

ACCESSO - ACCESSO AI DOCUMENTI - ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO - DISCIPLINA APPLICABILITÀ - SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA QUOTATE - ESCLUSIONE

La disciplina in tema di accesso civico ex d. lgs. n. 33/2013, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 *bis*, c. 2, d. lgs. n. 33 *cit.* e dell'art. 2, c. 1, lett. p), d. lgs. n. 175/16, è inapplicabile alle società a partecipazione pubblica quotate (che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati).

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 7896/2022

Publicato il 12/09/2022

N. 07896/2022REG.PROV.COLL.

N. 00534/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 534 del 2022, proposto da Rai – Radiotelevisione Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano D'Ercole e Massimo Luciani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Dania Mondini, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Iacovino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Valentina Bisti, Carolina Casa, Cristina Clementi, Emma D'Aquino, Cristina Guerra, Alberto Matano, Sonia Wladimira Nicoletta Sarno, Paolo Sommaruga, Francesco Pietro Cristino, Alessandra Di Tommaso, Mariasilvia Santilli, Gianpiero Scarpati, Perla Dipoppa, Roberto Chinzari e Marco Valerio Lo Prete, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 13498/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dania Mondini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Massimo Luciani, Francesco Pignatiello, in sostituzione dell'avv. Stefano D'Ercole, e Vincenzo Iacovino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La dott.ssa Mondini, giornalista dipendente della Rai Radiotelevisione Italiana s.p.a. con la qualifica di redattore ordinario e mansioni di conduttrice, con istanza del 12 giugno 2019, ha rappresentato alla propria parte datoriale di essere venuta a conoscenza di una serie di nomine, comunicate dal Comitato di Redazione nell'aprile e nel maggio 2019, disposte (secondo la prospettazione della dipendente) senza alcun previo interpello necessario per consentire la partecipazione di tutti i dipendenti del TG1 in ipotesi interessati.

Per l'effetto, l'istante ha chiesto:

- di sapere se il Direttore, nel rispetto delle regole di imparzialità e trasparenza, avesse dato prova dell'espletata ricognizione preliminare sulle risorse interne idonee a ricoprire le posizioni in contestazione, della predeterminazione dei parametri per la valutazione

dell'adeguatezza a ricoprire tali posizioni, della pubblicità della procedura, dell'obiettività dei criteri adottati e della comunicazione preventiva al competente Comitato di redazione del TG1 ex art. 34 CNLG e punto 10 della Carte dei diritti e doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico;

- di sapere quali fossero i criteri osservati nella modifica della struttura organizzativa preesistente;

- di verificare se il Direttore del TG1, in occasione dell'assegnazione degli incarichi *de quibus*, avesse tenuto conto della posizione lavorativa dell'istante (qualifica e mansioni assegnate);

- la visione e l'accesso ai seguenti documenti:

a) *“la comunicazione formale, obbligatoria e preventiva fatta dal direttore del TG1 al competente CdR ex art. 34 del CNLG e punto 10 della “Carta dei diritti e doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico”, parte integrante del contratto, in merito ai curricula e ai criteri di valutazione e di scelta ai fini delle promozioni e dei conferimenti dei relativi incarichi ai colleghi citati compreso quello ad personam”;*

b) *“i curricula e i criteri obiettivi di valutazione, preventivamente comunicati al CDR, che hanno consentito la valutazione dei candidati e la conclusione del relativo procedimento di valutazione e scelta dei colleghi da promuovere o a cui conferire incarichi ad personam”;*

c) *“i documenti contenenti le ragioni delle valutazioni e i riferimenti, normativi e contrattuali, della scelta dei colleghi da destinare alle promozioni, alle nomine e agli incarichi anche ad personam ovvero del giudizio di adeguatezza dei prescelti”.*

In ogni caso, l'istante, con il medesimo atto, ha impugnato le promozioni, le nomine e gli incarichi in contestazione, perché disposti in asserita violazione dell'art. 10 della stessa Carta e, comunque, di legge, contratto e piano triennale per la prevenzione della corruzione; nonché ha diffidato i destinatari della nota al rispetto della normativa operante in materia.

2. Con nota del 9 luglio 2019, n. 16640, la Rai ha rigettato l'istanza di accesso di cui alla richiesta del 12 giugno 2019, rappresentando:

- a) preliminarmente, *“l’inesistenza dei documenti richiesti. A tale riguardo è appena il caso di rammentare che le conferenti disposizioni normative in materia e lo stesso CNLG non prescrivono procedure particolari, tantomeno la forma scritta”*;
- b) *“in secondo luogo... che l’attività di nomina e assegnazione menzionate rientrano tra le attività inerenti la gestione ordinaria del rapporto di lavoro tra il giornalista dipendente e la Concessionaria del servizio pubblico e come tale sottratta... dall’applicazione al regime di accesso ai documenti di cui all’articolo 22 della legge 241 del 1990”*; nella specie, infatti, il conferimento degli incarichi sarebbe avvenuto in base alle prerogative del Direttore di Testata, titolare ai sensi dell’art. 6 CNLG di ampia autonomia nella definizione della linea editoriale e nell’organizzazione redazionale;
- c) *“per mera completezza”*, che la designazione delle conduzioni, lungi dal configurarsi come progressione di carriera, avrebbe dato luogo all’assegnazione alle normali attività suscettibili di essere svolte da un giornalista nell’ambito di una testata televisiva;
- d) *“infine”*, che il richiamo al D. Lgs. n. 33/2013 doveva ritenersi inconferente, risultando l’applicazione dell’istituto dell’accesso civico escluso per le società, come la Rai, emittenti strumenti finanziari diversi dalle azioni quotate in mercati regolamentati.

3. La dott.ssa Mondini, ricorrendo dinnanzi al Tar Lazio, sede di Roma, ha chiesto l’annullamento del diniego di cui alla nota n. 16640/19 cit. e il conseguente accertamento del proprio diritto di accesso, con condanna della società intimata all’integrale ostensione dei seguenti documenti:

- “a) la comunicazione formale, obbligatoria e preventiva fatta dal direttore del TG1 al competente CdR ex art. 34 del CNLG e punto 10 della “Carta dei diritti e doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico”, parte integrante del contratto, in merito ai criteri di valutazione e di scelta ai fini delle promozioni e dei conferimenti dei relativi incarichi ai colleghi citati compreso quello ad personam;*
- b) I criteri obiettivi di valutazione, preventivamente comunicati al CDR, che hanno consentito la valutazione dei candidati e la conclusione del relativo procedimento di valutazione e scelta dei colleghi da promuovere o a cui conferire incarichi anche ad personam;*

- c) I documenti contenenti le ragioni e i riferimenti, normativi e contrattuali, della scelta delle risorse interne da destinare alle promozioni e agli incarichi anche ad personam suindicate ovvero del giudizio di adeguatezza del prescelto;
- d) I verbali dei colloqui intercorsi con i candidati risultati prescelti e ogni altro utile documento oggetto di valutazione ai fini delle suddette promozioni e nomine;
- e) la eventuale rosa dei candidati e la platea dei possibili interessati, sia che abbiano manifestato interesse per le nomine, sia che non l'abbiano manifestata, ma che comunque siano stati considerati (o che avrebbero dovuto essere considerati) dall'Organo precedente (Direttore di testata TG1);
- f) il curriculum e il giudizio espresso in riferimento a tutti i partecipanti, i soggetti considerati e/o la platea dei possibili interessati;
- g) il curriculum e il giudizio espresso nei confronti di una eventuale rosa di candidati ritenuti idonei per la posizione;
- h) l'interpello per la copertura delle mansioni ... [in contestazione];
- i) i criteri per l'affidamento ... [degli incarichi in contestazione];
- j) le schede di valutazione di tutti i giornalisti sottoposti a scrutinio, che il Direttore del TG1 ... ha consegnato al Capo del personale in base alle dichiarazioni riportate dal CdR TG1 nella comunicazione del 28 giugno 2019 di cui al doc. n. 4;
- e ad ogni modo: ogni utile documento attinente la nomina dei candidati prescelti e la comunicazione al CdR, anche ex art. 34 del CNLG, e oggetto di valutazione ai fini delle nomine di cui al contenuto di istanza e presente ricorso”.

4. La Rai e alcuni controinteressati si sono costituiti in giudizio, resistendo al ricorso.

5. Il Tar Lazio, con sentenza n. 11977 del 2020, ha accolto il ricorso subordinatamente al rispetto di taluni limiti:

“a) RAI dovrà consentire alla ricorrente, entro giorni trenta dalla comunicazione o notificazione (se anteriore) della presente sentenza, l'accesso agli atti e documenti richiesti in ricorso che risultino già oggetto dell'istanza di accesso del 12 giugno 2019, pena la nomina –su istanza di parte- di un commissario ad acta che effettuerà l'adempimento entro ulteriori giorni venti dal suo insediamento a spese della RAI;

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 non può riguardare che i documenti esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati (cfr. Cons. St., sez. V, 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. sez. III bis, 2/11/2018, n.10553)”.

6. La Rai ha appellato la sentenza di prime cure, deducendone l'erroneità con l'articolazione di plurime censure, comprendenti la scorretta instaurazione del contraddittorio nel giudizio dinnanzi al Tar.

7. La dott.ssa Mondini si è costituita in giudizio, resistendo all'appello.

8. La Sezione, con la sentenza n. 5998 del 23 agosto 2021, ha accolto, in via assorbente, il motivo di appello diretto a denunciare la scorretta instaurazione del contraddittorio in primo grado, avendo la dott.sa Mondini notificato il ricorso di primo grado nei confronti di taluni controinteressati non costituiti, anziché presso la rispettiva residenza, presso la RAI, senza che fosse stata offerta la prova che i relativi destinatari avessero avuto effettivamente ricevuto l'atto notificato.

Per l'effetto, la sentenza di prime cure è stata annullata e la causa è stata rimessa al Tar “*onde assicurare, mediante rinnovo della notifica ai controinteressati, l'integrazione del contraddittorio*”.

9. La dott.ssa Mondini ha riassunto il processo dinnanzi al Tar Lazio, sede di Roma, insistendo nelle conclusioni già rassegnate nell'atto introduttivo del giudizio.

10. La Rai si è costituita in giudizio, resistendo all'avversa pretesa.

11. Il Tar, con la sentenza odiernamente appellata, ha accolto il ricorso, ravvisando la sussistenza di un interesse all'accesso qualificato, connotato dai requisiti della personalità, concretezza ed attualità (afferendo la documentazione in contestazione all'avvenuta assegnazione di incarichi cui la ricorrente riteneva di ambire, a prescindere dagli strumenti azionabili, non verificabili nella loro consistenza ai sensi dell'art. 116 c.p.a.), nonché riscontrando la fondatezza della pretesa ostensiva, in quanto la discrezionalità delle scelte direttoriali non avrebbe potuto impedire agli interessati di verificare la corretta applicazione nei propri confronti delle *“regole che disciplinano, a monte, la formazione delle graduatorie (o comunque la nomina dei prescelti, anche se si tratti di regole, legali o pattizie, diverse da quelle che rilevavano nei casi citati), facendo valere in giudizio, ove necessario, eventuali conseguenti posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle regole stesse”*.

Il Tar, inoltre, ha precisato che i documenti oggetto di ricorso costituivano una specificazione di quanto richiesto nell'istanza di ostensione e che *“se tutta la documentazione richiesta dalla ricorrente dovesse essere individuata dalla Rai come inesistente, sarà la ricorrente stessa a trarre le dovute conseguenze nelle sedi opportune per valutare la modalità di nomina seguita dal Direttore di Testata e se applicabili in quanto casi di “job posting” e non di “line”*.

Per l'effetto, il Tar ha disposto che la Rai provvedesse *“a consentire alla ricorrente, entro giorni trenta dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, l'accesso agli atti e documenti richiesti in ricorso che risultino già oggetto dell'istanza di accesso del 12 giugno 2019”*, rilevando:

- la necessità di consentire l'accesso *“unicamente agli atti effettivamente formati e detenuti dalla Rai, essendo ontologicamente impossibile che esso sia effettuato rispetto ad atti dichiaratamente non documentati: pertanto, nel caso e nella misura in cui taluni degli atti di cui alle lett. a)-j) non siano stati oggetto di documentazione, la Rai dovrà fare menzione di tale circostanza e delle fonti normative e/o regolamentari e/o di contrattazione collettiva che consentono di escludere la forma scritta; 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 non può riguardare*

che i documenti esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati (cfr. Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1033), spettando comunque all'Amministrazione destinataria dell'accesso indicare, sotto la propria responsabilità, quali siano gli atti inesistenti che non sia in grado di esibire (TAR Lazio, sez. sez. III bis, 2/11/2018, n.10553)”;

- la necessità di garantire, comunque, l’ostensione degli atti “*sub f, g) e j)*, *in ordine al curriculum di tutti i giornalisti sottoposti a scrutinio e alle schede di valutazione che il Direttore del “TG1” ha consegnato al Capo del personale in base alle dichiarazioni riportate dal “CdR TG1” nella comunicazione del 28 giugno 2019 di cui al doc. n. 4”;*

- la genericità della richiesta subordinata riferita a “*ogni utile documento*” attinente la nomina dei candidati prescelti e la comunicazione al CdR, anche ex art. 34 del CNLG, e oggetto di valutazione ai fini delle nomine.

12. La Rai ha appellato la sentenza di prime cure, deducendone l’erroneità con l’articolazione di tre motivi di impugnazione.

13. La dott.ssa Mondini si è costituita in giudizio, resistendo all’appello e chiedendo pure la condanna dell’appellante ai sensi dell’art. 26 c.p.a.

14. La Sezione, con ordinanza n. 904 del 25 febbraio 2022, ha accolto l’istanza cautelare presentata dall’appellante (disponendo la sospensione dell’esecutività della sentenza gravata), nonché ha ordinato alla Rai di produrre una relazione analitica e puntuale, con riferimento a ciascuna categoria dei documenti richiesti con l’istanza di accesso per cui è causa, nella quale dichiarare espressamente l’esistenza o meno nei propri archivi, cartacei o digitali, pur se formati da altra amministrazione o ente e dalla RAI solo ricevuti, degli atti oggetto della domanda di accesso (denegata con il provvedimento impugnato in prime cure), di documenti ad essi assimilabili o di documenti di tipologia diversa ma nei quali fossero contenuti i dati di interesse della richiedente.

15. La Rai ha adempiuto all’ordine giudiziale, depositando in data 25 marzo 2022, una relazione promanante dal Direttore della Direzione Risorse Umane e Organizzazione.

16. L’appellante ha insistito nelle proprie conclusioni con memoria del 7 giugno 2022.

17. La causa è stata trattenuta in decisione nella camera di consiglio del 23 giugno 2022.

18. Il ricorso in appello è affidato a tre motivi di impugnazione, di cui l'ultimo formulato in via subordinata.

18.1 In particolare, con il primo motivo di appello, è censurata la decisione (assunta dal Tar) di ritenere applicabile la disciplina sull'accesso documentale, nonostante nella specie si facesse questione di un'istanza di accesso relativa a documenti esulanti dall'attività di pubblico interesse svolta dall'appellante.

In particolare, secondo la prospettazione della Rai, nel caso esaminato, non si farebbe questione di prove selettive per l'assunzione del personale, di progressioni di carriera o di provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici, bensì di atti privatistici soggetti a fonti collettive rientranti nell'autonomia negoziale delle parti contraenti.

Dal combinato disposto degli artt. 6 e 11 contratto nazionale di lavoro giornalistico, dell'art. 23 dell'accordo integrativo RAI-USIGRAI 2010-2013 e dell'art. 10 della Carta dei diritti e dei doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico, si desumerebbe, infatti, il potere del Direttore di testata di decidere sulla destinazione funzionale dei giornalisti, nell'esercizio della funzione di impostazione e di guida della linea giornalistica.

Per l'effetto, gli atti oggetto dell'istanza di accesso (nomine a caposervizio, a vice-caporedattore, a caporedattore *ad personam*, nonché l'assegnazione a diversa redazione) configurerebbero atti di gestione della linea giornalistica, non manifestando alcun nesso funzionale con i profili di rilievo pubblicistico che giustificano l'applicazione della disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Non si tratterebbe di incarichi di capo redattore, soggetti alla procedura di *job posting* (comunque governata da criteri negoziali), bensì di ruoli inferiori, per i quali una tale procedura selettiva non sarebbe stata neppure prevista dalla contrattazione collettiva. Non si farebbe neanche questione di assegnazione a mansioni superiori, suscettibili di dare luogo ad un superiore inquadramento.

Una soluzione contraria determinerebbe uno sconfinamento nella linea editoriale dell'emittente, in violazione dell'art. 21 Cost., pure tenuto conto che l'appellante compete in un mercato concorrenziale anche nell'ambito dell'informazione.

18.2 Con il secondo motivo di appello la ricorrente deduce che, “*in ogni caso*”, difetterebbe l'interesse specifico all'accesso agli atti, che si manifesterebbe come inammissibile forma di controllo generalizzato sull'attività dell'appellante.

Si tratterebbe, infatti, di atti “*in gran parte inesistenti e ... richiesti solo a causa di una errata e superficiale ricostruzione dei fatti*”.

La Dott.ssa Mondini chiederebbe l'ostensione di atti di gestione del rapporto di lavoro (non potendo, dunque, trarre alcun vantaggio dall'accesso ad atti sottoposti a regime privatistico), nonché denuncierebbe asseriti comportamenti antisindacali, ancora una volta manifestando l'assenza di un effettivo interesse all'ostensione degli atti *de quibus*.

L'appellante ha pure richiamato la giurisprudenza formata in materia di inesistenza materiale dei documenti amministrativi oggetto dell'istanza di accesso.

18.3 Con un terzo motivo di appello, articolato in subordine, è censurato il capo decisivo con cui il Tar ha delimitato il perimetro dell'accesso documentale riconosciuto alla parte privata.

Secondo la prospettazione attorea, nella specie si farebbe questione di richiesta di accesso ad atti riguardanti il rapporto sindacale intercorrente fra il Direttore di Testata e il Comitato di redazione, rispetto al quale l'Editore rimarrebbe estraneo e, come tale, non potrebbe essere neppure tenuto ad esibire l'eventuale documentazione prodotta nel confronto sindacale.

Peraltro, l'appellante ha evidenziato che i documenti relativi alla ricognizione preliminare sulle risorse interne non sussisterebbero, trattandosi di designazioni riguardanti giornalisti del TG1, già in forza alle redazioni di appartenenza, mentre, con riguardo ai documenti relativi alla preventiva determinazione dei parametri per la valutazione dell'adeguatezza fondati su criteri obiettivi e proporzionati, doveva rilevarsi l'informalità delle comunicazioni alla base del confronto sindacale, non essendo necessaria l'adozione di altra

documentazione formale, tenuto conto pure che i criteri *de quibus* sarebbero già dettati dall'art. 6 CNLG.

In ogni caso, l'eventuale inosservanza delle disposizioni relative al confronto con il comitato di redazione avrebbe potuto essere sindacata soltanto dinnanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto l'eventuale responsabilità per la mancata formazione dei documenti richiesti, in ipotesi da detenere sulla base della disciplina di riferimento, costituirebbe un profilo esulante dal giudizio sull'accesso.

19. Il Collegio ritiene di esaminare, in via prioritaria, la questione afferente all'esistenza materiale dei documenti oggetto dell'istanza di accesso per cui è causa.

Difatti, ancora prima di verificare, *sub specie iuris*, se si faccia questione di documenti amministrativi o di una posizione legittimante all'accesso, è necessario stabilire, sul piano fattuale, se esista realmente quanto forma oggetto dell'istanza ostensiva, altrimenti discorrendosi di questioni meramente astratte e ipotetiche non utili per la soluzione del caso concreto, in cui l'accesso non potrebbe essere, comunque, consentito perché, a prescindere dai profili di qualificazione giuridica, la *res* oggetto della domanda non sarebbe concretamente esistente e, dunque, non potrebbe, comunque, giustificarsi l'emissione di una sentenza di condanna ad un *facere* oggettivamente impossibile.

L'esame preliminare delle censure attoree riguardanti l'inesistenza della documentazione *de qua* non potrebbe, del resto, determinare alcuna violazione della graduazione dei motivi di appello formulata dalla RAI.

19.1 Difatti, in primo luogo, la questione dell'inesistenza della documentazione oggetto dell'istanza di accesso, pur essendo stata sollevata compiutamente nel terzo motivo di appello, proposto in via subordinata, è espressamente trattata anche nel secondo motivo di appello -proposto in via principale al pari del primo motivo - incentrato, altresì, sul rilievo dell'inesistenza della gran parte dei documenti per cui è causa e sul rinvio alla giurisprudenza amministrativa formatasi proprio in materia di "*inesistenza materiale dei documenti richiesti*" (pag. 11).

Trattasi, dunque, di questione che la stessa appellante non si è limitata a porre in via subordinata.

19.2 In secondo luogo, come precisato da questo Consiglio, *“nel giudizio di primo grado la parte ricorrente può graduare, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, precisando altresì che tale graduazione non consegue al mero ordine di prospettazione dei vizi-motivi, con la conseguenza che, in assenza di rituale graduazione, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, è tenuto ad esaminare tutti i motivi, salva la ricorrenza dei presupposti per disporre l'assorbimento”* (tra gli altri, Consiglio di Stato, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4155).

La graduazione dei motivi, pertanto, si impone *“nel giudizio di primo grado”* e, più in generale, in relazione ai motivi di ricorso svolti dinnanzi al Tar – ed eventualmente riproposti dinanzi a questo Consiglio ex art. 101, comma 2, c.p.a. o in forma di critica specifica dello sfavorevole capo di rigetto di prime cure – tesi a fare valere l'illegittimità dell'azione amministrativa in contestazione.

In tali ipotesi, a fronte di plurimi vizi di legittimità (sostanziali, formali e procedurali) dedotti in sede giurisdizionale, è ben possibile che il ricorrente, nell'ambito di un giudizio (quale quello amministrativo) con cognizione non più limitata all'atto, ma estesa al rapporto, manifesti l'interesse prioritario alla disamina di alcune delle censure proposte, dal cui accoglimento la parte ritrarrebbe la massima utilità sul piano sostanziale, per effetto dell'accertamento della fondatezza della propria pretesa o, comunque, per la piena realizzazione dell'interesse sotteso all'iniziativa giudiziaria.

A fronte di una tale graduazione dei motivi, in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, incombe sul giudice precedente l'obbligo di rispettare la volontà dispositiva manifestata del ricorrente, principiando la disamina dalle doglianze svolte (contro l'operato amministrativo) in via prioritaria.

Per la parte resistente o controinteressata, invece, l'interesse sostanziale sotteso alla costituzione in giudizio è, di regola, quello di conservare l'assetto amministrativo attuato con l'atto impugnato.

Il che potrebbe discendere tanto da una pronuncia di mero rito -con cui, ravvisata la carenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione (essenziali per riscontrare il diritto del ricorrente ad ottenere una pronuncia sul merito della controversia), venga dichiarata l'inammissibilità o l'improcedibilità (a seconda che la carenza sia originaria o sopravvenuta) del ricorso – quanto da una sentenza di rigetto, la quale, a prescindere dal punto fattuale o giuridico ritenuto dirimente ai fini decisori, comporterebbe, comunque, il consolidamento della *regula iuris* divisata in sede amministrativa, *ex adverso* censurata.

Salvo che non risulti diversamente dagli atti impugnati o dalle difese svolte in giudizio, per la parte resistente o controinteressata, non rileva, dunque, la ragione alla base della favorevole statuizione giudiziaria (di rito o di merito): dette parti non aspirano, infatti, a conseguire utilità ulteriori rispetto a quelle discendenti dai provvedimenti impugnati, suscettibili di essere condizionate dalla tipologia di questioni poste a base della decisione, ma si limitano a difendersi in giudizio, per evitare la concretizzazione del pregiudizio derivante da una denegata sentenza di accoglimento del ricorso.

Per tali ragioni, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (n. 5 del 2015) ha riconosciuto la possibilità che il giudice, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa - giustizia, derogando alla naturale rigidità dell'ordine di esame, ritenga preferibile risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata ragione più liquida “*sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della lite*” e purché sia stata preventivamente accertata, da parte del medesimo giudice, la giurisdizione e la competenza.

Nel caso di specie, ferme la giurisdizione e la competenza di questo Consiglio, non poste in discussione nell'odierno giudizio e, dunque, non componenti il *thema decidendum* del presente

processo, l'esame prioritario della questione riguardante l'inesistenza materiale dei documenti richiesti, da un lato, consente un'accelerazione della definizione della lite, discendendo dalla sua soluzione negativa la definizione (almeno parziale, in relazione ai documenti *ab origine* non formati dall'emittente radiotelevisiva) della controversia, senza necessità di trattare le ulteriori questioni poste dall'appellante, dall'altro, non influisce sul diritto di difesa della resistente in prime cure (odierna appellante), in quanto:

- si tratta di parte interessata alla conferma della legittimità del proprio atto di diniego (ostativo all'accesso); il che discenderebbe (anche) dalla riforma della sentenza appellata e, per l'effetto, dal rigetto del ricorso di primo grado per l'inesistenza materiale dei documenti richiesti;
- la questione dell'inesistenza dei documenti è stata posta, quale prima ragione ostativa all'accesso, direttamente nell'ambito dell'atto n. 16640 del 2019 impugnato in prime cure, con conseguente interesse della RAI ad ottenere una pronuncia che statuisca espressamente sulla *ratio decidendi* prioritariamente posta a base della propria decisione di rigetto;
- la questione dell'inesistenza dei documenti, come osservato, è stata pure posta nell'ambito del secondo motivo di appello, non formulato in via subordinata.

19.3 Alla luce dei rilievi svolti, occorre, dunque, verificare, in primo luogo, se i documenti richiesti dall'odierna appellata e oggetto delle statuizioni di condanna rese dal Tar, possano ritenersi effettivamente esistenti.

20. Al riguardo, questo Consiglio di Stato (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. III, 11 ottobre 2021, n. 6822) ha precisato che l'istanza di accesso ai documenti amministrativi deve riferirsi a ben specifici documenti e non può comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta: l'ostensione degli atti non costituisce uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione nei cui confronti l'accesso viene esercitato, con la conseguenza che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si intende esercitare il diritto di accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio.

Tuttavia, una volta indicati puntualmente, per categoria, i documenti rispetto ai quali è formulata la domanda ostensiva e aver dimostrato che detti documenti, in virtù di obiettive ragioni collegate alle competenze dell'amministrazione, costituiscono ordinariamente patrimonio dell'archivio dell'ente (anche con riferimento ad uno specifico procedimento), l'onere della prova può dirsi assolto dalla parte interessata, incombendo in capo all'amministrazione il dovere (in ragione del principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato ora previsto nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost.) di assumersi la responsabilità di dichiarare la mancata detenzione o custodia dei documenti richiesti (onde evitare che la richiesta di accesso sia formulata inutilmente e "al buio" da parte dell'accedente, non potendo quest'ultimo, per espresso divieto recato dall'art. 24, comma 3, l. 241/1990, formulare una richiesta meramente perlustrativa e di controllo).

Per l'effetto, specificati i documenti richiesti e la loro correlazione con le competenze istituzionali dell'ente intimato, come avvenuto nel caso di specie, spetta alla parte resistente assumersi la formale responsabilità di dichiarare e così comprovare, al di là di ogni ragionevole dubbio, se le categorie di atti richiesti, ivi compresi documenti ad essi assimilabili, siano presenti o meno nei propri archivi cartacei o digitali nonché se, parimenti, siano detenuti documenti di tipologia diversa ma recanti i dati di interesse della richiedente.

Qualora la parte resistente, personalmente (e non a mezzo del difensore, di regola non legittimato a compiere atti dispositivi della sfera giuridica sostanziale del proprio cliente), si assuma una tale responsabilità, dichiarando l'impossibilità oggettiva e assoluta dell'accesso per l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di quanto richiesto dall'istante, nonché provveda a specificare puntualmente le ragioni per le quali i documenti richiesti non siano stati mai formati ovvero, se formati, non siano più detenuti, il Giudice procedente deve prendere atto dell'inesistenza materiale dei documenti *de quibus* e, per l'effetto, rigettare la pretesa ostensiva per carenza del suo oggetto, non potendo ordinarsi l'esibizione, alla luce del principio ad *impossibilia nemo tenetur*, di documenti non più esistenti o mai formati; ciò

sempre che non sussistano elementi probatori contrari, che facciano dubitare della veridicità di quanto dichiarato dalla resistente.

Né potrebbe rimettersi alla fase di ottemperanza la questione riguardante l'inesistenza materiale dei documenti oggetto di istanza ostensiva, discorrendosi di un presupposto sostanziale per l'accoglimento della domanda di parte.

Il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, si atteggia quale giudizio sul rapporto, come del resto desumibile dall'art. 116, comma 4, c.p.a., secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti (tra gli altri, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369).

Pertanto, per potere giudicare sulla fondatezza della pretesa sostanziale della parte ricorrente, occorre valutare l'integrazione dei presupposti fondanti il diritto di accesso documentale, *in primis*, sul piano fattuale, l'esistenza materiale dei documenti richiesti, in assenza dei quali nessuna sentenza di condanna (all'ostensione) potrebbe essere emessa e, dunque, nessuna pronuncia di accoglimento del ricorso potrebbe essere resa; ciò, specie nelle ipotesi, quale quella in esame, in cui è la stessa Amministrazione che, attraverso il rigetto dell'istanza, abbia rappresentato l'inesistenza dei documenti richiesti, in tale modo introducendo una ragione ostativa all'ostensione da delibare in sede di cognizione, atteso l'obbligo per il giudice procedente di valutare la legittimità delle ragioni di diniego opposte in ambito amministrativo con l'atto censurato in giudizio.

21. Ciò premesso, avuto riguardo al caso di specie, con il deposito del 25 marzo 2022, la RAI ha prodotto apposita relazione, promanante dal Direttore della Direzione Risorse Umane e Organizzazione, con cui ha dichiarato che:

- con riferimento alla comunicazione formale ex art. 34 CNLG e punto 10 della Carta di diritti e doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico (relativa ai criteri valutativi e selettivi ai fini delle promozioni e dei conferimenti di incarichi *de quibus*), “*non esiste alcun documento contenente le motivazioni*”, tenuto conto che l'art. 34 CNLG, come integrato

dall'accordo Rai – Usigrai del 2013, e il punto 10 della Carta dei diritti e dei doveri cit. stabiliscono l'obbligo di informativa “*senza prevedere tuttavia alcun formalismo, né tantomeno la forma scritta*”; parimenti, l'art. 6 CNLS attribuirebbe una competenza al direttore (a stabilire le mansioni di ciascun giornalista, ad adottare le decisioni necessarie per garantire l'autonomia della testata, per determinare i contenuti del giornale e di quanto può essere diffuso con il medesimo e assicurare il regolare andamento del servizio) suscettibile di esplicitarsi nell'ambito di un confronto dialettico -previamente all'adozione di atti di promozione o assegnazione di incarico - con il comitato di redazione, che potrebbe chiedere ogni utile approfondimento;

- non esiste alcun documento riferito ai criteri obiettivi di valutazione, preventivamente comunicati al comitato di redazione, volti a consentire la valutazione dei candidati e la conclusione del relativo procedimento di valutazione e scelta dei dipendenti da promuovere o a cui conferire incarichi anche *ad personam*;

- non esiste alcun documento contenente le ragioni e i riferimenti, normativi e contrattuali, della scelta delle risorse interne da destinare alle promozioni e agli incarichi anche *ad personam* ovvero del giudizio di adeguatezza del prescelto;

- non esistono documenti contenenti il *curriculum* e il giudizio espresso in riferimento a tutti i partecipanti, i soggetti considerati e/o la platea dei possibili interessati ovvero il *curriculum* e il giudizio espresso nei confronti di una eventuale rosa di candidati ritenuti idonei per la posizione; con la precisazione che, in relazione ai curricula, “*è possibile che negli archivi digitali della RAI siano presenti i curricula dei giornalisti interessati o di alcuni di essi predisposti autonomamente e direttamente dagli interessati. ... tali eventuali curricula esulano dal giudizio in epigrafe e non sono stati mai acquisiti da RAI ai fini del conferimento degli incarichi?*”;

- esiste parte della documentazione riferita alle schede di valutazione dei giornalisti sottoposti a scrutinio, che il Direttore del TG1 Carboni aveva consegnato al Capo del personale in base alle dichiarazioni riportate dal CdR TG1 nella comunicazione del 28 giugno 2019, con la precisazione che “*le schede di valutazione non sono state adottate in riferimento*

all'interlocuzione con il CdR e sono correlate esclusivamente a separate esigenze di gestione del personale della Direzione Risorse Umane e Organizzazione, ai fini di tracciatura del percorso professionale del singolo lavoratore. Esse sono comunque state redatte successivamente alla decisione di conferimento degli incarichi da parte del Direttore di Testata e attengono esclusivamente alla gestione del rapporto di lavoro con il singolo giornalista. Le schede redatte, dunque, sono estranee all'ambito del giudizio indicato in epigrafe".

Secondo quanto dedotto dalla Rai, la redazione della scheda di valutazione sarebbe, infatti, prevista esclusivamente nel caso di atti comportanti riconoscimenti di qualifica superiore o incrementi retributivi, a corredo della richiesta inviata dal Direttore della Testata alla Direzione Risorse Umane e Organizzazione, mentre la redazione di tali schede non sarebbe prevista a seguito di provvedimenti di mobilità orizzontale o per incarichi contrattualmente legali allo svolgimento della relativa mansione, quale la conduzione, decisi dal Direttore ex art. 6 CNLG, comunque temporanei e regolamentati da specifiche disposizioni contrattuali.

Peraltro – riferisce la RAI- *“tutti gli incarichi hanno sempre una decorrenza successiva sia alle schede di valutazione, ove previste, che all’informativa al cdr, in quest’ultimo caso c’è il vincolo della necessaria informativa almeno 72 ore prima che l’incarico sia operativo”.*

Nella specie esisterebbero le schede di valutazione soltanto in relazione alla posizione di dodici controinteressati.

22. La relazione prodotta dalla RAI, implicante l’assunzione di una specifica responsabilità giuridica in ordine a quanto dichiarato, comporta l’accoglimento delle censure attore, riguardanti, da un lato, l’inesistenza parziale della documentazione oggetto dell’istanza di accesso (questione, come osservato, da definire prioritariamente), dall’altro, il difetto di interesse all’ostensione (relativamente alla documentazione esistente sul piano fattuale).

La Rai ha, infatti, negato l’esistenza di documenti riferibili al conferimento degli incarichi contestati dall’odierna appellata con l’istanza del 12.6.2019, giustificando tale rilievo in ragione:

- dell’informalità dei procedimenti selettivi e dell’inesistenza di disposizioni (anche convenzionali) prescrittive della forma scritta nei rapporti intercorrenti fra il Direttore di

testata e il Comitato di Redazione, in specie in relazione agli obblighi di informativa da adempiere in vista dell'esercizio delle competenze direttoriali;

- della possibile esistenza negli archivi digitali di taluni *curricula* formati direttamente e autonomamente su iniziativa degli interessati, facendosi questione, tuttavia, di atti ininfluenti sull'odierno giudizio, in quanto mai acquisiti dalla RAI ai fini del conferimento degli incarichi;

- dell'esistenza delle schede di valutazione, da ritenere, tuttavia, irrilevanti ai fini decisori, in quanto non riguardanti le procedure di conferimento degli incarichi per cui è causa; si tratterebbe, in particolare, di documenti non formati in relazione all'interlocuzione intercorsa fra il Direttore e il Comitato di Redazione, ma riguardanti separate esigenze di gestione del personale, come confermato anche dalla circostanza per cui le schede risultano redatte dopo il conferimento degli incarichi da parte del Direttore di Testata.

23. Alla luce di tali rilievi, deve ravvisarsi l'inesistenza dei documenti riconducibili alle categorie (riportate nella sentenza gravata, per cui è stato accordato l'accesso) *sub*:

a) *“La comunicazione formale, obbligatoria e preventiva fatta dal direttore del TG1 al competente CdR ex art. 34 del CNLG e punto 10 della “Carta dei diritti e doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico”, parte integrante del contratto, in merito ai criteri di valutazione e di scelta ai fini delle promozioni e dei conferimenti dei relativi incarichi ai colleghi citati compreso quello ad personam”*;

b) *“I criteri obiettivi di valutazione, preventivamente comunicati al CDR, che hanno consentito la valutazione dei candidati e la conclusione del relativo procedimento di valutazione e scelta dei colleghi da promuovere o a cui conferire incarichi anche ad personam”*;

c) *“I documenti contenenti le ragioni e i riferimenti, normativi e contrattuali, della scelta della risorse interne da destinare alle promozioni e agli incarichi anche ad personam suindicate ovvero del giudizio di adeguatezza del prescelto”*;

d) *“I verbali dei colloqui intercorsi con i candidati risultati prescelti e ogni altro utile documento oggetto di valutazione ai fini delle suddette promozioni e nomine”*;

- e) *“la eventuale rosa dei candidati e la platea dei possibili interessati, sia che abbiano manifestato interesse per le nomine, sia che non l'abbiano manifestata, ma che comunque siano stati considerati (o che avrebbero dovuto essere considerati) dall'Organo procedente (Direttore di testata TG1)”*;
- f) *limitatamente al “giudizio espresso in riferimento a tutti i partecipanti, i soggetti considerati e/o la platea dei possibili interessati”*;
- g) *limitatamente al “giudizio espresso nei confronti di una eventuale rosa di candidati ritenuti idonei per la posizione”*;
- h) *“l'interpello per la copertura delle mansioni di Vice Caporedattore della redazione Cronaca ...; di Capo Servizio della redazione Coordinamento e Impaginazione ...; di Vice Caporedattore della redazione Politica ...; di Capo Servizio presso la redazione ...; di Capo Servizio alla redazione Unomattina ...; di Capo Servizio alla redazione Unomattina ...; di Vice Caporedattore alla redazione Cultura ...”*;
- i) *“i criteri per l'affidamento della redazione Società ... che mantiene la qualifica di Capo Servizio ad personam; per la nomina ... a Caporedattore ad personam; per la nomina ... a Vice Caporedattore ad personam; per la nomina ... a Vice Capo Redattore ex art. 11 CNLG; per l'affidamento della conduzione della trasmissione UNOMATTINA ESTATE, per il Tg1...; per l'affidamento della conduzione dell'edizione del Tg1 delle 16:30 comprensiva della Rubrica di Economia ...; per la nomina ... a Vice Caporedattore; per la nomina ... a Capo Servizio”*.

Trattasi di documenti che presuppongono una circostanza fattuale -formalizzazione della procedura di conferimento dei relativi incarichi - espressamente negata dalla stessa RAI, in ragione dell'esercizio informale *in subiecta materia* delle competenze direttoriali e della supposta assenza di disposizioni (anche di fonte convenzionale) prescrittive della forma scritta.

Per ammissione dell'emittente televisiva, in relazione agli incarichi in esame, non risultano, dunque, documentati (non essendo stati materialmente formati al riguardo specifici documenti) l'indizione di un interpello, la formazione di una rosa dei candidati e dei possibili interessati, la previa determinazione di criteri selettivi e valutativi e la loro anticipata comunicazione al comitato di redazione, la motivazione della scelta in concreto compiuta

(anche in punto di adeguatezza della persona selezionata), il giudizio espresso nei confronti di tutti i partecipanti o della rosa di candidati idonei per la posizione, nonché i colloqui intercorsi con i candidati selezionati.

L'ipotetica necessità di tale documentazione (alla stregua del quadro regolatorio, anche di fonte convenzionale, di riferimento) e, dunque, l'asserita illegittimità delle procedure di conferimento degli incarichi in concreto seguite dalla parte resistente non potrebbero, peraltro, influire sulla decisione dell'odierna controversia, formando oggetto di questioni irrilevanti, su cui il Collegio non è competente a statuire.

Come precisato dalla Sezione (28 maggio 2019, n. 3511), è irrilevante la prospettazione attorea secondo cui i documenti oggetto di istanza di accesso avrebbero dovuto essere formati alla luce della disciplina che regola la materia, *“in quanto si tratta di un profilo che esula dall'oggetto del presente giudizio, dove, come già rilevato, rileva l'esistenza materiale dei documenti, e non una eventuale responsabilità nella mancata formazione degli stessi”*.

Per l'effetto, essendo il Collegio chiamato a statuire soltanto sulla esistenza di documenti accessibili e non su una supposta responsabilità della parte datoriale per la mancata formazione di documenti obbligatori, l'ipotetica violazione di un tale obbligo di documentazione - da rispettare per il legittimo conferimento di incarichi ambiti dall'appellata - riguarderebbe una questione (di responsabilità datoriale) afferente alla corretta gestione del rapporto di lavoro, sottratta al perimetro applicativo del rimedio ex art. 116 c.p.a.

24. In definitiva, una volta che la parte resistente abbia dichiarato, assumendone la responsabilità, da un lato, quali siano i documenti inesistenti -per i quali vi è, dunque, un'oggettiva e assoluta impossibilità di provvedere alla relativa ostensione -, dall'altro, le ragioni sottese alla loro mancata formazione, nella specie riguardanti l'asserita informalità delle procedure selettive in parola e la supposta assenza di un obbligo di forma scritta, come *supra* osservato, il Giudice deve prendere atto dell'inesistenza (allegata e giustificata) dei documenti richiesti, pervenendo al rigetto della pretesa ostensiva per carenza del suo

oggetto; salvo che dagli atti di causa emergano elementi istruttori volti a minare la veridicità di quanto dichiarato dalla resistente, circostanza nella specie da escludere.

24.1 Sotto tale ultimo profilo, in primo luogo, non potrebbe valorizzarsi il comunicato del Comitato di Redazione prodotto dalla dott.ssa Mondini e trascritto nelle difese processuali, in cui si dà atto che il Direttore di Testata *“ha chiarito che i criteri alla base delle scelte fatte sono stati riassunti in schede di valutazione consegnate al Capo del Personale in quella che lo stesso direttore ha definito una “normale dinamica contrattuale tra le prerogative che l’articolo 6 del Contratto assegna al Direttore e le norme che regolano questa materia”*.

Tale comunicato non consente di riferire con certezza la relativa dichiarazione (peraltro, indiretta, in quanto non proveniente dal suo autore) alle procedure di conferimento degli incarichi per cui è contestazione.

In tale comunicato, infatti, sono espressamente menzionati:

- un incarico di Caporedattore Centrale del Coordinamento, non compreso tra quelli impugnati dalla ricorrente con la istanza del 12.6.2019 cit.;
- la posizione di un dipendente vincitore del *job posting* di Caporedattore Centrale alla Sede Rai della Lombardia e il distacco di un dipendente presso la Redazione Speciali e TV 7, posizioni organizzative non rilevanti nella specie;
- generiche *“recenti nomine, promozioni e conduzioni”* - senza specifici riferimenti agli incarichi per cui è causa - in relazione alle quali è riportata la predetta dichiarazione del Direttore di Testata;
- i casi di alcuni dipendenti che si erano rivolti al Comitato, l’offerta informativa della principale Testata della Rai, la pianta organica della RAI e l’atteggiamento aperto e fattivo del Direttore, con considerazioni insuscettibili di comprovare l’esistenza dei documenti oggetto di giudizio.

Ne deriva che la dichiarazione del Direttore in ordine alla presenza, in forma riassuntiva, di criteri selettivi nell’ambito delle schede di valutazione:

- da un lato, è coerente con quanto attestato dalla RAI nella relazione prodotta in giudizio (con conseguente insussistenza di profili di falsità della dichiarazione *de qua*), in cui è stato riconosciuto che, soltanto per taluni incarichi, comportanti riconoscimenti di una qualifica superiore o di incrementi retributivi, diversi da quelli di mobilità orizzontale o contrattualmente legati allo svolgimento della relativa mansione (quale la conduzione) pure conferiti ai sensi dell'art. 6 CNLG, si è soliti predisporre -anticipatamente rispetto alla decorrenza dell'incarico - schede di valutazione da inviare, a cura del Direttore, alla Direzione delle Risorse Umane e Organizzazione;

- dall'altro, non è specificatamente riferibile ai peculiari incarichi per cui è causa, non menzionati espressamente, essendo ben possibile che il Direttore, nel valorizzare i criteri selettivi sintetizzati nelle schede di valutazione, richiamasse posizioni organizzative diverse da quelle rilevanti nell'odierno giudizio.

24.2 Parimenti, non potrebbe valorizzarsi, per comprovare l'esistenza dei documenti richiesti, il comunicato della Segreteria dell'Associazione Stampa Romana, acquisito al giudizio.

Si fa questione di un atto riguardante l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina in materia di accesso ai documenti detenuti dalla RAI - per come delineato da precedenti giurisprudenziali -, non recante alcuno specifico riferimento all'esistenza di documentazione riferibile alle attività selettive riguardanti gli incarichi per cui è causa.

24.3 Si conferma, alla luce dei rilievi svolti, che la puntuale dichiarazione della RAI, prodotta in data 25 marzo 2022, non risulta smentita dalla documentazione in atti, trovando giustificazione in una specifica e personale interpretazione del quadro regolatorio di riferimento fornita dall'emittente (non rileva nella presente sede, se corretta o meno), nel senso di consentire il conferimento di incarichi del tipo di quelli in contestazione con procedura informale, senza la necessaria documentazione delle modalità di selezione in concreto seguite (la cui ipotetica illegittimità, contestata dall'appellata, costituisce, come osservato, questione su cui il Collegio non può statuire).

25. In conclusione, sotto tale primo profilo, riferito alla possibilità materiale dell'ostensione, in accoglimento delle censure attoree, incentrate sulla parziale inesistenza della documentazione richiesta, deve riformarsi la sentenza gravata e, per l'effetto, relativamente ai documenti sopra elencati, riconducibili alle lett. a)-i) per i quali il Tar ha concesso l'accesso ex art. 22 L. n. 241/90, deve rigettarsi il ricorso di prime cure, per carenza dell'oggetto dell'istanza di accesso (negato dall'emittente con dichiarazione non smentita da specifici elementi istruttori contrari).

26. Soffermandosi sui documenti materialmente esistenti, dati dai *curricula* e dalle schede di valutazione, l'appello deve parimenti trovare accoglimento, nella parte in cui viene dedotta la carenza di un interesse all'accesso in capo all'odierna appellata (cfr. secondo motivo di appello).

26.1 Ai sensi dell'art. 22, comma 1 lett. b) L. n. 241 del 1990, la legittimazione alla presentazione dell'istanza di accesso deve essere riconosciuta in capo ai "*soggetti privati*" (anche portatori di interessi superindividuali) titolari di un "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*".

Come precisato da questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 02 ottobre 2019, n. 6603), tale interesse deve essere:

- a) diretto, in quanto ascrivibile in capo alla sfera individuale e personale del soggetto richiedente, dovendosi, con ciò, escludere una legittimazione generale e indifferenziata;
- b) concreto, in quanto specificamente finalizzato, in prospettiva conoscitiva, alla acquisizione di documenti suscettibili di produrre effetti giuridici nella sfera giuridica del richiedente, palesandosi immeritevole di tutela un'istanza finalizzata ad un "*controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*" (cfr. art. 24, comma 3, L. n. 241 del 1990 cit.);
- c) attuale, in quanto non meramente prospettico od eventuale, avuto riguardo alla attitudine della auspicata acquisizione informativa o conoscitiva ad incidere, anche in termini di

concreta potenzialità, sulle personali scelte esistenziali o relazionali e sulla acquisizione, conservazione o gestione di rilevanti beni della vita;

d) strumentale, avuto riguardo, sul piano soggettivo, alla necessaria correlazione con situazioni soggettive meritevoli di protezione alla luce dei vigenti valori ordinamentali; sul piano oggettivo, alla specifica connessione con il documento materialmente idoneo a veicolare le informazioni, non essendo, con ciò, tutelate iniziative, per un verso, ispirate da mero intento emulativo e, per altro verso, finalizzate alla raccolta, elaborazione o trasformazione di dati conoscitivi destrutturati e non incorporati in "documenti".

La disciplina dell'accesso agli atti amministrativi non condiziona, in particolare, l'esercizio del relativo diritto alla titolarità di una posizione giuridica tutelata in modo pieno, essendo sufficiente il collegamento con una situazione giuridicamente riconosciuta anche in maniera attenuata, sicché la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti e/o documenti oggetto dell'accesso abbiano cagionato o siano idonei a cagionare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 2020, n. 1551).

Con specifico riferimento all'accesso cd. difensivo è stato, inoltre, osservato che la parte istante è tenuta all'adempimento di un onere di allegazione e di prova aggravato, dovendo specificare le finalità dell'accesso nell'istanza di ostensione, nonché dimostrare la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

In particolare, “[l]a necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica finale, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari)

integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa.

La corrispondenza e il collegamento fondano, invece, l'interesse legittimante, che scaturisce dalla sussistenza, concreta e attuale, di una crisi di cooperazione, quanto meno da pretesa contestata (in ipotesi suscettibile di sfociare in un'azione di accertamento), che renda la situazione soggettiva 'finale', direttamente riferibile al richiedente, concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti, non essendo sufficiente un'incertezza meramente ipotetica e subiettiva.

Ai fini del riconoscimento della situazione legittimante, non è positivamente richiesto il requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale. In altri termini, muovendo dall'assenza di una previsione normativa che ciò stabilisca, è possibile trarre il convincimento che la pendenza di una lite (dinanzi al giudice civile o ad altro giudice) può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne rappresenta la condizione tipica" (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 21).

Si è, altresì, chiarito che le finalità dell'accesso devono essere dedotte e rappresentate dalla parte *"in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), così da permettere 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"* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4), con la precisazione che deve escludersi la sufficienza di 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 passa attraverso un rigoroso vaglio circa il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa.

26.2 Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, devono essere negati nella specie i presupposti per consentire l'accesso della ricorrente in prime cure ai *curricula* e alle schede di valutazione (materialmente esistenti) oggetto dell'istanza del 12 giugno 2019.

Con tale istanza, infatti, la dott.ssa Mondini aveva lamentato asserite illegittimità nelle procedure di conferimento di taluni incarichi dettagliatamente elencati, con la specificazione, per ognuno di essi, dal collega attributario.

L'istanza di accesso risultava, dunque, funzionale, anziché ad una verifica esplorativa dei profili di carriera di propri colleghi (che sarebbe stata, peraltro, inammissibile, riguardando documenti incidenti sull'altrui posizione giuridica, senza l'emersione di effettive esigenze difensive della parte istante), ad una disamina del *modus procedendi* osservato dalla RAI nel conferimento dei contestati incarichi, formalmente impugnati con la stessa istanza del 12 giugno 2019.

La strumentalità tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa, vantata dall'istante, avrebbe, pertanto, potuto ravvisarsi soltanto in relazione a quella documentazione realmente esistente e riferibile ai procedimenti di conferimento degli incarichi in contestazione.

Alla stregua di quanto puntualmente dichiarato dalla RAI, tuttavia:

- i *curricula* dei dipendenti, ove esistenti, sono stati formati su iniziativa degli stessi e, comunque, non sono utilizzati dalla parte datoriale per il conferimento di incarichi di lavoro, con conseguente loro irrilevanza in relazione agli incarichi per cui è causa;
- le schede di valutazione, pure presenti presso gli uffici, sono state, invece, redatte successivamente al conferimento degli incarichi *de quibus* e non hanno attinenza con l'oggetto dell'odierno giudizio, non riguardando i rapporti con il Comitato di Redazione, cui ai sensi del punto 10 Carta dei diritti e dei doveri del giornalista radiotelevisivo del servizio pubblico deve essere fornita un'informativa sui criteri seguiti nel determinare eventuali modificazioni dell'assetto funzionale preesistente, nonché sui *curricula* e sugli eventuali altri

requisiti tenuti in considerazione per le scelte individuali ai fini delle nomine, delle promozioni e dell'affidamento degli incarichi.

Ne deriva che, al pari dei *curricula*, neppure le schede di valutazione possono ritenersi strumentali alla tutela della situazione giuridica soggettiva vantata dall'odierna appellata.

In primo luogo, si tratta di documenti che, in quanto successivi alla decisione degli incarichi e non aventi il contenuto tipico dell'informativa al Comitato di Redazione (non essendo indirizzati a tale organo), non possono recare i criteri selettivi e valutativi che avrebbero dovuto essere applicati per il conferimento degli incarichi in contestazione.

In secondo luogo, nella relazione depositata il 25 marzo 2022, la Rai ha dichiarato che “*non esiste alcun documento*” contenente:

- le ragioni e i riferimenti, normativi e contrattuali, della scelta delle risorse interne da destinare alle promozioni e agli incarichi anche *ad personam* per cui è causa;
- il giudizio di adeguatezza del prescelto;
- il giudizio espresso in riferimento a tutti i partecipanti, i soggetti considerati e/o la platea dei possibili interessati;
- il giudizio espresso nei confronti di una eventuale rosa di candidati ritenuti idonei per la posizione.

Per l'effetto, non sussistendo, per quanto dichiarato dall'emittente, documenti aventi un tale contenuto, coerentemente, non può ritenersi che le schede di valutazione, limitatamente agli incarichi in contestazione nell'odierno giudizio, contengano siffatti criteri selettivi e valutativi o la motivazione delle scelte compiute.

Di conseguenza, tali schede devono ritenersi irrilevanti per ricostruire il *modus procedendi* osservato dalla Rai nel conferimento degli incarichi in contestazione, che si conferma non essere stato documentato con atti formali detenuti presso la parte datoriale.

In definitiva, in relazione ai documenti materialmente esistenti (schede di valutazione e *curricula*), meritano condivisione le censure impugnatorie incentrate sulla carenza di interesse all'accesso, non riscontrandosi quel nesso di necessaria strumentalità

caratterizzante l'istituto dell'accesso difensivo, necessario per l'accoglimento della domanda di parte.

27. Non potrebbe giungersi ad una diversa conclusione, facendo leva sulla disciplina in tema di accesso civico ex D. Lgs. n. 33/2013.

Si tratta, infatti, di disciplina che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 bis, comma 2, D. Lgs. n. 33/2013 e dell'art. 2, comma 1, lett. p, D. Lgs. n. 175/16, è inapplicabile alle società a partecipazione pubblica quotate (che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati).

Come precisato dalla Sezione con la recente sentenza n. 2655 dell'11 aprile 2022 - intervenuta in un giudizio in cui era parte la RAI - alle cui considerazioni si rinvia ex art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., *“l'art. 2-bis in questione traccia l'ambito soggettivo di applicazione del diritto di accesso civico, dettando regimi differenziati in ragione delle particolari caratteristiche strutturali che connotano le diverse persone giuridiche. Ed in questo senso è evidente la scelta del legislatore di voler sottrarre all'accesso civico le società in controllo pubblico quotate, come l'odierna appellante principale”*.

28. Alla luce dei rilievi svolti, l'appello deve essere accolto nella parte in cui è dedotta:

- l'inesistenza parziale della documentazione richiesta, riscontrandosi, al riguardo, un'impossibilità dell'accesso per carenza del suo oggetto;
- il difetto di interesse all'ostensione, in relazione a quei documenti pure esistenti (*curricula* e schede di valutazione), ma non afferenti ai procedimenti di conferimento degli incarichi per cui è causa.

Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, deve essere rigettato il ricorso di primo grado, in quanto relativo, in parte, a documenti inesistenti perché mai formati, in altra parte, a documenti non strumentali alle esigenze difensive allegate dall'istante e, in particolare, non rilevanti per la tutela della situazione giuridica soggettiva asseritamente incisa dall'esercizio del potere datoriale per cui è causa.

Deve essere assorbita ogni altra censura impugnatoria svolta dall'appellante, in quanto non idonea a mutare l'esito dell'odierna controversia e, dunque, ad influire sulla definizione dell'assetto di interessi per come attuato con l'atto di diniego impugnato in prime cure, da confermare per effetto della presente decisione.

29. La particolarità della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

30. L'impossibilità di configurare una posizione di soccombenza in giudizio in capo all'appellante osta, altresì, all'accoglimento della domanda, proposta dall'odierna appellata, di condanna della Rai ai sensi dell'art. 26 c.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO