



OSSERVATORIO TRASPARENZA
11 AGOSTO 2021

La funzione nomofilattica
dell'Adunanza plenaria in materia di
accesso agli atti amministrativi

di Francesco Manganaro
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Mediterranea di Reggio Calabria



La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi *

di **Francesco Manganaro**

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Mediterranea di Reggio Calabria

Abstract [It]: L'articolo esamina la funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti amministrativi. Recentemente l'Adunanza plenaria si è occupata infatti delle plurime discipline dell'accesso al fine di definire meglio i caratteri fondamentali della complessa e stratificata normativa sull'accesso. Con la sentenza 2 aprile 2020, n. 10, l'Adunanza plenaria, risolvendo una difforme interpretazione delle singole sezioni giurisdizionali, ammette, per la prima volta in maniera esplicita, l'accesso civico nell'ambito dei contratti pubblici. In aggiunta, la sentenza n. 10/2020, richiamando i principi delle Corti europee e della Corte costituzionale, costituisce un fondamento su cui poggiare le diverse forme di accesso.

Abstract [En]: This article examines the nomofiletic function of the Plenary Assembly of the Council of State on the subject of access to administrative acts. In fact, the Plenary Assembly has recently dealt with the multiple disciplines of access in order to better define the fundamental features of the complex and stratified legislation on access. With Judgment No. 10 of 2 April 2020, the Plenary Assembly, resolving a different interpretation of the individual jurisdictional sections, admits, for the first time in an explicit manner, civic access in the context of public contracts. In addition, Judgment No. 10/2020, recalling the principles of the European Courts and the Constitutional Court, provides a foundation for the various forms of access.

Parole chiave: accesso civico; Adunanza plenaria; Consiglio di Stato; atti amministrativi; contratti pubblici

Keywords: civic access; Plenary Assembly; Council of State; administrative acts; public contracts

Sommario: 1. Premessa; 2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, n. 10; 3. Obblighi dell'amministrazione a fronte dei diversi tipi di istanze di accesso; 4. L'accesso agli atti in materia di contratti pubblici; 5. Limiti specifici dell'accesso civico generalizzato; 6. Le successive sentenze dell'Adunanza plenaria; 7. Conclusioni.

1. Premessa

Nel biennio 2020-2021, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è più volte occupata delle plurime discipline dell'accesso, cercando di definirne più precisamente i differenti requisiti, in mancanza di un intervento legislativo di coordinamento auspicato dalla dottrina.

Con la sentenza 2 aprile 2020, n. 10, l'Adunanza plenaria, risolvendo una difforme interpretazione delle singole sezioni giurisdizionali, ammette, per la prima volta in maniera esplicita, l'accesso civico nell'ambito dei contratti pubblici.¹

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ S. INGEGNATTI, Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria, in *Giur. it.*, 1, 2021, 157 ss.; A. MOLITERNI, Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici, in *Giorn. dir. amm.*, 4,

Invero, il contenuto della sentenza è molto più ampio ed articolato: individua gli elementi legittimanti ed i limiti dei diversi tipi di accesso; differenzia l'accesso procedimentale da quello civico; determina i poteri dell'amministrazione e del giudice nei confronti di una domanda che non specifichi quale tipo di accesso si voglia proporre o che si limiti ad indicarne uno solo; individua se e come esercitare l'eventuale soccorso istruttorio nel caso di una domanda di accesso indeterminata quanto all'oggetto o massiva; ammette che l'accesso possa essere una situazione strumentale. Solo alla fine di questo articolato ragionamento, l'Adunanza plenaria si pronuncia in maniera innovativa sull'accesso civico generalizzato nell'ambito dei contratti pubblici.

La sentenza è una pietra miliare², che detta principi fondamentali nella tormentata disciplina dei vari tipi di accesso agli atti amministrativi³ e costituisce la prima delle successive sentenze sull'accesso che si sono affollate negli anni 2020-2021.

Con il trittico delle sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, l'Adunanza plenaria si pronuncia sull'accesso agli atti dell'Agenzia delle Entrate in pendenza di controversie giudiziali tra coniugi; più di recente, con la sentenza 18 marzo 2021, n. 4, l'Adunanza plenaria esercita il suo ruolo nomofilattico in materia di accesso difensivo agli atti dell'Agenzia delle Entrate nel caso in cui il ricorrente voglia verificare se sia simulata una cessione di quote societarie realizzata al fine di impedire la prelazione all'acquisto di un immobile da parte del locatore.⁴

2020, 505 ss.; V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb e app.*, 5, 2020, 680 ss.; 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, 14 aprile 2020.

² A. BERTI, *op. cit.*, non esita a definire come “storica” questa sentenza <<in considerazione della rilevanza delle questioni trattate e della pervasività della motivazione>>.

³ Più in generale sull'accesso si veda, tra gli altri: M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano 2000; C. E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, con agg. di F. PAVONI, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2011; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it, 23, 2016; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 2018, 11 ss.; A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 601 ss.; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 1208 ss. Più di recente: F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019; G. GALLONE, A. G. OROFINO (a cura di), *L'accesso civico: morfologia e tutela*, in *Giur. it.*, 2021, 3, 725 ss.; A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, in www.federalismi.it, Osservatorio trasparenza, 21 aprile 2021.

⁴ Vedi par. 6.

2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, n. 10

La questione specifica affrontata nella sentenza n. 10/2020 è piuttosto particolare ed innovativa. La società ricorrente ed ora appellante, con una generica domanda di accesso, chiede l'ostensione di documenti con l'esplicito fine di verificare se l'impresa aggiudicataria di un servizio lo stesse svolgendo nei modi previsti dal capitolato. L'appellante ritiene di essere legittimata, poiché aveva partecipato alla gara, risultando seconda in graduatoria. Pertanto, la verifica effettuata attraverso l'accesso agli atti avrebbe consentito di valutare se, in caso di inosservanza del capitolato, l'amministrazione avrebbe dovuto rescindere il contratto con assegnazione del servizio alla società appellante.

Si tratta, invero, di una situazione molto particolare in cui l'accesso viene utilizzato come controllo su un servizio già assegnato, non al fine di contestare eventuali illegittimità della gara, bensì di verificare se lo svolgimento del servizio sia adeguato alle previsioni contrattuali. Lo scopo è sempre quello di vedersi assegnato il contratto, ma attraverso la sollecitazione dei poteri di autotutela dell'amministrazione, indotta a tale scelta dagli eventuali inadempimenti contrattuali.

In primo grado, il TAR Toscana aveva ritenuto che il modo di formulazione dell'istanza di accesso avrebbe consentito un'inammissibile indagine sull'eventuale inadempimento dell'aggiudicataria.⁵ In secondo luogo, il giudice di primo grado riteneva preferibile l'orientamento secondo cui l'accesso civico generalizzato potesse essere esperito solo relativamente agli atti della fase pubblicistica e non verso quelli di natura privatistica di esecuzione del contratto. La Terza sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019, vista la difformità interpretativa sul punto e le difficoltà ermeneutiche dovute alle varie forme di accesso, rinviava la questione all'Adunanza plenaria.

3. Obblighi dell'amministrazione a fronte dei diversi tipi di istanze di accesso

Illustrati in estrema sintesi i prodromi della sentenza, è interessante seguire il percorso argomentativo attraverso cui la Plenaria giunge a cristallizzare tre principi secondo la sua funzione nomofilattica.

La prima questione affrontata attiene alla possibilità che l'istante chieda contemporaneamente l'accesso ai sensi della legge sul procedimento e sull'accesso civico. In secondo luogo, ove invece l'istanza fosse presentata specificamente per un solo tipo di accesso, se l'amministrazione o il giudice possano modificare la domanda di ostensione degli atti ove, constatata l'impossibilità di accedere ai sensi della legge sul procedimento, si riscontri che vi siano i presupposti per l'accesso civico generalizzato. Invero, la Plenaria si pronuncia su questo punto con intento chiarificatore, pur riconoscendo che la questione non è oggetto del giudizio in corso, in quanto la domanda di accesso della società ricorrente/appellante era ancipite, nel senso che non specificava a quale titolo era stata prodotta la domanda di accesso agli atti.

⁵ Tar Toscana, 17 aprile 2019, n. 577.

Quanto alla prima questione, la sentenza rileva che, ove non vi sia una precisa indicazione del tipo di accesso richiesto, la pubblica amministrazione è tenuta a motivare se sussistano o meno i presupposti per l'uno o per l'altro tipo di accesso. Ove invece la pubblica amministrazione accerti l'inammissibilità di un'istanza di accesso proposta esplicitamente ai sensi della legge sul procedimento, essa non può convertire l'istanza in una richiesta di accesso civico generalizzato, né a maggior ragione può farlo il giudice nel corso del giudizio, poiché non è possibile mutare il titolo legittimante all'accesso rispetto a quello della domanda proposta all'amministrazione.

Questa ultima considerazione è foriera di più ampie conseguenze, relativamente al rapporto tra procedimento e processo, in quanto la Plenaria introduce un "vincolo" che dal procedimento si trasferisce alla fase processuale, ove afferma che

<<electa una via in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla pubblica amministrazione né ammessa – ancorché su impulso del privato – in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale>>, ove l'istanza nel procedimento sia strutturata in termini non alternativi tra tipi di accesso.

Aggiunge la Plenaria che, seppure il giudizio sull'accesso sia considerato impropriamente impugnatorio – in quanto l'ordine del giudice di esibire i documenti richiesti è un giudizio sul rapporto – neppure in sede di giurisdizione esclusiva è possibile <<esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo>>.

Si configura così una "riserva di amministrazione", che correttamente affida alla valutazione dell'amministrazione il contemperamento degli interessi tra diritto di accesso e tutela della riservatezza dei controinteressati, secondo le diverse modalità previste nei vari tipi di accesso. Così facendo si determina anche una sorta di preclusione che, cristallizzando gli interessi nella fase procedimentale, impedisce poi al giudice di modificare una valutazione, ritenuta di esclusiva competenza dell'amministrazione. Spetta, infatti, solo all'amministrazione valutare il diritto di accedere relativamente agli eventuali contrapposti interessi di riservatezza dei terzi, tanto più che tale ponderazione appare del tutto differente se si tratti di accesso procedimentale o di accesso civico generalizzato. Ciò non può portare alla conclusione che sia impedito al giudice di verificare la correttezza del contemperamento effettuato dall'amministrazione, ma che non si possa chiedere "per la prima volta" davanti al giudice di modificare il titolo legittimante all'accesso quando nel procedimento si è già svolta una ponderazione degli interessi su una domanda proposta a diverso titolo di legittimazione.

Il complesso ragionamento svolto dalla Plenaria su questo primo profilo è – come detto – solo parzialmente rilevante per il caso in questione, poiché la richiesta di accesso dell'appellante era stata formulata senza specifica indicazione di quale fosse la legittimazione vantata. Sul punto, perciò, la Plenaria ha voluto fornire, pur non richiesta, un'utile chiave interpretativa del complesso quadro normativo.

Appare convincente ammettere che i diversi tipi di accesso possano convivere nella stessa istanza, costringendo l'amministrazione a valutare se vi siano i presupposti per l'ostensione dell'atto secondo un doppio titolo di legittimazione. Ma se i due tipi di accesso possono essere proposti contemporaneamente in un'unica istanza, non si comprende perché non possano essere prospettati in sequenza temporale, ove, ad esempio, rigettato l'accesso ex legge 241/90, si voglia chiedere all'amministrazione l'accesso civico generalizzato. Invero, tale problema emerge solo in astratto, ma viene superato in concreto, poiché, tenendo conto della decisione della Plenaria, converrà all'istante proporre sempre – come nel caso in specie – un'istanza ancipite o anche a doppio titolo, potendo così pretendere dall'amministrazione o dal giudice una valutazione specifica per i diversi tipi di accesso.

4. L'accesso agli atti in materia di contratti pubblici

L'Adunanza plenaria affronta poi la questione relativa alla possibilità di accedere agli atti esecutivi dei contratti pubblici ai sensi della legge sul procedimento.

Invero tale possibilità si rinviene già nella pregressa citata giurisprudenza del Consiglio di Stato (ex plurimis: Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115) e nella stessa disciplina del Codice dei contratti pubblici, che all'art. 53, c. 1 richiama esplicitamente la legge sul procedimento. Per la Plenaria perciò <<gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti>>. Da una parte si afferma che oggetto dell'accesso possono essere gli atti della fase esecutiva del contratto, dall'altra si pone la condizione che vi sia una legittimazione soggettiva.

Quanto all'oggetto dell'accesso ex l. 241/90, è sempre garantito anche agli atti di natura privatistica, sempre che si tratti di attività di pubblico interesse (Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 42).

Accertato, perciò, che non è la natura privatistica dell'atto ad impedire l'accesso, resta da verificare se l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto. Bisogna, infatti, esaminare se – come nel caso in questione – le imprese <<che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara>> possano accedere agli atti secondo la legge 241/90 per far valere vizi dell'aggiudicazione o della sua esecuzione al fine di far cessare il rapporto contrattuale

con l'aggiudicatario, per subentrare nel contratto o comunque ottenere eventualmente la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela.

La risposta della Plenaria è positiva, poiché <<l'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica), sì che emerga una distorsione di tutte quelle regole concorrenziali che avevano condotto all'aggiudicazione della gara in favore del miglior concorrente per la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico>>.

Lascia invero qualche dubbio l'ipotesi che tale diritto di accesso venga garantito, in alcune imprecise occasioni, anche all'impresa "non partecipante alla gara" (punto 13.3), poiché tale generica definizione non individua i casi in cui ciò sia possibile, configurando un'incerta nuova forma di legittimazione all'accesso in capo a chi non ha partecipato alla gara stessa. Non è neppure chiaro se si tratti di una precisa determinazione dell'Adunanza plenaria, in quanto poi, nella parte dispositiva, che enuncia i principi di diritto, si afferma più limitatamente che <<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>>, senza alcun riferimento a chi non vi abbia partecipato.⁶

A parte tale significativa osservazione, è indubbio che l'accesso agli atti della fase di esecuzione del contratto non solo non è vietata, ma anzi è un modo di garantire il principio della concorrenza, che sarebbe violato ove l'impresa si aggiudicasse il lavoro alle condizioni proposte nella sua offerta tecnica ed economica e poi non lo eseguisse adeguatamente.

Per arrivare a questa conclusione, la Plenaria sposa la tesi della strumentalità dell'interesse legittimo.⁷ Lo fa ricorrendo alla sua precedente giurisprudenza, secondo cui il legislatore può conferire il rango di situazioni giuridiche tutelate ad interessi strumentali autonomi sebbene sempre connessi con il bene della vita (Ad. plen. n. 6/2018), trovando altresì conferma della propria tesi nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 271/2019), secondo cui in casi particolari sono configurabili interessi anche meramente strumentali poiché ciò aumenta comunque le garanzie dei diritti, sempre che sussista lo scopo di perseguire il bene della vita.

⁶ V. MIRRA, Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la plenaria risolve ogni dubbio?, cit., 684.

⁷ Sul punto: F.G. SCOCA, L'interesse legittimo. Storia e teoria, Torino, 2017.

Ma, a questo punto, la sentenza pone un preciso limite a questo tipo di accesso procedimentale di natura strumentale. Infatti, tale interesse può considerarsi tutelato solo ove la situazione che legittimerebbe o imporrebbe la risoluzione del rapporto sia anteriore all'istanza di accesso e non <<impiegata e piegata a "costruire" ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post>>, altrimenti si concretizzerebbe un controllo generalizzato sulle attività dell'amministrazione, non esperibile attraverso l'accesso ex legge 241/90.

Secondo la Plenaria, l'accesso previsto dalla legge sul procedimento non può essere una generica richiesta di conoscenza degli atti esecutivi del contratto, poiché ciò configurerebbe un accesso civico generalizzato, ma dovrebbe dare almeno un indizio dell'inadempimento contrattuale, <<perché altro è il bisogno di conoscere per tutelare un interesse collegato ad una situazione competitiva già esistente o chiaramente delineatasi, laddove il principio di concorrenza già opera in fase di gara e al fine eventuale di impugnare il provvedimento di aggiudicazione, e altro, evidentemente, il desiderio di conoscere per sapere se questa situazione possa crearsi per l'occasione, del tutto eventuale, di un inadempimento contrattuale>>.

Applicando tale criterio, la Plenaria conclude che, nel caso in specie, non sussiste un diritto all'accesso anche solo strumentale, poiché nel ricorso non viene fatto cenno a fatti specifici che, configurando un inadempimento, potrebbero dar luogo alla risoluzione del contratto, ma solo ad "eventuali inadempienze", cosicché tale istanza di accesso svolgerebbe <<un inammissibile ruolo di vigilanza sulla regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali>>.

5. Limiti specifici dell'accesso civico generalizzato

La terza questione affrontata dalla Plenaria è quella più innovativa, volta a risolvere un conflitto giurisprudenziale. Accertata in generale (ma esclusa nel caso specifico) la possibilità di accedere agli atti di esecuzione dei contratti pubblici ai sensi della legge sul procedimento, si può valutare se, in tali casi, sia ammissibile l'accesso civico generalizzato previsto dal d.lgs. n. 33 del 2013.

Sul punto, si riscontra un contrasto giurisprudenziale tra la Terza e la Quinta sezione del Consiglio di Stato. La Terza sezione sostiene che una lettura costituzionalmente orientata dell'accesso civico generalizzato comporti che esso non possa essere limitato da norme preesistenti che non tenevano conto del nuovo istituto, cosicché anche il riferimento ai limiti all'accesso, previsti dalla legge sul procedimento, non possano avere valore generale tale da escludere dall'accesso civico un'intera materia, quale quella dei contratti pubblici. La Quinta sezione, invece, ritiene che quando l'art. 5-bis, c. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, regolando l'accesso civico generalizzato, rinvia ai limiti posti dall'art. 24, c. 1 della legge 241/90, pone un'eccezione assoluta al diritto di accesso generalizzato, quando in una materia vi sia una disciplina

specifica. Secondo questa opinione, nel caso dei contratti pubblici, la trasparenza sarebbe già tutelata dalla peculiare disciplina di settore, cosicché sarebbe esclusa la possibilità di un accesso civico generalizzato.⁸ L'Adunanza plenaria, risolvendo questa divergenza di opinioni, giunge alla conclusione che l'accesso civico generalizzato debba trovare attuazione anche alla materia dei contratti pubblici, in nome di una totale trasparenza dell'azione amministrativa.⁹

Applicare all'accesso civico i limiti di quello procedimentale snaturerebbe il contenuto e le finalità previste dal legislatore. Se l'accesso previsto dalla legge sul procedimento è volto a tutelare in primo luogo un interesse individuale e, solo di conseguenza, la trasparenza amministrativa, nell'interesse civico generalizzato vi è invece il precipuo scopo di garantire un controllo democratico diffuso sull'attività amministrativa.

Con l'affermazione solenne che <<il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto>>, la Plenaria chiude il cerchio di un'ampia ricostruzione dei tipi di accesso, ampliando il contenuto dell'accesso civico generalizzato.

A questo proposito, viene richiamato quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 20/2019, secondo cui la trasparenza è accessibilità totale agli atti e ai dati dell'amministrazione, essendo un diritto specifico, ma anche uno strumento di soddisfacimento degli interessi fondamentali dell'ordinamento. Conclude in maniera solenne la Plenaria, affermando che <<la luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati>> (in tal senso Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7; Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460).

Ad ulteriore fondamento della propria sentenza, la Plenaria fa ampiamente riferimento all'art. 10 della CEDU, che tutela la libertà di informazione ed all'applicazione di esso fatta dalla Corte di Giustizia (Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary).

⁸ P. RUBECHINI, Appalti pubblici e diritto di accesso (commento a Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503), in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, 232 ss.

⁹ Tra i numerosi lavori sulla trasparenza: F. MANGANARO, L'evoluzione del principio di trasparenza, in *Astrid Rassegna*, n. 22/2009; ID., Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 95 ss.; G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti: un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019; A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 65 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 1 ss.; A. CORRADO, *La "trasparenza" della legislazione italiana*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1408 ss.

Ma seppure non sussistono limiti particolari, ve ne sono alcuni di carattere assoluto tali da escludere l'accesso civico in materia di contratti pubblici? A questa domanda, la Plenaria risponde confrontandosi con l'opinione contraria della Quinta sezione che nega la possibilità di un accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici.

L'art. 5-bis, c. 3, del d. lgs. n. 33 del 2013 prevede testualmente che il diritto di accesso civico generalizzato <<è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990>>. Una lettura (come quella della Quinta sezione) che individuasse nella norma tre autonomi limiti sarebbe contraria allo spirito del legislatore, che introduce l'accesso civico generalizzato come accessibilità totale agli atti ed alle informazioni.

Secondo la Plenaria è necessaria una lettura congiunta dei limiti, che li interpreti in maniera necessariamente restrittiva. Non si possono escludere intere materie dall'accesso civico generalizzato solo perché la loro disciplina settoriale prevede alcuni limiti all'accesso, ivi compresi quelli della legge sul procedimento, poiché così si creerebbe un circuito perverso in cui i limiti all'accesso della legge sul procedimento limiterebbero lo stesso accesso civico generalizzato.¹⁰

Non esiste un'eccezione assoluta all'accesso nemmeno nella specifica materia dei contratti pubblici, ma solo eccezioni relative. Infatti, analizzando l'art. 53 del Codice contratti si possono individuare alcune esclusioni assolute ma temporanee (ad esempio, per gli atti della gara fino all'aggiudicazione) o specifiche e perciò tassative, come nei casi di cui al comma 5 dell'art. 53 del Codice.¹¹ Da ciò si deduce una portata limitata dei limiti all'accesso civico generalizzato, che comunque non giustifica una totale sottrazione della materia all'accesso civico generalizzato.

Ribaltando perciò una tralaticia opinione di segretezza della materia dei contratti pubblici, l'Adunanza plenaria, anche alla luce delle riflessioni della dottrina e delle delibere ANAC, conferma che <<l'accesso civico generalizzato non solo sia consentito, in questa materia, ma sia doveroso perché connaturato, per

¹⁰ In questo senso già B. G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L'Italia e gli altri sistemi FOIA: convergence at last?*, in B. G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, 19; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.

¹¹ Il comma 5 dell'art. 53 Codice contratti prevede, infatti esplicitamente alcuni limiti specifici: <<Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale>>.

così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti>>.

Confrontandosi ancora con le difformi opinioni della giurisprudenza della Quinta sezione, la Plenaria rileva che comunque, pur essendo ammissibile l'accesso civico, l'amministrazione deve valutare se vi sia un'eventuale lesione dei controinteressati, per esempio, quanto alla conoscibilità del loro know-how aziendale.¹²

Non sussiste comunque il paventato "eccesso di accesso", come emerge dai dati del Dipartimento della funzione pubblica riportati in sentenza.¹³ Peraltro, se l'accesso è posto a garanzia del buon andamento dell'amministrazione, esso va esperito secondo buona fede, alla luce del principio solidaristico ex art. 2 Cost., senza perciò eccessi speculativi. L'accesso civico generalizzato ha un'evidente coloritura solidaristica, contribuendo ad una diretta conoscenza dei dati, ma ove anche venisse utilizzato a fini economici o commerciali non sarebbe vietato, poiché – secondo la Plenaria – non bisogna confondere la ratio dell'istituto con l'interesse del richiedente.

6. Le successive sentenze dell'Adunanza plenaria

Altri significativi profili dell'accesso procedimentale vengono poi esaminati nelle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, aventi come medesimo oggetto gli atti dell'Agenzia delle Entrate.¹⁴

Nelle tre coeve sentenze, la Plenaria decide casi in cui un coniuge chiede l'accesso agli atti dell'Agenzia delle Entrate relativi al reddito dell'altro coniuge, mentre è in corso il processo civile di separazione. Il TAR Campania aveva accolto i ricorsi avverso il diniego opposto dall'Agenzia delle Entrate, sul presupposto che l'accesso documentale di cui alla legge sul procedimento costituisca una disciplina specifica e diversa rispetto agli articoli del codice di procedura civile relativi al potere del giudice di acquisire atti come mezzi di prova. Le difformità interpretative in materia inducono la Quarta sezione a chiedere lumi all'Adunanza plenaria.

¹² In questo senso, ad esempio, Tar Lazio, sez. II-ter, 15 aprile 2021, n. 4422, richiamando Tar Calabria, Reggio Calabria, 16 maggio 2020, n. 345, nega l'accesso quando ha il solo scopo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri, dovendo, in questo caso dimostrare più puntualmente quali siano le esigenze difensive che lo legittimerebbero.

¹³ Nota S. INGEGNATTI, Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria, cit., 164, che questo argomento non è del tutto convincente, in quanto non vi è una statistica sull'accesso in materia di appalti.

¹⁴ M. R. CALDERARO, Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota ad Adunanza plenaria n. 19/2020), in www.giustiziainsieme.it.

Se non c'è dubbio che gli atti dell'Agenzia delle Entrate rientrino nel novero degli atti amministrativi ai sensi della legge sul procedimento¹⁵, il profilo essenziale della sentenza attiene all'eventuale sovrapposizione delle regole sull'accesso rispetto alle norme processuali che disciplinano l'acquisizione di atti probatori nel processo civile. Sul punto infatti, come nota l'ordinanza di rimessione, vi è una difformità giurisprudenziale: da una parte si sostiene l'autonomia del diritto di accesso che garantisce in via strumentale la tutela di una situazione giuridica soggettiva (Ad. Plen. n. 6/2018), dall'altra vi è l'idea che tale diritto receda a fronte di una specifica disciplina processuale che consente di ottenere lo stesso risultato ostensivo dell'atto.

Invero, una consolidata esegesi della legge sul procedimento ritiene che l'accesso defensionale sfugga ai limiti posti dall'art. 24 della l. 241/90, poiché la chiara struttura letterale della norma prevede che questo tipo di accesso sia “comunque” consentito. Si deve perciò distinguere tra accesso a fini partecipativi ed accesso a fini difensivi. Anzi, l'Adunanza plenaria pone una precisa diversificazione tra “logica partecipativa”, che si rinviene nei commi da 1 a 6 dell'art. 24 della legge sul procedimento, e “logica difensiva” del comma 7, che consente l'accesso all'atto necessario per la peculiare esigenza di tutela del diritto. Che l'accesso difensivo sia un'ipotesi ostensiva autonoma è confermato proprio dal fatto che richieda una legittimazione specifica, cioè che l'atto sia “necessario” per la tutela del richiedente. La contemporanea presenza di un giudizio civile già pendente può essere considerato un elemento di conferma delle esigenze di accesso, seppure i due contesti vanno tenuti distinti.

La prima più ovvia osservazione è che, configurato l'accesso, in particolare quello difensivo, come autonomo diritto, non costituisca un presupposto legittimante l'attuale o futura esistenza di un giudizio. Ove invece il processo civile sia già in corso, si potrebbe supporre che l'accesso possa essere sostituito attraverso gli strumenti di acquisizione probatoria del processo civile (artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.; artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ.). Questa opinione, ad avviso dell'Adunanza plenaria, non è fondata perché tali mezzi istruttori hanno finalità proprie, <<si muovono esclusivamente sul piano e all'interno del processo; sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice; eventuali rigetti non sono autonomamente impugnabili o ricorribili, potendo gli eventuali vizi dell'istruttoria rilevare come motivi di impugnazione della sentenza>>.

La differenza appare piuttosto evidente. Il diritto di accesso defensionale è uno strumento a disposizione del titolare di una situazione giuridica soggettiva per la tutela dei suoi diritti, mentre l'acquisizione di documenti nel processo civile è un potere processuale, sottoposto alla valutazione di rilevanza da parte

¹⁵ Specifica l'Adunanza plenaria che <<deve ritenersi che le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti acquisiti dall'amministrazione finanziaria e i relativi dati inseriti e conservati nell'anagrafe tributaria – secondo la sopra richiamata disciplina in punto di forma, contenuti, modalità di trasmissione e di archiviazione – rientrano, senza particolari dubbi esegetici, nella sopra riportata ampia nozione di documenti amministrativi>>.

del giudice, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta istruttoria della parte. La conferma della diversità delle due situazioni si ha peraltro anche nel fatto che sarebbe anomalo applicare le norme del codice di procedura civile, che sono state emanate ben prima della disciplina sull'accesso. Ed anche la giurisprudenza civile afferma che i poteri istruttori del giudice disciplinati agli articoli 210, 211 e 213 cod. proc. civ. possono essere esercitati per acquisire atti o documenti della pubblica amministrazione solo in via sussidiaria quando la parte non sia in condizioni di produrli.

Con questa statuizione la Plenaria prende posizione circa la specialità del processo amministrativo rispetto a quello regolato dal codice di procedura civile, poiché l'ostensione dell'atto trova una propria specifica disciplina sostanziale e processuale che non richiede ulteriori integrazioni, senza dover perciò ricorrere al rinvio esterno previsto dall'art. 39 del Codice del processo amministrativo.

L'autonomia della disciplina amministrativa sull'accesso verrà poi ribadita da altre sentenze anche nei confronti del processo penale. Non è legittimo motivo di diniego all'accesso il fatto che l'amministrazione abbia già inviato l'atto al giudice penale del processo instaurato sulla medesima questione, in quanto l'accesso agli atti trova già nella legge sul procedimento la sua "autosufficienza regolatoria"¹⁶, cosicché gli strumenti di tutela non sono sovrapponibili ma cumulabili.

Tornando agli argomenti addotti nelle tre coeve sentenze della Plenaria, meno controversa è l'ultima questione affrontata. L'art. 5, comma 1, lettere a) e d) del d.m. 29 ottobre 1996, n. 603, in materia di accesso agli atti dell'Agenzia delle Entrate, garantisce la sola visione di quelli necessari per la tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, ma tale limitazione soccombe di fronte alla norma di rango legislativo che invece prevede la visione e l'estrazione di copie (art. 24, c. 7, l. 241/90).

In conclusione sul punto, la natura strumentale dell'interesse legittimo per la tutela del diritto del richiedente esclude un'interpretazione che lo assimili ad un potere di natura processuale, applicando presupposti e limiti della disciplina del codice di procedura civile.

L'Adunanza plenaria torna sulla questione dell'accesso con la sentenza 18 marzo 2021, n. 4, di nuovo adita dalla Quarta sezione per una fattispecie particolare, su cui la sezione remittente chiede ulteriori chiarimenti rispetto a quelli già espressi nella precedente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria.

L'oggetto dell'accesso sono sempre atti dell'Agenzia delle Entrate quando già è pendente un processo civile, come nelle citate sentenze del 2020, ma questa volta non si tratta di conflitti coniugali. In questo caso il locatore di un immobile commerciale chiede di accedere agli atti dell'Agenzia al fine di verificare se sia simulata una cessione di quote societarie realizzata al fine di impedire la prelazione all'acquisto di un immobile da parte del locatore.

¹⁶ Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2021, n. 6756.

La Plenaria ribadisce che l'accesso difensivo ha un suo statuto peculiare, prevalente sulla tutela della riservatezza, che tuttavia richiede una motivazione dell'istanza di accesso che ne dimostri la "necessità" per la cura di un interesse giuridico protetto. L'elemento che l'amministrazione deve valutare in maniera rigorosa per consentire o meno l'ostensione dell'atto è il legame tra gli atti oggetto di accesso e la possibilità di una tutela giurisdizionale, senza però giudizi prognostici sull'effettiva utilità rispetto alla tutela del bene della vita.

Perciò, non spetta né alla pubblica amministrazione né al giudice amministrativo eventualmente adito compiere <<alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato>>, in quanto tale giudizio spetterà poi al giudice civile del processo in atto o futuro.¹⁷

A questi orientamenti dell'Adunanza plenaria si conforma la giurisprudenza successiva, ribadendo la peculiarità dell'accesso difensivo, che richiede certo un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'ostensione dell'atto, ma senza che l'amministrazione possa addurre giudizi prognostici sull'utilità di tale atto nel processo instaurato o da avviare. Se ne ha peculiare conferma in una recente sentenza nella quale il Consiglio di Stato, confermando una decisione del giudice di primo grado, ritiene illegittimo il rifiuto all'accesso opposto dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza ad una società di telefonia mobile che chiedeva di visionare gli atti istruttori del procedimento con cui la stessa Autorità aveva sanzionato altra società che svolgeva analogo servizio: l'istanza aveva come scopo quello di verificare se il comportamento scorretto della società sanzionata avesse coinvolto clienti della società che aveva chiesto l'accesso agli atti, anche al fine di una migliore tutela nel processo per concorrenza sleale già instaurato presso il tribunale civile.¹⁸ La rilevanza di tale sentenza non attiene tanto ai criteri relativi all'ammissibilità dell'accesso, che riproducono i ragionamenti delle Adunanze plenarie, quanto piuttosto alla possibilità che il giudice possa valutare se un'Autorità amministrativa indipendente, specificamente designata alla tutela di un settore, abbia compiuto un'erronea ponderazione tra diritto all'ostensione dell'atto e tutela della riservatezza dei terzi.

¹⁷ In questo senso, richiamando il principio stabilito dalla Plenaria, Tar Lazio, sezione seconda, 13 aprile 2021, n. 4301, secondo cui <<Roma Capitale avrebbe dovuto, infatti, limitarsi a valutare la sussistenza della necessaria strumentalità tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende tutelare senza svolgere giudizi prognostici sulla fondatezza delle azioni che nella fattispecie la società ricorrente potrà decidere di intraprendere>>.

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2021, n. 4103, in una controversia in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva sanzionato a titolo di concorrenza sleale la società TIM, ma aveva negato alla società ILLAD di accedere agli atti del procedimento sanzionatorio, che quest'ultima aveva richiesto al fine di valutare se vi fossero stati comportamenti dannosi nei confronti dei propri clienti.

7. Conclusioni

Le recenti sentenze dell'Adunanza plenaria contribuiscono in maniera significativa a delineare meglio i caratteri fondamentali della complessa e stratificata normativa sull'accesso¹⁹, cercando di chiarire dubbi esegetici ampiamente rilevati da dottrina e giurisprudenza, come peraltro esposto nelle stesse ordinanze di rinvio delle sezioni giurisdizionali all'Adunanza plenaria.

In generale, il richiamo ai principi delle Corti europee e della Corte costituzionale, contenuto nella sentenza n. 10/2020, identifica un solido fondamento su cui poggiare le diverse forme di accesso. Tali principi ribadiscono che lo scopo precipuo del diritto di accesso agli atti è sempre e comunque quello di garantire un'ampia conoscenza dell'azione amministrativa, che costituisce una peculiare caratteristica dello Stato di diritto e che consente una più consapevole partecipazione popolare, sia essa per interessi singoli o comunitari, all'attività delle pubbliche amministrazioni.

E tuttavia, nello stesso accesso procedimentale, rimane netta la distinzione tra accesso conoscitivo per fini generali ed accesso per la tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali. La maggiore tutela dell'accesso del titolare di situazioni soggettive giuridicamente protette è dimostrata anche dal fatto che la tutela della riservatezza dei controinteressati cede comunque ove l'istante rappresenti che l'accesso è presupposto essenziale per la tutela giurisdizionale, sia essa già in atto o futura.

Invero l'Adunanza plenaria n. 4/2021, quasi a compensare l'ampliamento del diritto di accesso realizzato con le sentenze della stessa Plenaria del 2020, sottolinea la rilevanza della motivazione dell'istanza di accesso procedimentale, che deve dimostrare la necessità dell'atto per la tutela del diritto, lasciando così all'amministrazione ed al giudice un ampio margine di valutazione tra opposti interessi.

Quanto all'accesso civico generalizzato, la giurisprudenza recente, sulla scorta dei contributi della dottrina, ne afferma la sua specifica natura di controllo diffuso dell'attività amministrativa, che può essere esperito anche nei confronti di atti privatistici di esecuzione dei contratti pubblici, al fine di verificare, da parte di chiunque, se l'opera o il servizio svolto sia conforme alle prescrizioni previste nel capitolato di gara.

Rimane su questo punto un dubbio rilevante per una contraddizione insita nella sentenza n. 10/2020, in cui la legittimazione all'accesso civico generalizzato viene attribuita (come nel caso oggetto della sentenza) al secondo classificato nella gara pubblica, mentre in altra parte della sentenza tale legittimazione si riconosce anche a chi non vi abbia partecipato.²⁰ La differenza sarebbe netta tra un accesso legato alla tutela di una situazione giuridica soggettiva ed un "vero" accesso civico consentito a "chiunque".

¹⁹ Una disciplina resa ancora più complessa dallo sviluppo della digitalizzazione e contemporaneamente dall'ampliamento della tutela dei dati personali, ai sensi del Regolamento comunitario 679/2016: F. MANGANARO, Trasparenza e digitalizzazione, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 25 ss.; M. TRAPANI, Il diritto di accesso generalizzato e l'emergenza: rischi ed opportunità in uno Stato tecnologico, in *DPCE online*, 2020, 3, 4347 ss.

²⁰ Cfr. par. 4, nota 5.



Il quadro complessivo rilevabile dalle plurime sentenze dell'Adunanza plenaria conferma la significativa distinzione ontologica tra accesso procedimentale ed accesso civico generalizzato, individuando poi, all'interno dello stesso accesso procedimentale, un'ulteriore specificità dell'accesso civico defensionale. Si chiarisce, peraltro, che un'istanza di accesso generica o formulata congiuntamente come accesso procedimentale e civico costringe l'amministrazione a valutare l'istanza sotto entrambi i profili.

Rimane comunque, seppure a livelli differenziati, la necessità di motivare l'istanza di accesso, cosicché permane il potere/dovere dell'amministrazione, seppure in forme diverse per i vari tipi di accesso, di valutare in maniera comparativa l'interesse all'ostensione dell'atto e le ragioni di riservatezza addotte dal controinteressato.

La stabilizzazione delle regole, avvenuta per la meritoria attività esegetica dell'Adunanza plenaria, attenua l'esigenza, manifestata in dottrina²¹, di un intervento legislativo per la modifica della legislazione vigente, poiché spesso provvedimenti normativi di semplificazione hanno ottenuto effetti opposti, ma soprattutto perché non venga meno l'affidamento su principi interpretativi ora consolidati dalla giurisprudenza nomofilattica dell'Adunanza plenaria. Ciò non significa che non permangano dubbi circa la legittimazione nei vari tipi di accesso o sul potere dell'amministrazione di valutare l'istanza di ostensione dell'atto, tuttavia appare preferibile un assestamento della materia prima di ulteriori eventuali interventi normativi.

²¹ F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 770; G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 1, 2019, 71 ss.; A. CORRADO, *La "trasparenza" della legislazione italiana*, cit., 1417.