Primo commento alla sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato

Una rondine non fa primavera, ma prima o poi dovrà pur venire.

Luciano Gallo, | 19 marzo 2019

> *«(...) Il "nuovo" principio di sussidiarietà è, volto a favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati", ... la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) ... alla cura e al buon andamento della "Cosa pubblica", mediante "lo svolgimento di attività di interesse generale».* Non sono di per sé parole nuove, ma è significativo che non siano tratte da un discorso di un leader di Terzo settore, ma da una recente sentenza del Consiglio di Stato.

Premessa

La leggerezza del titolo utilizzato per il primo commento alla sentenza della Terza sezione del Consiglio di Stato n. 1546, pubblicata lo scorso 6 marzo, non deve ingannare.

Esso tocca collateralmente i rapporti fra P.A. ed Enti di Terzo settore (in avanti solo "ETS") alla luce della Riforma del 2017 e rappresenta un primo significativo ed autorevolissimo contributo per una rimeditazione della più complessiva analisi della disciplina introdotta dal Codice del Terzo settore (in avanti anche solo "CTS"), contenuta nel noto parere n. 2052 del 20 agosto 2018 della Commissione speciale dello stesso Consiglio di Stato, di cui si è diffusamente occupato Welforum.it.

Come è noto, il parere dell'agosto 2018 ha reso particolarmente problematico l'inquadramento degli istituti, previsti dagli articoli 55 e 56 del CTS, perché sostanzialmente ricondotti all'ambito degli affidamenti di contratti pubblici, come tali assoggettati alla loro disciplina "naturale" (Direttive europee e Codice dei contratti pubblici).

Scopo della presente nota non è entrare nel merito del più volte richiamato parere, il quale – nella parte in cui afferma che gli affidamenti di servizi in senso proprio, pur nella declinazione della co-progettazione e dell'accreditamento sono assoggettati dalla disciplina "integrata" del CTS e del Codice dei contratti pubblici – può essere ritenuto per certi versi condivisibile.

Da più parti, sotto altra angolatura, è stato evidenziato che il parere non ha chiarito se ed in quali misura gli istituti del CTS possano trovare legittima applicazione per dare corpo a pratiche di sussidiarietà orizzontale, in attuazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione, anche alla luce della legislazione regionale vigente e delle regolamentazioni comunali.

A ciò si aggiunga che lo stesso Consiglio di Stato, nell'esercizio delle proprie prerogative istituzionali, aveva reso il proprio parere – favorevole e con talune osservazioni, recepite dal Governo – in relazione agli schemi dei decreti delegati recanti rispettivamente il CTS ed il suo correttivo.

Da qui una situazione di oggettiva confusione interpretativa.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 1546 del 6 marzo 2019

La sentenza, che si commenta in questo breve scritto, riguarda, per la verità un tema specifico, ma che – come si avrà modo di vedere – si risolverà in un principio di diritto particolarmente rilevante per la portata ed il contenuto delle disposizioni del CTS più volte richiamate.

In particolare, la Coldiretti, quale Associazione di rappresentanza dei coltivatori diretti, aveva presentato al Ministero della Salute una richiesta di accesso agli atti, in relazione a dati ed informazioni relativi al settore della produzione del latte, ricevendo un diniego, in ragione dell'affermata carenza di un interesse qualificato.

Il Consiglio di Stato, chiamato nel giudizio promosso avverso la sentenza di primo grado, ha dunque affrontato i due seguenti principali temi:

1. a) se un'Associazione può proporre istanza di accesso agli atti, in relazione a campi della propria attività di rappresentanza;
2. b) conseguentemente, se tale facoltà è limitata alla sola tradizionale figura dell'accesso agli atti, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm., come tale legata alla titolarità di un interesse giuridico qualificato, o - piuttosto – se trova applicazione la sopravvenuta disciplina in materia di accesso civico generalizzato, introdotto dal D. Lgs. n. 97/2016, che ha modificato il D. Lgs. n. 33/2013.

Il Giudice di appello, dopo aver ricostruito la normativa applicabile in materia di trasparenza e di accesso agli atti, ai documenti ed alle informazioni della P.A., distinguendo i presupposti ed i contenuti dei due istituti (dell'accesso agli atti degli articoli 22 e ss. della legge n. 241/1990 e ss. mm. rispetto all'accesso civico generalizzato, previsto dall'art. 5 del D. Lgs. n. 33/2013 e ss. mm.), ha affermato la legittimazione della Coldiretti a presentare domanda di accesso generalizzato, senza dover previamente dimostrare il possesso di un interesse giuridico qualificato rispetto ai documenti ed alle informazioni richiesti.

Su tale ultimo aspetto si avrà modo di ritornare in seguito; ben più rilevanti – rispetto ai nostri fini – le argomentazioni contenute nella sentenza.

La trasparenza come "bene comune" e l'attuazione del principio di sussidiarietà

La pronuncia in rassegna innova in ordine alla qualificazione della disciplina in materia di accesso agli atti della P.A., erigendo una concezione della "trasparenza" non solo e non più "processuale", perché legata all'esistenza di un qualificato interesse giuridico "individuale" del richiedente, ma – ed è questa l'evoluzione dell'ordinamento – come un vero e proprio "bene comune".

In tal senso, il Consiglio di Stato ha affermato che:

> "*(…) il nuovo accesso civico risponde pienamente ai sopraindicati principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della "Cosa pubblica" ai sensi degli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché, ovviamente, dell'art. 97 cost., secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 della Costituzione (…)*".

È nel collegamento fra accesso civico quale istituto della trasparenza e principio della sussidiarietà che il Consiglio di Stato, a parere di chi scrive, introduce una "lettura ulteriore" (anche) della Riforma del Terzo settore rispetto al cennato parere dell'agosto dello scorso anno.

Come si ricava dalle argomentazioni contenute nella sentenza:

> "*(…) Il "nuovo" principio di sussidiarietà è, quindi, volto a favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati", ovvero a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) nelle quali si svolge la loro personalità, ai sensi dell'art. 2 Cost., alla cura e al buon andamento della "Cosa pubblica", mediante "lo svolgimento di attività di interesse generale". In tal modo, viene riconosciuto in primis il valore del volontariato, che insieme alla cooperazione costituisce un patrimonio storico della nostra nazione (attualmente il "Terzo settore" annovera in Italia circa sette milioni di volontari impegnati, a vario titolo, insieme a più di tremila associazioni e organizzazioni "no profit", nell'assistenza ai più bisognosi e nella tutela della persona, dell'ambiente e*

della cultura (….).

Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali "Misericordie" che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua, delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce.

La sopradetta disciplina nazionale del nuovo accesso civico, inquadrandosi in questo secondo modello, si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 (…)".

Non v'è chi non veda, a questo punto, di come i principi chiaramente enunciati dal Consiglio di Stato nella vicenda specificatamente affrontata valgano pienamente con riguardo agli istituti previsti dal CTS e, in particolare, dagli articoli 55 e 56.

Il Consiglio di Stato, in altri termini, afferma lo stretto nesso che corre fra la trasparenza, quale nuovo "bene comune", il principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione, quale "diverso modello" di relazione fra P.A. e cittadini, singoli e associati, e, infine, le associazioni e le cooperative, quali soggetti di riferimento per lo svolgimento di "attività di interesse generale".

L'applicabilità dei principi enunciati dal Consiglio di Stato al Codice del Terzo settore

Non dovrebbe esserci dubbio alcuno, a questo punto, sull'applicabilità dei principi di diritto, enunciati dal Consiglio di Stato nella sentenza più volte richiamata, al Codice del Terzo settore.

Come chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto delegato, recante il CTS, con riferimento agli istituti del Titolo VII, essi sono ancorati a specifici presupposti:

1. a) sono utilizzabili esclusivamente nell'ambito delle "attività di interesse generale", individuate dall'art, 5 del Codice;
2. b) costituiscono attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione;
3. c) da un punto di vista procedurale, sono assoggettate al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm. e, dunque, della disciplina in materia di trasparenza.

In altra occasione[note]Sia consentito il rinvio a *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, di Luciano Gallo, in Welfare Oggi, n. 2/2018, Maggioli Editore.[/note], era stato evidenziato che gli atti relativi ai procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione, di cui all'art. 55 del CTS, unitamente a quelli inerenti l'affidamento di attività mediante convenzioni ai sensi dell'art. 56 del CTS, erano assoggettati al regime della trasparenza totale e, dunque, dell'accesso civico.

In conclusione, l’intervento in commento, benché allo stato episodico (al pari di una “rondine” in periodo non ancora primaverile), potrebbe auspicabilmente arricchire l’analisi su una Riforma che, per finalità e per gli impatti positivi sul Paese, non è stata compiutamente ancora colta.