

VALENTINA CINGANO

L'ACCESSO AI DOCUMENTI DEI GESTORI DI PUBBLICI SERVIZI E LA NOZIONE DI STRUMENTALITÀ

SOMMARIO. 1. Il principio di trasparenza e l'interesse pubblico. L'accesso a documenti detenuti da privati. – 2. Il profilo soggettivo. La nozione di pubblica amministrazione in rapporto all'esercizio del diritto di accesso. – 3. L'attività di diritto pubblico e l'attività di diritto privato. Il ruolo del nesso di strumentalità. – 4. La nozione di strumentalità. – 4.1. Il nesso di strumentalità diretta. Alcuni casi in cui l'accesso è stato negato. – 4.2. Il nesso di strumentalità indiretta. Alcuni casi in cui la strumentalità è stata accertata. – 5. Conclusioni. – 5.1. Un caso particolare: l'esercizio dell'accesso nei confronti del gestore di un mercato all'ingrosso agroalimentare. – 5.2. La preliminare indagine sulla natura dell'attività esercitata quale presupposto per applicare la disciplina sull'accesso.

1. Il principio di trasparenza e l'interesse pubblico. L'accesso a documenti detenuti da privati

L'esercizio del diritto di accesso nei confronti di un soggetto privato, incaricato di esercitare una pubblica funzione o un pubblico servizio, coinvolge il delicato bilanciamento fra principio di trasparenza e principio di libera concorrenza.

Il primo principio è ampiamente valorizzato nella legislazione. L'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, prescrive che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa.

Già prima delle riforme del 2005 la giurisprudenza aveva chiarito che le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in due decisioni del 1999, precisava che la normativa sul diritto di accesso agevola il concreto perse-

guimento dei valori costituzionali sanciti dall'art. 97 Cost., ha il medesimo ambito applicativo dell'art. 97 e riguarda gli atti dell'amministrazione in quanto tali (tranne le eccezioni tassativamente previste dalla legge)¹.

Nel proseguire il percorso interpretativo tracciato, la medesima Adunanza Plenaria, nella successiva decisione n. 5/2005², aggiungeva che le regole in tema di trasparenza si applicano anche ai soggetti privati chiamati all'esplicitamento di compiti di interesse pubblico (quali concessionari di pubblici servizi o società ad azionariato pubblico).

La detta linea ermeneutica ha ottenuto conferma legislativa con le modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, la quale si è spinta fino ad iscrivere esplicitamente – agli effetti dell'assoggettamento alla disciplina sulla trasparenza – tra le pubbliche amministrazioni anche i soggetti che svolgono attività di pubblico interesse.

A fronte della valorizzazione del principio di trasparenza in riferimento all'attività svolta da soggetti privati, emerge la necessità di evitare che i privati medesimi siano gravati da eccessivi oneri procedimentali, i quali sarebbero individuati sulla sola base dell'attività pubblicistica svolta e per la necessità di rispettare il ripetuto principio di trasparenza.

Siffatti oneri pubblicistici rischierebbero di collidere con ulteriori principi di rilievo costituzionale e comunitario e, *in primis*, con quello di libera concorrenza.

Si deve impedire, in particolare, che il raggio di azionabilità del diritto all'ostensione possa comprendere anche la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale inerente all'attività di diritto privato (e scollegata dalla gestione dell'interesse pubblico) svolta dall'impresa, sì da evitare che operatori economici in concorrenza possano utilizzare l'accesso strumentalmente, per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

L'applicazione del principio di trasparenza non deve avvenire in via incondizionata e non può estendersi ad un sindacato generalizzato dell'intera attività (anche privatistica) svolta dall'impresa, ma deve coniugarsi con la doverosa garanzia di tutela della concorrenza.

Proprio se si prendono le mosse da questa considerazione, risulta necessario verificare quali siano oggi i confini di applicazione del principio di

¹ Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 6, 567; Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, in *Foro it.*, 1999, III, 305.

² Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Urb. app.*, 2005, 11, 1357.

L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

trasparenza e del diritto di accesso nei confronti dell'attività svolta da imprese che gestiscano pubblici servizi o pubbliche funzioni.

A seguito delle riforme del 2005, infatti, non è più necessario rinvenire una giustificazione (quale era cercata da giurisprudenza³ e dottrina *ante* 2005⁴) per l'applicabilità ai privati della disciplina sull'accesso agli atti⁵. Quello che risulta particolarmente interessante, invece, è indagare in che modo ed entro quali confini la giurisprudenza ritenga che il regime soggettivamente privatistico possa essere derogato a causa della presenza di un interesse pubblico.

L'analisi verrà sviluppata a partire dall'accertamento dell'attuale con-

³ Fra tutte, si vedano le sentenze citate alle note precedenti e la più recente decisione Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1470, nella quale sono ribaditi i medesimi principi in diritto. Tutte le decisioni citate nel presente scritto, ove non diversamente specificato, sono consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ In dottrina, prima delle riforme del 2005, cfr. F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 1999, 115; F. Comperchio, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, nota a Cons. St., ad. plen. 22 aprile 1999, n. 4, in *Giust. civ.*, 2000, I, 522; M.G. Della Scala, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'Ad. Plen., n. 5 del 2005*, in *Foro Amm.*, CdS, 2006, 769; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, tomo II, Milano, 2000, 1042. Più in generale, sull'accesso ai documenti amministrativi si v. G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, 2006, 5945; G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; F. Caringella, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, 2005, 15; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, in giustamm.it; R. Chieppa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Diritto dell'economia*, 1994, 613; M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 444; G. Clemente di San Luca, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 206; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di C. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2001, 1337; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000, 2. Sia consentito rinviare altresì a V. Cingano, *La trasparenza dell'attività amministrativa ed i limiti al diritto di accesso nei procedimenti tributari in rapporto alla correttezza delle relazioni internazionali*, in *Dir. e Pratica Trib.*, 2012, 5, 1039.

⁵ In dottrina, *ex pluribus*, cfr. A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Padova, Cedam, 2011, 1030; id., *L'ambito di applicazione del diritto di accesso*, ivi, 1089; L. Carbone, L. Lo Meo, *Diritto di accesso nei confronti di atti posti in essere da soggetti formalmente privati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1, 66; M. Conti, *L'accesso agli atti dei gestori di pubblici servizi*, in *Corr. merito*, 2006, 10, 1219; M.V. Grazini, *Diritto di accesso e atti di gestione del rapporto di lavoro presso il gestore di pubblico servizio: un traguardo irraggiungibile?*, in *Foro amm.*, CdS, 2011, 2, 646.

cetto di pubblica amministrazione (ai limitati fini della disciplina sull'accesso), per poi cercare l'equilibrio fra le esigenze contrapposte di trasparenza e concorrenza, per mezzo del concetto di *strumentalità*.

2. Il profilo soggettivo. La nozione di pubblica amministrazione in rapporto all'esercizio del diritto di accesso

L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sull'accesso è descritto dal legislatore.

L'art. 22, l. n. 241/1990 individua i legittimati passivi delle istanze di accesso, identificandoli con le pubbliche amministrazioni.

Per garantire una estesa applicazione del principio di trasparenza, il concetto di pubblica amministrazione è descritto in modo ampio e comprende tutti i soggetti di diritto pubblico e quelli di diritto privato (art. 22, lett. e), l. n. 241/1990; art. 2, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184). Per questi ultimi, l'ostensibilità degli atti è limitata alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Essa concerne, quindi, i casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno (in ragione delle esigenze di mercato, degli interessi pubblici coinvolti o della gestione del denaro pubblico) imponga al gestore del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per formalizzare le proprie motivate determinazioni, anche di scelta dei contraenti (come avviene in materia di appalti pubblici di lavori, servizi o forniture).

L'ampia accezione del concetto è confermata dall'art. 23, ai sensi del quale il diritto di accesso si esercita nei confronti non solo delle pubbliche amministrazioni, ma anche dei gestori di pubblici servizi. Essi sono tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico⁶, sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il *nomen* di concessione.

L'imprenditore, quando svolge in base a un titolo il servizio pubblico, è assoggettato dall'art. 23, l. n. 241/1990 ad un regime sostanziale particolare (che incide anche sulla sua organizzazione interna), perché è tenuto a soddisfare gli interessi pubblici e a far esercitare l'accesso (nei limiti consentiti dalla stessa legge).

La lettera della norma espande così non solo il concetto di pubblica amministrazione (fino a comprendere in essa i soggetti che esercitino una

⁶ In argomento, cfr. anche il par. n. 5.