

AVV. PROF. MASSIMO LUCIANI

L.re Raffaello Sanzio, n. 9
00153 Roma
tel. 06.90236028 - fax 06.90236029
mail: massimo.luciani@studiolegaleluciani.it
PEC: massimoluciani@ordineavvocatiroma.org

AVV. PROF. STEFANO D'ERCOLE

Via in Arcione, n. 71
00187 Roma
Tel. 06.6840041 - fax 06.6864800
mail: studio@studiodercole.it
PEC: stefanodercole@ordineavvocatiroma.org

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN S.G.

* * * * *

Appello

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 del legale rappresentante *pro tempore* quale Direttore della Direzione “Affari Legali e Societari” Avv. Francesco Spadafora (C.F. SPD FNC 74M28 C351F), 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, giusta procura speciale in calce al presente atto *ex art.* 83, comma 3, cod. proc. civ. rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli Avv.ti Prof. Massimo Luciani (cod. fisc. LCN MSM 52L23 H501G, pec massimoluciani@ordineavvocatiroma.org), Prof. Stefano D’Ercole (cod. fisc. DRC SFN 47A15 E506G, pec stefanodercole@ordineavvocatiroma.org) e Nicola Palombi (cod. fisc. PLM NCL 66M07 H501H, pec nicolapalombi@ordineavvocatiroma.org), con domicilio eletto presso i recapiti di posta elettronica certificata dei difensori, censiti nel REGINDE, nonché 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*),

contro

i sigg.ri Alessio Garofoli (c.f. GRFLSS77R07H501Z), Manuel Bertin (c.f. BRTMNL75E09I904I), Giuseppina Sozio (c.f. SZOGPP81H43A509Y), Graziano Capponago Del Monte (C.F. CPPGZN59T18F205O), Giulia Dellepiane (c.f. DLLGLI82L42L219I), tutti rappresentati e difesi dall’avv. Vincenzo Iacovino (C.F. CVNVCN61R07F391R), con domicilio eletto in Roma presso lo Studio del difensore in Via Lima, n. 20 e all’indirizzo PEC: *vincenzo.iacovino@legalmail.it*,

nonché nei confronti dei

sigg.ri Maria Elena Scandaliato (c.f. SCNMLN80P69H501C), Davide Maggiore (c.f. MGGDVD83D22H501H), Francesco Maesano (c.f. MSNFNC86E14F205U), Marco Bariletti (c.f. BRLMRC75B02E514T), non costituiti nel giudizio di primo grado;

per l’annullamento e la riforma,

previa sospensione cautelare, anche con provvedimento presidenziale monocratico,
della sentenza del T.A.R. del Lazio, Roma, Sez. III, 26 settembre 2022, n. 12146, non notificata.

* * * * *

FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO

1.- In data 24.2.2014 RAI avviava una selezione per titoli e prove, finalizzata a individuare 100 Giornalisti Professionisti per far fronte a future esigenze, da utilizzare con contratti a tempo determinato, nell'ambito di tutto il territorio nazionale. Nell'avviso di selezione era espressamente previsto che la graduatoria finale avrebbe avuto validità di 3 anni dalla pubblicazione.

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

Al termine delle selezioni, in data 15.10.2015, venivano pubblicate due graduatorie: una relativa ai vincitori (graduatoria A), successivamente ripubblicata in data 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 26.11.2018 i ricorrenti presentavano un'istanza i cui contenuti possono essere così riassunti:

- invito e diffida alla RAI, in pretesa ottemperanza a quanto asseritamente previsto dall'art. 1, comma 1096, l. n. 205 del 2017, ad attingere *in primis* al personale idoneo inserito nelle graduatorie 2013-2015;
- invito e diffida alla RAI (senza indicare alcun riferimento normativo) a fornire tempestivamente agli istanti: "1 la pianta organica dei giornalisti Rai prima delle graduatorie 2013-2015; 2 la pianta organica dei giornalisti integrata con le eventuali assunzioni dei vincitori e degli idonei a seguito della pubblicazione delle graduatorie 2013-2015; 3 l'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 senza attingere alle graduatorie 2013-2015; 4 l'elenco degli esodi di risorse giornalistiche a partire dal 2013 sino a tutt'oggi e l'elenco degli esodi preventivati e pianificati anche a far data dal 2019";
- invito e diffida alla RAI a esercitare il dovuto controllo circa il corretto e tempestivo adempimento alle disposizioni dell'art. 1, comma 1096, l. n. 205 del 2017.

Con nota, prot. RUO/RI 29366 del 21.12.2018, la RAI ha riscontrato la predetta istanza, opponendo "l'irricevibilità di ogni atto di significazione, diffida, messa in mora o istanza contenuta nella comunicazione in riscontro, da considerarsi priva di ogni effetto, tenuto conto che l'attività di RAI è già pienamente conforme a quanto normativamente previsto" e negando l'accesso agli atti.

2.- Gli istanti hanno allora adito il TAR del Lazio per ottenere l'accertamento del diritto all'accesso. Con la sent. n. 9348 del 2019 il ricorso era parzialmente accolto. Il Giudice di prime cure riteneva che:

- gli allora ricorrenti, quali inseriti nella graduatoria B sopra menzionata, avrebbero una posizione giuridica qualificata *“a verificare l’attuazione, per quanto di loro pertinenza, del comma 1096 dell’art. 1 della Legge 27.12.2017, n. 205, il quale individua una astratta possibilità per la RAI - in un quadro di ampia discrezionalità - 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”*;

- *“Con riferimento [...] all’inesistenza (eccepita dalla resistente) dei documenti denominati «piante organiche» di cui ai punti 1) e 2) dell’istanza di accesso”* era necessario *“privilegiare una lettura sostanziale della domanda”*, con conseguente riconoscimento dell'accesso al *“libro unico del lavoro”*;

- quanto alla domanda di accesso all'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 senza attingere alle graduatorie 2013 e 2015, degli esodi di risorse giornalistiche, gli allora ricorrenti avrebbero titolo all'accesso *“limitatamente al documento sub 3)”*, recante l'elenco dei giornalisti assunti, vantando *“un interesse omogeneo rispetto a quello sotteso alla domanda volta all’acquisizione della documentazione sub 1) e sub 2)”*.

3.- Interponeva appello la RAI, lamentando in rito il mancato perfezionamento del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti controinteressati privati per difetto di rituale notifica e nel merito la violazione della disciplina dell'accesso agli atti della pubblica Amministrazione. In particolare, la RAI contestava sia l'assenza di un interesse qualificato all'accesso da parte dei ricorrenti che il rilievo pubblicistico del medesimo, che solo giustificerebbe l'applicazione della disciplina dell'accesso alla persona giuridica di diritto privato esercente un pubblico servizio, qual è la RAI, in ossequio ai principi sanciti dalla sent. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 13 del 2016.

4.- Con sent. 21 maggio 2021, n. 4003, la Sez. VI dell'Ecc.mo Consiglio di Stato accoglieva l'appello e, in particolare, il primo motivo, concernente il difetto di rituale notificazione del gravame nei confronti di alcuni dei controinteressati. In particolare la sentenza rilevava che *“il ricorso di primo grado è stato notificato ai signori Maria Elena Scandaliato, Davide Maggiore, Francesco Maesano e Marco Bariletti nella qualità di controinteressati, che non si sono costituiti in giudizio, ma che, tuttavia, l’atto introduttivo del giudizio di primo grado è stato notificato non direttamente a costoro, presso la propria residenza, ma presso la RAI (per come*

risulta dalla documentazione presente nel fascicolo di primo grado) e non è stata offerta la prova che costoro abbiano effettivamente ricevuto l'atto notificato".

Conseguentemente, l'Ecc.mo Consiglio di Stato annullava e riformava il pronunciamento di prime cure, *"con rinvio del processo al primo giudice, onde assicurare, mediante rinnovo della notifica ai controinteressati, l'integrazione del contraddittorio"*.

5.- Gli appellati riassumevano il giudizio, insistendo sul preteso diritto dei ricorrenti all'accesso ai sensi degli artt. 22 sgg. della l. n. 241 del 1990 nonché affermando che la RAI, ove ritenesse di procedere ad assunzioni di giornalisti, dovrebbe necessariamente attingere alla graduatoria del 2013 e alla graduatoria B del 2015.

6.- Si costituiva in giudizio l'odierna appellante, lamentando l'infondatezza della domanda, in quanto non sorretta da un interesse giuridicamente qualificato e intesa – invece – a un controllo generalizzato sull'operato dell'Azienda.

7.- Con ord. 23 novembre 2021, n. 12046, il TAR del Lazio, avendo rilevato l'avvenuto perfezionamento della notificazione del ricorso in riassunzione nei confronti di almeno un controinteressato, rilevava l'esigenza di integrare il contraddittorio nei confronti dei potenziali controinteressati e disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti controinteressati autorizzando la forma dei "pubblici proclami". Esperita tale formalità, veniva fissata la trattazione del ricorso nel merito.

8.- Con la sentenza gravata il ricorso in riassunzione è stato accolto *pro parte*.

Il TAR ha inopinatamente dato continuità al proprio precedente del 2019, osservando, in sintesi quanto segue:

i) può "ravvisarsi in capo ai ricorrenti un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza dei documenti richiesti, con specifico riguardo a quelli individuati sub n. 1), 2) e 3) dell'istanza di accesso avanzata il 19 novembre 2018 e nell'ambito del proposto ricorso, nella specie consistenti in: «1. La pianta organica dei giornalisti RAI prima delle graduatorie 2013 e 2015; 2. La pianta organica dei giornalisti integrata con le eventuali assunzioni dei vincitori e degli idonei a seguito della pubblicazione della graduatoria 2013 e 2015; 3. L'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 senza attingere alle graduatorie 2013 e 2015»";

ii) sussiste "una posizione giuridica qualificata e differenziata in capo ai ricorrenti – tutti collocatisi nella c.d. graduatoria B, pubblicata il 15.10.2015, comprendente gli idonei non vincitori del concorso per l'assunzione di n. 100 giornalisti, indetto dalla RAI il 24.2.2014 – da intendersi come interesse a verificare l'attuazione, per quanto di loro pertinenza, del comma 1096 dell'art. 1 della Legge 27.12.2017, n. 205, il quale individua una astratta possibilità per

la RAI - in un quadro di ampia discrezionalità - 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”;

iii) tale interesse “appare in sostanza riconducibile [...] all’esigenza di verificare quante nuove assunzioni di giornalisti siano state (eventualmente) effettuate dalla RAI, attingendo (o meno) alle graduatorie 2013 e 2015”;

iv) “Con riferimento [...] all’opposta inesistenza – nell’ambito del diniego gravato – dei documenti espressamente denominati «piante organiche» nell’avanzata istanza di accesso ai punti 1) e 2), il Collegio intende richiamarsi alle argomentazioni svolte nella precedente sentenza della Sezione n. 9348/2019, sopra menzionata, per precisarne l’equipollenza al «libro unico del lavoro», condividendo l’esigenza di «... privilegiare una lettura sostanziale della domanda all’odierno esame e che, al di là dell’espressione testualmente utilizzata da parte ricorrente, risulti chiaramente percepibile che lo scopo dell’istanza sia quello di verificare quante nuove assunzioni di giornalisti siano state (eventualmente) effettuate dalla RAI, senza attingere alla graduatorie 2013 e 2015 e che la stessa si riferisca, in senso lato, al documento aziendale obbligatorio da cui i dati di interesse possano evincersi. In questa ottica, del tutto equipollente alla (inesistente) ‘pianta organica’ deve ritenersi, per fatto notorio, il ‘libro unico del lavoro’ che ogni datore di lavoro è tenuto a tenere al fine di documentare lo stato effettivo di ogni singolo rapporto di lavoro e che rappresenta, per gli organi di vigilanza, lo strumento attraverso il quale verificare lo stato occupazionale dell’impresa”.

È stata invece rigettata la domanda d’accesso all’elenco degli esodi di risorse giornalistiche dal 2013 in avanti e all’elenco degli esodi preventivati e pianificati dalla RAI dal 2019. Tale richiesta era stata già ritenuta “*non collegata ad un documento individuato e/o individuabile*” né a un “*preciso e concreto interesse alla conoscenza*” nella pronuncia del 2019. Detta pronuncia non era stata sul punto appellata dagli allora ricorrenti, sicché per tale profilo è ormai maturato il giudicato.

9.- La sentenza gravata ha dunque impartito all’odierna appellante le seguenti prescrizioni:

“a) la resistente RAI dovrà consentire a parte ricorrente, entro giorni trenta dalla comunicazione o notificazione (se anteriore) della presente sentenza, l’accesso agli atti e ai documenti sopra individuati”;

“b) l’accesso dovrà essere consentito unicamente agli atti effettivamente formati e detenuti dalla RAI, essendo ontologicamente impossibile che esso sia effettuato rispetto ad atti non documentati; pertanto, nel caso e nella misura in cui taluni degli atti di cui alla superiore

lettera a) non siano stati oggetto di documentazione, RAI dovrà fare menzione di tale circostanza; ciò alla luce della condivisibile regola per cui l'Amministrazione può e deve consentire l'accesso unicamente a documenti già esistenti e che siano in suo possesso, in quanto, alla luce del principio «ad impossibilia nemo tenetur», anche nei procedimenti di accesso ai documenti amministrativi l'esercizio del relativo diritto o l'ordine di esibizione può riguardare solo i documenti esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati (cfr. Cons. St., sez. V, sent. 19 febbraio 2018, n. 1033); e spetta all'Amministrazione destinataria dell'accesso indicare, sotto la propria responsabilità, quali sono gli atti inesistenti che non è in grado di esibire (TAR Lazio, sez. III bis, sent. 2 novembre 2018, n. 10553)».

* * * * *

La sentenza indicata in epigrafe deve essere annullata e riformata, per i seguenti motivi di

DIRITTO

Premessa

In seguito all'udienza in cui è stata trattenuto in decisione il giudizio, la dott.ssa Dellepiane con pec del 13.5.2022, inviata per conoscenza anche alla RAI, ha revocato il mandato all'avv. Vincenzo Iacovino per il ricorso instaurato dinanzi al TAR Lazio, R.G. n. 7114/2021. In data 20.5.2022, la dott.ssa Dellepiane, inoltre, *“ha rinunciato a proseguire il giudizio di riassunzione innanzi al TAR Lazio (R.G. n. 7114/2021)”*. Nei confronti della dott.ssa Dellepiane, dunque, la vertenza si è estinta per improcedibilità e/o cessazione della materia del contendere.

1.- In rito e nel merito. Inammissibilità e/o infondatezza del gravame per difetto d'interesse e violazione degli artt. 22 e 23 della l. n. 241 del 1990. La sentenza gravata è illegittima per plurimi profili, che possono essere sintetizzati come segue:

i) il TAR ha riconosciuto l'accesso agli atti di un soggetto di diritto privato esercente un pubblico servizio oltrepassando i limiti individuati dalla giurisprudenza di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato, segnatamente dalla sent. Ad. Plen., n. 13 del 2016;

ii) il TAR ha riconosciuto l'accesso agli atti in mancanza di un interesse giuridicamente qualificato che possa differenziare gli appellati da ogni comune utente del servizio pubblico radiotelevisivo;

iii) il TAR non ha riconosciuto l'accesso a uno specifico documento amministrativo, ma ha consentito una forma di controllo sostanzialmente generalizzato sull'attività dell'appellante, controllo certamente non consentito dalla legge;

iv) il TAR non ha riconosciuto l'accesso a uno specifico documento già formato e in possesso dell'appellante, bensì ha onerato l'Azienda della creazione *ex novo* di un documento

amministrativo, così imponendo un obbligo di *facere*, non contemplato dalla disciplina dell'accesso agli atti della pubblica Amministrazione.

2.- Prima di esaminare partitamente ognuno di questi profili è opportuno ricordare che la presente vicenda si inserisce in un più articolato contenzioso portato allo scrutinio non solo del Giudice amministrativo ma anche di quello civile, in funzione di Giudice del lavoro. Davanti all'A.G.A., parte ricorrente ha infatti proposto due ricorsi “paralleli”, aventi a oggetto domande di ostensione di documenti diversi.

Nella presente vicenda, gli appellati hanno chiesto la trasmissione dei seguenti atti: “1) *la pianta organica dei giornalisti RAI prima delle graduatorie 2013-2015*; 2) *la pianta organica dei giornalisti integrata con le eventuali assunzioni dei vincitori e degli idonei a seguito della pubblicazione delle graduatorie 2013-2015*; 3) *l'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 senza attingere alle graduatorie 2013-2015*; 4) *l'elenco degli esodi di risorse giornalistiche a partire dal 2013 sino a tutt'oggi e l'elenco degli esodi preventivati e pianificati anche a far data dal 2019*” (così le parole della sent. Cons. Stato, n. 4003, che ha dato luogo al presente procedimento in riassunzione).

Nel separato giudizio, come già accennato, gli odierni appellati hanno chiesto l'ostensione dei seguenti atti: “*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*” (così, citando la sent. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4004 del 2021).

Nella cit. sent. n. 4004 si è appunto statuito che:

- alla RAI, nella qualità di gestore del servizio pubblico radiotelevisivo, è applicabile la disciplina dell'accesso agli atti della pubblica Amministrazione solo **nei limiti e con le modalità – appunto – previste per i soggetti esercenti pubblici servizi**;

- tale accesso deve fondarsi sulla “*sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto di accedere*”, ancorché non necessariamente connesso in via “*strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante, assumendo invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e neppure, quindi, dalla eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente l'accesso, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre*”;

- “*accanto all'interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa deve stagliarsi, nitido, un rapporto di «necessaria strumentalità» tra tale interesse e la*

documentazione di cui si chiede l'ostensione, in quanto l'interesse all'accesso, seppure attualmente (e, più correttamente) concepito in una ottica di «ampia strumentalità» tra la conoscenza del documento e la tutela della posizione soggettiva vantata [...], deve pur sempre configurarsi come diretto, concreto, attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»;

- “i richiedenti, partecipando alla selezione e collocandosi in una delle due graduatorie finali, conservano il diritto di avere copia dei documenti della procedura selettiva”, in quanto “dalla conoscenza di tali documenti gli odierni appellati potrebbero trarre ispirazione per avviare percorsi giudiziari ovvero, all'opposto, soprassedere a qualsiasi avvio di contenzioso che potrebbe prospettarsi dall'esito incerto, con un evidente e conseguente riflesso deflattivo in ordine a potenziali propositi litigiosi”.

3.- Applicando il medesimo metro di giudizio alla presente vicenda deve dunque concludersi per la riforma della sentenza gravata. Come si diceva, infatti, **il TAR ha accolto la domanda d'accesso superando i limiti stabiliti dalla giurisprudenza amministrativa in materia di accesso agli atti dei soggetti di diritto privato esercenti un pubblico servizio** (profilo *sub i*) dell'elenco di cui al par. 1).

Invero, preme osservare che la RAI non è una pubblica Amministrazione e non è soggetta alle norme in materia di accesso agli atti come se fosse un'“ordinaria” P.A. Sul punto basti richiamare le c.d. “sentenze gemelle” della Suprema Corte di cassazione (Sez. Un. n. 28329 e 28330 del 2011).

Come già accennato, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990 la disciplina in materia di accesso si applica ai “*soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*” e solo per i profili che presentino un “*nesso di strumentalità derivante dalla intensa conformazione pubblicistica*” (TAR Lazio, Sez. III, sent. n. 10428 del 2018).

In particolare, per gli enti di diritto privato, giusta quanto affermato dalla sent. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 13 del 2016, con riferimento ai rapporti di lavoro, l'accesso agli atti è limitato “*alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici, quando gli stessi [...] incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori, protetti anche in ambito comunitario (ad esempio, in tema di mobilità, o di stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari)*”.

Ebbene: gli atti richiesti con il presente giudizio non rientrano in alcuno degli ambiti sopra indicati, non esibendo alcun collegamento con l'ambito pubblicistico e rientrando invece in una

sfera prettamente privatistica, regolamentata solo dalla contrattazione collettiva e per ciò sottratta all'accesso. L'elenco dei giornalisti assunti e in forza alla RAI, infatti, non costituisce un provvedimento di organizzazione degli uffici, difettando con ogni evidenza l'elemento organizzativo-pianificatorio della gestione del personale.

Né, si badi, si può sostenere che la previsione *ex art. 1, comma 1096, della l. n. 205 del 2017* abbia conferito all'elenco dei giornalisti in servizio presso la RAI una connotazione di tipo organizzativo. Così, invero, non è.

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 qualsivoglia 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"*.

Va peraltro ricordato che la cit. sent. n. 4004 del 2021 dell'Ecc.mo Consiglio di Stato ha affermato che *"i richiedenti, partecipando alla selezione e collocandosi in una delle due graduatorie finali, conservano il diritto di avere copia dei documenti della procedura selettiva, seppure svolta attraverso modelli civilistici, anche ed in quanto il citato art. 1, comma 1096, L. n. 205 del 2017 potrebbe, per le espressioni in esso contenute, costituire norma utile ai graduati per aspirare allo scorrimento, senza per questa ragione volersi affermare, sotto alcun profilo o valenza giuridica, che tale disposizione sia applicabile in senso favorevole ai richiedenti l'accesso documentale o trovi quale destinatario di obblighi specifici la stessa R., richiamandosi in questa sede detta norma ai solo fini della dimostrazione circa l'esistenza della legittimazione e dell'interesse da parte dei richiedenti l'accesso documentale ad ottenere la documentazione relativa alla procedura selettiva in questione"*.

Il comma 1096 della Legge di bilancio 2017, dunque, ha legittimato gli appellati a prendere

visione degli atti del procedimento di formazione della graduatoria relativa alla procedura di selezione cui hanno partecipato. Detta previsione, però, non li legittima a prendere visione di ogni atto di gestione del personale dell'Azienda appellante, né degli elenchi dei giornalisti in servizio presso la RAI.

4.- La sentenza gravata è errata e illegittima anche perché **ha riconosciuto l'accesso agli atti in mancanza di un interesse giuridicamente qualificato che possa differenziare gli appellati da ogni comune utente del servizio pubblico radiotelevisivo** (profilo *sub ii*) dell'elenco di cui al par. 1).

Come è stato accennato, pende tra le parti innanzi il Giudice civile un giudizio nel quale gli appellati hanno chiesto che sia accertato il loro preteso diritto a essere assunti in forza del predetto comma 1096 della l. n. 205 del 2017. In particolare, il Tribunale di Roma, con sent. Sez. lav., 11 novembre 2021, ha rigettato tutte le domande degli allora ricorrenti e appellati nel presente giudizio, affermando che il comma 1096 “*deve [...] necessariamente interpretarsi nel senso di escludere il vincolo per l'Azienda di esaurire prioritariamente le graduatorie richiamate per poter procedere all'assunzione di personale che, pur di livello più basso, risponda a rinnovate esigenze organizzative e produttive. Diversamente ritenendo si giungerebbe ad affermare la sussistenza di un vincolo, neppure temporalmente limitato da un'ulteriore scadenza che dovrebbe accompagnare la proroga espressa delle graduatorie, al potere di organizzazione dell'ente e ciò in palese contrasto con i dichiarati obiettivi di efficienza dell'attività dell'ente nell'ottica di garanzia degli equilibri concorrenziali*”. Detta sentenza è stata gravata dagli odierni appellati innanzi la Corte d'appello di Roma, Ebbene: l'accesso agli atti qui richiesto è del tutto estraneo alle esigenze difensive degli odierni appellati, per diversi motivi.

In primo luogo, è pacifico e notorio che la RAI, nel 2019, ha avviato delle nuove procedure selettive per l'arruolamento di personale giornalistico. La prima è una selezione di giornalisti da destinare alle sedi RAI regionali; la seconda è una procedura di selezione riservata al personale che ha maturato una particolare esperienza in seno alla RAI nel corso dei passati cinque anni. La RAI non ha mai negato (né potrebbe farlo, né ha interesse a negare tale circostanza) di avere assunto personale giornalistico senza impiegare la graduatoria in cui sono compresi gli appellati. Atti e documenti delle due procedure sono stati versati in atti nel giudizio innanzi il Tribunale civile e gli odierni appellati ne hanno richiesto la declaratoria di nullità, l'annullamento o comunque la disapplicazione, contestualmente alla loro assunzione. Il Tribunale ha preso atto di tali materiali, che sono ampiamente citati nella sentenza dell'11

novembre 2021 già menzionata (cfr. pp. 6 e 7).

Ogni altro atto o documento propedeutico, consequenziale o comunque connesso non potrebbe in alcun modo essere utilmente impiegato in veruna sede (giudiziale o stragiudiziale) al fine di rivendicare l'asserito diritto allo scorrimento delle graduatorie.

Alla luce di quanto sin qui osservato vale il fondamentale principio di diritto sancito nella sent. Ad. Plen., n. 4 del 2021, che *“in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare”*.

Analoga statuizione è contenuta nella successiva sent. n. 2655 del 2022 della Sez. VI di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato, ove si afferma che *“Il parametro di riferimento è la sentenza n. 4/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che espone una condivisibile ricostruzione dell'accesso difensivo, che, nei termini di interesse ai fini del presente giudizio, presuppone: a) la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici; b) la verifica della sussistenza di un interesse legittimante, dotato delle caratteristiche della immediatezza, della concretezza e dell'attualità. La sussistenza di un nesso di necessaria strumentalità impone al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione «finale» controversa. Secondo l'Adunanza Plenaria non è a tal fine sufficiente il generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando”*.

Tutto ciò considerato, risulta evidente che gli odierni appellati non hanno un interesse differenziato da quello di ogni altro soggetto all'accesso agli elenchi dei giornalisti in servizio presso l'Azienda. Non c'è previsione di legge o circostanza di fatto che possa qualificare giuridicamente tale interesse. Esso, dunque, non può qui essere tutelato ai sensi degli artt. 22 e 23 della l. n. 241 del 1990, che sono stati evidentemente violati dalla sentenza impugnata.

Si aggiunga, per soprammercato, che la graduatoria del 2015 è rimasta valida sino al 15.10.2018, secondo la disciplina *illo tempore* vigente. La scadenza della graduatoria costituisce ulteriore ragione di difetto d'interesse all'accesso oggetto di causa.

5.- A quanto ora illustrato si collega il terzo profilo d'erroneità della sentenza gravata (*sub iii*) dell'elenco di cui al par. 1): il TAR non ha riconosciuto l'accesso a uno specifico documento amministrativo, bensì ha consentito una **forma di controllo sostanzialmente generalizzato sull'attività dell'appellante**, controllo certamente non consentito dalla legge.

È bene insistere su questo profilo, che esibisce profili di interesse generale e istituzionale particolarmente delicati. Il TAR, infatti, ha affermato che qualunque soggetto che abbia partecipato a una procedura selettiva con l'Azienda ha il diritto di conoscere l'elenco di tutti i soggetti in servizio con le medesime funzioni ambite dal richiedente, anche accedendo al "libro unico del lavoro".

Si tratta, con ogni evidenza, di una forma di controllo generalizzato sull'attività dell' esercente un pubblico servizio, che deborda l'ambito d'applicazione della l. n. 241 del 1990 che è fissato dai suoi artt. 22 e 23. Come codesto Ecc.mo Consiglio di Stato ha affermato ancora di recente con la sent. Sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8745, "*l'interesse concreto, attuale e diretto deve preesistere all'istanza di accesso e non scaturire soltanto in esito alla conoscenza dei documenti richiesti con la medesima istanza: l'istanza di accesso, in altre parole, non deve avere finalità esplorative e dunque risultare preordinata, per via di generiche motivazioni, ad un controllo generalizzato dell'attività amministrativa*".

Il principio sotteso alla sentenza del TAR, invece, espone la RAI a continui accessi esplorativi che potrebbero essere intesi all'ostensione di atti e documenti di concreta gestione di una serie indefinita di rapporti giuridici ai quali i richiedenti sono certamente estranei. Tale circostanza mina l'autonomia dell'appellata e la sua capacità di competere nel mercato dei servizi radiotelevisivi, con conseguente detrimento anche dell'efficienza del servizio pubblico, anche in ragione dello svantaggio concorrenziale imposto alla RAI. L'azienda, infatti, compete in un mercato concorrenziale, anche nell'ambito dell'informazione, sicché l'esposizione a continue richieste esplorative di accesso comporterebbe la sostanziale impossibilità di funzionamento della RAI in condizioni di autentica parità con i suoi *competitors*. Invece, come si legge, a tacer d'altro, nella delibera n. 587/12/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, 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, costantemente attenta a evitare casi di sovr FINANZIAMENTO 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 aprile

2005, n. C(2005)1164 fin).

In questa prospettiva, l'orientamento assunto dal TAR del Lazio comporta una compressione dell'autonomia dell'appellante che – come detto – ha riflessi di ordine generale.

6.- Da ultimo, va osservato che il TAR non ha riconosciuto l'accesso a uno specifico documento già formato e in possesso dell'appellante, bensì ha **sostanzialmente onerato l'Azienda di creare ex novo un documento, così imponendo un obbligo di *facere*, non contemplato dalla disciplina dell'accesso agli atti della pubblica Amministrazione.**

Come si è visto, infatti, il TAR ha consentito l'accesso al libro unico del lavoro e all'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 in avanti. Ebbene: un documento già formato e a sé stante che contenga tali informazioni, semplicemente, non esiste.

6.1.- Il “LUL - Libro Unico del Lavoro”, infatti, è un documento contabile a formazione progressiva che ha sostituito, a partire dal gennaio 2009, i precedenti “libro-paga” e “libro matricola”. Esso è costituito da un file informatico contenente, per ogni dipendente in forza all'azienda, due sezioni: quella “anagrafico-retributiva” e quella delle “presenze-assenze” giornaliera. Il LUL deve essere elaborato mensilmente e consolidato entro la fine del mese successivo a quello nel quale i dipendenti hanno svolto la loro attività, sicché esso costituisce una “fotografia” mensile di tutto l'organico societario.

Per certificare il rispetto di tale obbligo e garantire nel tempo l'inalterabilità del dato, il file viene creato rispettando le seguenti specifiche tecnico-informatiche:

- il file è creato secondo lo standard pdf-A (non modificabile) ed è indicizzato per permettere la ricerca di un dato all'interno del documento;
- il file è firmato digitalmente dal Direttore delle Risorse Umane;
- al file viene successivamente associata una c.d. marca temporale, fornita da un ente certificatore, che attesti inequivocabilmente data e ora dell'operazione;
- il file viene riversato su supporto ottico non riscrivibile, secondo lo standard ISO9600.

Ne consegue che il LUL contiene una serie di dati sensibili, concernenti la totalità dei dipendenti *pro tempore* della RAI e per il passato non può essere in alcun modo modificato e/o alterato; le modifiche intervenute di volta in volta nelle singole posizioni dei dipendenti vengono “registrate” con il successivo aggiornamento mensile.

Si aggiunga che il sistema non è fornito di una chiave di ricerca automatica in base alla quale sia possibile estrarre immediatamente i nomi di tutti i giornalisti assunti dal 2013 in avanti, diversi da quelli già inseriti nella graduatoria 2013-2015.

6.2.- Da quanto sin qui illustrato si traggono due conseguenze:

i) il LUL non può essere considerato un documento sostitutivo dell'elenco dei giornalisti assunti dal 2013 (documento n. 3 di cui è stata ordinata l'ostensione dal TAR) e nemmeno delle piante organiche, che non esistono;

ii) l'accesso al "libro unico del lavoro" richiesto dal TAR imporrebbe all'appellante di offrire l'accesso all'intera documentazione della gestione del personale mese dopo mese e/o di creare *ex novo* un documento contabile che, nella forma ipotizzata dal TAR, non esiste. Peraltro, la RAI dovrebbe svolgere un'ulteriore attività propedeutica-istruttoria andando a ricercare i nominativi delle posizioni da ostendere.

Come si diceva *supra*, dunque, l'accesso a *excerpta* del libro unico del lavoro comporta, in buona sostanza un obbligo di fare, palesemente violativo dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, il cui comma 4 precisa che "Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo".

7.- Domanda cautelare, anche attraverso provvedimento monocratico - presidenziale ex art. 56 e 98 cod. proc. amm. L'appellante è costretta a formulare istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza gravata, anche con provvedimento presidenziale, viste le esigenze di somma urgenza.

Quanto al *fumus boni iuris*, si rinvia ai suesposti motivi d'appello.

Quanto al *periculum in mora*, è qui sufficiente osservare che l'esecuzione della sentenza precluderebbe irrimediabilmente gli effetti dell'auspicata decisione favorevole da parte di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato.

Sul punto va sottolineato che la sentenza gravata ha disposto che l'accesso sia consentito entro 30 giorni dalla sua comunicazione, termine che cade in data 26 ottobre 2022. Dal giorno successivo, l'appellante potrebbe essere vincolata all'esecuzione della sentenza ed esposta anche alla nomina di un Commissario *ad acta*. Per tale ragione l'odierna appellante non può che proporre istanza di misure cautelari (anche) monocratiche *ex artt. 56 e 98 cod. proc. amm.*

La fondatezza della misura cautelare, anche attraverso provvedimento monocratico, è confermata dalla fase cautelare del precedente giudizio d'appello, introdotto da RAI per l'annullamento della prima decisione resa dal TAR nella presente controversia (sent. n. 9348 del 2019 del TAR Lazio). Con ordinanza della Sez. VI n. 288 del 2020, infatti, codesto Ecc.mo Consiglio di Stato accolse la domanda di sospensione della pronuncia gravata, rilevando che:

- "*in punto di valutazione del periculum in mora, si ravvisa la sussistenza di ragioni immediate e non riparabili di danno a carico dell'appellante, derivanti dall'ostensione dei documenti oggetto di accesso, sicché appare opportuno – nel bilanciamento dei contrapposti*

interessi - mantenere la res adhuc integra nelle more della prossima decisione della causa nel merito”.

Analogia *ratio decidendi* non può non valere anche in questo secondo giudizio d'appello.

8.- Domanda di autorizzazione alla notifica dell'appello per pubblici proclami.

Alla luce di quanto sopra esposto, atteso che, in relazione alla documentazione oggetto della richiesta ostensiva per cui è causa, potrebbero risultare potenzialmente più controinteressati, ove occorrer possa, si rivolge rispettosa istanza all'Ill.mo Presidente di Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato affinché voglia disporre l'autorizzazione alla notificazione dell'appello per pubblici proclami, prescrivendone le modalità.

P.Q.M.

La RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.A., come in epigrafe rappresentata e difesa, chiede che codesto Ecc.mo Consiglio di Stato voglia:

- accogliere il presente ricorso in appello;
- per l'effetto, annullare e riformare la sentenza del TAR del Lazio, Roma, Sez. III, 26 settembre 2022, n. 12146, non notificata;
- conseguentemente, rigettare il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio;
- in via cautelare, sospendere la sentenza impugnata, anche con provvedimento monocratico – presidenziale *ex art. 56 e 98 cod. proc. amm.*

Con vittoria di spese e compensi.

Roma, 26 ottobre 2022

Avv. Prof. Massimo Luciani

Avv. Prof. Stefano D'Ercole