

**ACCESSO: Consiglio di Stato - Sezione Quinta - Sentenza 8 novembre 2023, n. 9622.**

**1. -Accesso agli atti - Disponibilità, da parte dell'Amministrazione, della documentazione di cui si chiede l'ostensione - Necessità.**

**2. -Accesso agli atti -Disponibilità, da parte dell'Amministrazione, della documentazione di cui si chiede l'ostensione -Onere della prova grava sulla parte che intenda far valere il diritto - Presunzioni e/o indizi -Sufficienza.**

**3. -Accesso agli atti -Prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta -Necessità.**

1. Il diritto di accesso trova un limite materiale e giuridico nella disponibilità che l'Amministrazione abbia della documentazione di cui si chiede l'ostensione: pertanto, ove l'amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l'esercizio dell'accesso.

Al cospetto di una dichiarazione espressa dell'amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l'accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come *inutiliter data* (Consiglio di Stato sez. IV, 27 marzo 2020, n. 2142).

Laddove infatti l'esistenza del documento sia incerta o solo eventuale o ancora di là da venire, l'azione di accesso agli atti non può essere ritenuta ammissibile (Consiglio di Stato sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6713).

2. La possibilità di acquisire i documenti, com'è ovvio, postula la materiale detenzione dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza. Tale presupposto va acquisito in termini di fatto costitutivo della pretesa ostensiva, pertanto, la sua dimostrazione grava sulla parte che intenda far valere il diritto, la quale può assolvervi anche attraverso presunzioni ovvero in via indiziaria ma non tramite mere supposizioni.

L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (cfr. Cass. Civ. 9 giugno 2008, n. 15162).

3. In assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile ingiungere a un'amministrazione di consentire l'accesso ad alcunché, perché si tratterebbe di ordine che risulterebbe per definizione insuscettibile di essere eseguito.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sabaudia;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Lubrano e De Maria;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con istanza di accesso agli atti datata 18 ottobre 2022 la Federazione Italiana Canottaggio ha formulato al Comune di Sabaudia richiesta di avere copia di *“tutta la documentazione di seguito elencata e ad ogni altra delibera comunale che risultasse per il suo oggetto connessa a quelle indicate, anche previo eventuale oscuramento di dati sensibili (laddove sussistenti), come indicato dal comma 4 dell’art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013, che prevede che, in caso di sussistenza di uno dei casi di esclusione dall’accesso, lo stesso debba essere comunque consentito previo oscuramento delle sole parti dei documenti rilevanti ai fini della tutela di interessi contrapposti (“restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l’accesso agli altri dati o alle altre parti”):*

*1. accordo quadro definitivo tra Comune di Sabaudia e Comitato, per la promozione e l’organizzazione degli eventi sportivi del 2021 e successivi, fino al 2024, di cui è presente una bozza approvata con Delibera della Giunta Comunale del Comune di Sabaudia n. 36/2021; 2. tutti gli atti contenenti impegni finanziari sottoscritti dal Sindaco in relazione agli eventi delle annualità 2022, 2023 e 2024; 3. tutti gli atti di programmazione finanziaria, in relazione ai Campionati Mondiali di Canottaggio Costiero e Finali di Beach Sprint e Campionati Europei relativi alle annualità 2023-2024, che hanno portato alla quantificazione di oltre 2.600.000,00 euro di costi; 4. tutti gli atti procedurali del Sindaco relativi alla candidatura ad ospitare i Campionati Europei Junior 2022; 5. tutti gli atti procedurali del Sindaco relativi alla candidatura ad ospitare la Prima Tappa della Coppa del Mondo del 2024 o i Campionati Europei Assoluti di Canottaggio previsti per l’anno 2024; 6. tutti gli atti dell’istruttoria condotta dagli uffici comunali in sinergia col Comitato, in vista dell’adozione della delibera n. 36/2021; 7. la Delibera consiliare 19 maggio 2020, n. 7, con la quale si è provveduto agli aggiornamenti del D.U.P. -2020/2022; 8. la Deliberazione del Commissario Prefettizio n. 43/2020; 9. tutti gli atti procedurali relativi alle procedure di stanziamento delle somme necessarie, da parte delle strutture finanziarie del Comune, in relazione agli eventi sportivi 2023-2024; 10. tutti gli atti delle strutture competenti in materia di sport, attuativi delle delibere di candidatura, in relazione agli eventi sportivi 2022, 2023 e 2024; 11. tutti gli atti di tutte le altre strutture dell’amministrazione comunale, connessi alle candidature in relazione agli eventi sportivi 2022, 2023 e 2024; 12. ogni altro atto rilevante assunto dal Comune di Sabaudia in relazione agli eventi sportivi 2022, 2023 e 2024”.*

2. L’appellante riferisce che il Comune di Sabaudia ha fornito soltanto parte dei documenti richiesti, ovvero i documenti indicati ai nn. 7 e 8 dell’istanza di accesso, mentre non ha fornito tutti gli altri documenti, implicitamente negando il relativo accesso agli atti.

3. Le ragioni addotte nella nota a motivazione del diniego parziale di accesso agli atti sono state contestate nel ricorso di primo grado. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso sulla base di due punti (nn. 7 e 8 della stessa):

a) nel punto n. 7 della sentenza così si legge: *“Il Collegio prende atto della dichiarazione del Comune resistente contenuta nella memoria difensiva con cui afferma di avere “rilasciato tutta la documentazione elencata nella istanza e di cui l’Ente era in possesso, precisando anche le ragioni per cui non ha potuto provvedere all’ostensione di tutta la documentazione richiesta. La determinazione prot. n. 44220/2022 del 28/10/2022 del responsabile del IV Settore ha, infatti, chiarito che nelle programmazioni settoriali, propedeutiche alla stesura del bilancio preventivo dell’Ente, non risulta alcuna richiesta di stanziamento per l’evento del 2022, né risultano assunti dall’ente impegni finanziari per il 2023 e il 2024. Sicché, per questo motivo, è stato possibile per l’A. soddisfare solo parte delle richieste articolate dalla F.I.C. e, segnatamente quelle indicate ai punti 3, 7, 8 e 9 della sua istanza di accesso”. L’Amministrazione, precisa inoltre che “I documenti che il Comune non ha osteso non sono presenti negli archivi dell’A. o non esistono”;*

b) nel punto n. 8 della sentenza così si legge: *“L’accesso, ovvero l’ordine di esibizione, può riguardare solo i documenti già esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati, spettando all’Amministrazione destinataria dell’accesso indicare, sotto la propria responsabilità, quali sono gli atti inesistenti che non è in grado di esibire. L’accesso deve avere ad oggetto documentazione specifica in possesso dell’Amministrazione, non potendo riguardare dati ed informazioni che per essere forniti richiedono un’attività di indagine e di elaborazione da parte della stessa (cfr. T.A.R. Roma, sez. III, 08/04/2022, n. 4182)”.*

4. Della sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, la Federazione Italiana Canottaggio ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi così rubricati: *“Violazione delle norme e dei principi in materia di accesso agli atti, così come sanciti dalla legge n. 241/1990 e dal D.Lgs. n. 33/2013. Illegittimità della sentenza impugnata per diniego di Giustizia, nonché per difetto di istruttoria e di motivazione, non avendo la stessa fatto alcuna valutazione giuridica, ma semplicemente preso atto dell’attestazione dell’Amministrazione in ordine alla presunta inesistenza degli atti richiesti come nn. 3 e 9, e non avendo fatto alcuna valutazione sulla legittimità o meno del diniego di accesso agli atti richiesti come nn. 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12”;* 1. *Illegittimità della attestazione - difforme dalla realtà - in relazione alla asserita inesistenza dei documenti nn. 3 e 9 (atti di impegno finanziario relativi alle competizioni di Canottaggio Internazionale per gli anni 2022, 2023 e 2024). Illegittimità della sentenza impugnata, che si è limitata a prenderne atto, pur essendo stata dimostrata in giudizio la difformità dalla realtà di tale attestazione (risultando atti attestanti la sussistenza di impegni finanziari in questione).*

*Sussistenza del diritto ad ottenere i documenti nn. 3 e 9; 2. Illegittimità della contestazione di genericità dei documenti richiesti e della asserita disponibilità degli stessi sul sito del Comune (comunque irrilevante). Illegittimità della sentenza impugnata, per diniego di Giustizia, in quanto la stessa non ha speso una sola parola in relazione alle censure dedotte sotto tale profilo. Sussistenza del diritto ad ottenere i documenti nn. 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12”.*

5. Ha resistito al gravame il Comune di Sabaudia chiedendone il rigetto.

6. Alla camera di consiglio del 6 luglio 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

7. L'appellante sostiene di avere richiesto al Comune di Sabaudia 12 documenti. Con la nota di diniego parziale impugnata in primo grado, il Comune:

a) ha rilasciato i documenti nn. 7 e 8;

b) ha attestato che non esistevano i documenti nn. 3 e 9 (atti di impegno finanziario relativi alle competizioni di Canottaggio Internazionale per gli anni 2022, 2023 e 2024);

c) ha indicato che tutti gli altri documenti richiesti avrebbero dovuto essere specificati e che comunque gli stessi sarebbero stati disponibili sul sito del Comune.

7.1. Sostiene poi che tale nota, impugnata in primo grado, sarebbe illegittima, in quanto:

a) avrebbe attestato - in modo difforme dalla realtà - che non esistevano i documenti nn. 3 e 9 (atti di impegno finanziario relativi alle competizioni di canottaggio internazionale per gli anni 2022, 2023 e 2024);

b) ha indicato che tutti gli altri documenti richiesti (nn. 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12) avrebbero dovuto essere specificati e che comunque gli stessi sarebbero stati disponibili sul sito del Comune, laddove, in realtà, tali documenti sarebbero stati indicati in maniera specifica e non sarebbero stati affatto pubblicati sul sito del Comune (situazione che, anche laddove sussistente, non avrebbe comunque esentato il Comune dal relativo rilascio).

7.2. Espone ancora l'appellante di avere, nel giudizio di primo grado, dimostrato la sussistenza di impegni finanziari assunti dal Comune in relazione alle competizioni internazionali di Canottaggio previste per gli anni 2022, 2023 e 2024. Le risultanze documentali dimostrerebbero l'esistenza di stanziamenti dedicati agli eventi del 2023/2024: tale assunto risulterebbe da quattro documenti (il primo in possesso della Federazione in quanto parte destinataria dello stesso; gli altri tre depositati dallo stesso Comune nel giudizio di primo grado), ovvero:

a) la delibera del Consiglio Comunale del 12 agosto del 2022, n. 20, in cui viene fatto riferimento alla quantificazione di 2.600.000,00 euro di costi per le competizioni internazionali di canottaggio 2023 e 2024;

b) il D.U.P. 2022-2024, in cui vengono quantificati complessivi 2.700.000,00 di costi, per l'organizzazione della World Rowing Coastal Championships & Beach Sprint Finals 2023, e degli European Rowing Championships 2024;

c) la nota del Comune di Sabaudia, Settore IV Economico, Finanziario e Risorse Umane, 2 marzo 2023, prot. n. 8884/2023, nella quale si legge testualmente quanto segue: *“tali somme stanziata a bilancio sono di importo notevolmente inferiore a quelli previsti dai contratti sottoscritti dalla sindaca P.T. Giada Gervasi e mai trasmessi dalla stessa sindaca né al protocollo di questo ente né questo ufficio e sono così dettagliati: in data 19/06/2019 per la manifestazione sportiva di canottaggio Europei 2022, per una spesa pari a 649.875,00 acquisita al protocollo dell'Ente solo successivamente alla vicenda giudiziaria in data 14/02/2022 con not. prot. 10179/2022; in data 06/02/2020 per la manifestazione sportiva di canottaggio WRCC & WRBSF 2023 per una spesa pari ad euro 733.900,00 acquisita al protocollo in data 12/05/2022 n. 18804/2022; in data 08/11/2019 per la manifestazione sportiva di canottaggio European Rowing Championships 2024 per una spesa pari a euro 1.184.500,00 acquisita al protocollo dell'Ente in data 15/04/2022 n. 15435”*;

d) la nota del Comune di Sabaudia, Settore IV Economico, Finanziario e Risorse Umane, 2 marzo 2023, prot. n. 8882/2023, nella quale si legge testualmente quanto segue: *“Gli importi citati a titolo orientativo (euro 1.100.000,00 per l'evento 2023 ed euro 1.600.000,00 per il 2024, sono emersi nel corso di sedute dianzi citate del Comitato Sabaudia MMXX (infatti non si cita alcun protocollo); l'importo dei contratti sottoscritti dalla Sindaca P.T. Giada Gervasi, mai trasmessi dalla stessa al responsabile del finanziario né al protocollo dell'ente, sono stati conosciuti dal Responsabile del servizio finanziario solo dopo la redazione del DUP 2022-2024 per gli importi ivi indicati di euro 733.900,00 per il 2023 ed euro 1.184.000,00 per il 2024”*.

7.3. A fronte di tali prove (o quantomeno indizi gravi, precisi e concordanti), relative alla sussistenza di tali impegni finanziari e della esistenza della relativa documentazione, il TAR non avrebbe dovuto riconoscere valore di prova contraria alla semplice dichiarazione di inesistenza degli stessi da parte del Comune, ma avrebbe dovuto riconoscere l'inattendibilità della stessa, in quanto priva di ogni dimostrazione e non sorretta neanche da alcuna indicazione dell'avvenuta ricerca diligente di tale documentazione, come, invece, imposto dalla giurisprudenza in casi analoghi (l'appellante cita diversi precedenti giurisprudenziali a sostegno della propria tesi).

8. L'appellante afferma ancora che le ragioni addotte nella nota a motivazione del diniego parziale di accesso agli atti sarebbero illegittime, in quanto:

a) l'invito a indicare con precisione i documenti sarebbe erroneo e inconferente, essendo stati specificamente dettagliati, con precisione, tutti gli atti richiesti;

b) l'invito a ricercare gli atti sul sito del Comune di Sabaudia sarebbe illegittimo, non essendo tali atti pubblicati sul sito ed essendo comunque onere del Comune fornirne copia in esito ad istanza di accesso agli atti.

9. Le contestazioni che l'appellante muove alla sentenza sono infondate.

10. Non esiste alcun diniego sulla domanda di accesso agli atti che, quanto a quelli esistenti, è stata accolta.

11. Il diritto di accesso trova un limite materiale e giuridico nella disponibilità che l'Amministrazione abbia della documentazione di cui si chiede l'ostensione.

La possibilità di acquisire i documenti, com'è ovvio, postula la materiale detenzione dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza. Tale presupposto va acquisito in termini di fatto costitutivo della pretesa ostensiva, pertanto, la sua dimostrazione grava sulla parte che intenda far valere il diritto, la quale può assolvervi anche attraverso presunzioni ovvero in via indiziaria ma non tramite mere supposizioni.

12. In assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile ingiungere a un'amministrazione di consentire l'accesso ad alcunché, perché si tratterebbe di ordine che risulterebbe per definizione insuscettibile di essere eseguito.

13. Il TAR ha correttamente rigettato il ricorso sulla base di evidenze documentali chiarissime: in particolare, il provvedimento prot. n. 44220/2022 del 28 ottobre 2022 non superato da alcuna prova contraria.

14. Ove l'amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l'esercizio dell'accesso. Al cospetto di una dichiarazione espressa dell'amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l'accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come *inutiliter data* (Consiglio di Stato sez. IV, 27 marzo 2020, n. 2142).

15. La richiesta dell'appellante si risolve nell'auspicare l'ostensione di atti non esistenti o di cui si asserisce l'esistenza sulla base di inferenze. La memoria depositata dall'appellante il 23 giugno 2023 è, in tal senso, assai significativa. In particolare, a pagina 3 si legge: *“Il Comune, nella propria memoria conclusionale e nella relativa documentazione ha replicato esclusivamente sul primo motivo, relativo ai documenti nn. 3 e 9, relativi agli impegni finanziari, sostenendo che non vi sarebbe alcuna documentazione relativa agli stessi, in quanto nessun impegno finanziario sarebbe stato assunto dal Comune, a seguito della mancata indizione di procedure interne di impegno finanziario da parte del Sindaco. Viceversa, il Comune non ha speso una sola parola (né depositato alcun documento), relativo al secondo motivo, relativo ai documenti nn. 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12. Di*

*conseguenza, si replica quanto segue. Per quanto riguarda il secondo motivo, relativo alla spettanza dei documenti nn. 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12, si fa integrale rinvio a quanto indicato nell'appello, con richiesta di accoglimento dello stesso quantomeno su tale motivo, del tutto incontestato, anche ai sensi dell'art. 115 c.p.c.. Per quanto riguarda il primo motivo relativo alla spettanza dei documenti nn. 3 e 9, si chiede, al fine di verificare la effettiva esistenza o meno di tali documenti – considerata la evidente inattendibilità della tesi del Comune, anche alla luce del fatto che, invece, il Comune di Sabaudia risulta avere fatto numerosi versamenti nei confronti della Federazione Internazionale di Canottaggio, come risulta da una serie di fatture emanate dalla Federazione Internazionale di Canottaggio in favore del Comune di Sabaudia per somme consistenti, riferite proprio alle competizioni degli anni 2022, 2023 e 2024 (ricevute soltanto in data 21 giugno 2023) – di ordinare al Comune di Sabaudia il deposito degli atti richiesti anche in relazione agli impegni finanziari assunti (essendo gli stessi necessariamente sussistenti, non potendosi spiegare, altrimenti, il pagamento di fatture per somme consistenti da parte dell'Amministrazione comunale in favore della Federazione Italiana Canottaggio)”.*

16. Anche nella citata memoria si afferma apoditticamente l'esistenza di atti, così come altrettanto apoditticamente si afferma l'inattendibilità del Comune, senza soffermarsi su una circostanza lampante e cioè che la richiesta di accesso era, peraltro, del tutto generica.

16. Come già precisato, il diritto di accesso ha ad oggetto documenti formati e quindi venuti ad esistenza che si trovino nella certa disponibilità dell'Amministrazione, non potendo l'esercizio di tale diritto o l'ordine di esibizione impartito dal giudice, alla luce del principio generale per cui “*ad impossibilia non tenentur*” e per evidenti ragioni di buon senso, riguardare documenti non più esistenti o mai formati; laddove infatti l'esistenza del documento sia incerta o solo eventuale o ancora di là da venire, l'azione di accesso agli atti non può essere ritenuta ammissibile (Consiglio di Stato sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6713).

17. L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (cfr. Cass. Civ. 9 giugno 2008, n. 15162). Dimostrazione che qui non sussiste.

18. In conclusione, l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio a favore del Comune di Sabaudia che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere