ISSN 2723-9195

CERIDAP

Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche

Fascicolo
2 / 2020

APRILE - GIUGNO

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

BENEDETTA CAPPIELLO, GHERARDO CARULLO, MARCO PAGANI E MARIAELENA ATTARDO, *Il finanziamento delle opere pubbliche con la tecnologia blockchain: nuove forme di collaborazione pubblico-privato per una più efficace raccolta fondi bottom-up ed una più effettiva partecipazione della popolazione* 1

JUAN G. CORVALÁN E ENZO MARIA LE FEVRE CERVINI, *Prometea experience. Using AI to optimize public institutions* 27

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, *O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça – cooperação judicial ou diálogo de surdos?* 38

DIANA URANIA GALETTA, *Karlsruhe über alles? The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences* 52

ALESSIA MONICA, *Stessa spiaggia, stesso mare? Scadenze dei titoli concessori e indicazioni della "scienza" per un'estate in "emergenza"* 61

CLARA NAPOLITANO, *Covid-19 e biodiversità: termini di un legame difficile* 75

JACQUES ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme* 87

RASSEGNE E COMMENTI

EMANUELA FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19* 100

FRANCESCA RONCAROLO, *Monitoraggio dell'epidemia e test diagnostici: le recenti pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali* 107

MARCO SALINA, *Emergenza Covid-19: lockdown del procedimento amministrativo?* 116
ELEONORA VAILATI, *Emergenza Covid-19 e smart working: la Pubblica Amministrazione diventa (più) agile* 123

NOTE

MONICA BONINI, *Pandemia e libertà fondamentali, o dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nel nome dei diritti* 132
GIANLUIGI DELLE CAVE, *L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo* 137
FEDERICO FINAZZI, *Il Consiglio di Stato ribadisce che l'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid19 consente l'ulteriore compressione dei diritti fondamentali da parte di ordinanze sindacali contingibili e urgenti* 142
EMANUELA FURIOSI, *Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della pandemia* 149
GIULIA PINOTTI, *Emergenza Covid-19 e porti italiani non più "luoghi sicuri": la decisione – in via cautelare – del Tar Lazio* 158
MARCO VELLISCIG, *Anche il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia respinge la richiesta di tutela cautelare monocratica avverso le ordinanze più restrittive rispetto alla normativa nazionale* 164
FEDERICO VOTTA, *Il rapporto tra l'accesso agli atti ex artt. 22 e ss. della l. 241/1990 e gli istituti processualcivilistici di acquisizione dei documenti amministrativi al processo. L'ordinanza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 888 del 4 febbraio 2020* 171
– *Il T.A.R. Lombardia decreta la provvisoria sospensione dell'Ordinanza della regione Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020, laddove consente la consegna a domicilio di qualsiasi merce relativa al commercio al dettaglio* 177

Il rapporto tra l'accesso agli atti ex artt. 22 e ss. della l. 241/1990 e gli istituti processualcivilistici di acquisizione dei documenti amministrativi al processo. L'ordinanza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 888 del 4 febbraio 2020

Federico Votta

L'ordinanza di rimessione qui in esame evidenzia il contrasto giurisprudenziale esistente con riguardo al rapporto tra il diritto di accesso agli atti, di cui agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo, e i mezzi di istruzione probatoria previsti dagli artt. 210-213 c.p.c., nonché, con riferimento ai procedimenti in materia di famiglia, dal combinato disposto degli artt. 492-bis c.p.c. e 155-sexies disp. att. c.p.c. [The relationship between access to the documents pursuant to articles 22 et seq. of the l. 241/1990 and the acquisition of administrative documents in the civil trial. The order of the Fourth Section of the State Council of remission to the Plenary Assembly no. 888 of February 4, 2020] The referral order under consideration highlights the existing jurisprudential contrast with regard to the relationship between the right of access to documents, referred to in Articles 22 et seq. of the law on administrative procedure, and the means of instruction provided for in articles 210-213 of the Italian Code of Civil Procedure, as well as, with reference to family proceedings, by the combined provisions of Articles 492-bis c.p.c. and 155-sexies disp. att. Code of Civil Procedure

Quando si parla di accesso agli atti, come ampiamente noto, ci si riferisce generalmente alla disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo[1]. In particolare, si tratta degli artt. 22 e ss., che regolano il diritto

di colui che sia titolare di un interesse diretto, concreto e attuale – ovvero di un interesse diffuso – di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi[2].

La ragione giustificatrice di tale diritto si rinviene nell'esigenza di assicurare una concreta attuazione dei principi di imparzialità, di buon andamento e di trasparenza, cui l'operato della Pubblica Amministrazione deve ispirarsi, alla luce dell'art. 97 della Costituzione.

L'istituto in questione, data la sua estrema rilevanza nel diritto amministrativo, è sin dalla sua introduzione al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Una delle questioni più controverse è quella relativa al rapporto sussistente tra l'accesso agli atti e gli strumenti probatori previsti dal diritto processuale civile. Problematica, quest'ultima, che è oggetto dell'ordinanza che qui si segnala con cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha, *ex* art. 99 c.p.a., posto al vaglio dell'Adunanza Plenaria i due contrapposti e antitetici orientamenti fin qui formatisi.

La controversia che ha dato luogo al deferimento è sorta a seguito di un ricorso proposto davanti al TAR della Campania, con cui parte ricorrente aveva chiesto l'annullamento dell'implicito rigetto dell'istanza di accesso presentata all'Agenzia delle Entrate volta all'ostensione di alcuni documenti patrimoniali, reddituali e finanziari relativi alla sua ex convivente.

Il ricorrente aveva, in particolare, domandato all'Agenzia delle Entrate di accedere a tali documenti al fine di dimostrare nel giudizio pendente dinanzi al Tribunale per i minorenni la possibilità, dal punto di vista economico, dell'ex convivente di contribuire in maniera equa al mantenimento del figlio.

Tuttavia, a seguito dell'istanza, il ricorrente era riuscito a prendere contezza della documentazione reddituale, ma non anche di quella finanziaria. La motivazione addotta dall'amministrazione verteva sulla necessità che, in relazione a tali ultimi documenti, l'istanza fosse retta da un'autorizzazione del Tribunale competente, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 155-*sexies* disp. att. c.p.c. e 492-*bis* c.p.c.

Il TAR della Campania, giudicando su detto ricorso, aveva statuito che parte ricorrente avrebbe potuto accedere alla documentazione richiesta, potendo altresì estrarne copia.

Contro tale sentenza l'Agenzia delle Entrate ha prontamente proposto appello,

basando le proprie ragioni fondamentalmente sulla necessità, ai fini dell'accesso a simili documenti, di ottenere preventivamente un'autorizzazione da parte del giudice competente.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, ha, come detto, rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, richiamando puntualmente i due contrapposti orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, il diritto di accesso si caratterizza per la sua strumentalità, ossia per il fatto di essere collegato alla situazione giuridicamente rilevante che lo legittima[3]. Pertanto, non potendo prescindere dalla posizione giuridica soggettiva sottostante, manca in esso quel carattere di autonomia che ne permetterebbe l'indipendente azionamento.

In tal senso, si osserva nell'ordinanza, citando le argomentazioni utilizzate dalla stessa Sezione Quarta in un caso simile, che il diritto alla tutela giurisdizionale – cui l'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 può collegarsi – appare già tutelato, relativamente all'acquisizione di documenti amministrativi da utilizzare per fini processuali, dal codice di procedura civile (artt. 210-213 c.p.c.)[4].

Conseguentemente, per tale prima impostazione il processo civile appare la corretta sede in cui ottenere l'ostensione della predetta documentazione.

Tale ultimo assunto troverebbe conferma nel fatto che «*proprio in quanto i documenti da utilizzare nel processo (e detenuti dalla Pubblica Amministrazione) riguardano una delle due parti private in giudizio – al diritto alla tutela giurisdizionale del soggetto che intende avvalersi dei documenti amministrativi, occorre contrapporre l'altrettanto riconosciuto e tutelato diritto di difesa dell'altra parte*»[5]. Perciò, anche alla luce del principio del contraddittorio, sembrerebbe ragionevole accordare al Giudice civile la decisione circa l'assunzione della documentazione necessaria. Infatti, «*La possibilità di acquisire extra iudicium i documenti amministrativi dei quali una delle parti intende avvalersi in giudizio si traduce in una forma di singolare "aggiramento" delle norme che governano l'acquisizione delle prove e costituisce un vulnus per il diritto di difesa dell'altra parte, la quale, (...), si troverebbe a dover esporre le proprie ragioni non già dinanzi ad un giudice, bensì innanzi alla pubblica amministrazione, in qualità di controinteressato*»[6].

Secondo l'opposto orientamento giurisprudenziale, nel processo civile il diritto di

accesso ai documenti amministrativi potrebbe essere esercitato in via del tutto autonoma rispetto agli strumenti probatori di natura processualcivilistica, e quindi anche in assenza di una statuizione sull'assunzione degli stessi da parte del giudice ordinario[7].

A sostegno di tale tesi, si evidenzia che l'istituto dell'accesso consente al soggetto che intende esperire un'azione in giudizio di vagliare preventivamente la convenienza o meno della stessa, sulla scorta delle informazioni di cui potenzialmente può entrare in possesso. Per tale impostazione, «*se esercitato ante causam, l'accesso può avere anche esiti di prevenzione della lite: la conoscenza dei documenti rilevanti, infatti, o corroborando la legittimità degli atti amministrativi o comunque ingenerando il convincimento dell'inopportunità dell'impugnazione, può dissuadere l'amministrato dall'azione giurisdizionale*»[8].

Inoltre, a conferma di questa seconda tesi, il Consiglio di Stato ha sottolineato – sebbene si tratti di un principio già consacrato nella giurisprudenza[9] – come sia erroneo escludere l'accesso agli atti solo perché sia pendente un processo civile. L'istituto dell'accesso, infatti, si pone a presidio di una situazione giuridica soggettiva autonoma; e l'autonomia può ragionevolmente dedursi dalla presenza di una azione *ad hoc* prevista espressamente dal Legislatore nazionale[10]. Se l'esperibilità di una simile azione fosse preclusa dalla necessità di dover attivare i meccanismi probatori tipici del processo civile, «*ciò si tradurrebbe in una illegittima limitazione del diritto di difesa delle parti, con conseguente lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale*», di cui all'art. 24 Cost[11].

A ben vedere, secondo la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, l'Agenzia delle Entrate, consentendo l'accesso ai documenti di natura reddituale ma negandolo con riferimento a quelli di natura finanziaria, sembra avere previsto una distinzione irragionevole, considerato che non avrebbe senso richiedere l'autorizzazione del giudice solamente con riferimento ad alcuni di tali documenti. Invero, pare trattarsi in tutti i casi di documenti amministrativi[12], la cui mancata ostensione non sembra rispondere ad alcuna rilevante *ratio iuris*, al di fuori delle ipotesi previste espressamente dall'art. 24 della citata legge sul procedimento amministrativo.

Infine, sempre a sostegno del menzionato orientamento giurisprudenziale, la sezione rimettente ha osservato come, se non altro, almeno la visione – senza estrazione – della documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica

di persone fisiche e giuridiche, acquisita al fine dell'attività amministrativa, debba essere garantita ogniqualvolta se ne renda necessaria la conoscenza «*per la cura o la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti propri di coloro che ne fanno motivata richiesta*»[13].

Per le ragioni sopra esposte, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria le questioni legate al rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale, di cui alla legge sul procedimento amministrativo, e i mezzi probatori previsti dagli artt. 210-213 c.p.c., oltre che, con riferimento ai procedimenti in materia di famiglia, dal combinato disposto degli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c.p.c., affinché sia fatta chiarezza circa l'indirizzo giurisprudenziale da abbracciare.

Spetta ora, dunque, all'Adunanza Plenaria appianare il contrasto, aderendo alla prima impostazione, incline a riconoscere il carattere della strumentalità dell'istituto dell'accesso agli atti in pendenza di un giudizio civile, ovvero sposando l'opposto orientamento, che propende per l'autonomia di tale istituto, anche laddove volto ad acquisire documentazione amministrativa nella causa radicata dinanzi al giudice ordinario.

1. L. n. 241/1990 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi").
2. Per la definizione di documento amministrativo si rinvia a quanto sancito dall'art. 22, comma 1, lett. d), della l. n. 241/90, secondo cui con tale espressione ci si riferisce a «*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*».
3. Cons. St., Ad. Plen. 18 aprile 2006, n. 6.
4. Cons. St., 13 luglio 2017, n. 3461.
5. *Ibidem*, punto 5.1, III capoverso.
6. *Ib.*, punto 5.1, V capoverso.
7. Cfr. Cons. St., 27 agosto 2019, n. 5910; Cons. St., 29 luglio 2019, n. 5327; Cons. St., 14 maggio 2014, n. 2472.
8. Cons. St., 18 dicembre 1997, n. 1591.
9. Così, tra gli altri, Cons. St., 15 novembre 2018, n. 6444.
10. Si veda l'art. 25 della l. n. 241/1990.
11. Punto 12, VII capoverso, dell'ordinanza.

12. A tale proposito, è bene evidenziare che l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 445/2000 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Testo A") definisce documento amministrativo «*ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa*».
13. Art. 5, comma 1, lett. a), del D.M. n. 603/1996 ("Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante: Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi").