

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

Roma 8 - 9 giugno 2006

Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale

a cura di Simone Montalto
della Presidenza della Regione Siciliana - Ufficio legislativo e legale

Consiglio di Stato

- Adunanza plenaria 18 aprile 2006, n. 6
- Adunanza plenaria 14 novembre 2005 – 20 aprile 2006, n. 7

Diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo

A prescindere dalla qualificazione dell'interesse del consociato ad accedere ai documenti della p.a. come diritto soggettivo o come interesse legittimo, il disposto legislativo (articolo 25, commi 5 e 4 della l. 241/90) -che fissa il termine di trenta giorni per la proposizione dei ricorsi e qualifica in termini di diniego il silenzio serbato sull'accesso- pone un termine all'esercizio dell'azione giudiziaria da ritenere necessariamente posto a pena di decadenza, a meno di non volerne sostenere l'assoluta irrilevanza, pur a fronte del chiaro tenore della norma e della sua coerenza con la rilevata esigenza di certezza che ha anzi indotto il legislatore a delineare un giudizio abbreviato che mal si concilierebbe con la proponibilità dell'azione nell'ordinario e stretto termine di prescrizione.

Il carattere decadenziale del termine reca in sé -secondo accettabili principi- che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo.

Il giudizio a struttura impugnatoria quale è quello previsto dall'art. 25 della l. 241 del 1990 consente alla tutela giurisdizionale dell'accesso di assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante e, al contempo, quella esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che si è visto essere pertinenti ai rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Onde porre in termini pratici le massime sopra riassunte, va ricordato che l'art. 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone:

"1. Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di misura.

2. La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.

3. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'art. 24 e debbono essere motivati.

4. Trascorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende rifiutata.

5. Contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini.

6. In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti."

Nella pratica attività processuale si è più volte posto il problema della natura giuridica del c.d. "diritto di accesso", chiedendosi se il termine "diritto" (v. per es. comma 5) fosse da intendere nella pienezza del concetto di diritto soggettivo (e quindi non sottoposto a decadenza) ovvero in senso atecnico quale interesse legittimo per cui il termine di trenta giorni per impugnare il rifiuto non possa ritenersi ordinatorio essendo perentorio.

L'adunanza plenaria, con decisione 16/1999, aveva già condiviso la tesi della configurabilità della posizione legittimante all'accesso in termini di interesse legittimo, sottolineando il collegamento della posizione del privato con l'interesse pubblico e facendo leva sulla struttura impugnatoria del giudizio.

La questione tuttavia è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'Adunanza plenaria, rinvenendosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, - insieme a pronunce in linea con la decisione suddetta- (Sezione quinta, 1969/04; 5034/03) decisioni che propendono per la configurabilità dell'interesse all'accesso in termini di diritto soggettivo (Sezione sesta, 1679/05 e 2938/03).

La qualificazione come diritto soggettivo si basa essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi alla pubblica amministrazione, in sede di esame dell'istanza di accesso; poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. Si è, altresì, evidenziata la peculiarità dei poteri istruttori e decisorii del giudice, i primi volti a valutare la sussistenza dei requisiti sostanziali che legittimano l'accesso al di là delle ragioni addotte dall'amministrazione nell'atto, i secondi estesi all'imposizione all'amministrazione di un comportamento positivo consistente nell'adempimento dell'ordine giudiziale di esibizione dei documenti (art. 25, comma 6, della legge 241).

La soluzione del diritto soggettivo risulterebbe confermata dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici del cittadino ai sensi dell'art. 117 della Costituzione (art. 22, comma 2, legge 241, come modificato dalla legge 15/2005) e dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 25, comma 5, della legge 241, come modificato dalla legge n. 80 del 2005).

Nelle massime che si commentano, il Consiglio di Stato non ritorna sul problema della qualificazione, ravvisando che, nella specie sottoposta al suo esame non è apparso rivestire utilità, ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso, prendere

posizione in ordine alla natura della posizione soggettiva coinvolta (diritto o interesse legittimo).

Quella che è ribadita viceversa nelle dette decisioni dell'Adunanza plenaria è la tassatività della norma procedimentale che subordina il ricorso al giudice al rispetto dei trenta giorni dalla conoscenza legale o effettiva del rifiuto.

Per tutto il travaglio che ha accompagnato l'interpretazione della norma, cfr. Buffone G., Accesso ai documenti amministrativi: diritto soggettivo o interesse legittimo?; in *Altalex*, quotidiano di informazione giuridica, n. 1402 del 16/05/2006.

Corte di Cassazione

Sezioni unite, sent. n. 9168 del 16. 03. 2006, dep. il 20. 4. 2006

Competenza giurisdizionale in tema di concorsi interni.

In materia di concorsi interni, ossia nelle controversie riguardanti concorsi concernenti la progressione di qualifica del personale già in servizio nella pubblica amministrazione per il passaggio a posto di area diversa, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo; mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando si tratta di passaggio da una qualifica ad un'altra ma nell'ambito della medesima area.

Sembra utile segnalare questa importante decisione delle SS.UU. della Corte di Cassazione, riportando l'intera sentenza, data la ricchezza di riferimenti giurisprudenziali e normativi che essa contiene, tali da poter costituire un pro memoria nella materia.

(allegare testo della sentenza)

Corte di cassazione

Sezioni unite, sent. n. 9168 del 16 marzo 2006; dep. II 20/4/2006

Competenza giurisdizionale in tema di concorsi interni.

In materia di concorsi interni, ossia nelle controversie riguardanti concorsi concernenti la progressione di qualifica del personale già in servizio nella pubblica amministrazione per il passaggio a posto di area diversa, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo; mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando si tratta di passaggio da una qualifica ad un'altra, nell'ambito della medesima area.

Con la massima che si commenta la suprema Corte di Cassazione ha fissato un importante principio circa la competenza giurisdizionale in materia di concorsi interni che sembra aderire al dettato normativo testuale, facendone emergere la ratio.

Va ricordato, infatti, che la materia è disciplinata dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 recante "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" il cui art. 63 devolve al giudice del lavoro la competenza relativa alle controversie in materia di rapporti di lavoro, facendo rientrare così la materia, ai fini processuali, in quella generale del lavoro.

Il comma 1 del citato art. 63 dispone, infatti, che "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ...". Onde delimitare, poi, l'ambito del trasferimento, il comma 4 dispone poi che "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ...". E, ciò, è facile ritenere, per quanto di autoritativo resta nelle procedure di selezione (bandi di concorso, commissioni esaminatrici, scelta tassativa dei titoli, approvazione delle graduatorie, ecc.).

Posto ciò, va detto che, relativamente ai concorsi interni, la Corte di Cassazione aveva precedentemente ritenuto la competenza del giudice ordinario (cfr. Cass. Sez. n. 22/3/2001, n. 128; 10/12/2001, n. 15602; 26/6/2002, n. 9334), ritenendo attratte le relative procedure nell'ambito dei rapporti di lavoro.

La Corte Costituzionale viceversa, con ordinanza n. 2 del 4 gennaio 2001 "ha ipotizzato un'assunzione nella qualifica" (e quindi l'ascrivibilità della materia a quella riservata al giudice amministrativo) anche nel caso di concorsi pubblici ai quali possano partecipare coloro che sono già dipendenti dell'amministrazione.

Coerentemente con la struttura di questa fattispecie la Corte di Cassazione, sempre a sezioni unite, con decisione n. 15403 del 15 ottobre 2003, aveva

stabilito che: l'art. 63 comma 4 del T.U. 30 marzo 2001, n. 165, nel riservare alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, posto che tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata, ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso, al quale, di norma deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni, ne consegue che le controversie riguardanti la legittimità delle graduatorie relative a tali procedure selettive sono anch'esse devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Coerentemente con i superiori principi già espressi, sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Cassazione, assimilando la selezione, per posti di un'area diversa da quella in cui il dipendente era assunto, si è quindi ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo "quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra", mentre rimangono attratte alla generale giurisdizione del giudice ordinario le controversie attenti a concorsi interni che comportino il "passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area".

Inoltre, la Corte di Cassazione con la sentenza sopra riportata, ha ritenuto che i concorsi "misti" -tali perché aperti a concorrenti esterni- sono attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo, ed, analogamente, i concorsi interni "misti", che riguardano sia la progressione nell'ambito della stessa area, che tra aree diverse. E ciò, in ragione di un generale principio di economicità processuale che fa escludere che delle medesime operazioni concorsuali possano conoscere contemporaneamente sia il giudice ordinario che quello amministrativo.

Tale essendo lo stato della giurisprudenza circa l'interpretazione da dare al comma 4 dell'art. 63 del d.l.vo 30 marzo 2001, n. 165 (interpretazione lievemente estensiva), resterebbe da riflettere solo sulla ratio di una norma che, pur devolvendo al giudice del lavoro tutta la materia relativa ai rapporti di impiego, ha lasciato alla competenza dei giudici amministrativi le fasi propedeutiche all'instaurazione degli stessi rapporti.

Sembra che tale ratio risieda nella prevalenza degli interessi a base dei rapporti: prevalentemente privati quelli riguardanti lo sviluppo delle "carriere", anche se subordinato a selezioni e graduatorie; prevalentemente d'ordine pubblico quelli riguardanti l'accesso agli impieghi. Ciò, pare con riferimento agli artt. 97 e 98 della Costituzione ove si assicura il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione cui è strumentale la norma (art. 97, comma 2) che "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso"; norma integrante un principio di imparzialità di buona organizzazione degli uffici: almeno nella fase iniziale.