

LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 10 DEL 2.4.2020: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA L'ACCESSO DOCUMENTALE E L'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO

Introduzione

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) n. 10/2020 nella quale vengono enunciati tre principi di diritto in tema di accesso agli atti, con specifico riferimento all'accesso documentale ex L. 241/1990 ed all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, d. lgs. n. 33 del 2013 (cosiddetto F.O.I.A).

Tale pronuncia, emessa anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a. è evidentemente molto importante perché offre la corretta interpretazione delle disposizioni in oggetto e, conseguentemente, indica alla pubblica amministrazione quale sia la via più corretta da seguire ogniqualvolta la stessa si trovi a dover rispondere a particolari istanze di accesso.

Va infatti ricordato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, quale massimo consesso della giustizia amministrativa, svolge, ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a., funzione nomofilattica¹ ovvero provvede ad individuare i principi di diritto che, in una data materia, sono volti a dissipare particolari dubbi ermeneutici, rendendo il "precedente" in qualche modo vincolante per le Sezioni semplici del Consiglio di Stato.

I principi di diritto con particolare riferimento alla coesistenza tra accesso documentale ed accesso civico generalizzato.

Questi i tre principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria:

a) la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;

¹ Art. 99, comma 5, c.p.a. "Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato (2). Si ringrazia per la collaborazione alla stesura Alessandra Ciccarelli Avvocatura-Università di Camerino

b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

c) la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Degna di nota è senza dubbio la questione relativa al primo punto², poiché il Consiglio di Stato, nella pronuncia in oggetto, ribadisce la sua convinzione relativamente alla possibilità del concorso tra l'accesso documentale ex art. 24 L. 241/1990 e l'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013³. D'altronde l'art. 5, comma 11, del d.lgs. 33 del 2013 specifica che, accanto alle nuove tipologie di accesso semplice e generalizzato, restano ferme “le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990 n. 241”. L'interpretazione di tale disposizione indica, secondo la pronuncia in esame, che il rapporto tra le due discipline non può essere letto secondo un criterio di specialità e dunque di reciproca esclusione bensì secondo un “canone ermeneutico di completamento/inclusione in quanto la logica di fondo (...) non è quella della separazione ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo”.

Ne consegue che la pubblica amministrazione, di fronte ad una richiesta generica, ovvero non riconducibile all'alveo della disciplina dell'accesso documentale né a quella dell'accesso F.O.I.A. ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso laddove essi siano stati “comunque e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza”. Ciò val quanto dire che l'istanza che “si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro

² Per una disamina generale del primo principio di diritto cfr. A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici cfr. Cons. St., 2 agosto 2019, n. 5503.

*accesso*⁴” avrà sicuramente una maggiore possibilità di essere accolta a differenza di un’altra che avrà specificato un proprio specifico interesse.

Il Consiglio di Stato, a tal ultimo proposito, specifica che la Pubblica amministrazione non è chiamata ad esaminare la richiesta di accesso anche sotto il profilo dell’accesso civico generalizzato nel solo caso in cui l’istanza di accesso sia espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina della Legge 241/1990, limitando, di fatto, il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale. In tutti gli altri casi prevarrebbe, pertanto, il principio della stretta necessità che si traduce “*nel principio del minor aggravio possibile nell’esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l’accesso a rigide regole formali che ne ostacolano la soddisfazione*”.

La difficile convivenza tra l’accesso documentale e l’accesso civico generalizzato.

La decisione del Consiglio di Stato suscita alcune perplessità.

Esiste il fondato rischio che, a livello operativo, la disciplina dell’accesso civico generalizzato venga utilizzata per eludere la norma relativa all’accesso ex l. 241/1990⁶ che prescrive, ai fini dell’ostensione documentale, la dimostrazione dell’interesse diretto, concreto e attuale⁷.

La disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, infatti, è finalizzata ad uno scopo ben preciso, ovvero quello di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive – che l’ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Tale accesso, pertanto, è strettamente collegato alle specifiche esigenze del richiedente ed è caratterizzato dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell’istante. Questi riveste una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini che gli attribuisce il diritto di conoscere e di estrarre copia di un determinato documento amministrativo.

⁴ Il privato può dunque formulare l’istanza di accesso con riferimento tanto all’una che all’altra forma di accesso.

⁵ L’Adunanza Plenaria, nella pronuncia in oggetto, promuove chiaramente la “tutela preferenziale dell’interesse conoscitivo” già avanzata dalla Funzione pubblica con la circolare n. 2 del 2017 secondo cui “*dato che l’istituto dell’accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all’interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), la stessa dovrà essere trattata dall’amministrazione come richiesta di accesso generalizzato*” (punto 2.2. della circolare).

⁶ A tal proposito S. BUROTTI, A. CICCARELLI, V. TEDESCO, *L’esigenza di trasparenza nell’ordinamento giuridico italiano, in Corruzione Brasile-Italia: problematiche a confronto*, a cura di M.C. De Cicco, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, 2020, pag. 267 e ss.

⁷ Ai sensi dell’art. 22, co. 1, lett. b), “*interessati*” sono “*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 al quale è chiesto l’accesso*”. L’art. 25, co. 2, della Legge 241 del 1990 specifica che “*La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata.*”

Esclusive finalità pubblicistiche sono invece individuabili nella disciplina dell'accesso civico generalizzato⁸ che mira a “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”. Proprio tale interesse perseguito rende l'accesso F.O.I.A. differente dall'accesso ex legge 241/1990 che, al contrario, esclude espressamente l'utilizzabilità del diritto di accesso per sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato⁹.

La disciplina dell'accesso civico generalizzato prevista dal comma 2 dell'articolo 5 del D.lgs. n. 33/2013, pertanto, non può integrare uno strumento utilizzato dal singolo per suo esclusivo e concreto vantaggio ma può certamente essere azionato, da chiunque, solo in caso di un interesse alla legittima azione amministrativa e al suo controllo da parte della collettività¹⁰.

Questa interpretazione delle differenti normative e dei relativi istituti, lungi dall'integrare la “*logica della irriducibile separazione*” (per citare l'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato) promuove e privilegia, al contrario, le peculiarità delle due differenti tipologie di accesso che – proprio per il diverso interesse che ciascuna è finalizzata a perseguire – non possono essere utilizzate indistintamente con riferimento ad uno specifico caso concreto. Al contrario l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato sembra ignorare il precipuo scopo delle norme, tesa com'è a favorire il rapporto tra le diverse forme di accesso “*secondo un criterio di integrazione (...) per la miglior soddisfazione dell'interesse conoscitivo nella sua integralità e multiformità*”. La soddisfazione di tale interesse conoscitivo, divenuta ormai principio essenziale nell'ordinamento¹¹, non può però arrivare al punto di snaturare la funzione degli istituti dettati dal legislatore per la tutela di circostanze differenti.

Nel caso oggetto della pronuncia, infatti, il ricorrente, secondo classificato nella graduatoria relativa ad una gara per l'affidamento di un servizio, aveva proposto un accesso agli atti (senza richiamare espressamente né la disciplina dell'accesso documentale né quella dell'accesso F.O.I.A.) con la

⁸ Tale accesso non richiede motivazione. L'art. 5, co. 3, del D.lgs. 33 del 2013, specifica infatti che “*L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione*”.

⁹Cfr. l'art. 24, comma 3 della Legge n. 241/1990. La differenza tra i due diversi istituti dell'accesso viene spesso ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr., ad esempio, Tar. Puglia, 13 novembre 2018, n. 1022 avente ad oggetto il caso di un accesso f.o.i.a. effettuato ai soli fini di far valere in giudizio il diritto di un soggetto che riteneva essere stato leso da un decreto di revoca di un trasferimento.

¹⁰ In tal senso cfr. T.A.R. Abruzzo - Pescara, Sez. I, n. 347/2018 secondo cui “*A ben vedere, l'interesse tutelato nella fattispecie di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 33 del 2013 presuppone come implicita la rispondenza della richiesta stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e che non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto.*”

¹¹ Si pensi al principio della trasparenza intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività amministrativa. Tale accessibilità totale è vista in funzione di servizio agli utenti, ma anche, e soprattutto, in funzione di controllo sociale diffuso sull'operato delle amministrazioni. Per una disamina completa del concetto di trasparenza si rinvia a S. BUROTTI, A. CICCARELLI, V. TEDESCO, *L'esigenza di trasparenza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 287 e segg.

finalità di verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa poiché l'eventuale inadempimento avrebbe determinato la risoluzione del contratto e lo scorrimento della graduatoria a tutto vantaggio dello stesso richiedente.

Secondo il Consiglio di Stato, in casi simili a quello oggetto del giudizio, a fronte di un'istanza che non fa espresso riferimento né alla disciplina dell'accesso documentale né a quella dell'accesso civico generalizzato, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso.

Ciò vuol dire dunque che di fronte ad un'istanza di accesso "innominata" ma sostanzialmente strumentale alla tutela di una posizione personale, seppur in mancanza di un interesse diretto, concreto ed attuale, la pubblica amministrazione è comunque chiamata – nella maggior parte delle volte – a consentire l'accesso, se non ai sensi della Legge n. 241/1990, certamente ai sensi del d.lgs. 33/2013 che non contempla la manifestazione di interesse alcuno.

Questo, però, non significa favorire il rapporto tra le diverse forme di accesso secondo un criterio di integrazione, bensì superare di fatto la disciplina dell'accesso documentale che dunque non avrebbe più ragion d'essere. Basterà infatti che il privato, portatore di un interesse personale a conoscere un documento amministrativo e magari consapevole che l'eventuale carenza del requisito dell'attualità gli impedirebbe di conseguire l'accesso, promuova un accesso innominato così da avere certamente una possibilità maggiore di conseguire il risultato sperato, con evidente elusione della norma applicabile al caso di specie, ovvero quella dell'accesso di cui alla Legge 241/1990.

A tal proposito, infatti, nonostante il Consiglio di Stato esorti a rifuggire da "*inutili formalismi e appesantimenti procedurali*", sembra tuttavia giustificare o, quanto meno, preferisce sorvolare sull'irreale e – questo sì – formalistico e fittizio interesse enunciato nell'istanza di accesso del caso in oggetto: l'istante, infatti, aveva eccome un interesse personale all'accesso che escludeva, automaticamente, quello pubblicistico tutelato dalla normativa sull'accesso F.O.I.A. Va da sé che lo stesso, essendosi classificato al secondo posto della graduatoria finale, aveva certamente un interesse diretto, concreto ed attuale ad ottenere l'accesso agli atti della procedura senza bisogno di ricorrere alla disciplina dell'accesso generalizzato la cui esclusiva finalità pubblicistica esula dal caso di specie. È dunque condivisibile quanto evidenziato in più occasioni ovvero che, là dove "*non si voglia dare un'interpretazione così estensiva da risultare abrogativa della Legge n. 241/1990, la disciplina dell'accesso civico generalizzato prevista dal comma 2 dell'articolo 5 del D.lgs. n. 33/2013 non può che essere interpretata come del tutto alternativa alla disciplina di cui alla legge n. 241/1990 e azionabile, da chiunque, solo in caso di un interesse alla legittima azione amministrativa e al suo*

controllo da parte della collettività e non nei casi in cui venga, invece, azionata una pretesa del singolo per suo esclusivo e concreto vantaggio”¹².

Se dunque è vero che l’art. 5, comma 11, d.lgs. n. 33/2013 ammette chiaramente il concorso tra le diverse forme di accesso, è altrettanto giusto affermare che l’accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere ma parallelamente all’accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. La distinzione tra le due fattispecie è essenziale allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra i diversi interessi coinvolti. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell’accesso documentale la cui tutela, là dove ritenuta prevalente, può consentire un accesso più profondo a dati pertinenti il caso specifico a differenza dell’accesso generalizzato, le cui esigenze di controllo diffuso in capo al cittadino consentono un accesso meno profondo (se del caso, in relazione all’operatività dei limiti) ma più esteso in virtù della larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni¹³.

¹² Testualmente Tar. Puglia, sentenza ult.cit.

¹³ S. BUROTTI, A. CICCARELLI, V. TEDESCO, *op. cit.*, pag. 275.