



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## IL CONSIGLIO DI STATO SUI LIMITI AL DIRITTO DI ACCESSO PER DOCUMENTI CHE LA P.A. DICHIARA DI NON POSSEDERE

*La sentenza in commento (Consiglio di Stato, Quinta Sezione, n. 7787/2023) affronta due questioni problematiche. Da un lato, l'ostensibilità o meno di un documento del quale l'Amministrazione dichiara di non avere la disponibilità materiale e giuridica. Dall'altro, a fronte di una dichiarazione di tal genere, su chi incombe il relativo onere probatorio. I giudici di Palazzo Spada, affermato che la dichiarata indisponibilità di un documento sterilizza il diritto di accesso, ritengono inoltre che grava sull'istante la contraria prova dell'ipotizzata disponibilità del documento.*

di **Antonietta D'elia**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Alessio Giaquinto**

Publicato, Venerdì 3 Novembre 2023



## Abstract ENG

*The judgment under comment (Council of State, Fifth Section, n. 7787/2023) addresses two problematic issues. On the one hand, the ostensibility or otherwise of a document of which the Administration declares that it does not have the material and legal availability. On the other, in the face of such a declaration, on whom does the relevant evidentiary burden rest. The judges of the Palazzo Spada, affirmed that the declared unavailability of a document sterilizes the right of access, and further held that the burden of proof to the contrary of the document's supposed availability rests on the applicant.*

**Sommario:** 1. Ad impossibilia nemo tenetur: non è ostensibile un documento di cui la p.a. dichiara l'indisponibilità; 2. La disponibilità del documento come fatto costitutivo: la relativa prova è a carico dell'istante.

### **1. Ad impossibilia nemo tenetur: non è ostensibile un documento di cui la p.a. dichiara l'indisponibilità**

Alla stregua del principio espresso dal noto brocardo ad impossibilia nemo tenetur, nel procedimento di accesso ai documenti amministrativi l'esercizio del relativo diritto, per motivi di buon senso e ragionevolezza, non può che riguardare documenti esistenti e disponibili, escludendo quelli inesistenti, distrutti o comunque irreperibili<sup>[1]</sup>.

Il rilascio di copia di un documento amministrativo da parte della p.a. postula e presuppone che la stessa ne abbia la materiale detenzione e disponibilità.

In termini generali, il diritto di accesso trova un limite nella necessaria disponibilità, materiale e giuridica, dei documenti da parte dell'Amministrazione cui è rivolta la relativa istanza<sup>[2]</sup>.

In assenza di esistenza e/o di disponibilità della documentazione richiesta, è da escludere ex ante et in abstracto la relativa ostensione<sup>[3]</sup>.

Sul piano squisitamente processuale, l'inesistenza ovvero l'indisponibilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso rende inammissibile la relativa azione ex art. 116 c.p.a., poiché un'eventuale decisione di accoglimento, in assenza della documentazione oggetto dell'istanza di accesso, non potrebbe che avere un mero valore formale, vista l'impossibilità dell'esecuzione: sarebbe cioè inutiliter data.

Infatti, come è noto, ai sensi del ridetto art. 116 c.p.a., il giudice “ordina” alla p.a. l’esibizione dei documenti per i quali sia stato inutilmente esercitato il diritto di accesso. Ma, qualora si tratti di documenti non disponibili o irreperibili, un ordine siffatto non sarebbe utilmente dato.

Questo il primo decisum del Consiglio di Stato con la sentenza in commento.

## **2. La disponibilità del documento come fatto costitutivo: la relativa prova è a carico dell’istante.**

La fattispecie decisa dai giudici di Palazzo Spada ha riguardato l’esercizio del diritto di accesso in ordine a documenti datati nel tempo, per i quali non solo era venuto meno l’obbligo di conservazione ai sensi di legge, ma dei quali non era stata neppure fornita la prova della detenzione da parte dell’Amministrazione destinataria della relativa istanza. A fronte di tali risultanze istruttorie, ove l’Amministrazione dichiarò di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non è ammissibile l’accesso<sup>[4]</sup>.

Al fine di dimostrare l’oggettiva impossibilità di consentire l’accesso e, quindi, di sottrarsi agli obblighi tipicamente incombenti sull’Amministrazione in base alla normativa primaria in tema di accesso, non è tuttavia sufficiente la generica affermazione dell’indisponibilità degli atti quale mera conseguenza del tempo trascorso e delle modifiche organizzative medio tempore succedutesi, dovendo essa specificare e dettagliare le concrete ragioni di tale indisponibilità<sup>[5]</sup>.

Nello specifico, la circostanza della materiale indisponibilità dell’atto è preclusiva dell’accoglimento della domanda di accesso unicamente nella misura in cui la competenza e la relativa disponibilità dei documenti oggetto dell’istanza di accesso sia stata trasferita ad altro ente successivamente alla loro formazione, mentre la mancanza di un trasferimento di competenze ed il difetto di una cessione dei documenti ad altre autorità impongono di ritenere tenuta all’ostensione l’amministrazione che ha formato gli atti, senza che possa attribuirsi alcuna rilevanza alla sopravvenuta indisponibilità degli stessi<sup>[6]</sup>.

Ma, nel caso in cui l’Amministrazione abbia reso le specifiche dichiarazioni di cui sopra, grava sull’istante la prova che invece i documenti siano ancora nella disponibilità della stessa, integrando tale circostanza gli estremi di un fatto costitutivo. Anche perché non si potrebbe comunque chiedere all’Amministrazione di fornire la prova di un fatto negativo (negativa non sunt probanda).

Questo il secondo principio affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza che si annota.

### 3. Conclusioni

In conclusione, il Consiglio di Stato ha ribadito che “ove l’amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l’esercizio dell’accesso.”. Resta benintesa la facoltà di sottoporre alla P.A. nuove richieste di accesso, anche al fine di ricostruire la posizione dei documenti ricercati e arrivare così alla loro individuazione.

---

## Note e riferimenti bibliografici

---

[1] Cfr., tra le altre, Cons. St., sez. V, 7.10.2021, n. 6713; T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 19.12.2020, n. 485; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 9.11.2021, n. 722; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 5.8.2020, n. 3521; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3.7.2018, n. 4411; T.A.R. Milano, sez. II, 4.5.2016, n. 859; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, n. 1809; Cons. St., sez. VI, 13.2.2013, n. 892; Cons. St., sez. VI, 8.1.2002, n. 67.

[2] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9.9.2022, n. 11739.

[3] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9.4.2019, n. 4588; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10.2.2023, n. 2274; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 2.11.2022, n. 1228; così come il Tar Latina, sez. I, 28.3.2022, n. 262 “Qualora un’istanza di accesso abbia ad oggetto documenti indicati come esistenti solo in maniera «eventuale», l’Amministrazione non è obbligata a fornire la prova del fatto negativo della non detenzione dei documenti”.

[4] cfr. Cons. St., sez. IV, n. 2140/2020.

[5] Cons. St., sez. VI, 13.2.2013, n. 892; così come T.A.R. Milano, Lombardia, sez. II, 29.6.2020, n. 1245 letteralmente “in simili situazioni l’Amministrazione è tenuta ad eseguire con la massima accuratezza e diligenza sollecite ricerche per rinvenire i documenti richiesti in visione - destinando all’uopo idonee risorse in termini di personale e tempo - e, qualora, ciò nonostante, la documentazione non venisse reperita, deve estendere le relative indagini, anche con le opportune segnalazioni e denunce all’Autorità giudiziaria, presso altre Amministrazioni che fossero in possesso di copie della documentazione richiesta, per poi - in caso di ulteriore esito negativo delle ricerche - dare conto al privato delle ragioni dell’indisponibilità di ricostruire gli atti mancanti, delle eventuali responsabilità connesse e tale mancanza (smarrimento, sottrazione, ecc...) e dell’adozione degli atti di natura archivistica che accertino lo smarrimento/irreperibilità in via definitiva dei documenti”. In termini, si veda anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 20.2.2020, n. 343, 31.5.2019, n. 1255 e 15.11.2018, n. 2587.

[6] Cons. St., sez. V, nn. 2186/2002 e 4126/2005.

---

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:  
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9930>