

N. 00892/2013REG.PROV.COLL.
N. 00800/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 800 del 2012, proposto dal signor Nicola De Angelis, rappresentato e difeso dall'avv. Antonino Galletti, con domicilio eletto presso Antonino Galletti in Roma, via Lucrezio Caro, 63;

contro

Rfi S.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Corbo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Umberto Tupini 113;

per la riforma della sentenza del t.a.r. del lazio, sez. iii-ter, n. 8226/2011

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società RFI S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Galletti e l'avvocato Marcello Cardì, per delega dell'avvocato Corbo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il signor De Angelis riferisce di aver prestato servizio per molti anni presso l'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato (in seguito: Ferrovie dello Stato s.p.a., società del cui gruppo fa parte la società odiernamente appellata).

Egli riferisce, altresì, di aver proposto numerosi ricorsi sia dinanzi alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sia dinanzi al T.A.R. del Lazio, al fine di ottenere l'accesso agli atti con cui l'Amministrazione di provenienza aveva attribuito ad altro dipendente (nei fatti, non identificato) la qualifica di Capo settore del contenzioso del Servizio appalto e contenzioso, facendo attuazione delle previsioni di cui all'accordo collettivo in data 26 settembre 1991.

In particolare, con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 6514/2010 l'odierno appellante impugnava la nota della Direzione personale e organizzazione della società RFI s.p.a. con cui era stato fornito negativo riscontro all'istanza di accesso da ultimo proposta, riferendo che la documentazione effettivamente in possesso della società fosse stata già messa a disposizione dell'appellante, mentre ulteriore documentazione non poteva essere esibita in quanto non in possesso della società.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale adito respingeva il ricorso, ritenendolo infondato.

In particolare, i primi Giudici osservavano che alcun rilievo potesse essere mosso alla società intimata, in relazione alla richiesta – rimasta inevasa - del rilascio di copia di documenti non detenuti dalla stessa amministrazione in quanto non più reperibili.

Tale circostanza, secondo il T.A.R., inibirebbe in radice ogni possibilità di valutazione circa la sussistenza o meno di una connessione tra l'interesse vantato dal ricorrente e la conoscenza degli atti stessi.

La sentenza in questione è stata gravata in sede di appello dal signor De

Angelis, il quale ne ha chiesto l'integrale riforma articolando o seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.a. e dell'art. 3, d.P.R. 184 del 2006.

Erroneamente i primi Giudici avrebbero ritenuto che, nel caso in esame fosse individuabile un soggetto qualificabile come 'controinteressato' in senso tecnico.

Al contrario, alla luce del pertinente quadro normativo comunitario e nazionale un soggetto in posizione di controinteresse non sarebbe nella specie individuabile.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 22, comma 1, lettera c) della l. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 24, 97, 98 e 113, Cost. – Violazione e falsa applicazione delle norme di diritto e segnatamente dell'accordo in data 26 settembre 1991 con il quale era stata regolamentata la procedura di riqualificazione del personale interno, progressione verticale, mediante procedimento selettivo-concorsuale, con criteri tassativi, che ha portato alle valorizzazioni e promozioni ex art. 106 del C.C.N.L. 1990-1992.

Anche tale motivo di appello contesta, con ulteriori motivi giuridici e fattuali, la sussistenza nel caso di specie di un soggetto qualificabile come controinteressato in senso tecnico.

3) Manifesta erroneità della sentenza per contraddittorietà, evidente illogicità e incongruenza delle conclusioni in ordine all'interesse all'accesso agli atti amministrativi.

La sentenza in epigrafe risulterebbe erronea per la parte in cui ha ritenuto di poter inferire l'indisponibilità in atti della documentazione cui si riferiva l'istanza di accesso dalla sola dichiarazione in tal senso prodotta dalla società appellata (società alla quale, pure, era stato rivolto dai primi Giudici un espresso ordine in tal senso).

In definitiva, il T.A.R. avrebbe paradossalmente consentito alla società appellata di sottrarsi ai propri doveri ostensivi semplicemente omettendo di

ottemperare a un ordine legittimamente impartito dal Giudice.

4) Illegittimità della sentenza per carenza di motivazione in ordine all'obbligo di detenzione del documento da parte della pubblica amministrazione – Travisamento dei fatti.

I primi Giudici avrebbero nei fatti avallato un comportamento elusivo da parte dell'Amministrazione, la quale, al fine di sottrarsi agli obblighi ostensivi, si era semplicemente trincerata dietro l'apodittica dichiarazione di irreperibilità dei documenti oggetto della richiesta.

Oltretutto, la normativa vigente obbliga l'amministrazione a conservare per almeno 40 anni i documenti e gli atti relativi alla gestione del personale.

Si costituiva in giudizio la società RFI, la quale concludeva nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza 16 luglio 2012, n. 4165, questo Consiglio disponeva che l'appellante riproponesse l'atto di appello ricorrendo al ministero di un Difensore abilitato.

Pertanto, con atto notificato in data 7 agosto 2012, il sig. De Angelis procedeva a rinotificare l'appello, avvalendosi del patrocinio dell'avvocato Galletti.

Alla camera di consiglio del 27 novembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da un dipendente della società RFI s.p.a. (società del gruppo Ferrovie dello Stato) avverso la sentenza resa nel rito di accesso (art. 116 c.p.a.) dal T.A.R. del Lazio, con cui è stato respinto il ricorso volto ad ottenere copia degli atti con cui la società RFI s.p.a. aveva attribuito ad altro dipendente la qualifica di Capo Settore del Contenzioso del Servizio Appalto e Contenzioso.

2. L'appello è in parte fondato, nei appresso limiti di seguito specificati..

2.1. Da quanto esposto in narrativa emerge che il signor De Angelis fosse

portatore di una posizione giuridica soggettiva idonea a legittimare la proposizione del ricorso per l'accesso.

In particolare, come esposto in narrativa e chiarito in atti, il signor De Angelis (che era stato dipendente della società Ferrovie dello Stato s.p.a. e poi – dopo il 2001 – della Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. -) aveva prestato servizio presso la Direzione Centrale affari legali risultando, almeno potenzialmente, interessato alle procedure previste dagli articoli 32 e 106 del CCNL per il triennio 1990-1992.

Le disposizioni da ultimo richiamate avevano infatti previsto, a talune condizioni, l'ammissione di alcuni dipendenti inquadrati nella VIII categoria (e al tempo dei fatti l'odierno appellante era effettivamente inquadrato nella VIII categoria) alla c.d. 'valorizzazione', comportante l'inquadramento nella superiore qualifica IX.

Conseguentemente, l'odierno appellante vantava un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata, ad accedere agli atti con cui l'amministrazione di appartenenza aveva inizialmente attribuito la qualifica di Capo Settore del Contenzioso – IX categoria nell'ambito della Divisione Costruzioni – Servizio Appalti Lavori e Contenzioso (istituita con l'accordo del 26 settembre 1991 e conferita, a quanto consta, all'esito di apposita procedura di valorizzazione).

Sotto tale aspetto, non può essere condivisa l'eccezione sollevata dalla RFI, secondo cui l'odierno appellante non potrebbe vantare una posizione differenziata e qualificata all'esercizio dell'accesso, non essendo inquadrato nella IX categoria.

Ed infatti, dalla narrativa e dagli atti di causa emerge che, attraverso l'esercizio del diritto di accesso, l'odierno appellante intendesse, appunto, conoscere gli atti con cui altri dipendenti (e non lui) erano stati ammessi alla procedura di valorizzazione che consentiva di accedere alla IX categoria

e, quindi, all'attribuzione della qualifica di Capo Settore del Contenzioso.

Sotto tale aspetto, i contorni della domanda ostensiva risultavano sufficientemente definiti, sì da escludere che si trattasse di una (inammissibile) iniziativa di carattere meramente esplorativo.

Nel merito, la sentenza in epigrafe deve essere riformata per la parte in cui ha concluso nel senso della reiezione del ricorso sulla scorta della mera dichiarazione dell'amministrazione intimata in ordine alla asserita irreperibilità dei documenti cui faceva riferimento la richiesta ostensiva.

Si osserva al riguardo che, pur non potendosi – per evidenti motivi di ragionevolezza – imporre l'ostensione di atti di cui l'amministrazione dimostri (sulla base di circostanze oggettive e circostanziate) di non essere più in possesso (tanto alla luce del principio '*ad impossibilia nemo tenetur*'), nondimeno non può essere sufficiente – al fine di dimostrare l'oggettiva impossibilità di consentire il diritto di accesso e quindi di sottrarsi agli obblighi tipicamente incombenti sull'amministrazione in base alla normativa primaria in tema di accesso – la mera e indimostrata affermazione in ordine all'indisponibilità degli atti quale mera conseguenza del tempo trascorso e delle modifiche organizzative medio tempore succedutesi.

Al riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare che, alla luce del richiamato principio '*ad impossibilia nemo tenetur*', anche nei procedimenti d'accesso ai documenti amministrativi l'esercizio del relativo diritto o l'ordine d'esibizione impartito dal giudice non può riguardare, per evidenti ragioni di buon senso, che i documenti esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati, spettando alla p.a. destinataria dell'accesso indicare, sotto la propria responsabilità, quali sono gli atti inesistenti che non è in grado d'esibire (in tal senso: Cons. Stato, VI, 8 gennaio 2002, n. 67).

Resta inteso, peraltro, che laddove l'Amministrazione confermasse

l'oggettiva impossibilità di reperire gli atti richiesti dall'odierno appellante (sostanzialmente di natura organizzativa e relativi a rapporti di durata pluriennale), dovrà darne pienamente conto esplicitando in modo dettagliato le ragioni concrete di tale impossibilità.

3. In base a quanto sin qui esposto il ricorso in epigrafe deve essere accolto in parte e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere ordinato alla società R.F.I. di consentire al signor De Angelis, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, l'accesso (mediante esame o estrazione di copia) agli atti relativi all'attribuzione della qualifica di Capo Settore del Contenzioso – IX categoria nell'ambito della Divisione Costruzioni – Servizio Appalti Lavori e Contenzioso.

Laddove la società appellata confermasse l'impossibilità di ammettere il diritto di accesso per inesistenza degli atti in questione, essa dovrà, entro il medesimo termine di cui sopra, esporre in modo analitico e dettagliato le ragioni di tale impossibilità, con particolare riguardo alle modalità di conservazione degli atti organizzativi cui la richiesta di accesso fa riferimento e alle strutture di riferimento.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese dei due gradi di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 800 del 2012, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei sensi di cui in motivazione e accoglie nella parte corrispondente il giudizio di primo grado.

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)