

RASSEGNA di **GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA 2026**

per le prove di **magistrato, avvocato**
e dei **concorsi superiori**

III Edizione



**Neldiritto
Editore**

3.

Il diritto di accesso e l'asserita inesistenza degli stesso: l'onere probatorio ricade sull'istante

(Cons. St., Sez. V, 29 gennaio 2026, n. 779.)

1. L'inquadramento

Il diritto di accesso, come delineato dalla l. n. 241 del 1990, consiste nel diritto di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi.

L'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione rappresenta lo strumento che maggiormente esprime il passaggio da un sistema amministrativo incentrato sul principio di segretezza, a uno basato su principi di pubblicità e trasparenza.

L'art. 22, l. n. 241 del 1990 designa quali soggetti titolari del diritto di accesso tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesta l'ostensione. Dunque per l'accesso disciplinato dall'art. 22, l. n. 241 del 1990 – e a differenza di quanto previsto per l'accesso civico e per quello generalizzato dall'art. 5, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (sul quale v. retro, par. 2.1) – risulta confermata l'impostazione tradizionale volta ad escludere la possibilità che l'accesso si tramuti in un'azione popolare diretta al controllo generalizzato dell'attività dell'amministrazione pubblica, al fine di stabilire se l'attività amministrativa possa ritenersi conforme ai canoni della trasparenza e, più in generale, improntata ai principi che, anche di rango costituzionale, ne regolano lo svolgimento in relazione al caso concreto.

Nel perimetrare l'ambito oggettuale dell'accesso l'art. 22, comma 1, lett. d), l. n. 241 del 1990, ha riguardo ai “documenti”, per tali dovendosi intendere “...ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una Pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”. La definizione, sufficientemente chiara, circoscrive **l'oggetto dell'accesso ai documenti detenuti ed esistenti**. L'accesso, pertanto, non può riguardare informazioni di cui pure disponga l'amministrazione, ma che non siano contenute in documenti. Il legislatore del 2005 ha avvertito il bisogno di mettere bene in chiaro tale aspetto, specificando al comma 4 dell'art. 22, l. n. 241 del 1990 che non sono accessibili le informazioni in possesso di una Pubblica amministrazione non racchiuse in un documento amministrativo.

Alla stregua della nuova formulazione della norma, oggetto del diritto di accesso sono i documenti comunque detenuti da una Pubblica amministrazione, anche se non siano stati formati ed utilizzati dalla stessa ed anche se non relativi ad un particolare procedimento, purché si riferiscano ad attività di pubblico interesse. Al contempo, è necessario che la richiesta di accesso riguardi specifici documenti, spettando all'istante anche l'onere della prova della esistenza dei documenti di cui chiede l'ostensione.

2. La questione controversa

Una questione di recente sottoposta all'attenzione della giurisprudenza è quella relativa all'**onere probatorio** di dimostrare che i documenti dei quali si chiede l'accesso non siano, in realtà, nella disponibilità dell'amministrazione. Il caso concreto sottoposto alla decisione del Consiglio di Stato ha riguardato un'istanza di accesso ai sensi dell'art. 22 l. 241/1990 presentata ad un Comune italiano, il quale, in riscontro all'impugnazione del silenzio rigetto da parte dell'istante, ha comunicato alla stessa di non avere la disponibilità dei documenti richiesti.

■ 2.1. Il primo orientamento: l'onere probatorio ricade sulla p.a.

Secondo un primo orientamento, quello sostenuto dall'appellante, non può dirsi sufficiente, al fine di dimostrare l'impossibilità di consentire il diritto di accesso, la mera affermazione, posta dal Comune intimato a sostegno del diniego gravato, di non detenere i documenti oggetto di istanza, incombendo sull'amministrazione l'onere di esplicitare in modo dettagliato e analitico le ragioni concrete di tale circostanza negativa.

■ 2.2. Il secondo orientamento: l'onere probatorio ricade su chi esercita il diritto di accesso

Secondo una diversa impostazione, l'onere probatorio di dimostrare l'esistenza dei documenti di cui si chiede l'ostensione ricadrebbe sullo stesso soggetto istante. Tale assunto parte dalla premessa per cui l'esistenza (o la detenzione) del documento oggetto dell'*actio ad exhibendum* è un elemento costitutivo del diritto di accesso ex art. 2697, comma 1, c.c.. Ne deriva che tale presupposto si attegga a fatto generatore della pretesa ostensiva, per cui 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, semplici illazioni o astratte congetture (ad esempio vedi Cons. Stato., sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622).

3. Interviene Cons. Stato, Sez. V, sent. del 29 gennaio 2026, n. 779.

Il secondo orientamento è quello accolto dal Consiglio di Stato, anche da ultimo con sentenza del 29 gennaio 2026, n. 779.

Il ragionamento seguito dalla giurisprudenza è quello per cui, ai sensi del combinato disposto degli artt. 22 e 25 della l. 241/1990, presupposto indefettibile del diritto di accesso è **l'effettiva disponibilità del documento da parte dell'amministrazione**. Tale presupposto, ne costituisce al contempo un limite, in quanto affinché il diritto possa sorgere, il documento deve non solo esistere, ma anche trovarsi nella materiale detenzione dell'amministrazione.

Mancando tale presupposto, si ricade nel cosiddetto "accesso impossibile", situazione in cui l'amministrazione non può soddisfare la richiesta e il giudice non può imporre

l'esibizione, Non è quindi azionabile alcun diritto di accesso quando l'esistenza del documento sia soltanto ipotizzata, eventuale o futura.

L'esistenza o la detenzione del documento richiesto rappresenta dunque un elemento costitutivo del diritto di accesso, alla luce dell'art. 2697, comma 1, c.c. Ciò significa che **spetta al richiedente, per il principio della vicinanza della prova, dimostrare che il documento esiste o dovrebbe esistere presso l'amministrazione.**

Unico temperamento a questa regola probatoria, viene precisato nella sentenza, riguarda i casi in cui il diritto di accesso riguardi documenti normalmente e necessariamente formati e detenuti dalla p.a. intimata, la cui inesistenza, configurandosi dunque come circostanza anomala, richiede di essere specificatamente allegata e dimostrata dall'ente destinatario dell'istanza.

4. La sentenza.

[...]

Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. d), L. n. 241 del 1990, il diritto di accesso ha ad oggetto documenti "detenuti da una pubblica amministrazione". L'art. 25, co. 2, L. n. 241 del 1990 prescrive, poi, che la richiesta di accesso debba essere rivolta "all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente".

Dal combinato disposto delle due previsioni normative discende che il diritto di accesso trova un limite, giuridico e materiale, nella disponibilità che l'amministrazione intimata abbia della documentazione di cui il privato richiede il rilascio. L'esistenza dell'oggetto fisico della richiesta costituisce, quindi, un presupposto, logico e ontologico, della costituzione della fattispecie giuridica. Il diritto di accesso è, infatti, configurabile soltanto ove l'istanza abbia a oggetto documenti venuti ad esistenza che si trovino nell'effettiva disponibilità dell'amministrazione, altrimenti versandosi in un caso di c.d. "accesso impossibile", in ragione di un fattore radicalmente ostativo, da un lato, all'accoglimento dell'istanza rivolta dal privato all'amministrazione e, dall'altro, all'esecuzione dell'ordine di esibizione impartito dal giudice, anche alla luce del principio generale di inesigibilità per cui ad impossibilia nemo tenetur (sul punto, ex multis, cfr. Cons. Stato., Sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622 e Sez. VI, 3 ottobre 2025, n. 7719). Di contro, e per conseguenza, alcun diritto di accesso può azionarsi quando l'esistenza dei documenti sia supposta, ipotetica, solo eventuale, o ancora di là da venire (Consiglio di Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6713).

3.1. L'esistenza (o la detenzione) del documento oggetto dell'actio ad exhibendum è, quindi, un elemento costitutivo del diritto di accesso ex art. 2697, comma 1, c.c. Ne deriva che tale presupposto si atteggia a fatto generatore della pretesa ostensiva, per cui 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, semplici illazioni o astratte congetture (Cons. Stato., sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622). La ripartizione dell'onus probandi così declinata è conforme anche al canone pretorio, che informa in concreto la modulazione e l'applicazione della regola astratta ed elastica di cui al citato art. 2697 c.c., di vicinanza (o di riferibilità o prossimità) della prova (SS.UU. Cass. civ., sez. unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 sulla prova dell'inadempimento dell'obbligazione), anche in ragione dell'obiettivo difficoltà della puntuale dimostrazione di fatti negativi (l'inesistenza del documento).

Nel caso di specie, invero, la Sig.ra P. ha solo apoditticamente dedotto, sulla base di mere inferenze congetturali, l'esistenza di tali atti negli archivi del Comune, "in virtù di obiettive ragioni collegate alle sue competenze". Le affermazioni dell'appellante si risolvono, quindi, nella mera e insufficiente supposizione dell'esistenza degli atti non esibiti, con la conseguenza che l'onere probatorio non può ritenersi assolto nei termini fin qui enucleati.

3.2. Deve, poi, escludersi che, nel caso di specie, incombesse sull'amministrazione intimata un onere di ulteriore e analitica dimostrazione delle ragioni dell'inesistenza del documento richiesto nei propri archivi.

[...]

A mente del citato art. 25, co. 2, L. n. 241 del 1990, invero, l'istanza di accesso deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente, sicché è di norma sufficiente che l'ente intimato "dichiari di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità