

SENTENZA

Consiglio di Stato sez. III - 15/05/2018, n. 2890

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm. ;
sul ricorso numero di registro generale 152 del 2017,
proposto dal
dott. Fr. Co., rappresentato e difeso dagli avvocati
Andrea Del
Vecchio e Antonio Mastri e con questi elettivamente
domiciliato
presso lo studio dell'avvocato Andrea Del Vecchio in Roma,
Viale G.
Cesare n. 71,

contro

l'Azienda Sanitaria Unica Regionale - ASUR Marche, in
persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli
avvocati Marisa Barattini e Massimo Colarizi, e con
questi

elettivamente domiciliata presso lo studio
dell'avvocato Massimo
Colarizi in Roma, viale Buozzi n. 87,
per la riforma
della sentenza del Tar Marche n. 902 del 4 dicembre
2017, non
notificata, che ha respinto il ricorso proposto dal dott.
Fr. Co. per
l'annullamento del diniego, opposto dall'Asur Marche in
data 23
giugno 2017, alla visione ed estrazione di copia del
parere reso
dall'avvocato Ma. Ba., espressamente richiamato nel
provvedimento di
sospensione del servizio del medesimo.
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda
Sanitaria Unica
Regionale - ASUR Marche;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio
2018 il Cons.
Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle
parti in
causa, come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con istanza del 26 maggio 2017 il dott. Fr. Co., dirigente amministrativo U.O.C. e Qualità dell'Area Vasta n. 3, Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche, sospeso cautelamente dal servizio con atto del 2 agosto 2016, ha chiesto all'Ufficio procedimenti disciplinari la visione e l'estrazione di copia del parere legale del consulente, avvocato Ma. Ba., dello stesso 2 agosto, richiamato nel provvedimento di sospensione dal servizio, impugnato dinanzi al giudice del lavoro, adottato nell'ambito del procedimento disciplinare n. 3/2016.

Con nota del 27 giugno 2017 l'Azienda Sanitaria Unica Regionale ha riscontrato negativamente l'istanza sul rilievo che il parere legale richiesto era, per sua natura, caratterizzato dalla riservatezza e non era destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma era volto a fornire all'Ufficio procedimenti disciplinari, che opera per conto dell'Amministrazione, tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi di fronte ad un possibile contenzioso. Ha aggiunto che il punto 19 dell'allegato c) del Regolamento aziendale Asur sulle modalità di accesso ai documenti amministrativi sottrae all'accesso i "pareri o consulenze richiesti dalle strutture aziendali a propri impiegati nell'interesse patrimoniale o non patrimoniale delle strutture stesse" e al punto 10 i "documenti oggetto di vertenze giudiziarie e comunque inerenti le stesse, la cui divulgazione potrebbe compromettere l'esito del giudizio o la cui diffusione potrebbe concretizzare violazione dell'obbligo del segreto".

2. Il diniego di ostensione documentale è stato impugnato dal dott. Co. con ricorso al Tar Marche che, con sentenza n. 902 del 4 dicembre 2017, lo ha respinto sul rilievo che la sospensione è motivata indipendentemente da tale parere quanto alle ragioni che lo hanno determinata. Non può quindi affermarsi la funzione endoprocedimentale e strumentale del parere con riferimento all'adozione dell'atto conclusivo.

Ha aggiunto il Tar che, avuto riguardo al contenuto dell'atto conclusivo del procedimento disciplinare, si ricava che quest'ultimo è stato adottato all'esito di quanto emerso dagli atti istruttori nel loro complesso e sulla base dei fatti esaminati e contestati al ricorrente, diffusamente descritti nella parte motiva; non vi è invece nessun particolare riferimento al parere pro veritate del consulente legale quale atto posto a sostegno della decisione assunta, non potendosi ciò desumere dalla mera menzione di esso nelle premesse dell'atto.

3. Avverso la sentenza n. 902 del 2017 del Tar Marche il dott. Co. ha proposto appello, notificato il 3 gennaio 2018 e depositato il successivo 9 gennaio 2018, affermando che, contrariamente a quanto dedotto dall'Asur Marche, il parere reso dall'avvocato Ma. Ba. è parte integrata ed essenziale della misura sospensiva adottata a suo carico. Ha aggiunto che nel corso del procedimento disciplinare, con lettera del 29 giugno 2016 al presidente dell'Ufficio procedimenti disciplinari, aveva ricusato l'avv. Ba., designata, quale consulente dell'UPD, perché Dirigente del Servizio Legale dell'Asur, dal Direttore Generale dell'Asur.

Sempre ad avviso dell'appellante è inoltre palesemente illogica la motivazione della sentenza gravata, laddove aprioristicamente, senza conoscere il parere dell'avvocato Ba., asserisce che il provvedimento disciplinare "risulta dettagliatamente e diffusamente motivato indipendentemente da tale parere quanto alle ragioni che lo hanno determinato".

Infine, l'appellante ripropone il motivo dedotto in primo grado avverso il punto 19 del regolamento dell'Asur in materia di accesso, assorbito dal giudice di primo grado.

4. Si è costituita in giudizio l'Asur Marche - Azienda Sanitaria Unica Regionale, che ha affermato l'infondatezza dell'appello.

5. Alla camera di consiglio del 10 maggio 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa il dott. Co. ha impugnato dinanzi al Tar Marche il diniego di ostensione del parere legale - richiesto dall'Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche al Dirigente del proprio Servizio Legale designato quale consulente dell'Ufficio procedimenti disciplinari - in occasione del procedimento disciplinare avviato nei suoi confronti e conclusosi con atto del 2 agosto 2016, che ha disposto la sospensione cautelare dal servizio e la sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di un provvedimento penale a suo carico.

L'adito Tar Marche ha respinto il ricorso sul rilievo che, dalla motivazione della sospensione dal servizio, è dato evincere che l'acquisito parere non ha concorso alla determinazione assunta, che trova il presupposto nei fatti contestati al dirigente.

L'appello proposto avverso detta sentenza è fondato.

La giurisprudenza costante del giudice amministrativo, con riferimento alla richiesta di accesso dei pareri legali, ne riconosce l'ostensione in accoglimento dell'istanza d'accesso quando tale parere ha una funzione endoprocedimentale ed è quindi correlato ad un procedimento amministrativo che si conclude con un provvedimento ad esso collegato anche solo in termini sostanziali e, quindi, pur

in assenza di un richiamo formale ad esso (Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798); nega invece l'accesso quando il parere viene espresso al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1761; id., sez. VI, 13 ottobre 2003, n. 6200).

Ed invero, nel preambolo del provvedimento di sospensione si dà atto: a) di chiedere al consulente avv. Ma. Ba. di formulare un parere scritto a miglior inquadramento dell'intero procedimento (pag. 1); b) di aver acquisito "il parere legale del consulente avv. Ma. Ba. protocollato al numero 88196/AV3 di pari data e si decideva per l'adozione del presente provvedimento" (pag. 2).

L'assunto del giudice di primo grado, dunque, non trova alcuna conferma nel tenore letterale della sospensione nella quale, anzi, si precisa di aver acquisito il parere "a miglior inquadramento dell'intero procedimento" e senza per nulla chiarire che lo stesso non sarebbe stato utilizzato al fine del decidere, con la conseguenza che, proprio in quanto richiamato, non può che ritenersi, in mancanza di una evidente prova fattuale contraria, che lo stesso non sia entrato nel procedimento.

A tale rilievo, di per sé assorbente dell'ostensibilità del parere richiesto, si aggiunge che il dott. Co. ha motivato l'istanza di accesso con la necessità di una più completa difesa delle proprie ragioni nel giudizio proposto avverso la sospensione dal servizio, pendente dinanzi al giudice del lavoro.

Sotto tale profilo è nota la particolare attenzione alle ragioni dell'accesso, che deve essere riconosciuta quando il rilascio di documentazione è richiesto in funzione difensiva.

Si deve, infatti, ricordare che il diritto di accesso in funzione difensiva è garantito dall'art. 24, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 che, nel rispetto dell'art. 24 Cost., prevede, con una formula di portata generale, che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici". Fermo restando che, nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile.

Entro i predetti limiti deve essere, quindi, garantito l'accesso agli atti, a fini difensionali, quando un soggetto è coinvolto in un procedimento giurisdizionale da cui può scaturire una decisione pregiudizievole a suo carico.

Facendo applicazione di tali principi non può certo negarsi il diritto del dott. Co. a estrarre copia del parere legale richiamato nel provvedimento che ha disposto la sua sospensione dal servizio.

2. L'accoglimento dell'appello non trova certo ostacolo nella disciplina regolamentare adottata dall'Azienda Sanitaria Unica Regionale - ASUR Marche.

Non nel punto 10 del regolamento, atteso che l'Amministrazione non ha affermato né tanto meno provato che il parere in questione - che, come si è detto, è stato acquisito nel corso del procedimento sfociato nella sospensione dal servizio e non in occasione di un contenzioso in atto - possa "compromettere l'esito del giudizio o la cui diffusione potrebbe concretizzare violazione dell'obbligo del segreto"; non nel punto 19, atteso che il riferimento nello stesso contenuto, al fine di individuare i parerei esclusi dall'accesso, non può che riferirsi a quelli espressi al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio; diversamente, infatti, si porrebbe in contrasto con i principi dettati dall'art. 24, l. 7 agosto 1990, n. 241 che - pur contemplando la possibilità di prevedere, mediante regolamento, "casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi (...) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono" - dispone 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".

Una lettura diversa delle disposizioni regolamentari porterebbe dunque a concludere per la loro illegittimità.

3. In conclusione, l'appello va accolto e l'impugnata sentenza del Tar Marche n. 902 del 4 dicembre 2017 va annullata.

Per l'effetto, va ordinato all'Azienda Sanitaria Unica Regionale di esibire alla parte appellante il parere richiesto, entro 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa, ovvero dalla notificazione, se anteriormente effettuata, della presente sentenza.

La particolarità della vicenda contenziosa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar Marche n. 902 del 4 dicembre 2017, ordina all'Azienda Sanitaria Unica Regionale il rilascio del parere legale dell'avv. Ma. Ba., del 2 agosto 2016, nel termine indicato nella parte motiva.

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 15 MAG. 2018.

