

Il Consiglio di Stato riforma la sentenza del T.A.R. e ammette l'apposizione del segreto sui verbali del Comitato tecnico scientifico

Nota a Consiglio di Stato, decreto 31.7.2020 n. 4574 sez. III Pres. Frattini.

di

Camilla Della Giustina*

Il Consiglio di Stato¹ ha sospeso in via cautelare la sentenza del T.A.R. Lazio² con la quale consentiva alla parte ricorrente di prendere visione nonché estrarre copia dei cinque verbali del Comitato Tecnico Scientifico nominato ai sensi dell'art. 2 dell'O.C.D.P.C. n. 360/2020.

Nel ricorso avverso il T.A.R. i ricorrenti contestavano il diniego di accesso civico generalizzato, diniego che era stato opposto in quanto l'art. 5-*bis*, co. 3 D.Lgs. n. 33/2013 esclude dall'accesso civico generalizzato «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 1990³».

La pronuncia del T.A.R. Lazio può essere riassunta in tre passaggi essenzialmente.

*Dottoressa in Giurisprudenza, cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale (ius-08) all'Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

¹ Cons. Stato, decreto, sez. III, 31.7.2020, n. 4574/2020, Pres. Frattini.

² T.A.R Lazio, 22.7.2020 (ud. 13.7.2020) sez. I *quater*, n. 8615/2020, Pres. Caminiti, est. Pisano.

³ Precisamente l'art. 24 c. 1 L. n. 241/1990 lett. c) enuncia che il diritto di accesso è escluso «nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione». Inoltre, con DPCM n. 143/2011, adottato in attuazione del comma 2 dell'art.24 sopracitato, è stata dettagliata l'esclusione del diritto di accesso per gli atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fra i quali rilevano, all'art. 1, comma 1, sub b) i «documenti e gli atti amministrativi, diversi da quelli ufficialmente pubblicati, concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione».

In primo luogo i giudici sostengono che i verbali in oggetto possono essere qualificati come atti endoprocedimentali poiché prodromici all'emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁴.

In secondo luogo il Collegio precisa che i diversi DPCM adottati e, di conseguenza ai pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico, non possa essere attribuita la qualificazione di atti normativi, qualificazione che sottrarrebbe detti pareri all'accesso ex art. 24 co. 1 L. n. 241/1990, poiché «privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico».

In terzo luogo i verbali del Comitato tecnico scientifico non possono nemmeno essere qualificati come atti amministrativi generali, qualifica che li sottrarrebbe all'istanza di accesso non per esigenze di segretezza intrinseche quanto per il fatto che la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza⁵.

Dopo aver prospettato questa ricostruzione teorica rispetto alla natura dei DPCM e, di conseguenza, dei verbali adottati dal Comitato tecnico scientifico, il Giudice Amministrativo precisa che l'Amministrazione ha opposto alla richiesta di accesso solamente motivazioni di carattere formale concernente la qualificazione dei verbali come atti amministrativi generali ma non ragioni sostanziali riguardanti ragioni oggettive di segretezza o di riservatezza al fine di tutelare diversi e prevalenti interessi pubblici o privati. Oltre a questo viene evidenziato che se l'ordinamento giuridico consente la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o di atti caratterizzati da un minore impatto sociale allora si dovrebbe consentire l'accesso ai verbali che indicano «i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività».

⁴ Si tratta di decreti emanati in attuazione del DL n. 6/2020 (successivamente convertito in L. n. 35/2020) al fine di indicare le misure necessarie per contenere la diffusione del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale

⁵ Per il T.A.R., quindi, i DPCM sono provvedimenti atipici che si connotano per caratteristiche simili a quelle delle ordinanze contingibili ed urgenti poiché sono provvedimenti da adottare sulla base di presupposti eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo obblighi di fare o di non fare.

Alla luce di tutto questo il T.A.R. Lazio ha accolto il ricorso in quanto l'istituto dell'accesso civico generalizzato assume nel caso concreto la peculiare caratteristica di favorire non solo diffuse forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche ma anche di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha presentato appello al Consiglio di Stato avverso la decisione del T.A.R Lazio, il quale alla luce dell'appello presentato nonché dei relativi allegati, ha sospeso con decreto l'esecuzione della sentenza appellata. Per i Giudici di Palazzo Spada la normativa adottata per fronteggiare l'emergenza sanitaria COVID-19 possiede una «assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordinamentale italiano, tanto da ritenersi impossibile applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali "atti amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti"». Per il Consiglio di Stato la domanda di accesso e l'istanza cautelare preordinata a sospendere l'esecuzione devono essere valutate alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema definito come eccezionale e caratterizzato dall'esistenza di tre elementi peculiari.

Il primo concerne la circostanza secondo cui i verbali rappresentano il presupposto per l'adozione di misure volte a comprimere fortemente i diritti individuali e costituzionalmente tutelati dei cittadini. Il secondo elemento peculiare è dato dal fatto che le valutazioni tecnico-scientifiche si riferiscono essenzialmente a periodi superati. Infine non viene ritenuto ammissibile l'istanza di accesso civico rispetto agli atti definiti come atipici⁶.

La decisione assunta dal Consiglio di Stato non risulta assolutamente condivisibile per diverse ragioni.

La gestione dell'emergenza sanitaria è stata caratterizzata da una concatenazione eccessiva di DPCM i quali solo formalmente rinvenivano la propria fonte normativa

⁶ «Non si comprende, proprio per la assoluta eccezionalità di tali atti, rispetto alle categorie tradizionali invocate in senso opposto dalle due parti, perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa – ribattezzata "freedom of information act" sul modello americano – prevede come regola l'accesso civico e come eccezione – tra cui questi atti atipici non possono essere inclusi né per analogia né per integrazione postuma della norma – la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che, trattandosi di eccezione alla regola, devono essere interpretate restrittivamente».

negli artt. 1 e 2 del Dl. n. 6/2020, successivamente convertito in L. n. 13/2020. L'aspetto giuridicamente inedito della gestione è dato dal non aver utilizzato lo strumento normativo e costituzionalmente conforme ossia il decreto-legge. Quest'ultimo, infatti, è stato definito come una fonte *extra ordinem*⁷ per eccellenza in quanto «con la decretazione d'urgenza la circostanza straordinaria di necessità ed urgenza assurge a legge ossia costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto⁸».

Ulteriore elemento unico è dato dall'articolato normativo del decreto-legge in questione. *In primis* si tratta di una disposizione definibile come «in bianco» o «evanescente» soprattutto in quanto atto normativo diretto ad incidere su diritti tutelati dalla riserva di legge. *In secundis* ulteriore aspetto problematico concerne la riflessione secondo cui inserire in un decreto-legge una disposizione non autosufficiente⁹ nel senso che rinvia necessariamente per la propria attuazione ad un successivo intervento normativo di un altro soggetto costituisce una contraddizione intrinseca¹⁰. In altri termini è difficile sostenere che un decreto-legge che necessita di un DPCM attuativo possa dirsi rispettoso dei requisiti stabiliti dall'art. 77 co. 2 Cost. ossia l'essere fondato su «casi straordinari di necessità ed urgenza» «poiché l'arco temporale necessario all'elaborazione della fonte secondaria smentisce in radice l'indifferibilità della misura¹¹».

⁷ G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 24.

⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pag. 262.

⁹ Il riferimento è all'articolo 3 co.1 DL. n. 6/2020 successivamente convertito in L. n. 13/2020 in base al quale «le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

¹⁰ In questo senso D. TRABUCCO, *Sull' (ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid*, n. 5/2020.

¹¹ D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del*

Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2019, p. 20.

Ulteriore riflessione che si può svolgere concerne l'istituto della trasparenza. Essa possiede «virtualità multipla¹²» ossia una caratteristica che le permette di perseguire il miglioramento e l'efficienza dell'azione amministrativa oltre al fatto che il fine principale perseguito dall'istituto della trasparenza concerne l'instaurazione di un rapporto comunicativo proficuo con gli interessati. A seguito dell'adozione della L. n. 150/2000 la trasparenza amministrativa deve essere interpretata quale generale principio dell'azione amministrativa ma anche quale accessibilità totale dei dati e documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni al fine di tutelare non solo i diritti dei cittadini ma anche l'effettivo perseguimento delle funzioni istituzionali attraverso l'utilizzazione delle risorse pubbliche¹³. Di conseguenza è evidente come l'istituto della trasparenza divenga non solo lo strumento necessario per garantire l'effettiva realizzazione dei principi costituzionali relativi alla pubblica amministrazione ma anche mezzo idoneo per saldare in maniera indissolubile il principio di legalità e il principio di efficienza¹⁴.

Alla luce di tutte queste considerazioni, quindi, non si ritiene condivisibile la motivazione con il cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'esecuzione della pronuncia adottata dal T.A.R. Lazio. L'auspicio è che in sede di disamina nel merito riformi la propria pronuncia ammettendo l'accesso ai verbali del Comitato tecnico scientifico.

¹² L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, fasc. 31/2016, p.77.

¹³ A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, In *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2013, pp. 749-757.

¹⁴ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1/2017, p. 92.