

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29089-pareri-tecnici-diritto-di-accesso-e-riservatezza-orientamenti-giurisprudenziali-commento-a-t-a-r-liguria-di-genova-sez-ii-17-dicembre-2009-n-3782>

Autore: Oreste Maria Teresa

**Pareri tecnici. Diritto di accesso e riservatezza.
Orientamenti giurisprudenziali (Commento a T.A.R. Liguria
di Genova, Sez. II, 17 dicembre 2009, n. 3782)**

Maria Teresa ORESTE,

Pareri tecnici. Diritto di accesso e riservatezza. Orientamenti giurisprudenziali (Commento a T.A.R. Liguria di Genova, Sez. II, 17 dicembre 2009, n. 3782).

La Sez..II del T.A.R. Liguria di Genova, con la sentenza oggetto di commento, esamina la questione dell'accesso ai pareri tecnici resi in favore della P.A. confermando i consolidati principi giurisprudenziali già espressi dal Giudice Amministrativo

In particolare il T.A.R. richiama pedissequamente autorevole sentenza del Consiglio di Stato (sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200) la quale aveva affermato che *“debbono ritenersi accessibili i soli pareri resi, anche da professionisti esterni all'amministrazione, che si inseriscono nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, posto che in tale evenienza il parere è oggettivamene correlato ad un procedimento amministrativo, mentre debbono ritenersi coperti da segreto i pareri resi dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose”*.

Il precedente richiamato non è isolato; concorre a consolidare questo indirizzo altro autorevole precedente (sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200) con cui il Consiglio di Stato aveva ancor più dettagliatamente provveduta alla esegesi della materia, specificando quei presupposti logici e giuridici posti a fondamento anche della sentenza del TAR Liguria in esame.

Secondo questo Consiglio *“i pareri legali si considerano soggetti all'accesso ove siano riferiti all'iter procedimentale e vengano pertanto ad innestarsi nel provvedimento finale, mentre sono coperti dal segreto professionale (artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.) quando attengano alle tesi difensive in un procedimento giurisdizionale. ...”*

La normativa di rango statale di cui all'art. 7 della legge 8 giugno 1990 n. 142 e agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241, pur affermando l'ampia portata della regola dell'accesso, la quale rappresenta la coerente applicazione del principio di trasparenza, che governa i rapporti

tra amministrazione e cittadini, introduce alcune limitazioni di carattere oggettivo, definendo le ipotesi in cui determinate categorie di documenti sono sottratte all'accesso, in ragione del loro particolare collegamento con interessi e valori giuridici protetti dall'ordinamento in modo differenziato.

Il principio è espresso dall'art. 24 della legge n. 241/1990, il quale stabilisce che il diritto di accesso "è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento": disposizione che sta a testimoniare come l'innovazione legislativa introdotta con la legge n. 241/1990, se ridimensiona la portata sistematica del segreto amministrativo, non travolge le diverse ipotesi di segreti, previsti dall'ordinamento, finalizzati a tutelare interessi specifici, diversi da quello, riconducibile, secondo l'impostazione più tradizionale, alla mera protezione dell'esercizio della funzione amministrativa.

In tale contesto, si è affermato che, nell'ambito dei segreti sottratti all'accesso ai documenti, rientrano gli atti redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione, trattandosi di un segreto che gode di una tutela qualificata, dimostrata dalla specifica previsione degli articoli 622 del codice penale e 200 del codice di procedura penale. Sotto il profilo più specifico, si è precisato che la previsione contenuta nell'articolo 2 del decreto del Presidente del Consiglio 26 gennaio 1996, n. 200 (regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso), mira proprio a definire con chiarezza il rapporto tra accesso e segreto professionale, fissando una regola che appare sostanzialmente ricognitiva dei principi applicabili in questa materia, anche al di fuori dell'ambito della difesa erariale.

La disposizione, rubricata "categorie di documenti inaccessibili nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento", stabilisce che, "ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di

salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti:

- a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inherente corrispondenza;*
- b) atti defensionali;*

c) corrispondenza inherente agli affari di cui ai punti a) e b)".....

Quanto alle consulenze legali esterne, alle quali l'amministrazione può ricorrere in diverse forme ed in diversi momenti dell'attività amministrativa di sua competenza, si è avuto modo di precisare che, nell'ipotesi in cui il ricorso alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetto all'accesso, perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo.

Viceversa, allorché la consulenza si manifesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose, quali la richiesta di conciliazione obbligatoria che precede il giudizio in materia di rapporto di lavoro, e l'amministrazione si rivolge ad un professionista di fiducia, al fine di definire la propria strategia difensiva (accoglimento della pretesa, resistenza in giudizio, adozione di eventuali provvedimenti di autotutela, ecc.), il parere del legale non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi: in questo caso, le consulenze legali restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non solo l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell'amministrazione, la quale, esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento".....

A conferma della completa ricostruzione dogmatica del Consiglio di Stato da

ultimo citato concorrono non solo le richiamate disposizioni sul segreto d'ufficio (artt. 621 e 622 C.P. e 200 c.p.p.) e l'applicazione analogica del D.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200, ma anche le risultanze della deliberazione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi del 20.04. 2004.

Principi che il T.A.R per la Lombardia - Milano (Sezione Prima) con recentissima sentenza del 12.01.10 n.17 ritiene applicabili anche al diritto di accesso del Consigliere Comunale: *“rientra tra gli atti di consulenza che gli organi decidenti della Amministrazione acquisiscono al fine di meglio conformare la propria azione a criteri di legittimità e di opportunità e che pertanto non possono formare oggetto di accesso, senza violare il segreto professionale del legale e la stessa privacy dell'organo decidente che deve restare libero nell'acquisizione dei pareri che ritiene necessari alla formazione di una propria sua corretta volontà e nella loro conseguente valutazione”* con riferimento al parere del legale che suggerisce all'Amministrazione strategie difensive in materia contenziosa.

Criteri, quelli esposti, da rispettare a tutela anche del buon andamento della P.A. e della cura degli interessi pubblici, troppo spesso condizionati pesantemente da interessi particolari, a volte (e, purtroppo, sempre più spesso, convertiti in interessi di partito e/o di corrente).

Così si esprime Cons. Stato da ultimo citato: *“in tali eventualità, i documenti, seppure formati o detenuti dall'amministrazione, non sono suscettibili di divulgazione, perché il principio di trasparenza cede (o, quanto meno, viene circoscritto sul piano oggettivo o temporale) a fronte dell'esigenza di salvaguardare l'interesse protetto dalla normativa speciale sul segreto....”*

L'intuizione innovativa della Giurisprudenza nella specifica materia è nel superamento della teoria del contemperamento degli interessi contrapposti che anima la dinamica: accesso ai documenti/riservatezza, in un diverso contesto esegetico in cui trasparenza e diritto alla segretezza si esprimono entrambi come espressioni di tutela dell'interesse pubblico.

Quanto postula il superamento una concezione formalistica ed astratta dell'interesse pubblico che comporta una percezione delle istituzioni come entità vive e reali.

Febbraio 2010

Maria Teresa ORESTE – Segretario Provinciale

La massima

Ai fini dell'opposizione del segreto professionale alle istanze di accesso agli atti occorre distinguere fra pareri legali resi in relazione a contenziosi (sottratti al diritto di accesso) e pareri legali che rappresentano, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, un passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso; solo il primo tipo di pareri, infatti, è sottratto all'accesso, in quanto non è la sola natura dell'atto a giustificare la segretezza, ma la funzione che l'atto stesso svolge nell'azione dell'amministrazione.

T.A.R.Liguria – Genova - Sezione II, 17 dicembre 2009, n. 3782

La sentenza

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 810 del 2009, proposto da:

G. S., rappresentato e difeso dagli avv. Michele Bonacchi, Chiara Rogione, con domicilio eletto presso Michele Bonacchi in Genova, via XX Settembre, 33/7;

contro

Universita' degli Studi di Genova, Rettore Universita' Studi Genova, rappresentati e difesi dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Genova, v.le Brigate Partigiane 2;

Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

SILENZIO FORMATOSI SU ISTANZA DI ACCESSO DOCUMENTI.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Genova;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Rettore Università Studi Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 il dott. Antonio

Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il ricorso trae origine dalla vertenza che contrappone il ricorrente, Professore ordinario di Farmacologia all'Università di Genova, in relazione alla richiesta di pagamento di compensi per attività di “Segreteria scientifica” svolte presso il Comitato Etico del DIMI (Dipartimento di Medicina Interna e Specialità mediche) ed in esecuzione di un rapporto contrattuale tra il Comitato Etico dell'Azienda Ospedaliera S. Martino – di cui il Prof. S. era membro farmacologo – e l'Ateneo stesso.

In particolare l'Ateneo avrebbe rilevato la sussistenza di fondati dubbi sulla validità del contratto stipulato dal DOBIG (Dipartimento di Oncologia, Biologia e Genetica) con il Comitato Etico dell'Azienda Ospedaliera S. Martino per la gestione della Segreteria Scientifica del Comitato nonché la possibile incompatibilità tra la carica di membro farmacologo del Comitato e la qualità di docente responsabile scientifico prevista nel contratto predisposto dal DOBIG, nell'ambito del quale era prevista una ripartizione dei compensi al personale; perplessità peraltro rilevate anche relativamente ai compensi inerenti al Comitato Etico DIMI.

Nell'ambito di tale vertenza, e cioè al fine di dirimere la controversia insorta con il proprio docente, l'Ateneo ha chiesto parere sia all'Ufficio Legale interno che all'Avvocatura dello Stato.

Tali pareri hanno formato oggetto di istanza di accesso da parte del ricorrente, in data 15 giugno 2009.

Sennonché l'amministrazione rilasciava copia dei pareri prodotti con numerose omissioni che, a dire del ricorrente, ne rendevano impossibile la comprensione.

Per quanto sopra il Prof. S., dopo aver stigmatizzato in data 09/07/2009 tale comportamento, nella perdurante inerzia dell'ateneo, ha adito questo TAR con il ricorso in epigrafe, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento implicito di reiezione della sua istanza per i seguenti motivi:

1. Violazione degli artt. 22 e 24 della Legge 241 del 07/08/1990 (come modificata dalla Legge n. 15 dell'11/02/2005).

Nel caso di specie, la richiesta del Prof. S. avanzata in data 15/06/2009 scaturisce dalla necessità di poter difendere il proprio operato relativamente al pagamento di compensi dovuti al Professore, ma contestati dalla PA, nell'ambito dell'attività di Segreteria Scientifica, svolta per conto del Comitato Etico della A.O. S. Martino e del Comitato Etico DIMI – primo semestre 2004 – così come espressamente riconosciuto dalla stessa amministrazione nella nota 05/06/2009.

Sussiste, pertanto, la violazione degli articoli citati dalla Legge 241/90, come riformata.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 5 lett. d) del regolamento approvato con DPR 27/06/1992 n. 352 e carenza di motivazione.

Il silenzio rifiuto impugnato viola l'art. 8, comma 5, lett. d) del regolamento approvato con DPR 27/06/1992 n. 352, il quale pur ammettendo la possibilità di sottrarre all'accesso i documenti riguardanti la "riservatezza" di terzi, fa comunque salva la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici, sicché l'interesse alla riservatezza tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso è destinato a recedere quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del DM 29/10/1996 n. 603 e carenza di motivazione.

A ciò si aggiunga che l'art. 5 del DM 29/10/1996 n. 603 esclude dall'accesso una serie di atti che non comprendono la documentazione per la quale il Prof. S. vanta il diritto di accesso e che la PA neppure ha provato a motivare il proprio silenzio rigetto con riferimento a tale normativa, la quale comunque lascia salva la prevalenza della necessità di conoscere tali documenti, per sé stessi generalmente inaccessibili, in caso di cura o difesa degli interessi giuridicamente rilevanti propri di coloro che ne fanno motivata richiesta.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato di Genova per l'università degli Studi di Genova intimata, la quale, con memoria nei termini, ha contestato la fondatezza del ricorso chiedendone il rigetto.

Nella Camera di Consiglio del 22 ottobre 2009, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

Ed invero, come esattamente controdedotto dall'Avvocatura dello Stato nella memoria difensiva, la più recente giurisprudenza amministrativa ha più volte avuto modo di precisare come nell'ambito degli atti coperti da segreto, come tali sottratti all'ostensione, rientrino in linea generale gli atti redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione, in quanto detto segreto gode di una tutela qualificata, enucleata dalla disciplina dettata dagli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p..

Debbono quindi ritenersi accessibili i soli pareri resi, anche da professionisti esterni all'amministrazione, che si inseriscono nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, posto che in tale evenienza il parere è oggettivamene correlato ad un procedimento amministrativo, mentre debbono ritenersi coperti da segreto i pareri resi dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose (Consiglio Stato, Sezione V, 2 aprile 2001, n. 1893).

In altri termini, ai fini dell'opposizione del segreto professionale alle istanze di accesso agli atti occorre distinguere fra pareri legali resi in relazione a contenziosi (sottratti al diritto di accesso) e pareri legali che rappresentano, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, un

passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso; solo il primo tipo di pareri, infatti, è sottratto all'accesso, in quanto non è la sola natura dell'atto a giustificare la segretezza, ma la funzione che l'atto stesso svolge nell'azione dell'amministrazione.

Il punto di discriminio tra l'ostensibilità o meno del parere reso da un legale esterno o interno ad un ente, quindi, non è costituito dalla natura dell'atto, ma dalla sua funzione.

Se il parere viene reso in una fase endoprocedimentale, prodromica ad un provvedimento amministrativo, lo stesso è ammesso all'accesso, mentre se viene reso in una fase contenziosa o anche precontenziosa, l'accesso è escluso a tutela delle esigenze di difesa.

Tanto premesso, inserendosi in una fase contenziosa, i pareri legali in discussione non sono ostensibili al ricorrente, per cui questi non può dolersi, in radice, del fatto che essi gli siano stati consegnati in forma incompleta, dato che non sussisteva comunque alcun diritto a prenderne visione.

2. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato, e come tale vā respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17/12/2009.

T.A.R. Liguria – Genova - Sezione II

Sentenza 17 dicembre 2009, n. 3782

