all'attivazione dei poteri sostitutivi; alla valutazione della performance organizzativa e individuale dell'ente e alla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, sottolineandone i numerosi elementi di collegamento con l'assolvimento dell'obbligo di provvedere e la portata potenzialmente deflattiva dei casi di inerzia. In precedenza, D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 447 ss.

²⁹⁰ Tuttavia, anche sul piano sostanziale tale processo è in divenire sia perché è tutt'altro che consolidata nella *forma mentis* degli amministratori pubblici la cultura del provvedere in tempi brevi o comunque ragionevoli; sia perché alcune novità di diritto sostanziale non sono assistite da un corredo incisivo di elementi dissuasori, di tal che il ruolo del giudice amministrativo continuerà a rivestire un ruolo centrale per un tempo ancora presumibilmente lungo. Ciò vale particolarmente in materia di performance. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, <<dovrebbe prevedersi una qualche forma di sanzione, o comunque di deterrenza, per il caso in cui il piano della performance non venga adottato laddove, invece, il testo attuale rischia di creare una sorta di impasse nel caso in cui il piano non sia stato adottato, non essendo prevista alcuna responsabilità di tutti i dirigenti ovvero di alcuni di essi. Analogamente, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di prevedere una sanzione anche per il caso in cui non venga adottata la Relazione, che rende possibile verificare quanto del Piano si è effettivamente tradotto in pratica>>. Consiglio di Stato comm. spec., 21/04/2017, n.917 in Foro Amministrativo (II) 2017, 4, 895.



con le esigenze di celerità ed effettività della tutela, nella misura in cui costituiscono un onere per il privato che, se non adempiuto, rischia di precludere o limitare la sua tutela giurisdizionale²⁹¹.

Anche sotto tale ulteriore profilo, ai fini del bilanciamento fra il principio della inesauribilità del potere e quello di effettività della tutela, appare più ragionevole una limitazione del primo a favore del secondo, in presenza di una serie di strumenti volti a sollecitare anche collaborativamente, l'intervento della decisione spontanea dell'amministrazione prima di adire il giudice che, a quel punto, sarebbe a maggior ragione, legittimato a dettare i tempi all'amministrazione anche nell'ipotesi di attività discrezionale.

Questo modello processuale, andrebbe a vantaggio della effettiva soddisfazione della pretesa in materia di accesso generalizzato cui sotto il profilo sostanziale l'ordinamento ha dato molto rilievo, come visto, per fondare e formare un nuovo concetto di cittadinanza e di rapporto fra comunità ed amministrazioni e che, quindi, appare paradossale sia stato equipaggiato con armi spuntate per la sua battaglia contro *l'ancien regime*²⁹².

²⁹¹ In questo senso, il previo esperimento dei rimedi di natura interna, costituisce, di fatto, già condizione di ammissibilità dell'azione di risarcimento, ai sensi dell'articolo 30 comma 3 del codice del processo, secondo cui il giudice esclude la condanna per quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 19/09/2022, n.11910.

²⁹² Allo stato, infatti ben può capitare che il giudice ritenga di non andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, quando l'attività istruttoria gli appaia gravosa ed antieconomica (Consiglio di Stato sez. III, 2 maggio 2016, n.1660).