

Francesco Siciliano

**Natura della posizione giuridica  
del privato fra diritto d'accesso  
e trasformazione della Pubblica  
amministrazione**

---

Estratto dalla Rassegna mensile  
«Il Consiglio di Stato»  
N. 12 - Dicembre 1999

---

EDIZIONI UTILEDI — ROMA

# NATURA DELLA POSIZIONE GIURIDICA DEL PRIVATO FRA DIRITTO

## D'ACCESSO E TRASFORMAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. - La tutela della riservatezza e la trasformazione dell'Amministrazione da P.A. autoritativa in P.A. giustiziale. 2. - Il diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990 e nel regolamento di attuazione. — 3. - Natura e funzione dell'azione amministrativa alla luce del diritto d'accesso ai documenti amministrativi.

1. - La tutela della riservatezza e la trasformazione dell'Amministrazione da P.A. autoritativa in P.A. giustiziale. — La legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo rappresenta il culmine e la positivizzazione di un processo politico e legislativo teso a garantire ai cittadini il diritto d'accesso ai documenti amministrativi attraverso la creazione di una specifica previsione normativa e di uno specifico rimedio di tipo giurisdizionale.

La legge, tuttavia, si pone quale fondamento di un passaggio epocale nella concezione propria dello Stato amministrazione e del suo rapporto con gli amministrati. Anteriormente alla legge in discorso, invero, i principi ricavati dalle tradizionali norme in tema di provvedimenti amministrativi di tipo ablativo e concessori o e quelli rinvenibili nel testo unico sugli impiegati civili dello Stato, delineando da un lato l'accentuato carattere autoritativo dell'atto (rectius: provvedimento) amministrativo e dall'altro l'obbligo del segreto per l'impiegato dello Stato sugli atti del suo ufficio — anche quando questi ultimi non fossero espressamente coperti dal segreto — davano all'azione amministrativa l'impronta di autoritativa che comportava dal lato dell'amministrato la sola tutela della legalità della funzione esercitata.

Tale carattere assegnava poi agli amministrati varie posizioni soggettive che solo in alcuni casi ricevevano tutela per effetto della loro inclusione nell'alveo della categoria degli interessi legittimi che — si badi bene — consentiva al privato, appunto, il controllo di legalità della funzione esercitata dalla particolare Pubblica amministrazione agente. Tale posizione soggettiva venne espressamente descritta in termini di «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene» (1).

Posta tale definizione si erano poi delineati i caratteri fondamentali di tale situazione soggettiva, distinguendola dagli interessi semplici, e all'interno della medesima si erano giunti ad individuare gli interessi c.d. procedurali (2) quali quelli all'inizio e allo sviluppo del procedimento e ai relativi poteri. Cionondimeno tale posizione soggettiva non implicava in alcun modo la partecipazione

procedimento nelle forme che vedremo, né tanto meno, la facoltà (rectius: il diritto) all'estrazione di copia degli atti; esso, infatti, non comportava mai l'illegittimità del provvedimento sotto il profilo della mancata soddisfazione di quell'interesse protetto sul piano procedimentale, ma

rappresentava, al più uno strumento per l'attuazione degli interessi protetti come interessi legittimi (3).

(1) NIGRO M. amministrativa, Bologna. 1983, pag. 127 Ss.

(2) GIANNINI M.S., Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981; NIGRO M., Giustizia, cit., pag. 150.

(3) NIGRO M., Giustizia, cit., pag. 150.

Rispetto a tale situazione è evidente che il rapporto tra Amministrazione e amministrato si poneva sempre sul terreno mediato del corretto esercizio del potere con questi ultimi in una condizione di suddito che poteva sindacare l'esercizio del potere solo in relazione al caso singolo e con riferimento al singolo interesse protetto per il quale l'inclusione normativa nella categoria degli interessi legittimi significava tutela giurisdizionale. La situazione delineata, tuttavia, lo si ribadisce, non culminava nella partecipazione del privato al procedimento atte so che anche l'enucleazione di una dizione evocativa della presenza del privato amministrato nel procedimento consentiva a quest'ultimo sempre un controllo a posteriori della scelta amministrativa sotto il profilo dell'osservanza delle regole procedurali.

In tale contesto è evidente l'innovazione della legge n. 241 del 1990 atteso che essa positivizza un vero e proprio diritto soggettivo all'accesso ai documenti amministrativi e configura un potere nuovo in capo all'amministrato di partecipare alla formazione del provvedimento amministrativo fermo restando il potere della P.A. di ponderare i diversi interessi rilevanti ai fini della scelta del provvedimento da adottare.

Chiuso, pertanto, il discorso circa il mutamento della posizione del privato rispetto all'esercizio del potere funzionalizzato della Pubblica amministrazione

— è ovvio che la partecipazione alla formazione del provvedimento comporta l'introduzione di interessi privati e arricchisce la possibilità di sindacato sotto il profilo dell'eccesso di potere — giova evidenziare che la legge n. 241 del 1990 in traduce il principio di pubblicità dell'azione amministrativa che si pone come basilare dell'ordinamento e, oltre che rappresentare il punto focale della presente indagine, si pone quale genesi della protezione della riservatezza del singolo nell'ambito della legge in commento e della successiva legge n. 675 del 1996.

Su tale principio si innesta l'accesso ai documenti amministrativi che secondo buona parte della dottrina attua proprio il dato fondamentale fissato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 (4). Il principio della pubblicità, d'altro canto, regola e assicura all'amministrato, anche nel rapporto con la Pubblica amministrazione, le garanzie fondamentali poste dalla Carta costituzionale rinvenibili nel diritto all'informazione che trova la sua fonte nelle norme che tutelano il pieno sviluppo della persona (art. 2), l'uguaglianza fra i cittadini (art. 3), la sovranità popolare (art. 1), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), il diritto di difesa (art. 24) e la legalità dell'azione amministrativa (art. 97) (5).

La posizione normativa di tale diritto ha rappresentato un vero e proprio trapasso dal principio del segreto, dianzi accennato, al principio di pubblicità dell'azione amministrativa con la conseguenza

fondamentale che i due momenti del diritto all'informazione e del principio di pubblicità rappresentato la per fetta individuazione del fulcro del nuovo sistema di rapporti tra Amministrazione e amministrato.

Tale strutturazione porta con sé come logico corollario una diversa connotazione della posizione del privato che, invero, detiene ed attua numerosi poteri nei confronti della P.A. e di quella della medesima Amministrazione che, ora, nel rispetto della trasparenza soggiace a più obblighi nei confronti dei primi. La positivizzazione del principio della trasparenza dell'azione amministrativa è stata

(4) CASTIELLO F., Il nuovo modello di azione amministrativa nella L. 7 agosto 1990 n. 241, Rimini, 1996, pag. 103; ARENA. Accesso ai documenti amministrativi e circolazioni delle informazioni, trasparenza amministrativa a due anni dalla L. 7 agosto /990 n. 24/, in Atti del Convegno di Siena 30 ottobre 1992, Mondo Economico, allegato 27 febbraio 1993.

(5) CASTIELLO F. cit., pag. 103 SS.; ZUCCHETTI A., La partecipazione del cittadino nelle autonomie locali, Milano, 1991, pag. 61; MIELE, Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso, Torino, 179 ss.

intesa come un momento che «rafforza il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'Amministrazione» (6). Esso, inoltre, rappresenta la codificazione a livello di norma di rango primario di un principio già rinvenibile nella norma superprimaria dell'art. 21 Cost. costituendo la specificazione della tutela del diritto di informazione sia dal lato attivo che

dal lato passivo, appunto individuato nel diritto a ricevere notizie (7).

La legge, pertanto, nello stabilire il principio di pubblicità dell'azione amministrativa pone due trasformazioni fondamentali in capo ai soggetti coinvolti e fa sorgere correlativamente la necessità di regolamentare i diritti nascenti in modo che il loro esercizio non vada a ledere altri diritti, pure fondamentali, quali quel lo alla riservatezza del cittadino.

Data l'affermazione di partenza giova procedere per cerchi concentrici. La legge n. 241 del 1990 attua, si è detto, il passaggio da un'Amministrazione - autorità ad un'Amministrazione -partecipata. Ciò è dato dalla possibilità per il privato di avere un ruolo attivo nell'ambito del sub-procedimento istruttorio attraverso l'introduzione di interessi singoli da ponderare nel momento della scelta finale; allo stesso modo la diversa posizione del privato è tutelata proprio dalla legge che prevede una pubblicazione delle fasi del procedimento comunicate al privato onde consentire a quest'ultimo proprio la partecipazione anzidetta.

Tale angolo di visuale trova il suo cerchio concentrico più ampio, nella previsione di un diritto del privato di accedere ai documenti in possesso dell'Amministrazione — onde, sempre, valutare la convenienza circa la presentazione di istanze, memorie ecc. — e di estrarne copia. Quest'ultimo aspetto, si è detto, codifica a livello legislativo generale (8) il diritto dell'amministrato di essere informato sull'attività amministrativa che interferisca con le proprie situazioni soggettive in modo da esercitare per il meglio il diritto di difesa anch'esso tutelato a livello superprimario.

Tuttavia, proprio, quest'ultima previsione individua un più ampio cerchio con centrato rappresentato dalla possibile interferenza dell'esercizio del predetto diritto di essere informati, nelle ipotesi in cui l'attività della P.A. entri nella sfera soggettiva del titolare di posizioni giuridiche, con il diritto, altrettanto garantito, alla riservatezza dell'attività amministrativa e, soprattutto, alla riservatezza del singolo.

E certamente quest'ultimo dato a rappresentare l'aspetto più interessante del problema e il punto focale della presente indagine. La riservatezza acquista diversa rilevanza e, soprattutto, ha avuto diversa attenzione dottrina e giurisprudenziale sia riguardata come diritto dell'Amministrazione sia come diritto del singolo.

Nella prima accezione essa si innesta nel discorso prima fatto circa il mutamento dell'Amministrazione e del suo rapporto con gli amministrati: invero, proprio la codificazione del principio della pubblicità cui è connessa la trasparenza dell'azione amministrativa e la partecipazione del privato alla formazione del provvedimento, comportano la trasformazione del segreto che come detto reggeva l'azione amministrativa (9) — in riservatezza con connotazione di maggiore democrazia dell'azione amministrativa (10).

(6) Dichiarazione sul diritto di accesso all'informazione, adottata dalla Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri della C.E.E. in 11<sup>a</sup> Sessione di Maastricht sull'Unione Europea, Milano, 1992, pag. 180.

(7) CASTIELLO F., cit., pag. 105; GIANNINI, Istituzioni, cit., pag. 400.

(8) La legge n. 241 del 1990, invero, codifica a livello generale il diritto d'accesso ai documenti già previsto per singoli settori nelle leggi n. 29 del 1983; n. 816 del 1985 e n. 142 del 1990.

(9) Vedi infra, pag. 1947.

(10) CASTIELLO F., cit., pag. 103 ss.; MARRAMA, Lei Pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, Relaz. al XXXV Convegno di

Ravenna, Milano, 1991; CUOCOLO, C dell'art. 22, AA.VV., Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti, a cura di Italia - Bassani, Milano, 1991.

La formulazione normativa di cui all'art. 28 legge n. 241 del 1990, infatti dopo avere ribadito la sussistenza del segreto su alcuni atti amministrativi — volta, tuttavia, necessariamente previsto come deroga alla regola generali determinati atti — statuisce l'obbligo del pubblico funzionario di rilasciare degli atti richiesti dal privato quando sussistano le condizioni richieste da] ge. Per come si vede, quindi, assenza di discrezionalità circa il diritto del di accedere alla conoscenza richiesta, ferma restando la valutazione circa sussistenza della situazione soggettiva indicata dalla legge ai fini dell'esercizio del diritto di accesso medesimo.

Su tale dato fondamentale si innesta il primo limite al diritto di accesso posto dal lato dell'Amministrazione atteso che esso si arresta di fronte al segreto di Stato e di fronte « ai casi di

segreto o di divieto di divulgazione diversamente visti dall'ordinamento». Quest'ultima locuzione normativa andrebbe ad individuare le ipotesi in cui, per effetto dell'elemento oggettivo delle informazioni detenute, l'ordinamento limiti il diritto di accesso del cittadino basandosi concetto di segreto o di riservatezza non più legato allo status di Amministrazione (rectius: di pubblico funzionario) ma alla opportunità di non divulgare indifferentemente il dato in possesso dell'Amministrazione.

In ultima analisi l'innovazione normativa porta con sé la maggiore democraticità dell'azione amministrativa non più legata all'autoritatività e al rapporto gerarchico dei dipendenti, atteso che il cittadino partecipa al procedimento acquisendone atti e introducendo proprie osservazioni, e, allo stesso modo, trasformazione del trattamento dei dati in possesso dell'Amministrazione la divulgazione può essere vietata non più e non tanto per l'appartenenza ex se all'attività amministrativa, ma per il bilanciamento degli interessi operato da disposizioni normative che, in virtù della caratteristica delle informazioni pongono la riservatezza della P.A.

Si tratta, in definitiva, di una situazione speculare al diritto alla riservatezza che, poi vedremo esistere per i privati che si sostanzia nella possibilità del di negare, differire, la conoscenza del privato quando questa possa crear coli all'azione amministrativa (11).

Diametralmente distinto è l'aspetto relativo alla riservatezza di perso che e giuridiche. Il concetto di riservatezza trova la sua genesi nella tutela della sfera dell'integrità morale dell'individuo che inizialmente riceveva tutela l'aspetto dell'onore e della reputazione attraverso una serie di precetti p con la successiva consacrazione a livello costituzionale nell'art. 2. Tutta latitudine della tutela, in riferimento ai mutamenti socio-economici successivi alla formazione richiamata, si è rivelata via parziale e inadeguata soprattutto con riferimento all'invadenza dei mezzi di comunicazione di massa strumenti di raccolta di dati e notizie che ha richiesto l'emersione di una tutela dell'integrità morale dell'individuo sotto il profilo della sfera intima e privata

Tali considerazioni hanno portato alla enucleazione del concetto di timidezza dell'individuo che attiene a tutto ciò che riguarda la sfera intima e privata del soggetto che viene protetta dalle offese che può ricevere anche con riferimento alla semplice divulgazione di notizie che la riguardano. Un allargamento, della tutela atteso che la rilevanza dei richiamati concetti dell'onore e della reputazione portava alla tutela delle sole ipotesi in cui tali beni venissero lesi dal] del terzo, mentre il concetto di riservatezza comporta tutela anche con riferimento alla divulgazione pura e semplice che non leda quei beni giuridici tutelati.

(11) SCARCIGLIA R., L'accesso ai documenti amministrativi, Torino, 1998.

(12) Sul punto è vastissima la dottrina: cfr., TAMBURRINO, Le persone fisiche, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1990; Al Riservatezza e tutela della personalità, Milano, 1978; BELVEDERE, Riservatezza e strumento d'informazione.

Nasce, quindi, in dottrina un nuovo e distinto diritto della personalità che trova importanti consensi e riconoscimenti nella giurisprudenza di merito e successivamente in quella di legittimità.

Senza ripercorrere le tappe dell'emersione in giurisprudenza del predetto diritto della personalità (13) giova evidenziare che esso viene espressamente teorizzato e riconosciuto con riferimento all'art. 2 Cost. che espressamente prevede la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (14).

Il diritto alla riservatezza così individuato finisce per acquisire una dimensione autonoma atteso che si distingue dai diritti di identità personale del soggetto e da quelli all'onore e alla reputazione. Tali aspetti, invero, attengono alla proiezione all'esterno della personalità del soggetto mentre il «nostro diritto» concerne esclusivamente l'intimità della vita del singolo, la sua sfera privata, che viene tutelata non solo all'interno della vita domestica — d'altra parte tale tutela seppure sub specie proprietaria viene già tutelata da precetti penali — ma anche all'esterno dove si svolge la sua personalità morale (15).

L'interferenza di tale tutela con gli altri diritti, pure costituzionalmente previsti, viene risolta sulla base dei principi già posti in tema di onore e reputazione con riferimento, ai nostri fini, del diritto di informazione.

Tirando le file del discorso, pertanto, la legge n. 241 del 1990 positivizzando il diritto ad essere informati sul procedimento amministrativo quando questo interferisca, ovviamente, con la sfera soggettiva del singolo amministrato (16) ponendo il problema della tutela della riservatezza della P.A. e di terzi persone fisiche o giuridiche atteso che quest'ultimo diritto della personalità ha trovato ormai piena cittadinanza e tutela nell'ordinamento.

mazione, in *Dizion. dir. priv.*, diretto da Irti, 730; BESSONE, Fatti illeciti, in *Trattato diritto civile di retto da Rescigno*, Xxiv, VI; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3, Torino, 1993; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; DE MATFIA, PALADINO, GALLI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 1963; DOGLIOTTI, *I diritti della personalità*, Torino, 1997; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990.

(13) La prima presa di posizione della Corte suprema è riconosciuta nella sent. 22 dicembre 1956 n. 4487, commentata in vario modo da PUGLIESE, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 366; DE CUPIS, in *Foro it.*, 1957, I, 232, seguita poi dal caso Claretta Petacci, sent. 22 aprile 1963 n. 990. in cui si afferma «un diritto assoluto di autodeterminazione nello svolgimento della personalità che può ritenersi violato quando si divulgano notizie della vita privata di un soggetto senza il suo consenso almeno implicito» e da quello riguardante il film su Soraja Esfandiari, che è considerato il *leading case*, rispetto al quale la sent. 27 maggio 1975 n. 2129 in massima afferma che «il diritto alla riservatezza consiste nella tutela di situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificati da un interesse pubblico preminente; esso non può essere negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano; tale diritto non trova esplicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di impliciti riferimenti nelle norme costituzionali e ordinarie ed in molteplici deliberazioni di carattere internazionale».

(14) La presa di posizione della Corte ha fatto ritenere la condivisione della teoria monistica dei diritti della personalità. Sul punto esiste, invero, dibattito in dottrina tra chi sostiene che nel nostro ordinamento vada individuato un unico diritto della personalità (v. PERLINGIERI, *La personalità*

umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972; GIAMPICCOLO, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 466; FERRI, Persone priva in Il riserbo e la notizia, Napoli, 1980; DOGLIOTTI, i diritti, cit.) e la maggioranza degli AA., i quali, di contro, affermano la tesi pluralistica che comporta l'esistenza di tanti diritti della personalità per quanti emergono dalla normazione positiva (cfr. DE CUPIS. I di ritti della personalità, Milano, 1982; BIANCA, Diritto civile, I, 1978; DI MAJO GIAQUINTO, in Riv. Irim. dir. proc. civ., 1962; PUGLIESE, in Riv. dir. civ., 1963, 1, 607; PATTI, La tutela civile dell'ambiente, Padova, 1979; MACIOCE, Tutela civile della persona e identità personale, Padova, 1984).

(15) Cfr., DOGLIOTTI, I diritti, cit.

(16) E, invero, evidente che non esiste nell'ordinamento un diritto generale degli amministrati ad accedere ai documenti amministrativi né correlativamente un'azione popolare a tutela ditale di ritto, in termini CASTIELLO F., il nuovo, cit.

Consapevole della interferenza dei due diritti ormai riconosciuti dal] mento, il Legislatore, all'ari. 24 legge n. 241 del 1990, ha previsto dei limiti al diritto di accesso che, per quel che riguarda la presente trattazione, fan mento proprio alla riservatezza dei terzi.

Sarà, pertanto, compito de! funzionario pubblico, in prima istanza e del giudice amministrativo nell'eventuale sede giurisdizionale, comparare e bilanciare i diritti in conflitto nel caso di richiesta di accesso a documenti la divulgazione possa ledere la riservatezza degli anzidetti terzi.

Tale punto focale del problema rappresenta il terreno in cui si collo collocheranno le prese di posizione dottrinarie e le soluzioni giurisprudenziali dei casi concreti. Prendere posizione sul punto esporrebbe la presente alla critica di estrema approssimazione se non si specificasse che, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, può dirsi che il diritto di accesso si ferma dinanzi alla tutela di riservatezza di dati personali attinenti alla razza, alle convinzioni politiche e allo stato di salute del singolo (17), così come, dal lato della riservatezza delle persone giuridiche, il diritto d'accesso si arresta dinani alla della libertà d'iniziativa economica tutelata costituzionalmente (18).

Dal lato della P.A., per riprendere il concetto di continuità e buon andamento dell'azione amministrativa ricavato dall'art. 97 Cost., si è già detto che predetto diritto si arresta dinanzi alla possibilità che l'azione della P.A. possa essere ostacolata o compromessa.

Questo momento di scelta e di bilanciamento degli interessi nella valutazione circa il legittimo esercizio (rectius: richiesta) del diritto di accesso pone l'ulteriore problema, posto in evidenza da un'attenta dottrina, della competenza professionale del funzionario pubblico che spesso non appartiene alla qualifica funzionale più adeguata alla richiesta valutazione comparativa (19).

2. - Natura e limiti del diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990 e n mento di attuazione. — Nel paragrafo introduttivo si è delineata la trasformazione subita dalla Pubblica amministrazione sul piano dogmatico e di riquadrimento normativo a seguito della legge n. 241 del 1990 e, allo stesso modo puntata l'attenzione sulla trasformazione subita dalla posizione del privato amministrato per effetto della positivizzazione del principio di pubblicità dell'azione.



Si è, invero, sottolineato che la legge n. 241 del 1990 introduce un di partecipazione del privato all'azione della Pubblica amministrazione porta l'esistenza di poteri propri di quest'ultimo nella fase di iniziativa se istruttoria del procedimento.

Tale è l'essenza del principio di pubblicità dell'azione amministrativa non si discosta in alcun modo dalle basilari affermazioni del buon a dell'imparzialità dell'azione della Pubblica amministrazione, ma, ora introduce il concetto di trasparenza dell'azione amministrativa che comporta dal lato dell'amministrato il suo diritto ad essere informato su quell'attività.

Il diritto di informazione del privato non è certamente una novità legge n. 241 del 1990 atteso che esso trovava la sua base normativa già istituzionale e consisteva nel c.d. diritto di ricevere notizie (20) ma ir l'ordinamento un riconoscimento esplicito e generale del diritto ad essere informati sull'attività della Pubblica amministrazione.

(17) Questo limite ha poi trovato espressa codificazione quanto alla particolarità dei dati sensibili) nella legge n. 675 del 1996.

(18) SCARCIGLIA R., L'accesso, ci nella quale l'autore enuclea le ipotesi di:

l'esercizio dell'attività imprenditoriale; b) l'impossibilità di continuare lo scopo sociale;

il pregiudizio per l'attività di ricerca.

(19) GAMBINO S., Trasparenza ed efficienza dell'Amministrazione: le sfide i,np legislazione di riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo, cit.

(20) GIANNINT M.S., Istituzioni di diritto amministrativo, cit.

La novità epocale della normativa, invero, è stata da tutti (21) individuata nell'introduzione del diritto d'accesso ai documenti amministrativi come attuazione proprio del principio di partecipazione inteso come allargamento dell'angolo di prospettiva dell'azione amministrativa. Tale ultima affermazione vuole ricollegarsi all'enunciata possibilità per il privato di introdurre a sua scelta di versi interessi nel procedimento in modo che questo diventi la stanza di compensazione di questi con gli interessi pubblici di cui è tenutaria la Pubblica amministrazione (22).

L'accesso ai documenti amministrativi, quindi, come momento di trasformazione del potere della P.A. e, allo stesso tempo, strumento di controllo sociale (rectius: degli amministrati) della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa (23).

Prima dell'introduzione nell'ordinamento del diritto d'accesso ai documenti amministrativi come principio di carattere generale esistevano nelle previsioni normative alcune ipotesi di diritto d'accesso ai documenti che si distinguevano a seconda della circostanza che successive norme secondarie avessero o meno disciplinato l'esercizio ditale diritto (rectius: interesse).

Alcuni in dottrina invero (24), hanno affermato che l'amministrato per l'esercizio del proprio diritto (rectius: interesse) non possiede null'altro che un semplice interesse che intanto acquista concretezza in quanto le norme positive prevedano le specifiche misure per la sua attuazione mentre

altri hanno distinto la posizione soggettiva dell'amministrato in funzione della disciplina normativa (25).

Su tale impostazione quest'ultima dottrina con riferimento al diritto d'accesso previsto dal T.U. della legge comunale e provinciale ha espressamente par lato di diritto pubblico soggettivo e in special modo di diritto a carattere sociale proprio perché la norma in questione puntualizza i limiti e l'oggetto del diritto dell'amministrato.

Distinta situazione di interesse si è individuata in capo al privato quando la formazione primaria o secondaria non avesse regolato l'esercizio del diritto at teso il residuo in capo all'Amministrazione di una valutazione discrezionale circa la richiesta dell'amministrato (26). D'altra parte anche la giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sul punto aveva posto la medesima bipartizione (27).

Tale stato della dottrina non è affatto mutato con l'entrata in vigore delle leg

(21) SCARCIGLIA R., L'accesso, cit.; MIELE, Il procedimento, cit. CASTIELLO, Il nuovo modello, Ch'.

(22) SCARCIGLIA R., L'accesso, cit.; PIRAINO S., La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio, Milano, 1990, il testo contiene una brillante esposizione sulla distinzione tra potere e funzione, caratteristica quest'ultima rinvenibile nell'azione amministrativa che, in quanto legata al la cura di un particolare interesse pubblico, non si caratterizza mai quale potere ex se ma come potere funzionalizzato alla soddisfazione di quel determinato interesse pubblico. Da ciò la naturale conseguenza che la legge n. 241 del 1990 trasforma proprio la funzione della Pubblica amministrazione atteso che l'azione amministrativa continua certamente ad esercitarsi per la soddisfazione e la cura del particolare interesse pubblico di cui è tenutaria quella particolare Pubblica amministrazione ma l'interesse pubblico viene ora arricchito e ampliato dagli interessi privati introdotti dall'amministrato nel procedimento.

(23) La legge n. 241 del 1990, invero, in tema di diritto d'accesso ai documenti amministrativi mira soprattutto ad assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa v. Cons. Stato, IV Sez., 12 maggio 1993 n. 530, in questa Rassegna 1993,1,609; T.A.R. Lazio, I Sez., 18 maggio 1993 n. 760, in TAR 1993,1, 2237; id., III Sez., 3 ottobre 1991 n. 666, in TAR 1992,111, 21.

(24) PALADIN L., Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento italiano, in AA.VV., La libertà d'informazione, Torino, 1979.

(25) VIRGA G., Trasparenza della Pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale del diritto d'accesso agli atti amministrativi, in Nuova rass., 1989, pag. 2118 Ss.; CORSO G., I diritti sociali nella costituzione italiana, in Riv. dir. pubblico, 1981.

(26) VIRGA G., Trasparenza, cit., pag. 2125.

(27) Cass. civ., SS.UU., 3 marzo 1961 n. 456, in Foro it., 1961, I, 949, con nota di MONTESANO, Obblighi di fare ed azioni civili contro la Pubblica amministrazione.

gi nn. 142 e 241 del 1990 atteso che secondo la predetta impostazione il diritto d'accesso viene considerato diritto soggettivo pieno e perfetto soltanto quando la legge gli accorda una tutela immediata e diretta mentre si sostanzierebbe in interesse legittimo quando la normazione regolamentare non abbia accordato la indicata tutela (28).

Tale schema è stato chiaramente rafforzato dalla riserva assegnata alla normazione regolamentare di specificare i modi e i termini dell'esercizio dell'accesso. Vedremo, infatti, la costruzione del diritto in termini di diritto condizionato e successivamente il riconoscimento di un diritto soggettivo pieno e perfetto, anche se a nostro sommo avviso resta valida la costruzione in termini di diritto soggettivo condizionato dalla potestà regolamentare.

Riprendendo il cammino della dottrina giova evidenziare che con riferimento alle posizioni soggettive individuate dal capo V della legge in commento si è espressamente parlato di interesse legittimo atteso che, come già detto, il fine normativo è quello di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa di guisa che l'espressione letterale della norma sembra riferirsi tecnicamente a un diritto dell'interessato (29).

In questa direzione si è, infatti, correttamente osservato che la norma di cui all'art. 24 della legge in commento parlando di diritto di accesso faccia, tuttavia, riferimento ad una posizione di potere del privato che è comunque correlata all'esercizio di una potestà (rectius: funzione) amministrativa e che il potere assegnato al privato intanto è esercitabile in quanto la P.A. eserciti il proprio potere che si pone come condizione dell'esercizio del preteso diritto.

Riecheggia in questa posizione la categoria degli interessi c.d. procedurali già richiamati nel presente lavoro (30) anche se è stato messo in rilievo che la posizione del privato è notevolmente cambiata per effetto delle leggi del 1990 nel senso che quest'ultimo partecipa all'azione amministrativa attraverso l'introduzione nel procedimento di interessi particolari e correlativamente che l'art. 24 delinea un vero e proprio diritto all'informazione che trova il suo paradigma normativo negli artt. 21 e 24 Cost. (31).

Sul punto l'esercizio della potestà regolamentare attraverso l'adozione del D.P.R. n. 352 del 1992 sembra avere rafforzato tale situazione tanto da fare affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo pieno e perfetto da includere nella categoria dei diritti civili (32); tale posizione ha trovato con senso anche in alcune pronunce del Consiglio di Stato che ha, tuttavia, parlato di situazione giuridica potestativa che consente al privato un'informazione qualificata e costituisce uno strumento per assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa (33).

Per come si vede, quindi, anche in giurisprudenza emergono i diversi fini

della norma e si spiana la strada alla concezione che appare più coerente sul piano dogmatico: diritto soggettivo condizionato all'esercizio di un pubblico potere.

(28) ZUCCHETTI A., *Le Autonomie locali*, Milano, 1990, tomo I, sub art. 7.

(29) PALEOLOGO, *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. am., n.*, 1991.

(30) Vedi *infra* §1.

(31) Vedi *infra* §1.

(32) GAMBINO S., Diritto d'accesso, cit.; SCARCIGLIA R., L'accesso, cit..Sul punto si è fatto riferimento ai diritti pubblici soggettivi ripartiti in tre diverse categorie: a) i diritti di libertà; b) i diritti civili; c) i diritti politici. La nostra figura si è fatta rientrare nei diritti civili che si caratterizza non per garantire al titolare non solo una specifica sfera deliberata ma anche una situazione pretensiva rispetto all'azione dei pubblici poteri.

(33) Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 12 maggio 1993 n. 530, in questa Rassegna 1993,1,609.

In questo inquadramento si innesta il connotato di situazione giuridica passiva intesa come diritto all'assenza di ostacoli ingiustificati al ricevimento delle

informazioni richieste (34).

La soluzione prescelta deriva proprio come corollario dalla scelta iniziale che si opera circa la situazione soggettiva individuabile nella libertà di informazione dal lato passivo di rango costituzionale atteso che una scelta antifunzionalista porterebbe ad individuare nello sviluppo normativo di rango primario che si commenta una situazione di interesse (35) data la caratterizzazione della posizione originaria quale interesse o libertà di fatto, mentre l'individuazione di un diritto sociale o interesse diffuso della posizione iniziale fatta dai funzionalisti moderati (36) e l'individuazione di un diritto soggettivo (37) legittima l'individuazione di una situazione soggettiva di medesima natura sul piano della norma primaria.

Tale posizione, tuttavia, incontra sempre e comunque il limite e l'occasione

dell'esercizio del potere amministrativo per cui appare legittimo parlare di diritto condizionato (38).

Diametralmente opposta la situazione che si è venuta affermando in giurisprudenza sulla scia della richiamata decisione del Consiglio di Stato atteso che questa tendenza si iscrive nell'ambito di un orientamento che discostandosi dalle tradizionali categorie dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo — intese come situazioni comunque legittimanti — porta ad ammettere l'accesso ai documenti anche in ipotesi di interesse diffuso e di situazione soggettiva differenziata e giuridicamente rilevante (39).

Sul punto d'altra parte è intervenuta in sede di regolamento preventivo di

giurisdizione la Corte suprema di cassazione a SS.UU. per affermare la natura di

interesse legittimo della situazione soggettiva in commento (40).

E ovvio che la posizione della giurisprudenza porta alla vacuità delle dispute richiamate anche se si è posto il limite dell'interesse del singolo che deve essere differenziato dall'interesse della generalità degli amministrati non esistendo un'azione popolare diretta a consentire un controllo generalizzato sull'Amministrazione (41).

La posizione assunta dalla giurisprudenza risente chiaramente di una visione processualistica del problema atteso che le affermazioni riportate si innestano su una distinzione con l'interesse necessario alla proposizione di un ricorso in via ordinaria, ma, in ogni caso, fanno intendere il

rigore dell'individuazione di una situazione soggettiva di diritto condizionato atteso che la posizione del privato è sempre considerata con riferimento all'esercizio del potere della Pubblica amministrazione.

(34) ZACCARIA R., Gli scampoli di un diritto, in JACOBELLI (cur.), Verso il diritto all'informazione, Bari, 1991; CRISAFULLI, Problematica della „libertà d'in formazione”, in Il Politico, 1964, 300;

BARILE e GRASSI, Informazione (diritto di), in NN.D.I., IV, Torino, 1983.

(35) PALADIN, Libertà di pensiero e libertà di informazione, Torino, 1987.

(36) CARLEO R., Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici, RDC, 1984. II, 150; contra SANDULLI M.A., Note in tema di diritto all'informazione radiotelevisiva, G.I., 1978, 1, 2, 159 quanto all'uso del termine interesse diffuso.

(37) COSTANZO P., In formazione nel diritto costituzionale, in Digesi o, Discipline pubblicistiche, VIII, 319.

(38) Sulla categoria dei diritti condizionati si vedano: SANDULLI A.M.. Manuale di diritto amministrativo, Padova, 1984; CASSARINO, Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa, Milano, 1956; CASETTA, Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale, in Riv. trim. dir. pubblico, 1952; ACQUARONE. Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative, Milano, 1962.

(39) Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 11 gennaio 1994 n. 21, in questa Rassegna 1994, 1, 5; id., VI Sez., 30 settembre 1994 n. 1467, in questa Rassegna 1994, 1, 1266.

(40) Cass., SS.UU., 27 maggio 1994 n. 5216, in questa Rassegna 1994, II, 1344.

(41) Cfr. Cons. Stato, VI Sez., 30 ottobre 1993 n. 783, in questa Rassegna 1993, I, 1323; più in generale, T.A.R. Lazio, 11 Sez., 12 febbraio 1993 n. 105, in TAR 1993, I, 1544; id., II Sez., 17 marzo

1993 n. 311, in TAR 1993, I, 1187.

D'altra parte i giudici amministrativi non sono mai intervenuti ex professo sul problema di guida che anche quest'ultima affermazione appare legittima se non ancorata al dato terminologico della definizione di situazione soggettiva differenziata.

Tuttavia, l'angolo di prospettiva processuale ha portato la giurisprudenza a distinguere l'autonomo diritto d'accesso, inteso come interesse giuridicamente rilevante, dall'interesse che potrebbe essere lesa dall'atto amministrativo provvedimento di guida che il diritto in questione viene ormai definito come autonoma posizione tesa ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e a favorirne lo svolgimento imparziale, da ciò la conseguenza che esso è azionabile sia quando si manifesti in sede partecipativa al procedimento amministrativo (accesso partecipativo) sia quando attenga alla conoscenza di atti che abbiano spiegato effetti diretti o indiretti nei confronti dell'istante (accesso informativo) (42).

Si è affermata quindi in giurisprudenza e dottrina (43) la caratterizzazione del diritto d'accesso come situazione soggettiva cui è connessa la tutela di un bene giuridico autonomo alla conoscenza degli atti che tende ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa con ciò accedendo se pur non esplicitamente alla categoria dei diritti condizionati.

La larghezza della configurazione della situazione legittimante ha, correlativamente, portato ad estendere l'ambito di operatività del diritto sotto il profilo degli atti conoscibili nel senso che l'ampia formulazione dell'art. 22 della L. 7 agosto 1990 n. 241, non consente di limitare l'accesso a particolari tipi di atti, aventi o meno rilevanza esterna, anzi prescinde dal fatto che gli stessi siano stati o meno concretamente utilizzati ai fini dell'attività di rilevanza esterna (44).

In questa direzione, pertanto, si è ritenuto che il diritto d'accesso possa essere azionato anche con riferimento ai c.d. atti interni che se non assumono una rilevanza funzionale ai fini del procedimento sono comunque conoscibili dal privato (45) ciò sotto il profilo che la posizione del privato deve essere giudicata in astratto con riferimento al bene tutelato dal diritto d'accesso e non con riferimento alla concreta azione proponibile rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento.

Il procedimento di accesso — salvo l'ipotesi di accesso informale disciplinata dal D.P.R. n. 352 del 1992 — si inizia con un'istanza scritta che deve contenere i motivi su cui si fonda la richiesta onde consentire all'Amministrazione la valutazione di sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per come specificati anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Destinatari (rectius: legittimate passive) dell'istanza possono essere le Amministrazioni dello Stato, «ivi comprese le Aziende autonome, gli Enti pubblici e i concessionari di pubblici servizi». Il diritto d'accesso involge ogni attività istituzionale degli Enti sopradetti escluse quelle puramente privatistiche attuate nella conclusione di contratti con i privati.

(42) Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 15 gennaio 1998 n. 14, in questa Rassegna 1998,1,2.

(43) Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 6 agosto 1997 n. 772, in questa Rassegna 1997,1, 1021; Cons. Stato, IV Sez., 29 aprile 1997 n. 433, in questa Rassegna 1997, I, 488; T.A.R. Campania, 111 Sez., Napoli, 12 luglio 1996 n. 600, in TAR 1996, 1, 3378, e in dottrina si vedano: ARS1, L'accesso ai documenti nella recente giurisprudenza, in *Giornale dir. anz.*, 1996, 788; TASSONE, Il diritto d'accesso agli atti amministrativi ed i limiti alla sua operatività nell'attuale panorama legislativo e giurisprudenziale, in *Giur. it.*, 1993, III, I, 265.

(44) Cfr. Cons. Stato, V Sez., 9 dicembre 1997 n. 1489, in questa Rassegna 1997,1, 1699.

(45) Per un'accezione ampia della nozione di atti interni che possono formare oggetto di diritto d'accesso, cfr. Cons. Stato, IV Sez., 4 luglio 1996 n. 820, in questa Rassegna 1996, 1, 1096; T.A.R. Lazio, I Sez., 2 novembre 1995 n. 1881, in TAR 1995, 1, 4711; id., II Sez., 18 maggio 1995 n. 866, in TAR 1995, I, 2829; id., II Sez., 3 marzo 1995 n. 318, in TAR 1995, 1, 1498; Cons. Stato, VI Sez., 7 dicembre 1993 n. 966, in questa Rassegna 1993, 1, 1651; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 ottobre 1993 n. 871, in TAR 1993, 1, 4815, anche se esiste un orientamento maggiormente restrittivo in tema di atti preparatori, cfr. T.A.R. Lazio, I Sez., 2 novembre 1995 n. 1882, in TAR 1995, 1, 4714; T.A.R. Piemonte, 1 Sez., 20 aprile 1995 n. 313, in TAR 1995, 1, 2908.

Si vedranno poi i limiti all'accesso espressamente codificati mentre giova evidenziare che l'accesso si esercita mediante l'esame e l'eventuale estrazione di copia dei documenti (reclus: atti) amministrativi richiesti con un costo di estrazione copia predeterminato. Alla richiesta di accesso segue eventualmente il provvedimento negativo che deve essere espressamente motivato onde consentire la speciale tutela giurisdizionale prevista dall'art. 25 legge n. 241.

Il diritto d'accesso può parimenti essere differito quando particolari ragioni di tutela dell'azione della P.A. consiglino di non consentire momentaneamente l'accesso al privato. Si fa riferimento in questo caso alla c.d. riservatezza dell'Amministrazione che sarà oggetto di apposita trattazione. Il provvedimento di differimento deve essere ovviamente motivato.

Una posizione a sé merita quella dottrina (46) che ha tratto dal richiamato stato della dottrina e della giurisprudenza l'esistenza di una situazione avente natura cautelare che, in quanto tale, si astrae dall'esistenza di una determinata situazione giuridica tutelabile in giudizio e non appartiene ad alcun rapporto. Da tale affermazione si è fatto discendere come corollario che il destinatario di questa azione avente natura cautelare è la Pubblica amministrazione salvo i casi eccezionali ed espressamente previsti dalla legge.

E' evidente che tale costruzione della situazione giuridica in discorso sposta completamente qualsiasi angolo di visuale prima approntato nello sforzo di includere il nuovo nato nell'alveo delle situazioni soggettive classiche introdotte dalla dottrina e correlativamente non determina alcunché nell'ambito della visione dell'azione amministrativa determinando esclusivamente il riconoscimento di una situazione eccezionale creata dalla legge per l'introduzione del diritto d'accesso del privato e sul piano operativo sposta l'obiettivo sui soli atti accessibili includendovi anche quelli attinenti all'attività di diritto privato della Pubblica amministrazione (47).

A conclusione della presente riflessione sulla natura e sull'atteggiarsi del diritto d'accesso ai documenti amministrativi nell'ottica di una definitiva sistemazione della posizione del privato e della posizione della Pubblica amministrazione giova formulare alcune considerazioni probabilmente futuribili a livello legislativo e a livello giurisprudenziale.

Si è detto (48) che la configurazione dogmatica del diritto di accesso più aderente ai principi dell'ordinamento e allo stato della dottrina e della giurisprudenza sembra essere quella di diritto condizionato posto che l'esercizio di tale situazione soggettiva se pur riceve dall'ordinamento una tutela piena e perfetta al la stregua di un diritto soggettivo è comunque condizionato all'esercizio della potestà della Pubblica amministrazione che connotandosi in termini di potere funzionalizzato importa sempre, dal lato dell'amministrato, la possibilità di comprimere, chiaramente a certe condizioni, il diritto del privato per il

soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito.

Ciò si inquadra nella visione di una Pubblica amministrazione che, non stante riceva dalla legge n. 241 del 1990 una spinta verso una trasformazione in termini democratici (rectius: di trasparenza e imparzialità), mantiene sempre una sua connotazione in termini di supremazia nei confronti degli amministrati retta dal principio di legalità essendo attività, tendenzialmente predeterminata da norme giuridiche, che la P.A. svolge per curare, in modo immediato, concreti interessi pubblici (49).

(46) Vedi da ultimo CANNADA-BARTOLI E., Accesso e privatizzazione del rapporto d'impiego, in *Giur. it.*, 1998, e in *Diritto amministrativo*, 2190 ss.

(47) Cfr. oli. cit.: conforme la posizione già illustrata nel testo.

(48) Vedi infra nel §1.2.

(49) GALATERIA L., STIPO M., Manuale di diritto amministrativo, Torino, 1989.

È, infatti, evidente che la costruzione dell'azione amministrativa in termini di potere funzionalizzato alla cura e il perseguimento di determinati interessi pubblici (50) importa dal lato del privato, nonostante qualsiasi dizione letterale delle norme, una posizione di potere correlato all'esercizio del potere pubblico da inserire nella categoria degli interessi legittimi o al più in quella dei diritti condizionati.

D'altra parte tale impostazione non è stata contraddetta nemmeno da chi (51) ha inteso costruire un nuovo modello di azione amministrativa alla luce delle riforme del 1990 atteso che anche in questa prospettiva si è parlato di partecipazione del privato alla formazione del procedimento in funzione oggettivante dell'azione amministrativa in un quadro di «elaborazione delle alternative decisorie» (52). Ciò ha portato ad inquadrare la partecipazione del privato nell'alveo degli interessi pubblici (53) di guisa che anche tale partecipazione arretra o meglio rientra nell'ambito del potere esercitato dalla Pubblica amministrazione non rilevando dal lato dei diritti dell'amministrato ma da quello dell'azione amministrativa arricchendola di contenuti.

Tale connotazione dell'azione amministrativa e della funzione (rectius: del ruolo) da assegnare al principio di pubblicità (rectius: di partecipazione del privato) e al diritto di accesso porta con sé come logico corollario l'inesistenza di posizioni di diritto soggettivo intangibile e pieno del privato rispetto all'azione dell'Amministrazione posto che in linea con la bipartizione inesistenza-cattivo esercizio del potere situazioni soggettive di quel tipo corrispondono ad assenza di potere della Pubblica amministrazione. Ciò nasce, sul piano del diritto amministrativo sostanziale, dall'adesione alla tesi, da ritenersi tuttora valida, dell'autoritatività dell'atto amministrativo con effetti degradatori ed estintivi dei diritti soggettivi nonché di quella dell'equiparazione dell'atto amministrativo illegittimo a quello legittimo (54) che porta con sé la considerazione, peraltro ricavabile dalla richiamata giurisprudenza (55), che la cognizione del giudice amministrativo in sede di valutazione del provvedimento che nega l'accesso attiene a posizioni soggettive di interesse legittimo o comunque a situazioni soggettive

differenziate e giuridicamente qualificate (diritti condizionati (56)).

D'altra parte è proprio tale impostazione sia di diritto sostanziale che di diritto processuale che rappresenta il terreno su cui si innesta lo sbarramento operato dalle SS.UU. della Corte di cassazione con la richiamata decisione.

A nulla vale pertanto auspicare una tutela aquiliana in caso di violazione del diritto d'accesso che arrechi un pregiudizio rilevante (57) ovvero sostenerne la natura di diritto soggettivo pubblico (58) se, come peraltro riconosce la medesima dottrina (59), esso alla stregua del principio di partecipazione va fatto rientrare nell'ambito degli interessi perseguiti dall'azione amministrativa.

(50) PIRAINO S., La funzione, ci!.

(51) CASTIELLO F., Il nuovo modello, ci



(52) CARDI, Procedimento amministrativo, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, ad vocem.

(53) MARZUOLI, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985, 219.

(54) CAIANIELLO V., Diritto processuale amministrativo, Torino, 1988, pag. 115. Conlra, CANNADA BARTOLI.

(55) Vedi in fra nel

(56) Tale posizione già espressa nel testo si ricava dalla considerazione che la generica qualificazione giurisprudenziale ben corrisponde alla definizione descrittiva del diritto condizionato come posizione soggettiva la cui esistenza è condizionata alla sua compatibilità con l'interesse pubblico nel senso che esso si pone come diritto soggettivo sino a quando non siano sacrificati del corretto esercizio del potere: eh-. QUARANTA, Lineamenti di diritto amministrativo, Novara, 1987.

(57) In termini COLOMBO, L'accesso agli atti e ai documenti amministrativi, pag. 270; CASTIELLO F., il nuovo modello, cit.

(58) Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 20 settembre 1994 n. 728, in questa Rassegna 1994, I, 1199.

(59) CASTIELLO F., cit.

Un passo avanti in tale direzione andrebbe, invece, fatto con riferimento al l'inquadramento dogmatico generale dell'azione amministrativa alla luce del principio di pubblicità e del diritto d'accesso ai documenti amministrativi in termini di servizio per i cittadini.

Tale concezione, alla luce della sottordinazione del diritto amministrativo ai principi cardini della Costituzione repubblicana, è stata già avanzata in dottrina (60) nel senso di considerare due filiere di cui una concernente i compiti dello Stato e la seconda concernente i diritti del cittadino. In questa prospettiva, tuttavia, l'attività di servizio dell'Amministrazione è ancorata agli art. 2 e 3 Cost. riguardando il perfezionamento delle qualità morali degli amministrati e, pertanto, si arresta al perseguimento dei correlativi diritti fondamentali previsti dalla Costituzione.

Alla luce della normativa del 1990, che si badi bene rappresenta una legge di principio nel sistema delle fonti, la tendenza espressa dalla citata attenta dottrina può essere sviluppata nel senso che il principio di pubblicità dell'azione amministrativa e il correlativo diritto di accesso del cittadino configurano l'azione del l'organo (rectius: pubblico funzionario) amministrativo nel momento di valutazione della sussistenza dei requisiti per l'accesso ai documenti amministrativi in termini di servizio per i medesimi nella prospettiva di garantire il loro diritto di informazione passivo e l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Ciò consente, quindi, di affermare che diversi sono gli interessi di cui è portatrice la Pubblica amministrazione rispetto alla posizione del privato che nell'esercizio del diritto d'accesso esercita un vero e proprio diritto. Invero, la prima nella valutazione dei predetti requisiti persegue l'interesse pubblico dell'imparzialità e della trasparenza e non anche quello della partecipazione del privato mentre il diritto d'informazione del cittadino non entra nell'interesse pubblico perseguito ma si pone come posizione soggettiva a se stante esercitabile e tutelabile ex se senza l'interferenza della posizione soggettiva sottesa all'accesso (61).

Posto tale dato di partenza, la caratterizzazione dell'azione amministrativa in termini di servizio nell'ambito del soddisfacimento del diritto di informazione dal lato passivo consente di superare il dogma dell'imperatività dell'atto amministrativo e, correlativamente, la costruzione della posizione del privato alla stregua del diritto soggettivo tutelato dalla norma in bianco dell'art. 2043 Cod. civ.

Invero, l'assenza di autoritatività dell'azione amministrativa in subiecta materia farebbe emergere una posizione di diritto del privato che se lesa, stavolta fuoriuscendo dalla bipartizione inesistenza-cattivo esercizio del potere non trovandosi in presenza di un atto autoritativo, ben potrebbe legittimare la tutela aquiliana e, soprattutto, consentirebbe di superare lo sbarramento posto dalla richiamata decisione delle SS.UU. della Corte suprema evidentemente ancorate al richiamato criterio di riparto delle giurisdizioni. Ciò d'altra parte troverebbe una sua giustificazione metagiuridica nel mutato trend legislativo atteso che nel decreto n. 80 del 1998 attua la devoluzione della giurisdizione con riferimento alla materia e non più ancorata alla situazione soggettiva.

Tale posizione, tuttavia, rischia di essere vanificata proprio dagli interventi del Legislatore che nell'ottica evolutiva della Pubblica amministrazione, per re stare ancorati al dato terminologico, nella L. 15 marzo 1997 n. 59 con riferimento all'incompleto assolvimento di obblighi da parte della Pubblica amministrazione (cui evidentemente sarebbe assimilabile l'illegittimo diniego e l'incompleto accesso ai documenti amministrativi) prevede (rectius: dispone di prevedere) forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento.

(60) ALLEGRETTI U., Amministrazione Pubblica e costituzionale, Padova, 1996, 16 e ss. (61) Conforme la giurisprudenza amministrativa citata infra nel testo.

3. - Natura e funzione dell'azione amministrativa alla luce del diritto d'accesso ai documenti amministrativi. — Il diritto d'accesso ai documenti quale espressione del principio di pubblicità dell'azione amministrativa che si concretizza nell'obbligo della trasparenza dell'azione stessa, per come si è evidenziato più volte nel corso della trattazione, rappresenta la codificazione a livello di norma di rango primario e di applicazione a carattere generale del principio di partecipazione del privato al procedimento amministrativo rappresentando una specificazione di tale posizione giuridica.

Esso, nondimeno, rappresenta l'enunciazione in termini generali del diritto del privato ad essere informato dell'azione amministrativa sempre nella direzione dell'imparzialità dell'azione di quest'ultima (62).

Oltre a ciò il diritto d'accesso comporta, sotto il profilo dell'azione amministrativa, una sorta di apertura del metodo amministrativo — intendendo con ciò l'esercizio del potere e le correlative scelte consacrate nei provvedimenti finali — alla partecipazione attiva del cittadino nonché la emersione di una sua funzione attiva di controllore, se pur attraverso lo strumento giurisdizionale, della corretta ponderazione degli interessi derivanti dalla sua posizione soggettiva.

Tale ultima notazione è già stata evidenziata nel corso della trattazione e troverà una sua compiuta collocazione sistematica alla fine del presente paragrafo.

Tuttavia al fine di comprendere quanto il principio di pubblicità dell'azione amministrativa e il correlativo diritto d'accesso del privato ai documenti, abbia no inciso nella visione dell'azione e

della funzione della Pubblica amministrazione, giova appuntare l'attenzione sulla concezione della funzione (rectius: azione) amministrativa prima della riforma del 1990.

La funzione amministrativa trae la sua origine dalla concezione del potere inteso come potenza di agire con la forza per ottenere un determinato risultato mediante l'imposizione ad altri di un certo comportamento (63).

Tale situazione soggettiva pubblica o privata, in taluni casi, trova nella norma che la prevede un limite d'esercizio nei principi fondamentali dell'ordinamento, trattandosi ovviamente di potere inserito nell'ambito di un sistema di poteri, ovvero, per entrare nell'ottica del presente lavoro, trova dei limiti nella sua concreta estrinsecazione nel soddisfacimento di un dato interesse che presiede proprio alla posizione della norma attributiva del potere (64), in ciò discostandosi dal diritto soggettivo che, quale situazione giuridica perfetta caratterizzata dalla mancanza di alterità del fine, trova nel bene tutelato il proprio scopo e il proprio soddisfacimento.

(62) ZUCCHETTI, AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991; RODELLA, *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Nuova rass. di legisl. dottr. gtr.*, 1990, n. 17. p. 1733 Ss., e recentemente MAMELI, *La L. 7 agosto 1990 n. 241, l'accesso ai documenti e la specialità del procedimento introdotto ex art. 25*, in questa *Rassegna* 1996, II, 561; ITA LIA-BASSANI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995.

(63) PIRAINO S., *La funzione*, cit.

(64) PUGLIA'JTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, in cui si parla del carattere strumentale del potere.

La formulazione normativa non lascia, quindi, adito a dubbi posto che la previsione di una predeterminata misura di risarcimento del danno (rectius: indennizzo) sgancia tale riparazione della violazione dalle regole del risarcimento del danno immettendo nel sistema una pena pubblica distinta da quelle penali che si caratterizza come figura del tutto distinta dal tradizionale risarcimento del danno.

La medesima norma se attuata nell'ambito della normazione delegata renderebbe, pertanto, ultronea ogni disputa circa la risarcibilità della figura giuridica di cui ci si occupa e correlativamente il suo inquadramento in una o l'altra situazione giuridica soggettiva.

Proprio l'alterità dell'appartenenza del fine, ovvero, comunque, l'esistenza di un interesse del potere cui rimane estraneo l'esercente il potere medesimo, caratterizza il tipo di situazione di preminenza che più interessa il presente lavoro, trattandosi di una caratteristica peculiare del tipo di potere che vedremo assegnato alla Pubblica amministrazione.

I limiti che l'ordinamento pone all'esercizio del potere tendono a garantire una tipizzazione dei comportamenti posti in essere dall'esercente quel potere al fine di garantire proprio la rispondenza di quell'esercizio allo scopo per cui la norma ha enucleato e attribuito quella capacità di imporre determinate scelte o comportamenti.

In ultima analisi, la descrizione che si è fatta, fa riferimento ad una particolare figura di potere che, in quanto legato all'idoneità dei comportamenti al raggiungimento dello scopo per cui il medesimo è stato attribuito, si caratterizza quale funzione come figura a se stante che, come si è visto, si

rinviene oltre che nell'azione dei pubblici poteri anche in alcune figure privatistiche quali la curatela fallimentare.

Nel caso del potere della Pubblica amministrazione (*rectius*: funzione), questo è caratterizzato proprio dall'essere esclusivamente preordinato al raggiungimento di un determinato fine prestabilito della norma attributiva in rapporto di mezzo per il raggiungimento dello scopo (65).

Tale figura giuridica è limpidamente descritta in termini di *species* del più ampio *genus* potere che si caratterizza per essere esercitata ed atteggiarsi in modo da legarsi intimamente con il fine perseguito e determinato dalla norma (66); da tale enucleazione di carattere generale si è poi specificato il concetto di funzione pubblica caratterizzato proprio dalla destinazione delle attività dell'Ente pubblico a un fine essenziale di esso e, più segnatamente, dall'ordinarsi e coordinarsi di una serie di attività intorno ad un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro Ente pubblico (67).

Si caratterizza, quindi, l'essenza della funzione in una preordinata *deputatio ad finem* dell'esercizio del potere giuridico (68) e si afferma che la funzione amministrativa non può essere esercitata se non caratterizzandosi per il fine per cui è preordinata.

Tuttavia, proprio la connotazione primaria della funzione in termini di potere caratterizzato dalla preordinazione ad un fine ne esclude oltre che, ovviamente, lo sviamento dal fine, — questo evidentemente in un momento descrittivo come quello in discorso, essendo evidente che lo sviamento dal fine è verificabile e concretamente viene più volte accertato dal giudice amministrativo nel suo controllo di legittimità dell'atto finale dell'esercizio della funzione — anche che l'esercizio del medesimo sia del tutto svincolato da criteri di esercizio che, di contro, ne rappresentano gli elementi in base ai quali valutare l'idoneità al perseguimento dello scopo.

Il potere della P.A. (*rectius*: funzione), quindi, è caratterizzato ab origine dal l'esistenza di un fine predeterminato da perseguire e, nell'ambito del suo esercizio, dalla fissazione di una serie di criteri di uniformazione di comportamento che garantiscono l'idoneità di quel potere al perseguimento del fine.

Su tale legame con il fine indicato dalla norma attributiva del potere funzionalizzato della Pubblica amministrazione si innesta il margine di apprezzamento che la medesima ha nell'ambito della sua azione di perseguimento del proprio fine istituzionale.

(65) PIRAINO S., *La funzione*, cit.

(66) GIANNINI M.S., in *Dir. ammin.*, Milano, 1970; SEVERI F.S., voce *Funzione pubblica*, in *Dir. gestione discipline pubblicistiche*, VII, Torino, 1991.

(67) SEVERO F.S., voce cit., *Op. cit.*

(68) PIRAINO S., *La funzione*, cit.

Ciò nel senso che nell'ambito dei criteri di uniformità cui l'esercizio della funzione deve adeguarsi, esiste un margine di apprezzamento entro il quale la Pubblica amministrazione può agire nell'esercizio della sua azione, rimanendo comunque, quest'ultima adeguata al raggiungimento del fine.

La determinazione finale dell'azione amministrativa, invero, rappresentata dal provvedimento è caratterizzata proprio da questo margine di apprezzamento che la legge lascia alla determinazione dell'Autorità amministrativa (69).

Tale è la definizione di ciò che comunemente si indica come discrezionalità amministrativa che in quanto margine di apprezzamento della P.A. è insita nell'idea stessa della funzione come estrinsecazione di un potere cui il fine perseguito è legato come causa e come effetto.

Tale margine di apprezzamento, tuttavia, non si risolve in una vera e propria libertà della P.A. essendovi, infatti, dei criteri prestabiliti nell'esercizio di tale potere la ponderazione di interessi ovvero trovandosi i medesimi nell'interesse specifico che guida la funzione verso il raggiungimento del fine perseguito (70).

Rispetto all'azione della Pubblica amministrazione nel perseguimento di quel fine, la posizione del privato non assume mai a situazione soggettiva in via di labilità essendo noto il fenomeno dell'affievolimento dei diritti e il loro degradare ad interessi legittimi rispetto all'esercizio della potestà provvedimentale.

La funzione amministrativa, quindi, destinata alla cura di interessi pubblici, consiste nel perseguimento di quell'interesse attraverso la problematica della ponderazione e della comparazione degli interessi in conflitto che delinea e caratterizza «l'azione discrezionale nello svolgersi della funzione» (71).

Da ciò la conclusione che l'attività amministrativa, in quanto attività funzionalizzata, da svolgere con imparzialità, «deve essere idonea a soddisfare un interesse pubblico primario fissato dalla legge, con il quale coesistono anche interessi minori, pubblici e privati, che l'Amministrazione deve considerare e valutare in modo obiettivo, avendo sempre di mira il raggiungimento dell'interesse generale con esclusione di ogni preferenza per interessi particolari e di favoritismi di sorta» (72).

Da tale definizione dell'attività amministrativa si colgono le caratteristiche che hanno contraddistinto sia l'essenza che lo svolgersi del potere della Pubblica amministrazione che trovano nella norma attributiva del potere sia il fine da perseguire (rectius: curare) sia gli interessi pubblici e privati da comparare e comporre nell'ambito della scelta finale operata con il provvedimento amministrativo caratterizzato da quel margine di apprezzamento denominato discrezionalità amministrativa.

In questa impostazione è abbastanza delineabile uno schema entro il quale inquadrare sia la funzione, intesa quale potere dell'Autorità amministrativa, sia la discrezionalità, sia il controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere e la correlativa posizione del privato.

La norma attributiva del potere all'Autorità amministrativa individuava il fine cui è preordinato designando un'Autorità amministrativa per il suo perseguimento

(69) VIRGA P., Diritto amministrativo, in *Alti e ricorsi*, Milano, 1997.

(70) Sulla discrezionalità in generale e sui concetti riportati vedi: PIRAS, voce Discrezionalità amministrativa, in Enc. dir., XIII, 65; GIANNINI MS., il potere discrezionale della Pubblica amministrazione, Milano, 1939; id., istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981, 264 Ss., BENVENUTI L., La discrezionalità amministrativa, Padova, 1986; AZZARITI, Dalla discrezionalità al potere, Padova, 1989; CALABRÒ, La discrezionalità amministrativa nella realtà di oggi, in C.S. 1992, II, 1565; BASSI, Note sulla discrezionalità amministrativa, in AA.VV., Le trasformazioni del diritto amministrativo (scritti in GIANNINI), Milano, 1995, 49; LEDDA, Determinazione discrezionale e domanda di diritto, in Studi per Benvenuti, 111, 955.

(71) PIRAINO S., La funzione, cit.

(72) Cfr. QUARANTA, Lineamenti di diritto amministrativo, cit.

mento. L'azione della prima, tuttavia, deve rispondere a determinati criteri di uniformazione in modo che sia assicurata l'idoneità di quell'azione al perseguimento e al raggiungimento dello scopo della funzione esercitata.

Nell'ambito di tale azione, rispondente ai predetti criteri, la Pubblica amministrazione, nella determinazione concreta delle sue scelte comparative, gode di un margine di apprezzamento condizionato proprio dall'interesse pubblico perseguito — ciò nel senso che a prevalere rispetto all'interesse privato è sempre l'interesse pubblico — dalla causa del potere esercitato e, non da ultimo, dai predetti criteri dell'azione (73).

Così delineata l'azione amministrativa finisce per essere predeterminata dalla norma attributiva del potere nel senso che la successiva valutazione giurisdizionale di legittimità, azionata per il tramite del ricorso del privato, si arresta al controllo dell'esatta osservanza della legalità, intesa come formalizzazione normativa dell'azione e dei criteri di salvaguardia dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica amministrazione senza che la posizione del singolo possa mutare per effetto di una sua partecipazione.

Tale ultima notazione vuole significare che la situazione soggettiva del singolo amministrato è già valutata dalla norma attributiva del potere amministrativo e finisce per essere tutelabile solo con riferimento all'osservanza da parte dell'azione concreta dei canoni di comportamento e dei dettami fissati dalla norma attributiva del potere.

Rispetto a questa delineata caratteristica della funzione amministrativa e del controllo sul suo atteggiarsi concreto, può cogliersi la novità introdotta dalla riforma del 1990 che codifica il diritto del privato di partecipare al procedimento amministrativo, nonché l'introduzione del principio di pubblicità dell'azione medesima che, chiaramente, consente al privato, appunto, di conoscere i momenti dell'azione procedimentale e partecipare alla stessa.

La legge n. 241 del 1990, invero, codifica nel capo III la partecipazione del privato al procedimento amministrativo quale mezzo per la migliore attuazione del principio di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa.

In tale direzione il privato, attraverso l'esercizio del predetto diritto di partecipazione, introduce nel procedimento amministrativo una serie di interessi coinvolti in modo da guidare l'attività

amministrativa nella scelta comparativa e imparziale della soluzione concreta maggiormente rispondente all'interesse perseguito.

Tale situazione nuova nell'ambito dell'azione amministrativa ha consentito di affermare che quest'ultima non è più legata al canone garantistico dato dal principio di legalità atteso che la partecipazione del privato oggettivizza il procedimento amministrativo come sede di elaborazione delle alternative decisorie (74) oltre che porsi come strumento in cui si attua la difesa dell'interesse del singolo amministrato (75).

In tale direzione, pertanto, la migliore dottrina ha avuto modo di osservare che è proprio nel procedimento che la pluralità degli interessi trova la sua risoluzione atteso che «non esiste l'interesse pubblico, ma gli interessi pubblici al plurale. Le leggi — invero n.d.r. — nel canonizzare tali interessi, non possono sempre stabilire una scala tra di loro, indicando quale debba prevalere» di modo che il procedimento diventa il luogo dove viene stabilita la predetta scala

(73) VIRGA P., Diritto amministrativo, ci

(74) La definizione è di CARDI, Procedimento amministrativo, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991 advocem.

(75) COGNETTI, La tutela delle situazioni soggettive ira procedimento e processo, Perugia, 1987; CASTIELLO F., Il nuovo modello, ci!.; RODELLA, La riforma del procedimento amministrativo, in

Nuova rassegna 1990. n. 7, 685.

secondo regole che devono rispondere ai principi dell'imparzialità e della trasparenza

(76) In tale prospettiva la positivizzazione del principio del giusto procedimento

(77) e della partecipazione del privato al medesimo ha consentito di inquadrare

l'interesse pubblico perseguito dalla P.A. in una concezione non più soggettiva,

nel senso di riferibilità alle istituzioni di Governo, ma oggettiva e riferibile alla

collettività dimodoché quell'interesse pubblico non è più il presupposto dell'esercizio del potere ma lo scopo di quest'ultimo che, ed è questa la novità, si arricchisce attraverso l'introduzione degli interessi di cui è portatore sia il singolo che le associazioni espressione di interessi diffusi (78).

Questa conclamata partecipazione del privato, così come delineata rischia, tuttavia, di rimanere mera esaltazione della maggiore democraticità dell'azione se non si tenta di cogliere, invece, la mutazione della posizione del medesimo rispetto all'esercizio del potere pubblico.

Beninteso volere accentuare la posizione del privato non significa e non può significare un arretramento dell'autoritatività dell'azione amministrativa, ma solo evidenziare che cori la legge n. 241 del 1990 il privato entra nel procedimento introducendo i propri interessi coinvolti che la Pubblica amministrazione deve valutare ai fini della scelta provvedimentoale.

Ciò comporta rispetto alla situazione prima delineata che la comparazione degli interessi non può più essere esclusivamente controllata sotto il profilo dell'osservanza dei criteri stabiliti dalla norma attributiva e sotto il profilo dei criteri derivanti dai principi fondamentali, ma deve necessariamente appuntarsi anche sulla giusta valutazione che la P.A. ha dato delle situazioni di interesse evidenziate dal privato e correlativamente, dal lato di quest'ultimo, un'evidente ampliamento delle possibilità di censura sotto il profilo del vizio di eccesso di potere nell'ambito dei c.d. fatti sintomatici.

A tale ultima affermazione potrebbe obiettarsi che già la migliore dottrina aveva enucleato la categoria degli interessi procedurali (79) con ciò intendendo che la posizione del privato sotto il profilo della partecipazione al procedimento era già tutelata, ma, tale obiezione, si scontra con la considerazione fondamentale che la medesima dottrina e la concorde giurisprudenza escludeva no che il provvedimento finale potesse essere impugnato per la violazione di quell'interesse, mentre l'attuale situazione normativa legittima certamente l'annullamento di un atto per la violazione dell'interesse partecipativo del privato sia come vizio di illegittimità per la mancata osservanza delle norme prescriventi obblighi di pubblicità del procedimento sia come vizio di eccesso di potere per la mancata corretta valutazione dell'interesse privato introdotto nel procedimento.

Correlato al principio di partecipazione del privato al procedimento, anzi so pra al principio di partecipazione, sta quello di pubblicità dell'azione amministrativa che determina l'obbligo della P.A. di informare il privato dell'avvio del procedimento onde consentirgli proprio l'esercizio di questo diritto ormai unanimemente riconosciuto in termini di diritto pubblico soggettivo (80).

Tale diritto è stato limpidamente descritto in termini di situazione soggettiva «virtualmente compenetrata all'esercizio della funzione amministrativa.

(76) CASSESE, *Le basi del Diritto amministrativo*, Torino, 1989.

(77) ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali, La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Atti del XXXII convegno di Varenna 18-20 settembre 1996, Milano, 1989.

(78) PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, Studi in onore di Virga, Milano, 1994.

(79) NIGRO M., *Giustizia*, ci

(80) DALFINO, PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro il.* 1992, V, e. 386 Ss.

ciò funzionalizzata alla rappresentazione giuridica delle aspettative sociali coesistenti all'azione amministrativa dei pubblici poteri» (81).

Momento quindi di promozione e tutela della personalità morale del singolo in situazioni di imparzialità sia in quanto singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (82).

E evidente che l'introduzione del predetto principio, come detto, modifica

sostanzialmente la visione dell'azione amministrativa atteso che quest'ultima



non cessa ovviamente di caratterizzarsi in termini di autoritatività ma trova il suo limite di esercizio non più e non tanto nel controllo giurisdizionale ancora to al semplice principio di legalità nella direzione dei canoni di cui all'art. 97 Cost., ma, oltre ciò, nella corretta valutazione degli interessi introdotti nel procedimento sotto il profilo dell'imparzialità e della trasparenza.

In altri termini, la partecipazione del privato al procedimento consente a quest'ultimo di censurare la condotta (rectius: il provvedimento) oltre che per i tradizionali vizi dell'atto sotto il profilo del controllo di legalità anche per eventuale mancato rispetto degli obblighi imposti dal diritto soggettivo pubblico (83) che si commenta nonché sotto il profilo di quello tradizionale dell'eccesso di potere, stavolta momento di controllo dell'esatta valutazione degli interessi introdotti dal privato con la sua partecipazione al procedimento.

Nascono, quindi, ex novo il vizio di violazione di legge per la mancata osservanza delle norme poste a salvaguardia della pubblicità dell'azione amministrativa e della partecipazione del privato al procedimento e nell'ambito delle fatti- specie sintomatiche del vizio di eccesso di potere la non corretta e imparziale valutazione degli interessi introdotti dal privato nel procedimento.

All'interno dell'impalcatura normativa della legge n. 241 del 1990 che ha certamente mutato le caratteristiche dogmatiche della funzione amministrativa (84) si evidenzia, altresì, la previsione generalizzata del diritto d'accesso ai documenti amministrativi che esaltato nella sua funzione di previsione di un diritto soggettivo pieno e perfetto porta all'enucleazione di un'amministrazione che nel consentire o meno l'accesso richiesto si pone come servizio per il cittadino (85).

Con tale affermazione si vuole dire che il portato della normativa del 1990 è certamente la democratizzazione dell'azione amministrativa e il mutamento della posizione del privato con tutte le sue implicazioni che si sono evidenziate, ma, mentre la previsione della partecipazione del privato e la pubblicità dell'azione non né intaccano la sua connotazione in termini di autoritatività, la previsione del diritto d'accesso e il suo atteggiarsi concreto spingono l'interprete ad immaginare l'Amministrazione come servizio per il cittadino (ovviamente con riferimento all'accesso ai documenti) e correlativamente quest'ultimo come detentore di una posizione di diritto soggettivo pieno e perfetto con tutte le implicazioni di possibilità di tutela aquiliana.

In tale prospettiva può ora definirsi meglio la posizione problematica a cui si era giunti alla fine del precedente paragrafo posto che rispetto alla citata normativa di delega si può tranquillamente isolare un corpo normativo che pone alla P.A. una serie di obblighi e un'altra parte di norme che connota la P.A. in termini di attività di servizio.

(81) DALFINO, PACCIONE, Basi, n

(82) CASTIELLO F., il nuovo modello, Op. uli. cù.

(83) Su tale definizione in termini di diritto pubblico soggettivo si evidenziano le medesime

problematiche delineatesi a proposito dell'inquadramento dogmatico del diritto d'accesso ai documenti amministrativi.

(84) Per le influenze sulla discrezionalità amministrativa e sui limiti dell'azione amministrativa medesima alla luce della legge n. 241 del 1990 si rimanda all'opera guida di CASTIELLO, F., Il

nuovo modello, Op. ali. cit.

(85) Su tale posizione vedi in fra nel testo § 1.2 e gli AA. ivi richiamati.

Ci si intende riferire alla prevista (rectius: prevedibile) possibilità di indennizzare forfettariamente le posizioni soggettive intaccate dal mancato adempimento di obblighi o di compiti da parte della Pubblica amministrazione; in questa ottica è plausibile inferire che tale norma faccia riferimento a quella parte della legge n. 241 del 1990 che pone obblighi per la P.A. al fine di garantire la pubblicità del procedimento e l'esercizio della partecipazione del privato mentre per il diritto d'accesso ci si debba riferire ad una situazione di diritto soggettivo pieno e perfetto del privato che se lesa, attesa l'assenza di autoritatività dell'azione amministrativa che consente o nega il diritto, può legittimamente portare al risarcimento del danno in termini civilistici.

Su tale problematica, tuttavia, è intervenuta di recente la novella normativa introdotta dalla «Bassanini bis» legge n. 127 del 1997, la quale ha modificato la collocazione normativa della previsione (rectius: futura previsione attraverso la normativa delegata) dell'indennizzabilità in via automatica e forfettaria delle ipotesi di manchevolezze della P.A. rispetto a situazioni di interesse legittimo del titolare.

La collocazione normativa originaria della richiamata disposizione nell'ambito dei principi valevoli in tema di procedimento amministrativo aveva trovato vasti consensi sia in ordine alla funzione esplicata sul tema del termine procedimentale e sulla semplificazione del procedimento medesimo (86) sia in ordine alla annosa discussione sul tema del risarcimento degli interessi legittimi (87) anche sulla scia della legge n. 142 del 1992 in materia di appalti pubblici (88).

Tale collocazione è stata, tuttavia, mutata finendo per far attribuire alla norma una portata minore o quantomeno più settoriale di quanto non ne potesse avere per effetto della prima formulazione normativa.

Ciò che importa ai nostri fini è che anche i commentatori della nuova formulazione (89) escludono una possibile risarcibilità della lesione degli interessi legittimi per effetto della norma di delega di guisa che resta inalterato e maggiormente convincente la posizione dapprima evidenziata che solo l'enucleazione di un'attività di servizio della Pubblica amministrazione, come quella ipotizzata in tema di diniego o assenso alla richiesta di diritto di accesso, consente di individuare una situazione soggettiva perfetta del privato e correlativamente la sua risarcibilità, in caso di ingiusta (rectius: contra ius) lesione, sotto lo schema dell'art. 2043 e del sistema di risarcimento del danno secondo le componenti indicate dall'art. 1223 Cod. civ.

Né, tuttavia, tale impostazione può essere estesa al diritto di partecipazione del privato al procedimento atteso che nell'esercizio della funzione amministrativa, seppure proceduralizzata, l'azione della Pubblica amministrazione è sempre autoritativa e non consente una posizione paritaria dell'amministrato anche se, come visto, la riforma del 1990 ha notevolmente rafforzato la sua posizione e ha ampliato i motivi di censura del provvedimento finale.

Avv. Francesco Siciliano.

(86) SANDULLI A., La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione, in *Giornale di dir. amrn.*, 1997, 994; MELE, La semplificazione del procedimento amministrativo nelle LL. 15 marzo 1997 'i. 59 e 15maggio 1997 n. 127, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 794.

(87) Per Lutti vedi ABBAMONTE G., Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi. in *Atti Convegno di studi amministrativi —Varenna—Villa Monastero, 18-20 settembre 1997*; CA FAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996.

(88) Sulla specifica questione anche relativa all'abrogazione totale o parziale del citato art. 13 della legge n. 142 del 1992 vedi da ultimo T.A.R. Piemonte, *Il Sez.*, 21 gennaio 1999. 17, in *Urbanistica e appalti*, 3. 299 con la nota di commento di CARINGELLA F. e GAROFOLI R.

(89) AMADIO B., *L'indennizzo per i ritardi e le omissioni procedurali dopo la , bis,,* Milano, 1999.