



Avvocatura Generale dello Stato

Affare legale n. 19541/2020 (avv. Faraci)

Consiglio di Stato - sez. giurisdizionale -

Ricorso in appello con istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata e richiesta di misura cautelare provvisoria ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

Per la **Presidenza del Consiglio dei ministri**, in persona del Presidente in carica, c.f. 80188230587, e la **Presidenza del Consiglio dei ministri - dipartimento per la protezione civile** - in persona del legale rappresentante, c.f. 97018720587, rappresentati e difesi dall'avvocatura generale dello Stato, c. f. 80224030587, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, pec ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it, *appellanti*

contro

gli avvocati **Rocco Mauro**, c.f. TDRRCM75A01I548W, **Todero**, **Vincenzo Palumbo**, c.f. PLMVCN39A23F158W, **Andrea Pruiti Ciarello**, c.f. PRTNDR79H10F158P, in giudizio personalmente ma rappresentati e difesi anche dagli avvocati Nicola Galati, Ezechia Paolo Reale e Federico Tedeschini, tutti elettivamente domiciliati in Roma, Largo Messico n. 7, pec roccomauro.todero@cert.ordineavvocaticaltagirone.it, vincenzo.palumbo@pec.giuffre.it, avv.pruiti@pec.it, nicola.galati@coapalmi.legalmail.it, ezechiapaolo.reale@cert.ordineavvocatisr.it, segreteria@pec.tedeschinilex.it, *appellati*

per l'annullamento e/o la riforma della sentenza n. 8615/2020, pubblicata il 22 luglio 2020, nel giudizio portante il n. 4120/2020, del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), notificata in data 22 luglio 2020.

* * * * *

Esposizione dei fatti di causa.

Gli odierni appellati, con ricorso proposto al T.A.R. per il Lazio, hanno impugnato il diniego opposto dall'Amministrazione, con le note prot. 25842 del 4 maggio 2020 e prot. n. RUS/28170 del 13 maggio 2020, all'istanza di *accesso civico generalizzato*, ex art. 5, comma 2, del D.lgs. n. 33/2013, a **numero 5 verbali del Comitato Tecnico Scientifico**, nominato ai sensi dell'art. 2 dell'OCDPC n. 360/2020.

Gli appellati, inoltre, hanno impugnano "*ove occorra*", anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) n. 143/2011, nonché ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale.

L'istanza di accesso civico generalizzato aveva ad oggetto **l'ostensione di n. 5 verbali relativi ai pareri espressi dal Comitato Tecnico Scientifico**, in particolare: 1) del 28 febbraio 2020, citato nelle premesse del DPCM del 1° marzo 2020; 2) del 1° marzo 2020, citato, anch'esso nelle premesse del DPCM del 1° marzo 2020; 3) del 7 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'8 marzo 2020; 4) n. 39 del 30 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM del 1° aprile 2020; 5) n. 49 del 9 aprile 2020, citato nelle premesse del DPCM del 10 aprile 2020.

L'Amministrazione forniva riscontro espresso, con le note indicate, rilevando di dover escludere *ex lege* la possibilità di ostensione degli atti, in quanto i verbali del Comitato Tecnico Scientifico sono sottratti all'accesso, ai sensi del combinato disposto di cui all' articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33/2013 con l'art. 24, comma 1,

della L. n. 241/1990, nonché con l'art. 1, comma 1, lett. b) del D.P.C.M. n. 143/2011.

Gli originari ricorrenti hanno affidato il ricorso a cinque motivi e segnatamente:

1) "Violazione degli articoli 1 e 2 della Costituzione. Violazione degli articoli 22, 24 e seguenti della legge n. 241/1990. Violazione degli articoli 5 e 5 bis del decreto legislativo n. 33/2013. Eccesso di potere per sviamento" poiché, secondo quanto asserito dalla controparte, *"nella specie, i DDPCM oggetto del presente giudizio non sono atti normativi né atti amministrativi generali, cosicché gli atti presupposti alla loro emanazione non risultano in alcun modo sottratti all'accesso generalizzato"*.

2) "Violazione degli articoli 22, 24 e seguenti della legge n. 241/1990. Violazione degli articoli 5 e 5 bis del decreto legislativo n. 33/2013. Violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per irragionevolezza manifesta. Violazione delle linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del D.LGS. n. 33/2013" in quanto, *"anche a volere accogliere la tesi dell'amministrazione resistente, secondo cui i DDPCM oggetto del presente giudizio sarebbero atti normativi o amministrativi generali, i verbali del Comitato Tecnico Scientifico non rientrerebbero fra gli atti esclusi dall'accesso previsto dal D.lgs. n. 33/2013"*.

3) "Violazione degli articoli 1, 2, 3, 4, 13, 16, 17, 19, 24 e 41 Costituzione. Violazione dell'articolo 24, comma 7, della Legge n. 241/1990. Violazione degli articoli 5 e 5 bis del d.lgs. n. 33/2013" in quanto *"i verbali del Comitato tecnico scientifico di cui gli odierni ricorrenti hanno chiesto l'accesso generalizzato hanno rappresentato il supporto tecnico per provvedimenti straordinari che hanno ridotto ai minimi*

termini l'esercizio della libertà personale, della libertà di movimento, della libertà di riunione, della libertà religiosa, della libertà d'impresa e del diritto al lavoro. La mancata conoscenza dei predetti verbali incide drammaticamente: A) sotto il profilo della possibilità di esercitare il diritto di difesa, B) e all'interno del circuito Sovranità-Democrazia, sotto il profilo della possibilità di esercitare l'ordinario controllo politico-democratico."

4) Violazione della Circolare n. 1/2019 della Presidenza del Consiglio dei ministri. Eccesso di potere per contraddittorietà" sostenendo la presunta illegittimità del DPCM n. 143/2011, in quanto, secondo i ricorrenti, il richiamato DPCM n. 143/2011 contrasterebbe con la richiamata circolare "atteso che in materia di accesso civico generalizzato non è possibile, con regolamento, prevedere eccezioni alle facoltà garantite dall'articolo 5 del D.lgs. n. 33/2013, né, di conseguenza, è possibile rinviare ad eccezioni previste per l'accesso procedimentale".

5) Violazione dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione in relazione alla violazione dell'articolo 10 della C.E.D.U. sotto il profilo della interferenza nella libertà di espressione asseritamente determinato dal diniego di accesso qualora l'istanza d'accesso risulti strumentale al diritto di acquisire e di trasferire informazioni di interesse pubblico.

L'Amministrazione, costituitasi in giudizio, con memoria del 25 giugno 2020, ha eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso. Segnatamente, dopo la doverosa ricostruzione fattuale della vicenda, inerente all'emergenza epidemiologica da covid-19, (*pagine da 4 a 6* che, per economia di giudizio, qui si richiamano integralmente), ha rilevato nell'ordine:

- che il primo motivo di ricorso (*fondato sulla natura giuridica dei DPCM, adottati in base del D.L. 19/2020, che, ad avviso di parte ricorrente, vanno qualificati come ordinanze contingibili e urgenti, non avendo né*

natura normativa né di atti amministrativi generali, non risultando in tal modo sottratti - gli atti endoprocedimentali relativi - all'accesso generalizzato) era privo di pregio.

I DDCM, oggetto dell'odierno contenzioso, ad avviso della scrivente, infatti, sono **atti amministrativi generali**, frutto di attività ampiamente discrezionale ed espressione di scelte politiche da parte del Governo che trovano la propria fonte giuridica nella delega espressamente conferita dal Legislatore all'Esecutivo in un atto avente forza di legge, ovvero, in particolare dapprima nell'art. 3 del D.L. n. 6/2020, convertito con L. n. 13/2020 e, poi, nell'art. 2 del D. L. n. 19/2020, convertito con L. n. 35/2020, e **rinvengono la propria ragione nell'esigenza temporanea ed urgente di contenere e superare l'emergenza epidemiologica causata dal Covid-19**. Da ciò conseguiva che, correttamente, l'Amministrazione avesse ritenuto che gli atti istruttori prodromici alla loro emanazione fossero sottratti ex lege all'accesso generalizzato, in forza del richiamo espresso effettuato dall'articolo 5-bis, comma 3, del D. Lgs. n. 33/2013, normativa applicabile nel caso di specie, all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990 che testualmente prevede che il diritto di accesso è escluso: *"c) 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"*. Peraltro, diversamente da quanto prospettano i ricorrenti, gli atti in parola non hanno né la forma, né la sostanza delle ordinanze contingibili e urgenti. A tutto concedere, si rilevava nella memoria, i DPCM in parola sarebbero da ricondurre alla categoria degli *atti normativi*.

A tale riguardo si osservava nell'atto defensionale che, come è noto, era stato, ormai, abbandonato il canone ermeneutico che consentiva,

ad esempio, di qualificare come regolamento il solo atto che era stato adottato nel rispetto delle regole estrinseche e formali di esercizio della relativa potestà normativa, *prevalendosi una lettura sostanzialistica dei contenuti precettivi e dispositivi*. I DPCM si ponevano e si pongono, dunque, come disposizioni attuative dei decreti-legge, che, con particolare riguardo alla limitazione della libertà di circolazione che viene principalmente in rilievo, risultano rispettosi dell'art. 16 Cost., che, pone sul punto una riserva di legge relativa (*Corte cost., sentenza n. 68/1964*). In ragione della natura di atti amministrativi generali o, in subordine, normativi, dei DPCM in argomento, risulta senz'altro applicabile l'esclusione, di carattere assoluto, dall'accesso civico generalizzato, dell'attività prodromica alla loro emanazione, ivi compresa l'attività del Comitato tecnico scientifico ed i relativi verbali.

- l'infondatezza del secondo motivo di ricorso secondo cui *"anche a volere accogliere la tesi dell'amministrazione resistente, secondo cui i DDPCM oggetto del presente giudizio sarebbero atti normativi o amministrativi generali, i verbali del Comitato Tecnico Scientifico non rientrerebbero fra gli atti esclusi dall'accesso previsto dal D. Lgs. n. 33/2013"*, prospettando un'interpretazione dell'art. 24 comma 1, della L. n. 241/1990, differente rispetto a quella letterale fornita dall'Amministrazione nel diniego di accesso in contestazione e asserendo che *"tutte le volte che non esista una disciplina particolare che disciplina la pubblicità dei documenti preordinati alla formazione degli atti normativi o di quelli amministrativi generali si deve tornare a fare applicazione del diritto fondamentale all'accesso, e di quello generalizzato in particolare"*. Ed invero, tale interpretazione non appariva condivisibile, atteso che la lettera della norma, richiamata nei provvedimenti di diniego impugnati in questa sede, ovvero l'art. 5-

bis, comma 3, del D. Lgs. n. 33/2013, dispone l'esclusione ex lege del diritto all'accesso civico generalizzato ricadendo nei casi indicati dall'art. 24, comma 1, della L. n. 241/1990. Con riferimento, poi, al richiamo effettuato dalla controparte alla presunta violazione delle linee guida ANAC, si osservava che il già menzionato ente si era ampiamente soffermato, nelle linee guida del 2016 sulla definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico, chiarendo la differenza tra le eccezioni relative ed assolute, qual è quella oggetto dell'odierno contenzioso, prevista dall'art. 5-bis, comma 3, del D. Lgs. n. 33/2013, che disciplina la materia dell'accesso generalizzato. In particolare, facendo riferimento al richiamato art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013, l'ANAC, richiamata proprio dalla controparte, espressamente precisa all'art. 6 delle linee guida *“Una prima categoria di eccezioni è prevista dalla legge ed ha carattere tassativo. Come anticipato, si tratta di eccezioni poste da una norma di rango primario a tutela di interessi pubblici e privati fondamentali e prioritari rispetto a quello del diritto alla conoscenza diffusa. In presenza di tali eccezioni l'amministrazione è tenuta a rifiutare l'accesso. Nella valutazione dell'istanza di accesso, l'amministrazione deve quindi verificare che la richiesta non riguardi atti, documenti o informazioni sottratte alla possibilità di ostensione in quanto ricadenti in una delle fattispecie indicate nell'art. 5 bis co. 3. Il legislatore rinvia ai casi di segreto di Stato, agli altri casi di divieto 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 1990”*.

Per quanto di interesse nel caso di specie, pertanto, l'eccezione assoluta (art. 5 bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013) presuppone una valutazione a monte del Legislatore; in tali casi, la P.A. dovrà

semplicemente accertare la ricorrenza dell'esclusione normativa, senza operare valutazioni in concreto. Pertanto, come anche ritenuto dalla giurisprudenza (*da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 10/2020*) la P.A., dovrà semplicemente accertare la presenza di una esclusione, senza operare valutazioni in concreto.

- In ordine al terzo motivo di ricorso si osservava l'inammissibilità o, comunque, la manifesta infondatezza della doglianza.

Nell'accesso civico disciplinato previsto dal d.lgs. n. 33/2013, era inconferente la lamentata violazione del comma 7, dell'articolo 24 della L. n. 241/1990, trattandosi di richiamo a normativa distinta, che disciplina l'accesso documentale c.d. difensivo. La prevalenza del diritto di accesso agli atti, qualora essi siano necessari per la cura o la difesa di interessi giuridici, si giustifica solo in relazione all'esistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale di tipo "difensionale", che rende più penetrante l'accesso tradizionale (perché diretto alla tutela strumentale di una posizione soggettiva individuale), rispetto all'accesso civico. In ogni caso si evidenziava che il diritto di difesa (in generale) a fronte di atti e provvedimenti, di qualsiasi natura (siano essi atti amministrativi o normativi) che incidano sui diritti e le libertà di rango costituzionale è sempre assicurata dalla stessa Costituzione, ben potendo il singolo agire in giudizio per fare valere i suoi diritti asseritamente lesi o ingiustificatamente compressi e ciò a prescindere - e restando dunque, irrilevanti - dalle "motivazioni" o dalla "istruttoria tecnica" sulla cui base l'Autorità politica o amministrativa si sia determinata all'adozione di un determinato atto.

- In ordine al quarto motivo di ricorso si eccepiva l'inammissibilità per difetto di interesse atteso che l'esclusione dall'accesso si basava su una disposizione di legge. Pertanto, il richiamo da parte

dell'Amministrazione all'art. 1, comma 1, sub b) del D.P.C.M. n. 143/2011 che dispone l'esclusione del diritto di accesso per 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”*, appariva meramente confermativo e di supporto al provvedimento di diniego.

- Infine, quanto al quinto motivo, si eccepiva l'inammissibilità per genericità, non ravvisandosi nessuna violazione della normativa convenzionale che non attribuisce al singolo un indiscriminato diritto all'accesso alle informazioni ed agli atti dell'Amministrazione per finalità informative, rilevando che, ai sensi dell'art. 10, par. 2 della CEDU, la libertà di espressione e quelle connesse, ivi compresa quella di informazione, sono soggette a condizione e limitazioni. L'accesso civico generalizzato, definito in giurisprudenza, un diritto di accesso *“di terza generazione”*, soggiaceva e soggiace, quindi, alle limitazioni previste dalla legge (art. 5 bis del D. Lgs. n. 33/2013) e ciò in linea con le limitazioni consentite in base alla normativa convenzionale. In tal senso, si richiamava la recente sentenza del 20 aprile 2020, n. 2496 del Consiglio di Stato, sez. IV, che si è espresso in continuità con i principi espressi dalla adunanza plenaria n. 10/2020 del medesimo Consiglio di Stato sulla questione dei limiti all'accesso generalizzato, ai sensi dell'art. 5 bis, comma 3, del D. Lgs. n. 33/2013.

In ultimo poi, è *opportuno ritrascrivere, per il rilievo che ha in seguito*, quanto dedotto con la memoria difensiva (pagina 16 e 17): *“Da ultimo vale la pena osservare, anche con riferimento ad un profilo di opportunità, che i verbali del Comitato tecnico scientifico hanno natura di consulenza su materie particolarmente sensibili, quali quelle relative alla*

salute, ed afferenti alle vicende sanitarie in atto su tutto il territorio nazionale in relazione all'emergenza epidemiologica da covid-19, i cui contenuti, qualora portati a conoscenza e divulgati prematuramente - in vigenza dello stato di emergenza e del rischio ancora in atto per la salute dei cittadini - potrebbero ingenerare di fatto situazioni pregiudizievoli in grado di provocare problemi di ordine pubblico o vanificare le misure preventive adottate a tutela della salute della collettività. **A conferma dell'opportunità, in via subordinata rispetto al diniego assoluto ex lege in primo luogo evidenziato, quanto meno del differimento dell'accesso ai verbali del Comitato Tecnico scientifico ex OCDPC n. 630/2020 si consideri, a titolo esemplificativo, quanto avvenuto nel recente passato nel corso dell'emergenza epidemiologica in atto, in riferimento all'allarme sociale ingenerato dall'allora paventata chiusura delle scuole e previsione di limiti ai trasferimenti nel territorio nazionale ed alle problematiche, in alcuni casi anche di ordine pubblico, verificatesi nell'imminenza della decisione di creare una "zona rossa" in alcune regioni del nord Italia, a seguito della diffusione di notizie in ordine alle valutazioni effettuate dal Comitato Tecnico Scientifico.** In forza di quanto rappresentato, appare evidente che anche sotto il profilo dell'opportunità, in via subordinata e pur confermando in via principale la preclusione all'accesso disposta ex lege come sopra ampiamente riportato, sia legittimo confermare quanto meno il differimento dell'ostensione dei verbali in parola, al termine dell'emergenza in atto, vale a dire ad un momento nel quale possibili implicazioni derivanti dai medesimi verbali in parola, consentano una lettura più oggettiva rispetto all'attuale fase storica di emergenza e di allarme L'art. 5-bis, comma 1, del d.lgs. 33/2013, secondo cui l'accesso civico è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici inerenti, tra gli altri, "la sicurezza pubblica e

l'ordine pubblico" (lettera a) è anch'esso idoneo a dare copertura al diniego impugnato. Quanto sopra, peraltro, appare coerente con quanto chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. III, nella sentenza n. 6028 del 2 settembre 2019 - con decisione riferita proprio alla materia dell'accesso civico - secondo cui è confermata la legittimità di un diniego alla richiesta di accesso (civico) agli atti nei casi in cui la conoscenza degli stessi "sarebbe suscettibile di ingenerare concretamente situazioni pregiudizievoli in grado di vanificare le misure preventive poste in essere a tutela dell'insieme delle azioni portate avanti"(Conferma Sent. del T.A.R. Lazio Sez. I, n. 8892/2018).

Il T.A.R., con l'impugnata sentenza, ha accolto il primo motivo di ricorso, *"dichiarando l'obbligo della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia della documentazione richiesta con l'istanza di accesso di cui trattasi nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione"*.

Il giudice di prime cure ha ritenuto che:

a) *i verbali in oggetto costituiscono, effettivamente, atti endoprocedimentali prodromici all'emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, emanati in attuazione del D.L. 23 febbraio 2020, n.6, al fine di indicare le misure necessarie ad evitare la diffusione del virus Covid - 19 sull'intero territorio nazionale, in forza della delega conferita dal Legislatore in particolare con l'art. 3 del richiamato D.L. n.6/2020, convertito con L. n. 13/2020 e con l'art. 2 del D. L. n. 19 del 25 marzo 2020, convertito con L. n. 35/2020 (pag. 6 sentenza) ;*

b) *a tali DDPCM., e quindi a maggior ragione ai presupposti pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico nominato ai sensi del N. 04120/2020 REG.RIC. D.L. 8 aprile 2020, non possa innanzitutto attribuirsi la*

qualificazione di atti normativi, tale da sottrarli all'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990 e dell'art. 1, comma 1 del DPCM n. 143/2011 (la cui impugnazione deve, dunque, ritenersi nel caso in esame ininfluyente), in quanto privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico (pag. 7 della sentenza);

c) Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali - con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari- del pari sottratti alla disciplina dell'accesso in esame ai sensi delle disposizioni richiamate, non per intrinseche esigenze di "segretezza", quanto piuttosto perché la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza (pag. 7 della sentenza).

Il TAR, poi, a corredo motivazionale della ritenuta natura dei DD.PP.C.M., ha aggiunto che *"va evidenziata la peculiare atipicità, che si connota da un lato per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti (quali, ad esempio, gli stessi interventi di profilassi igienicosanitaria a contenuto generale attuabili con decreto del ministro della sanità, il cui potere è stato effettivamente esercitato durante l'emergenza Covid-19 con le ordinanze 25/01/2020, 30/01/2020 e 20/03/2020 mediante provvedimenti aventi contenuto e caratteristiche di ordinanza contingibile e urgente ex artt. 32 della legge 23/12/1978, n. 833, e 117 del d.lgs. 31/03/1998, n. 112, analogamente rivolte alla generalità dei consociati), in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili e urgenti, la cui giustificazione si rinvia nell'esigenza di apprestare alla*

pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento), ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposti.

Il TAR ha, di poi, proseguito esaminando la relativa normativa che, secondo la prospettazione del giudice di prime cure confermerebbe la detta natura e precisamente: *"Più specificatamente, in relazione alla situazione di emergenza dovuta all'epidemia da Covid - 19, il D.L. 23/02/2020, n. 6 ha attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria in conformità all'art. 118, comma 1, Cost., con efficacia valida dapprima su ambiti territoriali delimitati, quindi sull'intero territorio nazionale (ferma restando, in sede locale, la possibilità di adottare ordinanze contingibili e urgenti da parte dei presidenti delle regioni ai sensi della medesima normativa di rango primario e il potere di ordinanza contingibile e urgente dei sindaci ex art. 50, comma 5 del d.lgs. 18/08/2000, n. 267). In tal senso depone sia la lettera dell'art.3 del D.L. n.6/2020, convertito nella legge 05/03/2020, n. 13 - che al comma 2 richiama la possibilità nelle more dell'adozione dei DDPCM, in casi di estrema necessità e urgenza, di adottare altre tipologie di ordinanze contingibili e urgenti (ad esempio ai sensi dell'art. 50 comma 5 del d.lgs. 18/08/2000, n. 267, c.d. TUEL e dell'art.32 della legge 23/12/1978, n. 833), e fa salve nelle more "ordinanze contingibili e urgenti" già adottate dal Ministero della Salute- che la ratio dei DDPCM in argomento, vincolati appunto alla necessità di fronteggiare il diffondersi del Covid-19 mediante l'adozione di misure urgenti e temporalmente delimitate, impositive di obblighi di fare e di non*

fare - anche con riferimento a talune libertà e diritti costituzionalmente sanciti - i cui effetti peraltro si sono già quasi interamente esauriti.

Dopo tale (errata) parabola argomentativa, il TAR ha concluso affermando che:

- l'Amministrazione ha opposto all'ostensione dei richiamati verbali solo motivi "formali" attinenti alla qualificazione degli stessi come "atti amministrativi generali", ma non ha opposto ragioni sostanziali attinenti ad esigenze oggettive di segretezza o comunque di riservatezza degli stessi al fine di tutelare differenti e prevalenti interessi pubblici o privati (v., ad esempio, T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 16/11/2018, n. 11125), tali da poter ritenere recessivo l'interesse alla trasparenza rispetto a quello della riservatezza (da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 02/04/2020, n. 10).

- Tra l'altro la stessa Amministrazione nell'atto impugnato dopo aver espresso il diniego di accesso ai richiedenti ha concluso con formula illogica e contraddittoria precisando che "in ogni caso, resta salva la facoltà per questa Amministrazione di valutare l'ostensibilità, qualora ritenuto opportuno, di tali verbali al termine dello stato di emergenza".

Dunque, in sintesi, il T.A.R. ha ritenuto che:

1) i DD.PP.C.M. abbiano la natura di atti atipici ascrivibili, nella sostanza, al novero delle ordinanze urgenti, con la conseguenza che il diniego, di accesso agli atti endoprocedimentali de quibus, fondato sulle norme di legge sopra caldate relativo agli atti generali e/o normativi, non sia legittimo;

2) l'amministrazione non ha (non avrebbe) sollevato ragioni sostanziali, attinenti ad esigenze oggettive di segretezza o comunque di riservatezza degli stessi al fine di tutelare differenti e prevalenti interessi pubblici o privati tali da poter far ritenere recessivo l'interesse alla trasparenza rispetto a quello della riservatezza, ostative in via assoluta all'accesso stesso o legittimanti

il suo differimento nel tempo.

La sentenza impugnata è errata, sotto plurimi profili, in punto di diritto e merita l'annullamento e/o la riforma per i seguenti

MOTIVI

In via principale:

1) Violazione dell'art. 5 bis, comma 1, del D.lgs. n. 3/2013.

In disparte, al momento, la natura giuridica dei DD.CC.P.M (si demandano, in via subordinata, al 2° motivo d'impugnazione le censure sulle parti motivazionali della sentenza relative, per l'appunto, a tale natura), gli assunti del giudice di prime cure secondo cui l'amministrazione non ha (non avrebbe) sollevato ragioni sostanziali, attinenti ad esigenze oggettive di segretezza o comunque di riservatezza degli stessi al fine di tutelare differenti e prevalenti interessi pubblici o privati tali da poter far ritenere recessivo l'interesse alla trasparenza rispetto a quello della riservatezza, ostative in via assoluta all'accesso stesso o legittimanti il suo differimento nel tempo, **risultano erronei, in punto di fatto e diritto**, con falsa applicazione della la normativa sopra caladata.

Il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, ma non la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo (tra le tante sent. *Consiglio di Stato, III° sez., 05/03/2018, n. 1396*); tale spettanza non sussiste qualora manchi il presupposto, o sussista una ragione legale che impedisca, in tutto o in parte, l'accesso o renda necessario il suo differimento ed il giudice *deve verificare se sussistono o meno i presupposti dell'accesso, potendo pertanto negarlo anche per motivi diversi da quelli indicati dal provvedimento amministrativo* (Cons. Stato, VI° sez., 12 gennaio 2011, n. 117). Sicché, indefinitiva, il giudice può anche

ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione (ex multis, **Cons. St. Sez., VI° sez., 19 gennaio 2012 n. 201**).

Orbene, contrariamente a quanto afferma il TAR, intanto il diniego non si è fondato esclusivamente sulla natura degli atti de quibus, ma anche sulle ragioni espresse a chiare lettere, nella parte finale della memoria difensiva, sopra integralmente riportata, laddove si fa inequivoco riferimento **“anche”** a ragioni di tutela degli interessi pubblici inerenti, tra gli altri, **“la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico**; né non vi è alcuna contraddizione o illogicità nella subordinata formulata dall'Amministrazione di differimento dell'accesso al termine dello stato d'emergenza,

Segnatamente si affermava, e si afferma, che *“L'art. 5-bis, comma 1, del d.lgs. 33/2013, secondo cui l'accesso civico è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici inerenti, tra gli altri, “la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico” (lettera a) è anch'esso idoneo a dare copertura al diniego impugnato.*

Quanto sopra, peraltro, appare coerente con quanto chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. III, nella sentenza n. 6028 del 2 settembre 2019 - con decisione riferita proprio alla materia dell'accesso civico - secondo cui è confermata la legittimità di un diniego alla richiesta di accesso (civico) agli atti nei casi in cui la conoscenza degli stessi “sarebbe suscettibile di ingenerare concretamente situazioni pregiudizievoli in grado di vanificare le misure preventive poste in essere a tutela dell'insieme delle azioni portate avanti” (Conferma Sent. del T.A.R. Lazio Sez. I, n. 8892/2018).

Dunque, le affermazioni del TAR, sopra riportare, non risultano esatte e non risulta corretto l'omesso esame, da parte del giudice di prime cure, della sussistenza o meno delle altre ragioni ostativo indicate che andavano valutate sia in relazione al diniego assoluto

ma anche in ordine al differimento dell'accesso al termine dell'emergenza.

Atteso, poi, che il giudizio sull'accesso è un giudizio sul rapporto e non sull'atto e sulla effettiva spettanza del bene della vita non si pone, un problema di sussistenza e/o ammissibilità postuma della motivazione.

Anche sotto tale aspetto la sentenza è censurabile, per la falsa applicazione della norma calendata, posto che le motivazioni sul diniego o, subordinatamente, sul differimento al termine dello stato d'emergenza, apparivano ed appaiono legittime e fondate.

Ciò non è revocabile in dubbio – perdurante l'emergenza medesima come testimonia, purtroppo, la persistenza dei focolai di contagio su varie parti del territorio nazionale – considerato che la prematura conoscenza pubblica dei verbali de quibus sarebbe suscettibile di ingenerare concretamente situazioni pregiudizievoli in grado di vanificare le misure preventive poste in essere a tutela dell'insieme delle azioni portate avanti per contrastare l'emergenza epidemiologia.

Già nella memoria difensiva si era rilevato che *“A conferma dell'opportunità, in via subordinata rispetto al diniego assoluto ex lege in primo luogo evidenziato, quanto meno del differimento dell'accesso ai verbali del Comitato Tecnico scientifico ex OCDPC n. 630/2020 si consideri, a titolo esemplificativo, quanto avvenuto nel recente passato nel corso dell'emergenza epidemiologica in atto, in riferimento all'allarme sociale ingenerato dall'allora paventata chiusura delle scuole e previsione di limiti ai trasferimenti nel territorio nazionale ed alle problematiche, in alcuni casi anche di ordine pubblico, verificatesi nell'imminenza della decisione di creare una “zona rossa” in alcune regioni del nord Italia, a seguito della diffusione di notizie in ordine alle valutazioni effettuate dal Comitato*

Tecnico Scientifico “; ragioni che, già di per se, rendevano legittimo il diniego o il differimento dell’ accesso.

Ma vi è di più.

Le ragioni del pregiudizio all’ostensione dei verbali richiesti risiedevano e risiedono:

- 1) nel danno concreto **all’ordine pubblico e la sicurezza** che la conoscenza dei verbali del C.T.S., nella presente fase dell’emergenza, comporterebbe sia in relazione alle valutazioni tecniche che agli indirizzi generali dall’organo tecnico, sussunti o meno nei DD.PP.C.M.; ciò a intuitiva ragione del fatto che l’epidemia da covid-19 è un novum epidemiologico mai conosciuto e ogni valutazione medico-tecnica al riguardo è stata, ed è, connotata da ampi margini di opinabilità e rischio;
- 2) tale pregiudizio deriverebbe direttamente dalla disclosure delle informazioni richieste (a titolo esemplificativo, le specifiche e plurime valutazioni tecnico-mediche sull’epidemia, sul suo andamento, sulle analisi dei fabbisogni medico-ospedalieri e quanto altro attinente direttamente o indirettamente, ivi compresi i rapporti e i flussi di persone con o da paese esteri).
- 3) detto pregiudizio è altamente probabile, sia in relazione all’attualità che in relazione ad altre – probabilissime ed imminenti – prosecuzioni dello stato emergenziale e dei relativi provvedimenti che dovesse essere necessario emettere **a tutela della salute pubblica e della vita dei cittadini.**

* * * * *

In via Subordinata:

- 2) **Errato inquadramento giuridico della natura dei decreti del Presidente del Consiglio che vengono in esame e violazione e/o falsa applicazione, in combinato disposto, dell’articolo 5-bis,**

comma 3, del decreto legislativo n. 33/2013, dell'art. 24, comma 1, della L. n. 241/1990, nonché dell'art. 1, comma 1, lett. b) del D.P.C.M. n. 143/2011.

Ove codesto Consiglio dovesse disattendere il motivo di gravame principale si osserva.

*La tesi del TAR Lazio, secondo cui i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che vengono in esame, **non abbiano natura di atti generali o normativi** ma siano da qualificare **sostanzialmente** come ordinanze urgenti e contingibili *non è condivisibile.**

Il TAR, con una pronuncia che ci pare di "superficie", non ha compreso a fondo la complessità e l'assoluta novità della questione, utilizzando, in via generale, i tradizionali istituti che ha modellato senza, per l'appunto, considerare il quadro fattuale e giuridico che l'emergenza epidemiologica ha determinato, non solo in Italia ma nel mondo intero. La mera trasposizione di un istituto ben risalente, quale l'ordinanza urgente e contingibile, ai decreti in questione, *con caratteristiche assolutamente inedite nel panorama giuridico italiano, si presenta "meccanica" e **non coglie le strutturali differenze tra gli atti stessi.*** Ora, non è il caso di far accademia né di indugiare, davanti a questo Supremo consesso, sulla natura degli atti generali o normativi rispetto ai provvedimenti contingibili e urgenti, tuttavia l'esame normativo complessivo testimonia l'errore in cui è incorso il TAR Lazio. Nell'ordine:

L'art. 2 del D.L. n.19/2020, che lo stesso TAR ha ritenuto opportuno riportare nella sua interezza in sentenza, ha stabilito che:

"1. Le misure di cui all'articolo 1 sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti 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 interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. I decreti di cui al presente comma possono essere altresì adottati su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia. **Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati** (enfasi aggiunta dal redattore); *ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, **riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo*** (enfasi aggiunta dal redattore). Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020.

2. Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, **in** casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833.

3. Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6,

convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020, pubblicati rispettivamente nella Gazzetta Ufficiale n. 59 dell'8 marzo 2020, n. 62 del 9 marzo 2020, n. 64 dell'11 marzo 2020 e n. 76 del 22 marzo 2020, come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni.

4. Per gli atti adottati ai sensi del presente decreto i termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, di cui all'articolo 27, comma 1, della legge 24 novembre 2000, n. 340, sono dimezzati. In ogni caso i provvedimenti adottati in attuazione del presente decreto, durante lo svolgimento della fase del controllo preventivo della Corte dei conti, sono provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater della legge 7 agosto 1990, n. 241.

5. **I provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto**" (enfasi aggiunta dal redattore).

Orbene, la norma teste riportata comprova che **il procedimento "complesso sottostante"**, collegato alle norme primarie, legittimante l'emissione del D.P.C.M., non può, in alcun modo, farli ritenere sussumibili nel novero delle ordinanze contingibili e urgenti.

Le differenze strutturali e procedurali, infatti, dei DPCM sono, all'evidenza, tali e tante rispetto alle ordinarie ordinanze contingibili

e urgenti posto che solo i presupposti della straordinaria urgenza e straordinaria necessità sono comuni; **null'altro**.

Può affermarsi, allora, che i DPCM de quibus siano atti che, al più, hanno in comune con le ordinanze atipiche sono gli elementi dell'urgenza e della necessità, **ma sono muniti di ben numerosi elementi specializzanti** che li rendono **atti amministrativi generali**, frutto di attività ampiamente discrezionale ed espressione di scelte politiche da parte del Governo che trovano la propria fonte giuridica nella delega espressamente conferita dal Legislatore all'Esecutivo in un atto avente forza di legge, ovvero, in particolare dapprima nell'art. 3 del D.L. n. 6/2020, convertito con L. n. 13/2020 e, poi, nell'art. 2 del D. L. n. 19/2020, convertito con L. n. 35/2020, e rinviengono la propria ragione nell'esigenza temporanea ed urgente di contenere e superare l'emergenza epidemiologica causata dal Covid-19 o, al più, "atti normativi delegati" atteso che *contengono norme generali ed astratte, che hanno innovato l'ordinamento previgente, e sono stati emanati in attuazione di una legge e per mettere in atto il contenuto astratto della legge stessa.*

Ciò si evince agevolmente dai seguenti rilievi:

- *la norma primaria che ha previsto e fondato il potere per l'emissione dei decreti - di quei specifici decreti - da parte del Presidente del Consiglio;*
- *la formazione a struttura complessa prevista per l'emissione dei provvedimenti, tempo per tempo, data dal coinvolgimento necessario di varie parti istituzionali e dalla rilevanza dei pareri tecnici del comitato scientifico;*
- *l'interlocuzione in fase precedente e successiva con le Camere;*
- *la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale;*

- *la circostanza che i provvedimenti de quibus hanno interessato (anche) l'intero territorio e l'intera popolazione e, dunque, sono stati connotati dall'interessare la totale generalità dei cittadini innovando l'ordinamento previgente, seppur con limitazione nel tempo* (circostanza che non inficia, nemmeno in astratto, la dedotta natura atteso che **anche una norma primaria può normare una materia per un tempo già predeterminato o predeterminabile successivamente**).

Il Tar ha omesso di valutare **le tali e tante differenze (diremmo ontologiche)** e l'assoluta peculiarità dei provvedimenti in questione, operando con un *ermeneutica semplificata e di "pura superficie"*, **non cogliendo le enormi differenze tra le due categorie di atti**.

In conclusione sul punto, i decreti in questione, contrariamente a quanto ha ritenuto il TAR, *sono da ritenersi atti generali e/o normativi* con la conseguenza che **i relativi atti endoprocedimentali**, quali i verbali della commissione tecnica scientifica, **non sono ostensibili**, in caso di accesso c.d. civico generalizzato, stante il combinato disposto dell'articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33/2013, dell'art. 24, comma 1, della L. n. 241/1990, nonché dell'art. 1, comma 1, lett. b) del D.P.C.M. n. 143/2011.

* * * * *

Sulla domanda di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza e sulla richiesta di misura cautelare provvisoria ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

Il TAR Lazio ha disposto di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia della documentazione richiesta con l'istanza di accesso di cui trattasi nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla

notificazione della presente decisione. La sentenza de quo **è stata notificata in data 22 luglio 2020.**

Nonostante l'assoluta celerità nel proporre il presente gravame, il detto termine - di gg. 30 - **andrà a scadere in data 21 agosto 2020,** dunque molto verosimilmente, prima della trattazione collegiale della sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza.

Ebbene, sussistono i presupposti per l'immediata concessione monocratica della misura cautelare di sospensione (dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata) e segnatamente:

- a) il gravame presenta, anzitutto, un *robusto fumus boni iuris*;
- b) sussiste *un pregiudizio grave ed irreparabile* laddove, nelle more della celebrazione della camera di consiglio collegiale, scada il termine che consente agli appellati di ottenere l'ostensione dei verbali de quibus;
- c) ove si verifici tale eventualità, con la conoscenza pubblica dei verbali in oggetto, *lo stesso accoglimento della misura cautelare collegiale successiva e del gravame sarebbe(ro) inutiler dati* con evidente lesione irreparabile e non sanabile della posizione giuridica dell'Amministrazione;
- d) per converso, la mera sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza avversata sino alla camera di consiglio collegiale **non potrebbe, in alcun modo,** data la natura e l'oggetto del giudizio, **arrecare qualsivoglia nocumento agli appellanti il cui interesse è decisamente recessivo rispetto quello dell'Amministrazione.**

Pertanto, si formulano le seguenti

Conclusioni

Piaccia al Consiglio di Stato adito, previa immediata sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, accogliere il presente appello, *annullando e/o riformando in toto la sentenza*

gravata, dichiarando che i verbali della C.T.S. per cui è causa sono sottratti all'accesso, per i motivi esposti al numero 1, o subordinatamente al n. 2, dell'impugnazione.

In ulteriore subordine, laddove il Consiglio adito disattenda il gravame sulla non ostensibilità in assoluto, *dichiarare, comunque, legittimo il differimento della chiesta ostensione sino al termine dell'emergenza derivante dall'epidemia da covid-19, con la conseguente statuizione sul punto.*

Con vittoria di spese e compensi di causa di entrambi i gradi del giudizio.

Con il ricorso notificato si deposita copia della sentenza impugnata.

Si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile, ma trattandosi di ricorso in materia di accesso agli atti il contributo unificato è pari a € 450,00, da prenotarsi a debito secondo la legislazione vigente.

Roma 28 luglio 2020

Salvatore Faraci
avvocato dello Stato