

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

APPELLO

CON ISTANZA CAUTELARE

Per la **RAI – RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A.** (P. IVA 06382641006), di seguito anche “RAI”, con sede legale in Roma, Via Giuseppe Mazzini n. 14, in persona legale rappresentante *pro tempore* quale Direttore della Direzione “Affari Legali e Societari”, Avv. Francesco Spadafora (C.F. SPDFNC74M28C351F), in virtù dei poteri conferitigli giusta procura a rogito Notaio Dott. Luca Tucci di Roma del 3.12.2018, rep. n. 8759, racc. n. 2993, rappresentata e difesa in virtù di procura speciale, anche disgiuntamente tra di loro, dagli avv.ti prof. Massimo Luciani (C.F. LCNMSM52L23H501G), Stefano D’Ercole (C.F. DRCSFN47A15E506G), Nicola Palombi (C.F. PLMNCL66M07H501H) e Francesco Pignatiello (C.F. PGNFNC82T31A465S) ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale D’Ercole in Roma, Via in Arcione n. 71 (per le comunicazioni e per ogni fine di legge si indicano il numero di fax 066864800 e l’indirizzo pec stefanodercole@ordineavvocatiroma.org, che si indica anche quale domicilio digitale);

appellante

contro

I SIG.RI GIULIA DELLEPIANE (c.f. DLLGLI82L42L219I), **ALESSIO GAROFOLI** (c.f. GRFLSS77R07H501C), **ALESSANDRO DI LIEGRO** (c.f. DLRLSN81T20C361K), **MANUEL BERTIN** (c.f. BRTMNL75E09I904I), con gli avv.ti Vincenzo Iacovino, Vincenzo Fiorini e Silvio Di Lalla;

I SIG.RI DANIELE CARIOTI (c.f. CRTDNL75H20H501C), **EMANUELA PENDOLA** (c.f. PNDMNL83E44C286K), **GIANNI VERONESI** (c.f. VRNGNN67B05E897O), **MARCO GUERRA** (c.f. GRRMRC79L05H501V), inizialmente rappresentati e difesi dagli avv.ti prof. Gianluca M. Esposito e Valeria Ciervo, ai quali è stato revocato il mandato in data 14.2.2019;

appellati

nonché nei confronti dei

SIG.RI MARIA ELENA SCANDALIATO (c.f. SCNMLN80P69H501C), **DAVIDE MAGGIORE** (c.f. MGGDVD83D22H501H), **FRANCESCO MAESANO** (c.f. MSNFNC86E14F205U), non costituiti in giudizio;

per l’annullamento e/o la riforma,

previa sospensione degli effetti e dell’esecutività,

della **sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. III, n. 9347/2019, pubblicata il 15.7.2019,** non notificata, nella parte in cui è stato accolto il ricorso R.G. n. 9838/2018 proposto dagli appellati “*per l’annullamento - del provvedimento n. 17986*”

del 27.07.2018 con cui RAI ha respinto la richiesta di accesso agli atti ai sensi dell'art. 22 della L.241/90, presentata in data 28.06.2018. - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, per l'accertamento e la declaratoria del diritto di accesso e l'emanazione dell'ordine di esibizione dei documenti ai sensi dell'art. 116, co. 4, c.p.a."

*

PREMESSE

Il 24.2.2014, RAI avviava una selezione per titoli e prove, per individuare 100 Giornalisti Professionisti da utilizzare con contratti a tempo determinato.

Nell'avviso di selezione era espressamente previsto che **la graduatoria finale avrebbe avuto validità per 3 anni dalla pubblicazione.**

Alla procedura presentavano la propria candidatura 4975 giornalisti di cui 2828 presenti il giorno della prima prova preselettiva e 400 ammessi alla seconda e terza prova.

Il **15.10.2015, venivano pubblicate due graduatorie**: una relativa ai vincitori (graduatoria A), poi ripubblicata il 5.11.2015 in accoglimento di un'istanza di rettifica del sig. Manunza, e una relativa agli altri concorrenti "partecipanti non vincitori" (graduatoria B).

La graduatoria, pertanto, perdeva efficacia in data 15.10.2018.

In data 28.6.2018, gli odierni appellati, **tutti tranne il sig. Alessio Garofoli**, presentavano un'istanza di accesso, *ex art. 22 della L. 241/90*, con cui chiedevano "*di prendere visione ed estrarre copia dei documenti relativi alla procedura di selezione pubblica Concorso Rai 2015, e, in particolare, degli elaborati ed esiti tutti relativi alle prove concorsuali svolte da tutti i **partecipanti** e, in particolare, dai vincitori*", invitando la resistente "*a fornire agli istanti tutti gli aggiornamenti in ordine alla decisione relativa alla proroga della scadenza della graduatoria fino al suo progressivo esaurimento*".

Tale istanza **era motivata sulle seguenti considerazioni**:

- RAI sarebbe equiparata a una p.a., il che implicherebbe **l'obbligo di assumere per concorso e di prorogare le relative graduatorie fino al loro tendenziale esaurimento** (ciò, secondo controparte, anche in base all'ord. del Cons. St., n. 1191/2018, che, invero, non afferma affatto quanto precede, bensì si limita a ricordare che RAI "*è soggetta, nella vicenda in esame, all'applicazione delle norme in materia di accesso (artt. 22 e ss. l. n. 241 del 1990) in ragione della connessione strumentale del rapporto di lavoro che viene in rilievo con l'attività di rilevanza pubblica che l'appellante stessa svolge*"; ordinanza poi superata dalla sentenza n. 7319/2018, adottata nel medesimo giudizio n.R.G. 1451/2018, con cui il CdS ha annullato, *ex art. 105 cpa*, la sentenza di primo grado per mancata integrazione del contraddittorio);

- *“allo stato non sono stati ancora resi pubblici da parte della RAI i tempi di scorrimento della graduatoria”*, anche in considerazione del fatto che **la recente legge di Bilancio 2018 avrebbe attribuito all’azienda “l’onere” (in realtà si tratta di una facoltà**, come avremo modo di illustrare diffusamente) di avviare *“immissioni in organico figure al livello retributivo più basso, attingendo in primis al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015 di giornalisti professionisti riconosciuti idonei”*.

Con l’istanza, peraltro, si formulava un invito a fornire *“tutti gli aggiornamenti in ordine alla decisione relativa alla proroga della scadenza della graduatoria fino a suo progressivo esaurimento”*.

RAI con la nota prot. RUO/RI/17986 del 27.7.2018 ha opposto un motivato diniego

- sia per l’estrema **genericità dell’istanza**, palesemente volta ad un controllo generalizzato dell’operato RAI, in violazione dell’art. 24 co. 3 L. 241/90;

- sia per la carenza o comunque mancata motivazione in ordine alla sussistenza di *“un interesse qualificato corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata alla documentazione richiesta”*, legittimante l’accesso, ex art. 22, co 1, lett. b, l. 241/90, *“non potendo i documenti richiesti spiegare alcuna incidenza sulla situazione giuridica degli istanti”*, **atteso che la tutela invocata dagli istanti atteneva allo scorrimento della graduatoria e non alla compilazione della stessa.**

Nell’impugnare il diniego citato, **i ricorrenti hanno modificato in parte la motivazione legittimante l’accesso**, ravvisabile oggi nell’interesse a conoscere gli atti *“per capire se la valutazione comparativa con gli altri candidati vincitori, collocati in graduatoria in posizione più favorevole, è stata effettuata correttamente e senza disparità di trattamento e discriminazione”* (p. 10 ricorso). Il giudizio, dunque, è volto a conoscere *“gli atti concorsuali, anche al fine di verificare la correttezza delle valutazioni comparative che hanno portato alla formazione della graduatoria”* (p. 14 ricorso).

All’esito della c.c. del 31.10.2018, con ord. n. 10600/2018, il TAR ha disposto **la notifica per pubblici proclami.**

Alla successiva c.c. del 20.2.2019, la causa è stata nuovamente rinviata da parte del Collegio in ragione dell’intervenuta revoca del mandato agli avv.ti Esposito e Ciervo.

Successivamente, solo 4 dei ricorrenti, i sig.ri Dellepiane, Garofoli, Di Liegro e Bertin, si costituivano in giudizio con i nuovi difensori.

Con la **sentenza impugnata, n. 9347/2019**, il TAR Lazio, dopo aver giustamente dichiarato il difetto di legittimazione del sig. Garofoli che, come rilevato, non figura tra i presentatori

dell'istanza di accesso, ha, tuttavia, accolto il ricorso avverso, sulla base di motivazioni errate e manifestamente illegittime.

La Sentenza è illegittima e merita di essere riformata per i motivi di seguito denunciati.

MOTIVI

I. ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 1, CO. 1096, L. 205/2017, ART. 22 E SS. L. 241/1990, 7, 34 E 116 C.P.A., ART. 3, 41, 97, 103 E 113 COSTITUZIONE. ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE. INGIUSTIZIA MANIFESTA.

IN SUBORDINE: ERROR IN IUDICANDO; ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 1, CO. 1096, L. 205/2017.

Il TAR Lazio, nella Sentenza impugnata (capo 8), afferma che gli istanti rivestono una posizione certamente qualificata a ottenere l'accesso agli atti della procedura selettiva *“in quanto le previsioni del bando della selezione che limitavano a tre anni dalla sua pubblicazione la validità della graduatoria sono state soppiantate dalla previsione specifica di cui all'art. 1 comma 1096 della Legge di bilancio 2018 (n. 205 del 2017) [...]”* e considerato che *“La norma in questione, per il suo tenore letterale, ha l'effetto di conformare l'azione della concessionaria del servizio pubblico in sede di assunzione di giornalisti professionisti, in quanto le impone di attingere in primis al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015 di giornalisti professionisti riconosciuti idonei”*.

I.1 Tale affermazione è manifestamente errata, anzitutto in quanto travisa radicalmente il senso e il contenuto precettivo dell'art. 1, co. 1096, l. n. 205/2017.

Diversamente da quanto affermato dalla sentenza gravata, già **il tenore letterale** della disposizione in esame attesta ch'essa non determina alcun effetto conformativo dell'attività della RAI nella provvista del suo personale.

Il legislatore, infatti, ha formulato una previsione meramente facoltizzante, come dimostra l'impiego del verbo modale “potere”. Come è noto, nella redazione dei testi legislativi, per la *“formulazione dei precetti è adottata la massima uniformità nell'uso dei modi verbali, la regola essendo costituita dall'indicativo presente”* ed è *“evitato l'uso del verbo servile diretto a sottolineare la imperatività della norma («deve»; «ha l'obbligo di»; «è tenuto a»)”* (così la Circ. del Pres. Senato 20.04.2001, § 4). L'impiego del modale “potere” non può che indicare l'attribuzione di una facoltà al soggetto destinatario della norma, non certo il suo assoggettamento a una condizione di obbligo, in qualunque modo qualificata.

Oggetto della facoltà riconosciuta alla RAI non è solamente la scelta circa l'avvio di *“immissioni in organico di figure al livello retributivo più basso”*, ma anche quella di impiegare il personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015. Tale attività è indicata come una

delle forme attraverso le quali è possibile reclutare figure al livello retributivo più basso, come indica in primo luogo, a livello testuale, l'impiego di una proposizione subordinata rispetto alla principale "può avviare".

Né si può giungere a una conclusione diversa in ragione della formula "in primis". Con tale inciso, infatti, il legislatore:

- non ha vincolato la RAI nel *quomodo* dell'arruolamento del personale;
- non ha fissato un ordine di priorità dei soggetti che possono essere assunti;
- si è limitato a estendere la facoltà assunzionale anche ai professionisti inseriti nelle suddette graduatorie, nonostante il lungo arco di tempo trascorso dallo svolgimento delle selezioni;
- in particolare, grazie a una presunzione di legge, l'assunzione dei professionisti inseriti nelle due graduatorie è ritenuta comunque compatibile con la normativa in materia di contenimento della spesa applicabile alla RAI, senza che sia comunque vulnerata la discrezionalità dell'Azienda nella gestione del personale.

I.2 Alle medesime conclusioni conduce l'**interpretazione teleologica** della previsione.

La finalità del co. 1096, infatti, è quella di consentire alla RAI di svolgere le "attività funzionali al raggiungimento" dei suoi "obiettivi istituzionali e societari" senza dover soggiacere alle norme che limitano l'autonomia organizzativa, gestionale ed economico-finanziaria dei soggetti inseriti nel c.d. "elenco ISTAT" (noto strumento che individua l'ambito soggettivo di applicazione delle previsioni che pongono severe restrizioni all'autonomia dei soggetti tenuti a ottenere risparmi di spesa pubblica).

La RAI era inserita per la prima volta nell'elenco solo nel 2016 (cfr. G.U. n. 229 del 30.9.2016). Essa, però, veniva temporaneamente dispensata dagli obblighi conseguenti in forza dell'art. 6 del d.l. n. 244 del 2016, che aveva differito al 1.1.2018 l'obbligo di conformarsi alla suddetta disciplina.

Nell'approssimarsi della scadenza della proroga, il legislatore, consapevole delle peculiarità dell'odierna appellante, ha inteso "*chiarire e consolidare il regime finanziario e contabile applicabile alla Società RAI [...], al fine di consentire l'efficace perseguimento degli obiettivi istituzionali e societari ad essa attribuiti in quanto società concessionaria del sistema pubblico radiotelevisivo*" attraverso una disposizione "*volta a rendere permanente l'esclusione della RAI dall'ambito di applicazione della disciplina di contenimento della spesa in materia di gestione, organizzazione, contabilità finanziaria, finanza, investimenti e disinvestimenti, applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato dello Stato*" (così la relazione illustrativa all'art. 1, co. 644, del d.d.l. di legge di bilancio per il 2018 trasmesso al Senato in data 1.12.2017, il cui contenuto è stato ripreso dal suddetto co. 1096, con l'aggiunta

delle parole da “*pertanto*” a “*idonei*”).

Ciò considerato, è **del tutto irragionevole interpretare un (frammento di un) periodo di una disposizione intesa ad assicurare alla RAI una più marcata autonomia organizzativa, gestionale ed economico finanziaria nel senso - esattamente opposto - ch'esso imporrebbe una formidabile limitazione alla gestione del personale** (cioè obbligando, “*in sede di assunzione di giornalisti professionisti*” a reclutare “prioritariamente” gli inseriti nelle graduatorie 2013 e 2015).

La finalità di garantire alla RAI la capacità di assicurare il servizio pubblico radiotelevisivo e di competere nel mercato globale dei *mass media* è pacificamente riconosciuta sia nel diritto interno che da quello dell'UE: come si legge, a tacer d'altro, nella delibera n. 587/12/CONS dell'AGCom, è compito del concessionario predisporre un servizio pubblico inteso a guadagnare sempre maggiore attrattività anche in ragione del mutato contesto dei *competitors*, del cambiamento dell'offerta (specie digitale) e del mercato. La stessa Commissione europea, attenta a evitare casi di sovrafinanziamento del servizio pubblico, riconosce alla RAI la possibilità di “*sfruttamento commerciale di programmi rientranti nella missione di servizio pubblico*”, che deve avvenire secondo la “*prassi di mercato*” (così la Comunicazione 20.4.2005, n. C(2005)1164 fin). Orbene, la finalità di assicurare la competitività della RAI non solo rende improponibile l'interpretazione del co. 1096 azzardata dal TAR, ma offre anche precise indicazioni sull'effettivo significato da assegnare a tale previsione.

L'inciso “*in primis*” (formula che men che raramente ricorre nella legislazione) sta semplicemente a significare che la RAI, una volta deciso di assumere nuovo personale della categoria indicata, può attingere ai soggetti inseriti nelle suddette graduatorie, in quanto tale operazione è ritenuta *ex lege* compatibile con i limiti economico-finanziari imposti alla RAI dalla disciplina vigente. Dato che il co. 1096 disciplina, incrementandola, l'autonomia economico-finanziaria, gestionale e organizzativa della RAI, è anzitutto a quell'ambito che va ricondotto anche l'inciso qui in esame (in questo senso, del resto, depone anche il fatto che il co. 1096 sia inserito nella legge di bilancio, sicché è anzitutto all'autonomia economico-finanziaria e ai suoi limiti che l'interprete deve porre attenzione).

L'inciso in esame, dunque, interviene ad arricchire l'autonomia della RAI in riferimento ai vincoli di finanza pubblica, attraverso una presunzione di compatibilità economico-finanziaria dell'assunzione degli idonei inseriti nelle graduatorie, senza con ciò limitarne in alcun modo, però, la discrezionalità nel definire le modalità di provvista e selezione del personale. **La RAI, pertanto, può rivolgere la propria attenzione alle menzionate graduatorie, ma non ha alcun obbligo di attingervi.**

I.2.3 La finalità del co. 1096, invero, orienta l'interprete anche quanto all'identificazione dei limiti temporali di validità delle graduatorie.

Come si è detto, oggetto della norma è l'autonomia economico-finanziaria della RAI. Ne consegue che l'effetto innovativo circa l'efficacia delle graduatorie deve essere limitato a quanto è necessario per garantire il risultato della maggiore autonomia della RAI, perseguito dal legislatore. Vediamo.

i) Quanto alla graduatoria del 2013, stabilendo (nel 2017) che ad essa la RAI possa ancora attingere, il legislatore ne ha chiaramente prorogato la durata, inizialmente triennale.

ii) Quanto alla **graduatoria del 2015**, invece, il legislatore nulla ha detto, se non che (corrispondentemente alla durata già inizialmente prevista) nel 2017 ad essa poteva ancora attingersi. **Ciò vuol dire che sulla sua durata la norma in commento non ha minimamente inciso, sicché la graduatoria ha cessato di produrre effetti nel 2018.**

Solo così ragionando si porta pienamente ad effetto la volontà legislativa, altrimenti si dovrebbe giungere alla conclusione che il legislatore avrebbe erroneamente menzionato la graduatoria 2013 (in quanto già scaduta) e prorogato *ad infinitum* la graduatoria 2015 per solo fatto di averla menzionata.

In realtà:

- nessuna modifica ha subito l'arco temporale di efficacia della graduatoria del concorso del 2015, che è rimasta valida sino al 15.10.2018, secondo l'ordinaria disciplina vigente;

- fino al 15.10.2018, dunque, la RAI avrebbe potuto validamente attingere alla suddetta graduatoria in applicazione del co. 1096 qui in esame;

- quanto alla graduatoria del 2013, già scaduta al momento dell'approvazione della l. n. 205/2017, essa ha riacquisito validità al momento dell'entrata in vigore della norma in commento, ma certo, per evidenti motivi di equità e ragionevolezza, senza poter acquisire efficacia temporale superiore a quella della graduatoria del 2015.

Entrambe le graduatorie, pertanto, potevano essere impiegate, in applicazione del co. 1096, solo sino al 15.10.2018. E per entrambe, oggi l'efficacia temporale è venuta meno.

I.3 Alle medesime conclusioni si perviene anche attraverso l'esame delle disposizioni che regolano l'assunzione nelle pubbliche Amministrazioni nonché nelle società soggette al controllo pubblico.

Quanto alle pubbliche Amministrazioni, è noto che il principio del favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, collegato alla finalità del contenimento della spesa pubblica a fronte dei costi connessi all'espletamento di nuove procedure concorsuali, può e deve recedere in ragione "*di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalente*" (per

tutte v. Cons. St., Sez. V, sent. 11.10.2018, n. 5864), sicché il principio dello scorrimento delle graduatorie non è affatto inderogabile.

Nel diverso ambito delle società a partecipazione pubblica, poi, valgono regole diverse e assai più flessibili, che si limitano a imporre il rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, da concretizzare attraverso l'adozione di atti interni di autonomia (cfr. l'abrogato art. 18, co. 2, d.l. n. 112/2008 e il vigente art. 19, co. 2 del d. lgs. n. 175/2016, di pressoché identico tenore testuale).

A tal proposito, codesto Ecc.mo Consiglio di Stato ha affermato che *“la previsione contenuta nell’art. 18, comma 2, del D.L. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 133 del 2008 [...], **si inserisce in ogni caso nell’agire jure privatorum delle società (essendo espressione dei più generali principi di comportamento secondo buona fede, oggettiva e soggettiva), senza necessariamente comportare esercizio di pubbliche potestà e senza incidere direttamente sulla giurisdizione**”* (così, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, sent. 8.6.2015, n. 2794, con massima più volte ripetuta).

Se le società private a partecipazione pubblica operano *iure privatorum* e non esercitano potestà pubbliche (nemmeno quando sono chiamate all'applicazione di norme preordinate al miglior impiego di risorse di origine pubblica), non è logicamente possibile opporre loro un interesse legittimo degli “idonei non vincitori”, che – come noto – trova tutela innanzi il G.A. ove l’Amministrazione decida di non impiegare le graduatorie precedenti ma di avviare un nuovo e diverso procedimento di selezione del personale. L’interesse legittimo e la giurisdizione amministrativa, infatti, presuppongono necessariamente l’esercizio di un pubblico potere (è sufficiente rinviare al noto approdo della sent. Corte cost., n. 204 del 2004) che qui, come affermato dall’Ecc.mo Consiglio di Stato, manca. **Ne viene che, se il Giudice amministrativo ha giurisdizione sulla domanda di accesso agli atti della selezione, non la possiede quanto ai risultati della selezione stessa, che - essendo stata compiuta da un soggetto di diritto privato - possono essere vagliati solo dal Giudice ordinario. L’incidentale affermazione del TAR del Lazio, qui contestata, è dunque ancor più criticabile, perché avanzata in munere alieno.**

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte di cassazione proprio in riferimento all’attività della RAI, con le sentenze “gemelle” Sez. Un., 22.12.2011, n. 28329 e n. 28330.

Oggetto del contenzioso ch’esse definirono era la *“qualificazione della «selezione per personale giornalistico 2010» della RAI come «procedura concorsuale», e la inesistenza nella specie di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva”* in capo al soggetto che aveva presentato domanda di partecipazione nonostante una clausola escludente del bando stesso (nello

specifico, si trattava del requisito di residenza in ambito regionale) e che, dunque, era stato escluso dalla procedura (così la sent. n. 28330, dalla quale si citerà per comodità d'illustrazione).

La Suprema Corte ha avuto modo di ricordare che “*la RAI è [...] una società per azioni per volontà stessa del legislatore*”, sicché:

- **“per tutto quanto non diversamente previsto non può che essere regolata secondo il regime generale delle società per azioni”**.

- la RAI **“non è in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nell’art. 1 comma 2 dello stesso D.Lgs.”** n. 165 del 2001.

- nella selezione e nella provvista di personale la RAI non esercita un pubblico potere (“*ciò che è comunque essenziale è la riconducibilità dell’atto, del provvedimento o del comportamento all’esercizio di un pubblico potere [...], esercizio che è del tutto assente in capo alla RAI*”);

- quanto all’adozione di criteri di trasparenza nella selezione del personale tale obbligo **“si inserisce pur sempre nell’agire (jure privatorum) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione”**.

Alla luce di tali chiarissime indicazioni, risulta evidente che nessun obbligo di assunzione degli idonei (o di prioritaria assunzione degli idonei) inclusi nelle graduatorie 2013 e 2015 grava sull’odierna appellante, con la conseguenza che tale condizione non può fondare un interesse giuridicamente qualificato all’accesso agli atti oggetto di causa, ex art. 22, l. n. 241/1990.

Ciò è tanto vero che lo stesso TAR del Lazio, in un’ancor più recente (e più meditata) pronuncia intervenuta sul medesimo tema, ha affermato, in evidente contraddizione con la sentenza qui gravata, che, **“l’art. 1, comma 1096, della Legge 27.12.2017, n. 205, individua solo una astratta possibilità (e non un obbligo come asserito dai ricorrenti) per la RAI di procedere ad immissioni in organico di figure al livello retributivo più basso, attingendo al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015 di giornalisti professionisti riconosciuti idonei, in un quadro di ampia discrezionalità per l’Ente radiotelevisivo”** (Sez. III, sent. 22.7.2019, n. 9746).

Questo rimeditato orientamento, per le ragioni sopra illustrate, merita certamente di essere condiviso da parte dell’Ecc.mo Consiglio di Stato, in quanto ben più aderente al tenore testuale, alla finalità e alla *ratio* della legge in esame nonché alla disciplina delle società pubbliche.

I.4 A ben vedere, la Sentenza merita di essere annullata e/o riformata proprio in quanto si spinge a sindacare gli effetti della disposizione della legge di bilancio invocata dagli istanti,

affermando che *“le previsioni del bando della selezione che limitavano a tre anni dalla sua pubblicazione la validità della graduatoria sono state soppiantate dalla previsione specifica di cui all’art. 1 comma 1096”* e che tale norma *“l’effetto di conformare l’azione della concessionaria del servizio pubblico in sede di assunzione di giornalisti professionisti, in quanto le impone di attingere “in primis al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015 di giornalisti professionisti riconosciuti idonei”*.

Fermo restando quanto sopra, è altresì evidente lo **sconfinamento del Giudice oltre il perimetro del giudizio ex art. 116 cpa, fino ad un sindacato prognostico sull’interpretazione e gli effetti di una norma estranei non solo al presente giudizio, ma proprio alla cognizione del Giudice Amministrativo.** È palese l’eccesso di potere giurisdizionale perpetrato dal TAR, nel momento in cui, chiamato a pronunciarsi sull’accesso agli atti, si è spinto ad effettuare valutazioni sulla fondatezza delle eventuali conseguenti azioni giurisdizionali che i ricorrenti vorranno intraprendere sulla base dei documenti ottenuti, valutazioni che, peraltro, sono di competenza peraltro del Giud. Ord..

Tanto sono esorbitanti le affermazioni riportate nella sentenza in questione che **la stessa Sezione, non solo ha cambiato radicalmente idea sull’interpretazione della disposizione in questione, ma nella medesima composizione collegiale (seppur con diverso relatore), ha pubblicato sempre il 15.7.2019, la sentenza n. 9348/2019,** in cui, non solo fornisce una lettura interpretativa più prudente dell’art. 1 co. 1096, l. n. 205/2017, laddove parla di *“astratta possibilità per la RAI”* di procedere a immissioni in organico, ma afferma che *“Com’è noto, in materia di accesso, il Giudice amministrativo non deve, né può valutare la fondatezza o l’ammissibilità in concreto dell’azione futura che il soggetto interessato all’accesso si riserva di promuovere, sulla base dei documenti di cui avrà avuto contezza tramite l’esercizio del diritto di accesso”*.

I.5 Nella denegata ipotesi che codesto Ecc.mo Consiglio di Stato intendesse dare seguito all’opposto orientamento del TAR del Lazio nella sentenza gravata (e, come detto, subito dismesso con la più recente sent. n. 9746 del 2019), fondando l’interesse all’accesso sulla pretesa allo scorrimento nelle graduatorie 2013 e 2015, **sarebbe necessario investire la Corte costituzionale della questione incidentale di legittimità costituzionale del comma 1096** qui in esame, per l’evidente (e rilevante, poiché ne dipenderebbe l’accoglimento del presente appello) dubbio di violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. In particolare (a seguire l’interpretazione qui rigettata):

- è manifestamente irragionevole e violativo degli artt. 3 e 97 Cost. (quest’ultimo espressivo anche del principio di buon andamento dei servizi pubblici) prevedere l’obbligo per la RAI di

procedere allo scorrimento delle graduatorie delle selezioni del 2013 e del 2015 a più di tre e cinque anni dalla loro formazione, impedendo diverse modalità di selezione del personale e l'assunzione di professionalità che possano mostrare, al momento della selezione, un più elevato bagaglio di conoscenze e competenze;

- è parimenti violativo degli artt. 3 e 97 Cost. un bilanciamento degli opposti interessi coinvolti (quello dell'azienda che esercita il servizio pubblico radiotelevisivo *ope legis*, quello degli idonei al concorso e dell'intera platea dei giornalisti professionisti) tale da limitare, anche solo in via prioritaria, la platea degli assumibili agli idonei inseriti nelle due (risalenti!) graduatorie, resecando completamente ogni discrezionalità della RAI, erigendo una rilevante barriera all'accesso in capo agli altri professionisti e postulando, invece, un'insuperabile e irragionevole presunzione di preferenza per i candidati inseriti nelle suddette graduatorie;

- gli artt. 3 e 97 Cost. sono ancora violati per l'irragionevolezza della previsione di un così stringente limite per la provvista di personale da parte della RAI, in un contesto normativo che tutela l'efficienza del servizio radiotelevisivo sottraendolo alle generali regole limitative dell'autonomia economica, gestionale e organizzativa dettate per i soggetti inseriti nel c.d. Elenco Istat;

- gli artt. 3 e 97 Cost. sono violati anche in riferimento agli artt. 41, co.3, e 43, Cost., atteso che la finalità di tutela degli idonei nelle due graduatorie non rappresenta un "*fine sociale*" che, ai sensi dell'art. 41, co. 3, Cost., sia idoneo a indirizzare e orientare l'attività economica della società pubblica esercente il servizio pubblico radiotelevisivo attraverso la descritta limitazione dell'autonomia della RAI;

- sempre gli artt. 3 e 97 Cost., infine, sono violati perché il co. 1096 finirebbe per prorogare *ad infinitum* la validità di due risalenti graduatorie, in ispregio dell'esigenza della concessionaria pubblica di valersi di personale dotato di competenze professionali aggiornate, in un settore (qual è quello della comunicazione) in continua evoluzione.

Tali censure, si ribadisce, sono formulate solo in via strettamente subordinata e tuzioristicamente, nella denegata ipotesi che l'Ecc.mo Consiglio di Stato intendesse aderire all'interpretazione della l. n. 205/2017 fatta propria dalla sentenza gravata. È lo stesso criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione che, tuttavia, saldandosi alle considerazioni sopra svolte, depone inequivocabilmente per l'immediata riforma della sentenza gravata, per le ragioni sopra illustrate.

*

II. ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 1, CO. 1096, L. 205/2017, ART. 22 E SS. L. 241/1990, 7, 34 E 116 C.P.A. ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE. INGIUSTIZIA MANIFESTA. OMESSA PRONUNCIA.

Fermo restando quanto sopra, la Sentenza merita di essere riformata nella parte in cui, al capo 8, partendo dall'affermazione aprioristica che la RAI è assoggettata al diritto di accesso ex l. n. 241/1990 in forza del riferimento della norma anche ai “gestori di pubblici servizi” e ritenendo sussistente un interesse diretto, concreto e attuale dei ricorrenti in base all'errata e illegittima interpretazione dell'art. 1, co. 1096, l. 205/2017, conclude che sussiste in capo agli istanti “*la legittimazione [...] all'accesso agli atti delle procedure che hanno dato luogo alla formulazione delle citate graduatorie, e ciò senza che possa rilevare in contrario il contenuto della contrattazione collettiva invocato dalla resistente, in quanto la scelta discrezionale degli assunti da parte dei Direttori che ivi sarebbe prevista non preclude che **gli interessati possano procedere alla verifica della corretta applicazione nei loro confronti delle regole che disciplinano, a monte, la formazione delle graduatorie, facendo valere in giudizio, ove necessario, eventuali conseguenti posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle regole stesse**”.*

II.1 Ai sensi dell'art. 22, l. n. 241/1990, i soggetti di diritto privato sono soggetti alla disciplina sull'accesso “*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse*”. In particolare, per quanto riguarda il rapporto di lavoro, l'accesso è consentito solo laddove tale rapporto, instaurato e/o instaurando, sia strumentale alle attività di pubblico interesse e solo con riferimento **ai settori di autonoma rilevanza “pubblicistica”** (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro) e sempre **nei limiti in cui esso sia funzionale alla tutela di una specifica situazione giuridicamente rilevante** (cfr. Cons. St., Sez. VI, 10.2.2012, n. 6300).

Ciò trova conferma, oltre che nel divieto espresso di istanze di accesso preordinate al mero controllo generalizzato dell'operato delle pp.aa. (**art. 24, co. 3, l. 241/90**), anche nella costante giurisprudenza, secondo cui “*la disposizione di cui all'art. 22, co. 1, l.241/90 ...ha contestualmente definito tale interesse come **finalizzato alla «tutela» di situazioni giuridicamente rilevanti**. Del resto, anche l'art.2 del primo regolamento attuativo della legge, con riferimento all'accesso, approvato con d.P.R. n. 352/1997, ha chiarito che l'**interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere “personale e concreto”**, ossia **ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso, occorrendo che il richiedente intenda difendere una situazione di cui è portatore, qualificata dall'ordinamento come meritevole di tutela, non essendo sufficiente il generico e indistinto interesse di ogni cittadino alla legalità o al buon andamento dell'attività amministrativa**” (Cons. St., Ad. Pl., 24.4.2012, n. 7).*

Ne deriva che nessuna presunta violazione del principio della trasparenza è di sé sola idonea a fondare la richiesta di accesso se non collegata alla tutela di una situazione giuridica qualificata adeguatamente motivata.

Ebbene, la Sentenza è errata in quanto non ha adeguatamente considerato che

- **la graduatoria B** stilata all'esito della procedura avviata il 24.2.2014 **ha una validità di 3 anni dalla sua pubblicazione**, come espressamente previsto nell'avviso di selezione;

- **tale graduatoria, pubblicata il 15.10.2015, ha perso efficacia il 15.10.2018;**

- **Rai, decorsi 3 anni, non è in alcun modo vincolata a utilizzare tale graduatoria** sulla base sia della previsione espressa contenuta nell'avviso, sia in forza di un corretto bilanciamento tra le contrapposte esigenze *(i)* di tutela dei partecipanti, *(ii)* di efficienza del datore di lavoro, che può legittimamente ritenere non più adeguate alle proprie esigenze gli partecipanti valutati da oltre 3 anni, *(iii)* di tutela dei possibili e nuovi candidati alle posizioni lavorative in questione, *(iv)* dell'interesse pubblico al buon andamento del servizio pubblico anche per il tramite del reperimento delle migliori risorse disponibili sul mercato;

- **come già osservato, l'art. 1, co. 1096, della Legge di Bilancio 2018**, base sulla quale poggiano l'istanza di accesso agli atti e lo stesso ricorso, non prevede(va) un obbligo in capo a RAI, bensì **una mera facoltà** (la dicitura utilizzata, si ribadisce, è "*può avviare*") di attingere "*in primis al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013 e 2015 di giornalisti professionisti riconosciuti idonei*", **graduatorie che, all'evidenza dovranno essere valide ed efficaci al momento del loro utilizzo, pena la violazione**, non solo dei principi di imparzialità, parità di trattamento e buon andamento, ma anche **delle stesse finalità individuate dalla disposizione in questione**, in forza della quale per cui tale facoltà, unitamente alla previsione della non applicabilità a Rai delle norme di contenimento della spesa in materia di gestione, organizzazione, contabilità, finanza, investimenti e disinvestimenti, è stata prevista "*al fine di assicurare il pieno ed efficace svolgimento delle attività funzionali al raggiungimento degli obiettivi istituzionali e societari attribuiti alla società concessionaria del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, nonché di garantire gli equilibri concorrenziali nel mercato radiotelevisivo*";

- **l'art. 24, co. 3, del Contratto di servizio 2018-2022** prevede che "*La Rai si impegna a ricorrere prioritariamente, ai fini dell'eventuale assunzione di professionalità giornalistiche, alle graduatorie dei concorsi giornalistici indetti con avviso di selezione del 2 agosto 2013 e con bando del 24 febbraio 2014 nei limiti della loro validità e della idoneità dei candidati*";

- **perdendo efficacia la graduatoria, i ricorrenti non sono portatori di alcuna posizione giuridica qualificata.**

Alla luce di quanto sopra è evidente l'illegittimità della Sentenza, atteso che i ricorrenti non sono portatori di un interesse diretto, concreto e attuale all'accesso degli atti richiesti, in quanto non possono trarre alcun vantaggio dalla conoscenza degli stessi, né in termini di contestazione degli esiti della selezione, né in termini di scorrimento della graduatoria, non più efficace.

II.2 La Sentenza è parimenti errata laddove **in maniera apodittica e superficiale afferma l'irrelevanza delle previsioni contrattuali, collettive e regolamentari, che governano le assunzioni della RAI con riferimento al personale giornalistico.**

L'assenza di un interesse qualificato in capo ai ricorrenti deriva dalla considerazione che, anche laddove si ritenesse ancora valida la graduatoria, comunque non sarebbe sufficiente lo scorrimento della stessa ai fini dell'assunzione.

Al riguardo, (come già precisato in primo grado, ma pretermesso dal TAR) si rileva che **il percorso di natura privatistica sotteso alle assunzioni del personale giornalistico presso la RAI è ben più articolato rispetto alla mera utilizzazione delle "graduatorie"** formate all'esito della selezione effettuata nel 2014/2015.

Le previsioni contrattuali – collettive e regolamentari - di riferimento possono essere infatti fondamentalmente individuate nelle seguenti:

a) **l'art. 6 del CNLG**, ove si prevede espressamente che: ***“È il direttore che propone le assunzioni e, per motivi tecnico-professionali, i licenziamenti dei giornalisti”***;

b) **l'art. 34 del citato CNLG**, che stabilisce tra i compiti del Comitato di Redazione (CdR), quello di: ***“d) esprimere pareri preventivi e formulare proposte [su] i trasferimenti, i licenziamenti”***;

c) **l'art. 4 del contratto integrativo Rai-Usigrai**, il quale afferma che ***“il reclutamento del personale giornalistico avviene di norma tramite iniziative selettive, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità”***: l'espressione “di norma” evidentemente consente di ritenere derogabile la procedura selettiva;

d) **l'art. 23 del citato contratto integrativo**, che prevede: il ***“Direttore di testata esercita i poteri previsti dall'art. 6 del CNLG nel rispetto della legge sulla stampa e della normativa vigente in materia di disciplina del sistema radiotelevisivo”***.

e) **il paragrafo “Poteri dei Direttori” della Carta dei diritti e dei doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico**, che prevede che, nell'ambito di ***“linee redazionali, in occasione di nomine, promozioni e/o attribuzioni di incarichi, i direttori di testata dovranno informare i CdR dei criteri seguiti nel determinare eventuali modificazioni dell'assetto funzionale preesistente, nonché dei curriculum professionali...in base ai quali sono state operate le scelte individuali per le nomine, le promozioni e gli affidamenti di incarichi”***.

Sulla scorta di tale quadro normativo di fonte privatistica (regolamentare e contrattuale) si può negare la configurabilità di qualsivoglia interesse qualificato degli istanti a ottenere la documentazione richiesta, non potendo gli stessi far valere dinnanzi al Giud. Ord. alcun diritto soggettivo: **né il diritto al risarcimento del danno per perdita di *chance*, né il diritto all'assunzione sulla base del mero inserimento del singolo nominativo nella graduatoria stilata all'esito delle procedura selettiva.**

Ciò in quanto il giudice ordinario, non potendo entrare nel merito delle scelte discrezionali sottese alla formazione della graduatoria, non potrebbe comunque accogliere le domande risarcitorie o costitutive del rapporto di lavoro sulla base del solo dato dell'inclusione nelle graduatorie.

Del resto, la procedura in argomento soddisfa pienamente l'obbligo di corretta applicazione dei criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità imposti dal D. Lgs. 175/2016, nonché dalla normativa speciale applicabile alla Rai (art. 49, co. 10, lett. g), del d.lgs. n. 177/2005, introdotto dalla l. n. 220/2015, che impone esclusivamente la pubblicazione dei criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi a collaboratori esterni).

II.3 La Sentenza è altresì errata e illegittima laddove **ha ommesso di valutare le eccezioni di genericità dell'istanza di accesso, di inammissibilità della stessa in quanto preordinata a un controllo generalizzato dell'operato di RAI, di prevalenza e adeguata tutela delle esigenze di riservatezza dei terzi.**

Nella specie, i ricorrenti hanno chiesto l'ostensione "*dei documenti relativi alla procedura di selezione pubblica Concorso Rai 2015, e, in particolare degli elaborati ed esiti tutti relativi alle prove concorsuali svolte da tutti i partecipanti e, in particolare, dai vincitori*".

Formulata nei termini sopra descritti l'istanza appare generica, oltre che preordinata a un controllo generalizzato dell'operato di RAI, atteso che

- alla selezione hanno partecipato 4975 giornalisti, dei quali 2828 presenti alla prima prova preselettiva e 400 ammessi alla seconda e terza prova;
- la procedura prevedeva la presentazione di più documenti, e si è articolata in tre prove, suddivise in più fasi, che hanno comportato anche l'invio o la realizzazione di *files* video e audio.

Per citare solo alcuni esempi, nella seconda prova veniva richiesta la "*redazione e lettura di un testo giornalistico destinato alla TV*" oppure l'"*improvvisazione in video su un tema di attualità su un argomento a scelta del candidato tra due opzioni, con supporto di flusso di immagini*". Tra gli "*elaborati*" dei partecipanti e dei vincitori rientrano, dunque, non solo i *curricula*, ma anche filmati e immagini riportanti dati sensibili e riservati.

Di conseguenza, è palese la genericità e la pretestuosità dell'istanza di accesso formulata, posto che per RAI sarebbe materialmente molto difficoltosa, oltre che lesiva del diritto alla riservatezza dei partecipanti alla selezione, l'ostensione indiscriminata e generalizzata di tutti i documenti e *files* richiesti dai ricorrenti, compresi *curricula*, filmati e immagini.

Invero, non trattandosi di un concorso pubblico, non trovano applicazione i precedenti giurisprudenziali invocati nel ricorso avversario, che attengono a concorsi pubblici.

Inoltre, stante quanto rilevato nel paragrafo precedente, non potendo vantare i ricorrenti un interesse qualificato all'accesso e considerato che la conoscenza dei documenti richiesti non è necessaria per curare e difendere i loro interessi giuridici, l'interesse alla riservatezza si riepande e prevale sulle esigenze legate all'accesso (cfr. Cons. S., Ad.Pl., 4.2.1997, n.5).

L'istanza di accesso non è supportata da una posizione giuridica qualificata e non risponde a nessuna reale esigenza di difesa di interessi giuridici meritevoli di tutela. Ne deriva che non possono considerarsi recessive le esigenze di riservatezza dei controinteressati.

Alla luce di quanto sopra, il diniego opposto dalla RAI è legittimo e la Sentenza impugnata merita di essere riformata e/o annullata.

*

Istanza cautelare

Si chiede a codesto on. Consesso di voler disporre la sospensione dell'esecutività della Sentenza impugnata, considerati i motivi di appello proposti e il pregiudizio grave e irreparabile che deriverebbe dall'esecuzione della stessa. Quanto al *fumus boni iuris*, si rinvia ai suesposti motivi. Con riferimento, invece, al *periculum in mora*, è evidente che l'ostensione degli atti, in esecuzione della Sentenza, precluderebbe irrimediabilmente gli effetti di un'eventuale decisione favorevole da parte di codesto on. Consiglio.

*

Istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ex art. 41 c. p. a.

L'appellante formula istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ex art. 41, co 4, cpa. Nel caso di specie, infatti, la notificazione del ricorso alle altre parti private “*risulta particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio*”, circostanza che è provata dal fatto che analoga autorizzazione è stata concessa alla parte ricorrente in primo grado, odierna appellata. Si aggiunga che la notificazione per pubblici proclami è anche coerente con le esigenze di celerità alle quali si ispira il rito speciale qui applicabile.

*

P.Q.M.

Si chiede che l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito, ogni contraria deduzione ed eccezione disattesa, previa sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, nonché, laddove occorrer possa, anche previa rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale del comma 1096, dell'art. 1, della l. n. 205/2017 per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97 Cost., nei termini sopra illustrati, voglia accogliere il presente appello e, per l'effetto, annullare e/o riformare la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, n. 9347/2019.

Con vittoria di spese e onorari di giudizio, oltre accessori, nonché rifusione del C.U. che si dichiara versato nella somma di € 450,00 in quanto la controversia verte in materia di accesso.

Si depositano, unitamente alla sentenza impugnata, i documenti di cui in narrativa.

Roma, 15 novembre 2019

Avv. Prof. Massimo Luciani

Avv. Prof. Stefano D'Ercole

Avv. Nicola Palombi

Avv. Francesco Pignatiello