

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
AGGIORNATO AL 30 SETTEMBRE 2011

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 ottobre 2011, n 5571 e sentenza 18 ottobre 2011, n 5623.

Sui limiti e sui presupposti per l'esercizio del diritto di accesso e sulla legittimità costituzionale dell'articolo 96, comma 4° c.p.a.

Il principio della trasparenza e della pubblicità dell'azione amministrativa è oggi un principio guida dell'*agere* amministrativo, accanto a quello di legalità, di buon andamento e di imparzialità della Pubblica Amministrazione. Si tratta di un principio che esprime l'esigenza che gli amministrati possano esercitare un effettivo, efficace e democratico controllo sullo svolgimento dell'attività dei pubblici poteri al fine di verificarne la conformità ai parametri costituzionali, nonché la rispondenza agli interessi della collettività.

Il diritto di accesso attua in pieno il principio della trasparenza e della pubblicità dell'azione amministrativa, oltre che i valori dell'imparzialità e del buon andamento individuati dall'art. 97 della Costituzione, ed è stato introdotto dalla l.n. 241/1990 che ne ha predisposto una regolamentazione generale. Prima di allora, infatti, vigeva un generale principio di segretezza e riservatezza (art. 3 D.P.R. 3/1957) degli atti amministrativi che, lasciando alla Pubblica Amministrazione ampia discrezionalità in merito all'individuazione delle notizie suscettibili di pubblicità e dei possibili destinatari delle stesse, si sostanzialmente violava il principio di imparzialità.

Ai sensi dell'art. 22 della l.n. 241/1990, hanno legittimazione attiva all'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 al quale è chiesto l'accesso. L'esercizio del diritto di accesso postula, dunque, la ricorrenza di due condizioni: a) la titolarità di una situazione giuridica soggettiva tutelata (che secondo la giurisprudenza può sostanziarsi in un diritto soggettivo, in un interesse legittimo o in un interesse collettivo); b) il collegamento tra detta situazione giuridica e il documento di cui si chiede l'accesso.

In questo modo si è voluto evitare che tale diritto introducesse nel nostro ordinamento un'azione popolare o uno strumento che consentisse una sorta di controllo diffuso sull'attività della Pubblica Amministrazione da parte dei privati.

Nella prima delle sentenze indicate in epigrafe il Consiglio di Stato ha negato il diritto di accesso ad atti, documenti ed elaborati relativi al progetto definitivo di una strada in costruzione proprio in base all'assenza in capo al richiedente, membro di un'a.t.i. partecipante alla ormai conclusa gara d'appalto, di un pregiudizio possibile derivante dall'esecuzione degli atti richiesti. La realizzazione del progetto dell'opera pubblica, ha precisato il Collegio, attiene al rapporto contrattuale che intercorre tra impresa vincitrice della gara e stazione appaltante e in nessun modo può compromettere la sfera giuridica di un'impresa diversa: *"... occorre rilevare che, come puntualmente rilevato dai primi giudici, la richiesta di accesso di cui si discute non concerneva alcuna attività amministrativa in senso proprio, riguardando piuttosto un atto di esecuzione del contratto stipulato tra l'amministrazione regionale veneta e l'A.T.I. tra SIS Consorzio Stabile s.c.p.a. e Itinere Infraestructuras S.A., concessionaria per la realizzazione della Superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta, in particolare il progetto definitivo per la realizzazione di quest'ultima. Eventuali carenze di tale progetto definitivo o inadempienze contrattuali circa la sua redazione (ancorchè direttamente o indirettamente derivanti da presunti violazioni o travisamenti del progetto preliminare proposto dalla società appellante, promotrice dell'opera) non possono in alcun modo configurarsi come attinenti all'azione amministrativa, ma*

rifluiscono nella dinamica contrattuale cui è evidentemente estranea l'appellante, alla quale non può derivare alcun effetto diretto o indiretto e tanto meno qualsiasi pregiudizio. Ciò evidenzia al di là di ogni ragionevole dubbio la mancanza di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza del progetto definitivo dell'opera da realizzare, conoscenza che altrimenti si configurerebbe come un mero inammissibile interesse alla curiosità o ad un generico controllo sulla gestione del rapporto negoziale in questione)".

Di particolare pregio, peraltro, quanto precisa il Collegio subito dopo la statuizione sopra riportata: l'impossibilità di accedere ad atti relativi allo svolgimento del rapporto contrattuale tra stazione appaltante e impresa vincitrice dell'appalto non costituisce un principio di carattere generale. Essa è predicabile solo allorchè il richiedente non faccia emergere dall'istanza di accesso la presenza di un interesse idoneo a giustificare l'ostensione dei documenti richiesti. Sicchè, non smentisce l'orientamento sopra espresso l'accesso ai documenti inerenti l'esecuzione di un contratto, concesso al fine di dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara: *"E' appena il caso di rilevare che, sebbene la Sezione con la decisione 25 febbraio 2009, n. 1115, abbia effettivamente ritenuto sussistente l'interesse attuale, diretto e concreto, ex art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, all'accesso a documenti riguardanti l'esecuzione di un contratto (di servizio), in quel caso la conoscenza era finalizzata a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, finalità e circostanze che invece non si rinvencono nella fattispecie in esame"*.

Peraltro, continua il Collegio, anche la richiesta di accesso che viene avanzata invocando l'art. 3 comma 1, del decreto legislativo 19 ottobre 2005, n. 195 (Codice dell'ambiente) che ammette l'accesso alle informazioni ambientali senza la necessità di dimostrare uno specifico interesse, considerato *in re ipsa* per ciascun essere umano o ente che lo rappresenti o ne sia emanazione, va adeguatamente motivata in ordine al tipo di interesse fatto valere e ai fattori di

cui al c punto 2) o alle misure di cui al punto 3) dell' articolo 2 del D. Lgs. 19 ottobre 2005, n. 195 secondo il quale per "informazione ambientale" deve intendersi qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente: 1) lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria, l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, i siti naturali, compresi gli igrotopi, le zone costiere e marine, la diversità biologica ed i suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati e, inoltre, le interazioni tra questi elementi; 2) fattori quali le sostanze, le energie, il rumore, le radiazioni od i rifiuti, anche quelli radioattivi, le emissioni, gli scarichi ed altri rilasci nell'ambiente, che incidono o possono incidere sugli elementi dell'ambiente, individuati al numero 1); 3) le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente di cui ai numeri 1) e 2), e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi.

Di diverso contenuto la seconda pronuncia, ove il Collegio ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 95, comma 6, c.p.a. che il ricorrente aveva ritenuto in contrasto con gli artt. 3 e 76 della Costituzione sotto il profilo dell'eccesso di delega. Ad avviso de Collegio, infatti, l'art. 44. della l. n. 69 del 2009 indica tra i principi e criteri da seguire, la revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano. Sicchè, continua il Collegio: *"è conforme alla legge delega la previsione del d. lgv. n. 104 del 2010, in base alla quale per i giudizi davanti al Consiglio di Stato è obbligatorio, anche per i giudizi in materia di accesso agli atti amministrativi, il ministero di un avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori"*.