

Il diritto di accesso agli atti dei gestori di pubblici servizi

Ilaria Genuessi

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi alla luce della normativa vigente sul punto. – 2. Il necessario bilanciamento tra principio di trasparenza e tutela della concorrenza. – 3. Gli arresti dell'adunanza plenaria sul tema. – 4. I confini del diritto di accesso nel caso di attività svolta dal privato gestore di pubblico servizio. – 4.1. L'aspetto soggettivo. – 4.2. I requisiti sul piano oggettivo. – 4.2.1. L'attività di pubblico interesse. – 4.2.2. Il nesso di strumentalità. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi alla luce della normativa vigente sul punto*

In premessa, pare indispensabile dar conto di un assunto fondamentale sul tema, ovvero che anche nei confronti del gestore di un pubblico servizio è consentito l'accesso agli atti¹.

Tale dato di evidenza si ricava, anzitutto, dal dettato normativo sul punto e, *in primis*, dalle specifiche previsioni di cui agli artt. 22 e 23 della l. n. 241/1990 e s.m.i.

In primo luogo, infatti, l'art. 22, comma 1, lett. e) dispone – quantomeno ai fini dell'accesso c.d. documentale di cui agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo – che per “pubblica amministrazione” debbono intendersi

¹ Sul tema del diritto di accesso agli atti dei gestori di pubblico servizio, si v. tra gli altri, in senso non certamente esaustivo, E. Cannada Bartoli, *Accesso agli atti di diritto privato di pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1997, III, 1; F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999, 115; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, tomo II, Milano, 2000, 1042; B. Argiolas, *Diritto di accesso e sdoppiamento dei gestori di servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1053; L. Ieva, *Il diritto di accesso agli “atti privatistici” dei gestori di servizi pubblici*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 3, 719; F. Ferrara, *Brevi considerazioni sul diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*, nota a T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 marzo 2005, n. 975, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 4, 2342.

«tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario»².

Inoltre, l'articolo seguente, al comma 1, aggiunge che il suddetto diritto di accesso «si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi».

Quanto previsto all'art. 22 non lascia, dunque, alcuno spazio ad interpretazioni contrastanti circa soggetti ed enti nei riguardi dei quali è possibile promuovere un'istanza di accesso, considerando la valenza chiarificatrice dell'art. 23, il quale espressamente annovera, tra gli altri enti cui la norma si rivolge, gli stessi «gestori di pubblici servizi»³.

Peraltro, in origine, l'art. 23 della l. n. 241/1990 consentiva l'accesso agli atti delle amministrazioni statali, ivi incluse aziende autonome ed enti pubblici, oltre che – per quel che rileva nella presente sede – agli atti dei concessionari di pubblici servizi.

Tale elencazione, tuttavia, aveva generato contrasti interpretativi, posto che la norma individuava i soggetti tenuti a garantire l'accesso in maniera eccessivamente specifica e, inoltre, il novero dei predetti enti inclusi non pareva ricomprendesse taluni soggetti quali enti locali, aziende speciali dei comuni, ovvero autorità indipendenti od agenzie. La stessa locuzione «concessionari di pubblici servizi» si riteneva si riferisse agli affidatari di un pubblico servizio secondo il modello della concessione, escludendo invece ulteriori soggetti quali vincitori di gara d'appalto che avessero stipulato con l'amministrazione un contratto a seguito dell'aggiudicazione e non una concessione.

Di conseguenza, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente elaborato tesi estensive rispetto ai soggetti passivi in relazione all'istituto dell'accesso agli atti di cui agli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, ricomprendendo di fatto tra i soggetti tenuti a rispettare le previsioni in materia di accesso gli stessi privati, sebbene chiamati a svolgere un'attività essenzialmente di ordine pubblicistico (così affidatari di servizi pubblici, a vario titolo).

La stessa l. n. 265/1999, di seguito, ha previsto l'accessibilità rispetto agli atti di tutte le pubbliche amministrazioni, enti pubblici e gestori di pubblici ser-

² In tal senso occorre fare riferimento, in particolare, alle modifiche introdotte dall'art. 15 della l. n. 15/2005 rispetto al testo originario dell'art. 22 della l. n. 241/1990 circa la definizione di pubblica amministrazione.

³ Tra le pronunce più recenti sul punto, si v. T.A.R. Sicilia, Palermo, 7 settembre 2020, n. 1841, nell'ambito della quale, richiamando altra pur recente pronuncia, si è rilevato che per costante giurisprudenza, «il diritto di accesso può essere esercitato anche nei confronti di gestori di servizi pubblici e la gestione del servizio di tesoreria costituisce una concessione di pubblico servizio; in altri termini anche il gestore del servizio di tesoreria di un ente locale è – relativamente alla attività connessa alla gestione del pubblico servizio – soggetto passivo del diritto di accesso (in questi termini T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 aprile 2019, n. 1981)». In merito, cfr., altresì, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 18 aprile 2005, n. 5000, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 4, 1193.

vizi, sostanzialmente dando prevalenza al profilo oggettivo dell'attività di ordine pubblicistico svolta, rispetto all'aspetto soggettivo concernente la qualifica giuridica del soggetto⁴.

Del medesimo tenore la successiva previsione di cui all'art. 2 del d.P.R. n. 184/2006, recante Regolamento in tema di accesso ai documenti amministrativi, ove si è puntualizzato che il diritto di accesso può essere esercitato nei confronti di tutti i soggetti pubblici, oltre che dei soggetti privati limitatamente all'attività di pubblico interesse svolta dai medesimi, disciplinata dal diritto interno od europeo.

Le predette specifiche previsioni si ritiene debbano essere poi lette in combinato disposto con le ulteriori norme di cui alla l. n. 241/1990, laddove in senso generale, in tema di accesso, si richiede la titolarità di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (così l'art. 22, comma 1, lett. b) della l. n. 241 del 1990) e si precisa che «tutti i documenti amministrativi sono accessibili ad eccezione di quelli indicati all'art. 24 commi 1, 2, 3, 5 e 6».

Non si dimentichi che lo stesso art. 24, al comma 7, chiarisce altresì che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»⁵.

In senso generale, l'art. 22, comma 2, della l. n. 241 del 1990 (come novellato dalla lettera a), comma 1, dell'art. 10 della l. 18 giugno 2009, n. 69) attribuisce, in altri termini, al diritto di accesso – alla luce delle relative rilevanti finalità di pubblico interesse – il valore di «principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza».

⁴ Cfr. sul punto M.B. Cavallo, *L'interesse giuridicamente rilevante per l'esercizio del diritto di accesso, con particolare riferimento all'ostensibilità degli atti dei gestori di pubblici servizi, tra recenti novità normative e pronunce della giurisprudenza*, nota a T.A.R. Roma, Sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13599, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 2, 566 ss. La nota in commento riguarda, nel dettaglio, il caso del diniego opposto dalla società Autostrade per l'Italia alla richiesta di accesso ai documenti concernenti il rapporto contrattuale sussistente tra la stessa società e un'associazione temporanea di imprese la quale aveva subappaltato alla ricorrente alcune opere omettendo di pagare il corrispettivo stabilito. La ricorrente aveva dunque richiesto direttamente alla società appaltante di conoscere la documentazione riguardante vicende contrattuali e pagamenti, al fine di tutelare in sede giudiziale le proprie ragioni. Non ricevendo riscontro a seguito dell'istanza di accesso la società adiva pertanto il tribunale amministrativo allo scopo di vedere accertato il diritto all'accesso ai documenti in questione, richiesta peraltro accolta dal Tar all'esito del giudizio.

⁵ Sul punto, con specifico riguardo ai gestori di pubblico servizio, si v., tra le altre recenti pronunce del giudice amministrativo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 giugno 2019, n. 8392, in *giustizia-amministrativa.it*.

2. *Il necessario bilanciamento tra principio di trasparenza e tutela della concorrenza*

Ove si tratti di gestore di servizio pubblico, del resto, non viene in rilievo, con evidenza, soltanto il principio di trasparenza, cui si faceva cenno poc'anzi quale principio generale concernente l'attività amministrativa (principio a valenza costituzionale ai sensi delle statuizioni di cui all'art. 97 Cost.), peraltro assicurato dalla previsione circa l'accesso agli atti delle amministrazioni medesime, oltre che dei soggetti privati chiamati a svolgere una pubblica funzione od un servizio pubblico.

In tal caso, infatti, occorre considerare che, in ragione dell'espletamento del pubblico servizio, non appare possibile che il gestore, chiamato a garantire lo svolgimento di un'attività pubblicistica, sia gravato da oneri procedurali connessi alla garanzia del diritto di accesso medesimo sproporzionati e dunque, in quanto tali, lesivi del principio di libera concorrenza, di evidente rilievo sovranazionale⁶.

In tal senso, invero, la richiesta di accesso potrebbe coinvolgere documenti contenenti segreti di ordine commerciale, informazioni concernenti il *know-how* industriale o, ad ogni modo, attività di diritto privato svolta dall'imprenditore concessionario, slegata da quella propria di gestione del servizio e, così, dalla cura dell'interesse pubblico, con la conseguenza per cui la presa visione della suddetta documentazione da parte di altri operatori del settore consentirebbe ai medesimi di giovare di un indebito vantaggio commerciale, per mezzo dell'esercizio dell'accesso.

Sul punto si è pertanto sviluppato un ampio dibattito in giurisprudenza⁷, ma altresì in dottrina⁸, posto che parte di quest'ultima ha rilevato come consentire l'accesso agli atti dei gestori privati significhi collocare i medesimi soggetti, in quanto gestori di un pubblico servizio, in condizioni sfavorevoli e così in evidente difficoltà rispetto agli altri operatori economici attivi nel medesimo settore, con conseguente evidente pregiudizio al principio di tutela della concorrenza.

⁶ Cfr. sul punto V. Cingano, *L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi e la nozione di strumentalità*, in *Munus*, 2021, 637-656.

⁷ Si v., tra le altre in argomento, Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, in *Rass. giur. Enel* 1996, 508; Cons. Stato, Sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649, in *Foro amm.*, 1997, 1640 e Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 1998, n. 484, in *Foro Amm.* 1998, 1118.

⁸ In particolare, si v. il contributo di M. Protto, *Alti e bassi del diritto di accesso ai documenti: actio ad exhibendum e attività di diritto privato dell'amministrazione*, in *lexitalia.it*.

3. *Gli arresti dell'adunanza plenaria sul tema*

Già prima delle modifiche legislative del 2005 alla disciplina in materia di accesso, a proposito del principio di trasparenza, la giurisprudenza ha precisato, in taluni fondamentali arresti, come detto principio dovesse essere applicato anche ai privati aventi compiti di interesse pubblico.

In particolare, l'adunanza plenaria, al fine di dirimere un conflitto insorto in sede giurisprudenziale, si è espressa a proposito del diritto di accesso evidenziando come il medesimo riguardi ogni attività della pubblica amministrazione quando sia in gioco la soddisfazione di un interesse pubblico e, dunque, come la stessa disciplina in tema di diritto di accesso, in tal senso, contribuisca al rispetto dei principi generali di cui all'art. 97 della Carta costituzionale.

Di fondamentale importanza ai fini dell'interpretazione del dettato normativo di cui agli artt. 22 e 23 della l. n.241/1990 appaiono certamente le pronunce dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed in particolare le sentenze nn. 4 e 5 del 1999⁹, concernenti il caso concreto di istanza di accesso formulata da un dipendente rispetto agli atti di una procedura concorsuale svolta dalla società Ferrovie dello Stato s.p.a., in quanto tale, attinente all'attività privatistica del gestore di pubblico servizio¹⁰.

Ebbene, la portata delle decisioni in questione appare notevole considerando che la rimessione della questione alla plenaria e la successiva decisione si collocano anteriormente rispetto alla citata l. n. 265/1999 di modifica della l. n. 241/1990 nella parte in cui si fa riferimento al gestore di pubblico servizio e non più al concessionario: le pronunce in questione, pertanto, possono aver influenzato, se non determinato, tale successiva modifica legislativa.

Nel dettaglio, nelle sentenze in questione, l'adunanza plenaria dà conto anzitutto dei diversi orientamenti giurisprudenziali che si sono affermati in tema di accesso agli atti di diritto privato della pubblica amministrazione.

Così, in primo luogo, opera un riferimento all'orientamento definito "restrittivo" dalla stessa ordinanza di rimessione, in base al quale l'accesso andrebbe escluso, sulla base delle seguenti considerazioni: «gli obiettivi del buon anda-

⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4 e 5, rispettivamente in *Giorn. dir. amm.* 1999, 946, con nota di Battaglia e in *Foro it.* 1999, III, 305.

Sul punto si v. altresì S. Cassese, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi (due recenti sentenze)*, in C. Corduas, G. Romei, G. Sapelli (a cura di), *La testimonianza del giurista d'impresa: scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2001, 231 ss. e M. Protto, *L'adunanza plenaria afferma l'accessibilità degli atti di diritto privato della p.a.*, in *lexitalia.it*.

¹⁰ Nel caso di specie, in particolare, il Consiglio di Stato mediante ordinanza n. 1205/1998 aveva rimesso la questione all'adunanza plenaria ravvisando un evidente contrasto giurisprudenziale a proposito della sussistenza del diritto di accesso in relazione ad un'attività sostanzialmente privatistica svolta dalla pubblica amministrazione.

mento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione sarebbero perseguibili solo quando essa "si presenti come autorità", e non anche quando "agisca con il diritto dei privati, senza godere di potestà particolari o di posizioni di supremazia"; non sarebbe "giustificabile alcuna intrusione" quando l'ente agisca con il diritto dei privati, poiché "il diritto di accesso rappresenta una sorta di contrappeso in favore dell'amministrato nei confronti di una posizione del soggetto pubblico o assimilato che si trovi in una condizione di potestà ed eserciti strumenti pubblicistici" (Sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1559, in tema di accesso alla relazione inviata ad un Comune dal direttore dei lavori di cui all'art. 63 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350)¹¹.

L'opposto orientamento richiamato, invece, si è fondato sulle argomentazioni per le quali anche l'attività di diritto privato rappresenterebbe «cura concreta di interessi della collettività non meno dell'attività di diritto amministrativo», non potendosi «discriminare l'attuazione della trasparenza e dell'imparzialità in base al criterio formale del regime giuridico dell'attività delle pubbliche amministrazioni» (Cons. St., sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649; sez. VI, 3 giugno 1997, n. 843; sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, rispettivamente riguardanti l'attività del Ministero delle Finanze, dell'I.N.A.I.L. e del Ministero del Tesoro).

Di seguito, rievocando il principio di trasparenza di cui all'art. 97 Cost., essenziale anche rispetto alla disciplina in tema di accesso, i giudici dell'adunanza plenaria assumono una chiara posizione, precisando che ciascuna attività svolta dall'amministrazione pubblica, anche laddove sia consentito l'utilizzo di istituti di diritto privato, appare ad ogni modo «vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale». Ne consegue, secondo quanto statuito dal supremo consesso amministrativo, che una «attività amministrativa è quindi configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati».

L'accesso, secondo quanto affermato dall'adunanza plenaria già sul finire degli anni Novanta del secolo scorso, sarebbe cioè consentito anche laddove si tratti della gestione di un servizio pubblico, considerato altresì che le legge sul

¹¹ Così Cons. Stato, Ad plen., n. 4/1999, cit., laddove si precisa, a proposito delle considerazioni alla base dell'orientamento "restrittivo", come le stesse si siano poste anche quali principi di base enunciati dalle decisioni che hanno escluso l'accesso nei confronti dell'attività, non riferibili a poteri autoritativi, degli enti pubblici economici (Cons. Stato, Sez. IV, 11 dicembre 1996, n. 1734, riguardante l'Ente Poste; Sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, in materia di accesso agli atti dell'ente S.A.C.E.) e dei concessionari (in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 2 aprile 1997, n. 539, riguardante un procedimento di assegnazione di un incarico dirigenziale da parte della società Ferrovie dello Stato s.p.a.).

procedimento amministrativo non ha attribuito specifico rilievo all'aspetto della natura privata ovvero pubblica degli atti ritenuti accessibili.

Anticipando dunque la modifica legislativa di cui si è detto, nella pronuncia si è, in sostanza, stabilita l'applicabilità dell'art. 23 della l. n. 241/1990 al concessionario di pubblico servizio, laddove il medesimo sia ad ogni modo tenuto al soddisfacimento dell'interesse pubblico e, di conseguenza, sia chiamato a garantire l'accesso in relazione anche ad un'attività di tipo negoziale caratterizzante la gestione del servizio.

Il gestore di servizio pubblico, in altri termini, anche laddove operante in regime di mercato ed in concorrenza, sarebbe tenuto a garantire l'ostensibilità degli atti concernenti il servizio pubblico di cui trattasi, dovendosi attenere, in sede di esercizio dell'attività, al dovere di imparzialità e, del pari, ai principi generali di trasparenza e buon andamento, definiti nell'ambito della pronuncia in esame, quali «valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione».

Merito della pronuncia in questione sarebbe, altresì, quello di aver individuato nel dettaglio le attività dei gestori di pubblico servizio concretamente interessate dalla disciplina sul diritto di accesso di cui trattasi e, tra di esse, in particolare: «i casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno (in ragione delle esigenze di mercato, degli interessi pubblici coinvolti o dalla gestione del denaro pubblico) imponga al gestore del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per la formalizzazione delle proprie motivate determinazioni, anche di scelta dei propri contraenti (come avviene in materia di appalti pubblici di lavori, servizi o forniture); [...] le modalità con cui è materialmente gestito il servizio pubblico e ciò che attiene alla sua organizzazione, (quali) atti suscettibili di incidere sulla qualità del servizio; [...] residua attività del gestore, quando si manifesti un interesse pubblico prevalente rispetto a quello imprenditoriale, sulla base di un giudizio di bilanciamento».

Di seguito, sulla scia delle rilevanti statuizioni di cui alle sentenze gemelle nn. 4 e 5 del 1999 dell'adunanza plenaria prese in esame, le stesse diverse sezioni del supremo giudice amministrativo hanno ribadito tale linea interpretativa.

In particolare, degna di menzione appare una pronuncia nell'ambito della quale, nel ricostruire il dato giurisprudenziale e normativo in materia di servizio pubblico, operando altresì uno specifico riferimento al tema dell'accesso ai documenti dei gestori di servizio pubblico, si è posto in evidenza come il medesimo sia essenzialmente connotato dalla «inabdicabile sottoposizione al canone dell'imparzialità del soggetto preposto alla gestione dell'attività: ciò spiega la ragione dell'inclusione dei gestori di pubblico servizio tra i soggetti sottoposti alla generale disciplina in tema di accesso dettata principalmente con riferimento alle pubbliche amministrazioni, come noto tenute al rispetto del principio di imparzialità

per effetto di espressa previsione costituzionale (art. 97 Cost.)»¹². Tesi sulla base della quale si spiega, peraltro, la modifica di cui alla l. n. 265/1999 con la sostituzione della figura del gestore di pubblico servizio, in luogo di quella del concessionario, tra i soggetti passivi del diritto di accesso.

L'orientamento giurisprudenziale in questione è stato altresì confermato dalla nota successiva modifica legislativa apportata alla legge sul procedimento amministrativo, ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15, la quale, esplicitamente, in relazione e limitatamente alla specifica disciplina in tema di trasparenza, ha inserito tra le pubbliche amministrazioni i medesimi soggetti che svolgono un'attività di pubblico interesse (e tra di essi, a titolo esemplificativo, le stesse società per azioni derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici), in ragione dell'interesse pubblico ad ogni modo perseguito mediante la relativa attività.

Qualche anno più tardi poi la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato, mediante la pronuncia n. 5 del 2005, si è nuovamente espressa sulla specifica questione in oggetto, precisando come le regole in materia di trasparenza si applichino anche ai soggetti privati chiamati a svolgere compiti di interesse pubblico, quali i concessionari di pubblici servizi, ovvero le società pubbliche¹³.

4. *I confini del diritto di accesso nel caso di attività svolta dal privato gestore di pubblico servizio*

Alla luce di quanto esposto e, soprattutto, in considerazione del necessario bilanciamento tra principio di trasparenza e libera concorrenza, oltre che del dato normativo vigente sul punto, appare indispensabile tracciare i confini entro i quali, ad oggi, si ritiene ammissibile l'esercizio del diritto di accesso rispetto agli atti dei gestori di pubblico servizio.

In altri termini, prendendo in esame gli orientamenti del giudice amministrativo in materia, occorre stabilire in presenza di quali presupposti si ritiene si possa derogare al regime privatistico che connota di fatto i gestori in questione, in ragione della rilevanza attribuita all'aspetto del perseguimento del pubblico interesse.

¹² Così Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.* 2003, III, 238 e in *Dir. proc. amm.* 2003, 486, con nota di Pizza.

¹³ Trattasi di Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Urb. e app.*, 2005, 11, 1357, pronuncia della plenaria a seguito della rimessione operata da Cons. Stato, Sez. VI, ord. 21 febbraio 2005, n. 609, concernente la questione dell'assoggettabilità degli enti fieristici, quali enti pubblici economici in seguito privatizzati, alla disciplina specifica del diritto di accesso. Già la medesima sezione del Consiglio di Stato, peraltro, si era espressa nel senso della necessità per gli enti in questione di rispettare la normativa in materia di accesso, così come previsto per i soggetti pubblici, rimettendo, tuttavia, il caso all'adunanza plenaria in ragione della complessità delle questioni coinvolte.

Tale indagine, peraltro, può essere condotta, in primo luogo, prendendo in esame l'angolo visuale soggettivo, con riguardo alla stessa definizione di pubblica amministrazione, la quale – come noto – non si rinviene in maniera chiara ed esplicita nell'ambito del diritto amministrativo, ma si ritrova in differenti testi normativi, concernenti specifiche materie e limitatamente alla disciplina dettata per singoli istituti¹⁴. La delimitazione dei confini del diritto di accesso nella materia in oggetto occorre sia operata, inoltre, analizzando, in seconda battuta, il piano oggettivo, ossia quello concernente l'attività svolta dal soggetto gestore del pubblico servizio, considerando anzitutto l'aspetto del pubblico interesse, oltre che quello menzionato concernente il c.d. nesso di strumentalità.

4.1. *L'aspetto soggettivo*

Per quel che concerne il profilo soggettivo, come accennato, occorre certamente fare riferimento al dato normativo sul punto e così all'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo che, agli specifici fini del capo V in tema di accesso, individua quali legittimati passivi della relativa disciplina le pubbliche amministrazioni, identificate in senso ampio all'art. 22, comma primo, lett. e) in «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario».

La stessa ampia nozione si ravvisa, come anticipato, altresì, all'art. 23 della medesima legge laddove, accanto alle pubbliche amministrazioni, si rende esplicito come il diritto di accesso possa essere esercitato parimenti nei confronti di «aziende autonome e speciali», oltre che «degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi».

In altri termini, il soggetto formalmente privatistico, quando si trova a gestire un servizio pubblico sulla base di un titolo giuridico quale la legge o di diverso provvedimento pur differente dallo schema concessorio, deve ritenersi assoggettato alla peculiare disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni in materia di accesso agli atti, ritenuto che mediante tale attività il soggetto garantisce il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'aspetto di rilievo in relazione all'ostensibilità di atti e documenti, in particolare, pare essere quello della delimitazione dell'attività di pubblico interesse realizzata dai gestori privati alla luce della normativa europea od interna, così come nel caso in cui specifiche norme impongono al gestore di pubblico servizio, al fine

¹⁴ Tra gli altri testi normativi si consideri la previsione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n.165/2001 recante *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, ovvero l'art. 1, comma 2, della l. n. 196/2009 in materia di contabilità e finanza pubblica.

di tutelare l'interesse pubblico o esigenze di mercato, l'adozione di specifiche procedure, quali appalti pubblici.

In altri termini, formule e modalità tipiche delle pubbliche amministrazioni e dunque strettamente pubblicistiche, si applicano anche al soggetto privato laddove la peculiare attività svolta dal medesimo veda il coinvolgimento dell'interesse generale¹⁵.

L'aspetto in esame, del resto, non appare particolarmente problematico considerato che si è in presenza di una previsione normativa piuttosto chiara, sul piano soggettivo, volta ad includere tra i soggetti tenuti a garantire il diritto di accesso gli stessi soggetti privati gestori di pubblico servizio. Tale scelta del legislatore si colloca, evidentemente, nel senso della tutela, in maniera estesa, dell'interesse della collettività, della garanzia in senso generale dell'applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e partecipazione, oltre che della conoscibilità dei meccanismi decisionali.

4.2. *I requisiti sul piano oggettivo*

Sul fronte dell'elemento oggettivo occorre operare un'indagine maggiormente articolata, considerato che l'ostensione dei documenti in possesso del gestore di pubblico servizio non è garantita dal legislatore in senso illimitato: in primo luogo, si consideri, infatti, che il diritto di accesso può essere esercitato unicamente con riguardo agli atti connessi all'attività di pubblico interesse esercitata¹⁶.

In sostanza, l'accesso sarebbe certamente consentito rispetto agli atti concernenti le modalità con cui è gestito il servizio, l'organizzazione del medesimo, la garanzia di qualità del medesimo e la protezione degli utenti.

In relazione all'ulteriore attività svolta dal gestore, l'ostensione dei documenti potrebbe essere del pari assicurata, tuttavia, a seguito di una valutazione operata caso per caso, bilanciando gli interessi in gioco, laddove, in particolare, si ravvisi una prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello di ordine privatistico dell'imprenditore-gestore.

¹⁵ Tale aspetto è spiegato da una parte della dottrina mediante la c.d. "teoria dell'organo-indiretto": l'attività del privato concessionario sarebbe cioè intesa come pubblicistica laddove svolta nei confronti dei cittadini. Cfr. in tal senso V. Cingano, *L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi e la nozione di strumentalità*, cit. Sull'argomento si v., altresì, tra gli altri, F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 21 ss.

¹⁶ La stessa adunanza plenaria, nella menzionata pronuncia Cons. Stato, Ad plen., 22 aprile 1999, n. 5, distingue espressamente l'attività privatistica della pubblica amministrazione dall'attività del privato concessionario di pubblico servizio, rispetto a quest'ultimo operando un'ulteriore differenziazione tra attività collegata alla gestione del servizio stesso e attività residuale.

Nell'ambito del predetto bilanciamento, in aggiunta, occorrerebbe considerare quale aspetto fondamentale quello della strumentalità, alla luce del quale sarebbero accessibili tutti i documenti diretta esplicazione del servizio pubblico e legati a questo da un nesso di strumentalità.

Il bilanciamento suddetto sarebbe inteso quale operazione di ponderazione, compiuta in relazione alla singola fattispecie e caratterizzata da un margine di incertezza in presenza di alcuni aspetti controversi non chiariti sul piano normativo, realizzata così come avviene in materia di trasparenza, in senso generale, nel bilanciamento tra rispetto del diritto di accesso da un lato e tutela della riservatezza dei dati personali di terzi dall'altro.

4.2.1. *L'attività di pubblico interesse*

Si è posto in evidenza (in particolare nell'ambito del § 1) come l'art. 22 l. n. 241/1990, come da ultimo riformato, laddove individua una nozione di "pubblica amministrazione" ai fini dell'accesso, ricollegandola all'espletamento di un'attività di pubblico interesse e l'art. 23 della medesima legge che definisce un preciso ambito soggettivo, debbano essere interpretati in combinato disposto.

Ciò posto, tuttavia, non si può non osservare come la nozione di "attività di pubblico interesse" risulti di non facile determinazione e debba essere correttamente definita, posto che dalla medesima può discendere un'espansione della legittimazione passiva in relazione all'accesso agli atti, anche oltre a quanto testualmente disposto dall'art. 23.

In particolare, tale necessità di delimitazione del concetto sarebbe sorta in conseguenza delle profonde innovazioni che hanno interessato il diritto amministrativo negli ultimi anni, con l'ampliamento dell'attività non autoritativa, bensì secondo modelli contrattuali, svolta dalle amministrazioni pubbliche, accompagnato dal sempre più frequente affidamento di attività di pubblico interesse in capo a soggetti privati, quali gestori di pubblici servizi.

In tal senso, rispetto a questi ultimi soggetti, si è generato cioè un ampio dibattito proprio in relazione alla delimitazione delle attività di rilievo pubblicistico svolte¹⁷.

In altri termini, l'analisi si è spostata dal piano della natura pubblica o privata del soggetto chiamato a svolgere una data attività, a quello della situazione con-

¹⁷ Cfr., tra le pronunce più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 01 aprile 2021, n. 3936 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 5122, in *giustizia-amministrativa.it*, per un riferimento al concetto di attività di pubblico interesse.

creta in relazione all'attività di interesse pubblico in questione, prescindendo dunque da logiche autoritative, con l'evidente eccezione delle pubbliche funzioni¹⁸.

4.2.2. *Il nesso di strumentalità*

Il criterio di strumentalità di per sé appare foriero di ulteriori difficoltà interpretative. Lo stesso, infatti, può condurre alla estrema dilatazione del novero degli atti ostensibili, consentendo l'accesso non soltanto a quelli concernenti l'erogazione e la gestione del servizio, bensì anche a quelli riguardanti l'organizzazione e pertanto l'intera attività svolta dal gestore, laddove ritenuta connessa e finalizzata rispetto a quella di stretto esercizio del servizio pubblico.

Di conseguenza, al fine di tenere in considerazione non soltanto il principio di trasparenza, ma altresì quello di tutela della concorrenza, la giurisprudenza ha interpretato il predetto nesso di strumentalità in maniera più o meno ampia, dando prevalenza ad uno, ovvero ad altro degli aspetti e principi citati, adottando un criterio di semplice strumentalità indiretta, ovvero richiedendo la sussistenza di un nesso di strumentalità diretta.

Quest'ultimo orientamento interpretativo, in dettaglio, si ravvisa nelle pronunce che hanno evidentemente inteso il nesso di strumentalità in senso restrittivo, considerando non connessi all'interesse pubblico aspetti non inerenti alla gestione del servizio, preso in esame anche lo specifico oggetto della concessione, ovvero del contratto di affidamento¹⁹.

Di contro, l'orientamento maggioritario ritiene sufficiente, ai fini dell'ostensibilità di un documento detenuto dal gestore privato, la sussistenza di un nesso di strumentalità indiretta con l'attività pubblicistica svolta²⁰. Del pari, il medesimo criterio è stato impiegato, perlopiù nella materia della contrattualistica

¹⁸ Sul punto, nel senso della necessaria connessione tra istituto del diritto di accesso e nozione di interesse pubblico, si v. M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. n. 241 del 1990*, in *Giustamm.it*, 5, 2005.

¹⁹ In questo senso, si v., tra le altre, a titolo esemplificativo: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 26 aprile 2007, n. 4423, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 4, 1421, nella quale si è ritenuto possibile non consentire l'accesso nei riguardi di una fondazione teatrale rispetto ad una istanza avente ad oggetto attestazioni di servizio riguardanti rapporto di lavoro, dunque aspetti privatistici; ovvero Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5572, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 10, 2661, nell'ambito della quale si è ritenuto possa essere negato l'accesso rispetto a titoli edilizi richiesti dal gestore al fine di poter edificare su aree non inerenti alla gestione del servizio.

²⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2011, n. 619, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1, 81; Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1403, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 3, 684, laddove si è ravvisato il nesso di strumentalità anche in relazione alla gestione rapporto di lavoro con la conseguente possibilità per i dipendenti della società di esercitare l'accesso rispetto ad atti relativi all'organizzazione interna; ancora, sempre con riguardo alla gestione del rapporto di lavoro con propri dipendenti si v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 aprile 2020, n. 4212 in *giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 gennaio 2020, n. 110, in *Foro amm.*, 2020, 1, 69.

pubblica, con riferimento a documenti ritenuti strumentali all'interesse pubblico, pur in possesso del gestore, ma provenienti da terzi²¹.

5. Considerazioni conclusive

Come si è posto in evidenza, rispetto alla specifica tematica oggetto del contributo si sono registrati numerosi arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a testimonianza del dato per cui l'argomento è connotato da una evidente complessità e, soprattutto, ha suscitato numerosi contrasti sul piano giurisprudenziale.

Una prima conclusione cui si è pervenuti appare quella per cui, in relazione alla possibilità di esercitare l'accesso nei confronti del gestore di pubblico servizio, occorre operare un (necessario) bilanciamento, caso per caso, tra i principi costituzionali, oltre che aventi una particolare rilevanza anche in ambito europeo, di trasparenza da un lato e tutela della concorrenza dall'altro, al fine di garantire la legalità e la parità di trattamento, non soltanto rispetto agli utenti, fruitori del servizio pubblico, ma altresì tra le imprese, laddove talune risultino titolari di un'attività a rilievo pubblicistico.

In senso generale, inoltre, si osserva come la giurisprudenza amministrativa abbia ritenuto il diritto di accesso prevalente rispetto alla tutela del *know-how* industriale, perlopiù laddove l'accesso sia esercitato al fine di curare o difendere in giudizio un interesse giuridico²²

Particolari difficoltà interpretative si incontrano, inoltre, in relazione al menzionato criterio della strumentalità – come si è avuto modo di esporre – interpretato dalla giurisprudenza in maniera più o meno ampia: l'attività del gestore di pubblico servizio, in altri termini, può sempre essere ritenuta connessa in senso finalistico all'esercizio del servizio pubblico.

Rilevano allora in proposito, quali aspetti dirimenti sul punto, specifici dati riferiti alla singola fattispecie concreta: così, a titolo esemplificativo, laddove ci si trovi in presenza di una società a partecipazione pubblica, in ragione del vincolo di scopo pubblicistico in capo alla medesima si potrà concludere nel senso di un diritto di accesso esercitabile in senso ampio.

In taluni casi, in aggiunta, appare difficoltoso lo stesso preciso inquadramento giuridico di un'attività quale servizio pubblico, con la conseguenza per cui occorre operare una valutazione preliminare al fine di stabilire la natura dell'attività esercitata dall'operatore nei confronti del quale è rivolta l'istanza di accesso. Tale proble-

²¹ V., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Urb. e app.*, 2010, 11, 1311.

²² Cfr., in tal senso, tra le altre, T.A.R. Liguria, Genova, 18 marzo 2019, n. 233, in *giustizia-amministrativa.it*.

matica, del resto, deriva, con tutta evidenza, dalla medesima incerta definizione, sul piano normativo, del servizio pubblico nell'ordinamento interno²³.

Si pensi, in questo senso, all'esito della bozza di decreto legislativo recante Testo unico in materia di servizi pubblici, che il Governo era stato chiamato ad emanare in attuazione delle previsioni generali sul tema di cui alla legge delega "Madia", l. n. 124/2015, di complessiva riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche²⁴.

Lo stesso necessario inquadramento dei servizi pubblici nell'ambito di una disciplina specifica ed unitaria sconta poi le difficoltà ulteriori derivanti dalla presenza di una disciplina che vede il coinvolgimento di diversi livelli e attori sul piano normativo – non soltanto il livello nazionale, ma altresì quello europeo recante previsioni in materia di servizi di interesse economico generale (SIEG)²⁵ – così come disomogenee applicazioni giurisprudenziali.

In definitiva, la questione circa l'accessibilità ai documenti detenuti dai gestori di pubblico servizio appare connotata da una evidente complessità in ragione della stessa controversa nozione di servizio pubblico, in aggiunta alla connessa e pur difficile precisa identificazione della "attività di pubblico interesse" resa dai soggetti di cui trattasi.

²³ Sul tema dei servizi pubblici, nell'ambito della sterminata dottrina, si v. tra i contributi più recenti, F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 2016; A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2019; M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 3, 2020; E. Bruti Liberati, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2020; P. Lazzara, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3, 2020; R. Morzenti Pellegrini, *I servizi pubblici*, in C.E. Gallo (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 339-371; R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, 2021.

²⁴ In questo senso si pensi a quanto sostenuto dallo stesso M.S. Giannini, il quale già considerava la definizione del concetto di servizio pubblico come una tra le più "tormentate" dell'ordinamento giuridico italiano: M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 537; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 18. Nella presente sede non risulta possibile operare una digressione a proposito del concetto di servizio pubblico, stante la estrema vastità dei contributi della dottrina. Basti un riferimento a quanto sostenuto da U. Pototschnig (*I pubblici servizi*, Padova, 1964), il quale ha osservato come «l'indeterminatezza della nozione di pubblico servizio sia derivata proprio dall'oscillazione definitoria che essa ha subito nel corso del tempo soprattutto allo scopo di differenziarla da quella di pubblica funzione».

²⁵ Tra gli altri contributi in materia cfr. R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.; E. Ferrari (a cura di), *I servizi pubblici a rete in Europa*, Milano, 2000; L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in G. Greco, M.P. Chiti (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, 1791 ss.

Il diritto di accesso agli atti dei gestori di pubblici servizi

Il contributo prende in esame l'istituto dell'accesso agli atti, di cui alla legge n. 241/1990 e s.m.i. con particolare riferimento agli atti dei gestori di un servizio pubblico pur tenuti, alla luce della normativa vigente e del più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, all'ostensione degli atti collegati da un nesso di strumentalità all'attività di pubblico interesse espletata, pur trattandosi di operatori economici collocati in un mercato concorrenziale. L'indagine circa l'ostensibilità si ritiene debba essere, tuttavia, di norma, operata caso per caso, con riguardo al pubblico interesse ed al predetto nesso di strumentalità.

The right of access to documents of public service operators

The contribution examines the institution of access to documents, pursuant to law no. 241/1990 and subsequent amendments with particular reference to the documents of the operators of public services although required, in the light of current legislation and the most recent orientation of administrative jurisprudence, to allow the access to the documents connected by an instrumental link to the activity of public interest carried out, even if they are economic operators placed in a competitive market. However, the investigation into the ostensibility must normally be carried out on a case-by-case basis, regarding the public interest and the aforementioned link of instrumentality.

