

N. 00016/2016REG.PROV.COLL.

N. 00014/2015 REG.RIC.A.P.



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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14 di A.P. del 2015, proposto da:
Poste Italiane Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampiero Proia, Carlo
Mirabile e Clizia Calamita Di Tria, con domicilio eletto presso lo Studio Legale
Brancadoro in Roma, Via Borgognona 47;

contro

Rosetta Fratamico, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Dante e Francesco
Banchini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via Tacito n. 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA. SEZIONE I, n.
00041/2015, resa tra le parti, concernente diniego accesso agli atti - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rosetta Fratamico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2015 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Proia, Calamita Di Tria, Mirabile, e Dumontel per delega dell'avv. Dante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con l'atto di appello in esame (n.2185/15, notificato il 4 marzo 2015) si contesta la sentenza del Tribunale Amministrativo per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 41/15 del 22 gennaio 2015, con cui è stato accolto il ricorso proposto da un'operatrice di sportello (Cat. C), per ottenere l'accesso ai cartellini orari relativi agli anni 2012 e 2013, nonché al primo semestre del 2014 e a tutti i documenti contenenti dati, anche in forma disaggregata, inerenti alle prestazioni giornaliere dell'interessata. Nella citata sentenza si richiamano i principi generali, confermati da costante giurisprudenza, in tema di assoggettamento alle regole dettate per finalità di trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Non inciderebbe su tale assetto la nuova regolamentazione del settore postale, di cui all'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 (*Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità*), risultando confermato l'affidamento alla società Poste Italiane di compiti esclusivi per lo svolgimento del cosiddetto servizio universale, oltre che per la notificazione di atti giudiziari, con conseguente non completa assimilabilità delle funzioni della società stessa a quelle di attività privatistica di impresa.

In sede di appello – ribadita un’eccezione di inammissibilità dell’istanza, in quanto reiterativa di altra precedente già respinta e riferita a documentazione cartacea sugli orari di lavoro, normalmente non elaborata e quindi non in possesso dell’Ente – si sottolinea l’interesse di quest’ultimo ad un riesame dell’indirizzo giurisprudenziale, formatosi prima che intervenissero per il medesimo “*radicali mutamenti giuridici*”: dal carattere ormai ampiamente concorrenziale dell’attività svolta alla recente quotazione in borsa del 40% del capitale, disposta con d.p.c.m. del 16 maggio 2014.

Non sarebbe più sussistente, pertanto, l’ “*intensa connotazione pubblicistica*”, necessaria per il riconoscimento dell’obbligo di consentire l’accesso, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

In rapporto a quanto sopra, con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 4018/15 del 26 agosto 2015 è stata sollevata questione di legittimazione passiva di Poste Italiane s.p.a. in rapporto alla procedura di cui trattasi: procedura che vincola non solo le pubbliche amministrazioni, ma anche i “*soggetti di diritto privato*” (ma, per quanto riguarda questi ultimi, “*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse*”) ad ammettere l’accesso ad atti, anche interni, dei medesimi, per ragioni riconducibili alla trasparenza ed imparzialità dell’Amministrazione, previo bilanciamento con eventuali interessi contrapposti.

Nella citata ordinanza di remissione vengono prospettate argomentazioni, idonee a porre in dubbio il costante indirizzo – sinora seguito dalla giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen. 22 aprile 1999, n. 4 e successive pronunce, in ampia prevalenza conformi) – circa la proponibilità dell’azione di cui trattasi nei confronti di soggetti privati affidatari di pubblici servizi. In particolare, si sottolinea come la natura privata dell’Ente Poste e del rapporto di lavoro dei relativi dipendenti possa indurre a ritenere che non tutta l’attività svolta ed i rapporti in essere siano funzionalmente

connessi alla gestione del servizio; dovrebbe, anzi, ritenersi che l'obbligo di trasparenza, cui risponde l'istituto dell'accesso, non sia riferibile ai *“rapporti giuridici privatistici diversi, da quelli nei quali il soggetto che chiede l'accesso si presenti e si qualifichi come utente...o comunque come portatore di un interesse (anche diffuso) al servizio pubblico in quanto tale”*. Con la legge n. 241 del 1990, in altre parole, sarebbero state estese *“al cittadino/utente (ossia al destinatario dell'attività della p.a. quale erogatrice di servizi) quelle tutele, che primariamente erano state escogitate a tutela del cittadino/amministrato (ossia al destinatario dell'attività della p.a. quale fonte di atti autoritativi)”*. In tal modo sarebbe stata garantita una tutela, concepita per la tipica forma di soggezione contrapposta agli atti autoritativi, ad anche ad altre forme di *“soggezione di fatto”*, inerenti all'attività della p.a. come organizzatrice ed erogatrice di servizi pubblici, ovvero a situazioni in cui il cittadino – come *“membro della comunità, o specificamente come utente”* – venga a subire gli effetti di scelte organizzative o gestionali, che *“per forza di cose incidono sui suoi interessi, senza che egli disponga di un potere contrattuale adeguato per contrastarle”*. Le esigenze di cui sopra, tuttavia, non sussisterebbero quando il rapporto fra il soggetto che chiede l'accesso e il privato gestore del pubblico servizio fosse di altro tipo (ad esempio, per contratto d'opera professionale, o appunto per contratto di lavoro subordinato), senza alcuna incidenza di profili pubblicistici e con piena possibilità di tutela innanzi al giudice ordinario.

Non sarebbe dunque giustificato il diverso trattamento dei lavoratori dipendenti di un soggetto privato, a seconda del fatto che quest'ultimo sia o meno, occasionalmente, gestore di un pubblico servizio.

In vista dell'Adunanza in data odierna, infine, entrambe le parti hanno depositato memorie.

La società Poste Italiane s.p.a., in primo luogo, ha sottolineato non solo l'infondatezza, ma l'inammissibilità del gravame, *“in ragione della inconfigurabilità del diritto di accesso ex lege*

n. 241 del 1990” in capo ai dipendenti della medesima società, in quanto il regime contrattuale degli stessi non sarebbe “*funzionalmente connesso alla gestione del servizio pubblico*”. Gli atti di gestione dell’imprenditore privato, infatti, non sarebbero in alcun modo strumentali a detto servizio, costituendo “*esclusivamente esercizio della libertà di iniziativa imprenditoriale, prevista dall’art. 41 della Costituzione e dall’autonomia negoziale*”, di cui agli articoli 1321 e seguenti del codice civile, in corrispondenza al perseguimento di un interesse privato e non pubblico, come comprovato dalla differenza delle regole, disciplinatrici del rapporto di lavoro presso pubbliche amministrazioni, pur essendo stato anche tale rapporto privatizzato, ma con una fitta serie di regole speciali, contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001.

In caso di non condivisione, da parte dell’Adunanza Plenaria, delle argomentazioni prospettate, viene inoltre ribadita eccezione di incostituzionalità, per ingiusto aggravamento della posizione dell’Ente rispetto a qualsiasi altro datore di lavoro privato, con oltre 2000 competitors solo sul territorio nazionale e con titoli quotati sul mercato azionario. In alternativa, si chiede il rinvio della causa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell’art. 267, u.c., TFUE, relativamente alla compatibilità degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 – se ritenuti applicabili a Poste Italiane s.p.a. – con i principi europei di pari trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, nonché libertà di prestazione dei servizi, in rapporto agli articoli 18 e 49 – 55 TFUE. Alla ravvisata inapplicabilità della legge n. 241 del 1990, con riferimento al rapporto di lavoro privatizzato, sarebbe peraltro pervenuta anche la Corte di Cassazione (Cass., 22 agosto 2013, n. 19425; Cass. SS.UU. 4 febbraio 2014, n. 2397). Non vi sarebbe ragione, in ogni caso, per accordare ai soli dipendenti di Poste Italiane s.p.a. uno strumento informativo ulteriore, non spettante ai dipendenti delle “*ormai 4.000 aziende concorrenti di Poste Italiane sul mercato postale*”, nonché ai dipendenti di tutti gli

altri Istituti di credito e delle compagnie di assicurazioni operanti nel Paese. Viene infine rappresentato come l'unica attività, tuttora svolta da Poste Italiane s.p.a. in regime di monopolio sia *“solo ed esclusivamente quella relativa alle notificazioni degli atti amministrativi e giudiziari”* e si chiede, conclusivamente, di affermare il principio secondo cui il diritto di accesso, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, non sussisterebbe ogni qual volta la richiesta fosse rivolta *“da un privato ad un altro privato, nell'ambito di un rapporto anch'esso squisitamente privatistico”*.

La difesa della parte resistente sottolinea invece il carattere ampio e incondizionato del diritto di accesso, che non potrebbe essere precluso a soggetti titolari di un interesse qualificato, come dipendenti dell'Ente. Anche una delibera (mai impugnata) del CdA di Poste Italiane del 2 giugno 1999 – nel disciplinare i casi di esclusione dal diritto di accesso – non avrebbe considerato istanze, come quelle di cui si discute nel caso di specie, non avallando quindi (in conformità a giurisprudenza consolidata) la totale sottrazione, che ora si vorrebbe introdurre, del rapporto di lavoro dall'ambito di riferibilità del diritto in questione. La stessa giurisprudenza ha peraltro ribadito, al riguardo, come l'accesso sia anche svincolato dalla proposizione effettiva di un giudizio, dovendosi avere riguardo solo per l'esistenza di una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento, al quale si chiedi di accedere. L'attività di Poste Italiane, relativa alla gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti, infine, dovrebbe in ogni caso ritenersi strumentale al servizio pubblico fornito dall'Ente, in quanto non certo estranea alla qualità del servizio stesso.

Preso atto delle opposte argomentazioni delle parti, la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

E' sottoposta all'Adunanza Plenaria una questione complessa, inerente al diritto di accesso – a norma degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), come successivamente modificata ed integrata – dei dipendenti di Poste Italiane s.p.a., con riferimento al rapporto di impiego (di natura privata) in corso fra gli stessi e la citata società.

Nell'ordinanza di remissione non si pone in dubbio la legittimazione passiva di detta società, come concessionaria ex lege di un pubblico servizio, nei confronti degli utenti del servizio stesso, ma si postula che non abbiano titolo al riguardo i lavoratori dipendenti, quali soggetti privati in rapporto ai quali il datore di lavoro (a sua volta privato) ponga in essere atti non riconducibili al servizio pubblico ed estranei, pertanto, alla “*ratio*” di trasparenza, riconducibile in via esclusiva al perseguimento di interessi della collettività ed al correlativo, sostanziale stato di soggezione dei singoli componenti di quest'ultima, in rapporto alla gestione di interessi generali effettuata dall'ente.

La prospettazione, al riguardo formulata dalla III sezione del Consiglio di Stato, trova appoggio nel testo letterale del ricordato art. 22, comma 1, lettera e) della legge n. 241 – nel testo introdotto dall'art. 15, comma 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 – che definisce “*pubblica amministrazione*”, ai fini di cui trattasi, “*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*”. L'indirizzo giurisprudenziale, sinora costante, circa il pieno riconoscimento del diritto di accesso nei confronti dei dipendenti di enti privati, cui sia affidato un pubblico servizio, ha il suo fulcro, in effetti in una pronuncia (Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4), emessa quando il citato art. 22 l. cit. era formulato come segue: “*1. Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni*

giuridicamente rilevanti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi.... 2. E' considerato documento amministrativo ogni rappresentazione....del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni, o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa...": nessun accenno ai “*limiti*”, che ora circoscrivono l'accesso con riferimento all'attività dei soggetti privati, chiamati a svolgere funzioni di interesse pubblico, in termini che l'Adunanza Plenaria è chiamata a valutare e chiarire.

E' in base al nuovo testo normativo, pertanto, che nell'ordinanza di remissione si prospetta una “*nuova indagine interpretativa*”, che tenga conto degli interventi di modifica della legge in questione, nonché delle relative disposizioni processuali (attualmente, art. 116 cod. proc. amm.).

Tale indagine richiede una valutazione sistematica dell'istituto dell'accesso, quale “*principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*” (art. 22 cit, comma 2), nonché della nozione di “*pubblica amministrazione*”, nei termini – non univoci – di volta in volta riconosciuti dall'ordinamento.

Quanto sopra, tenendo conto anche delle argomentazioni difensive della parte resistente, che delinea una configurazione dell'ente di cui trattasi più vicina a quella dell'impresa pubblica che di un'amministrazione, in considerazione dell'attuale svolgimento di molteplici attività di natura imprenditoriale, in regime di concorrenza con altre società private, tanto da ricondurre l'attività della società, nel suo complesso, ad una delle tante modalità di intervento pubblico nell'economia, attraverso vere e proprie imprese costituite e controllate da una o più amministrazioni, ma comunque sfordite del requisito teleologico (ovvero della finalità di soddisfacimento di interessi della collettività) tipico, in particolare, degli organismi di diritto pubblico, di cui dall'art.

3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*).

Il richiamo alla nozione di organismo di diritto pubblico si rende opportuno perché – pur non essendovi espliciti riferimenti al riguardo negli articoli 22 e seguenti della citata legge n. 241 del 1990 – la giurisprudenza ha spesso fatto coincidere le esigenze di trasparenza, sottese all’istituto dell’accesso anche come garanzia di imparzialità, con le analoghe esigenze cui rispondono le procedure contrattuali, cosiddette “*ad evidenza pubblica*” (cfr. in tal senso Cons. St., Ad. Plen., n. 4/1999 cit., che riconosceva il diritto di accesso dei dipendenti dell’Ente Ferrovie dello Stato, anche dopo la trasformazione dello stesso in società per azioni, richiamando appunto la disciplina degli organismi in questione, chiamati a soddisfare in ogni caso esigenze di trasparenza e di svolgimento imparziale dell’attività amministrativa, in quanto la gestione di interessi pubblici è comunque riferibile all’art. 97 della Costituzione e non all’art. 41, sulla libertà di iniziativa economica).

Di fatto, può senz’altro convenirsi sull’assoggettamento degli organismi di diritto pubblico anche al diritto di accesso (essendo per essi tipico il perseguimento di “*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*”), ma senza dimenticare la linea evolutiva che – a livello nazionale e comunitario – interessa la nozione stessa di “*pubblica amministrazione*”, quale nozione non univoca, ma da ricondurre, di volta in volta, a normative diverse e alle relative finalità (a titolo esemplificativo: d.lgs. n. 163 del 2006 cit. – c.d. codice degli appalti – in tema di procedure ad evidenza pubblica, a cui debbono attenersi diverse figure soggettive, sia pubbliche che private; legge 31 dicembre 2009, n. 196, art. 1, comma 1, in tema di Amministrazioni che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, in conformità al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella comunità U.E – c.d. SEC 95 –; d.lgs. n. 33 del 14 marzo

2013, in tema di obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

Nei vari contesti normativi (quelli sopra indicati caratterizzati, rispettivamente, dal controllo e dal finanziamento pubblico, nonché dal contrasto della illegalità nell'amministrazione) all'apparato – centrale e decentrato – dello Stato ed alle Autonomie locali si aggiungono diverse tipologie di soggetti privati (o privatizzati), cui sono attribuite prerogative pubblicistiche, tali (per quanto qui interessa) da consentire che i relativi atti, *“anche interni, o non relativi ad uno specifico procedimento...e concernenti attività di pubblico interesse”*, possano essere considerati *“documenti amministrativi”*, sui quali si riconosce il diritto di accesso *“indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”*.

Si introduce in tal modo quella nozione funzionale di Stato, che è stata individuata dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 1988 (causa 31/87 - Beentjes), che riconduceva a detta nozione personalità giuridiche distinte, ma dipendenti in modo sostanziale dai pubblici poteri, per il perseguimento di interessi che lo Stato stesso intende soddisfare direttamente, o nei confronti dei quali sceglie di mantenere un'influenza determinante.

Si deve valutare, pertanto, sotto quale profilo la società, di natura privata, Poste Italiane s.p.a. sia destinataria delle norme in tema di accesso e quali siano i limiti della relativa attività di pubblico interesse, a cui la norma circoscrive l'applicabilità dell'Istituto.

E' noto come, sul piano soggettivo, la società Poste Italiane sia subentrata, con intenti di efficientamento del servizio, alla preesistente amministrazione centrale, nata dopo l'unità d'Italia con legge 5 maggio 1862, n. 604 (cosiddetta *“riforma postale”*, che prevedeva offerta di servizi a tariffa unica su tutto il territorio nazionale), assumendo prima forma di ente pubblico economico, poi di società per azioni, in attuazione della legge 29

gennaio 1994, n. 71 (*conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1 dicembre 1993, n. 487, recante trasformazione dell'Amministrazione delle poste e telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero*). A norma dell'art. 1, comma 2, del citato d.l. n. 487 del 1993 spetta al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) deliberare “*in ordine alla proprietà ed al collocamento delle partecipazioni azionarie, favorendone la massima partecipazione tra i risparmiatori*”. L'attuale società per azioni, controllata con circa il 60% di partecipazione dal Ministero dell'Economia, ha visto dal 27 ottobre 2015 collocata sul mercato azionario una quota del 40% circa del capitale; detta società – pur operando, oltre che nel settore dei servizi postali, anche in ambito finanziario, assicurativo e di telefonia mobile, in regime di concorrenza – è in ogni caso tuttora concessionaria del cosiddetto servizio postale universale (che implica la fornitura obbligatoria – con correlativi esborsi statali a parziale copertura degli oneri – di servizi essenziali di consegna di lettere e pacchi, ad un prezzo controllato, a tutti i Comuni italiani, come dimostra il preannuncio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, in presenza della decisione di non recapitare più la posta a 4.000 Comuni, in quanto servizio ritenuto non remunerativo; cfr. anche al riguardo Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720).

Quanto sopra ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 (*Attuazione della direttiva 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio*), con ulteriore esclusiva per la notificazione dei verbali di violazione del codice della strada e di atti giudiziari. All'assetto proprietario di maggioranza – che fa capo al Ministero dell'Economia (ex Ministero del Tesoro), che nomina il Consiglio di Amministrazione, si affiancano il controllo e la vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico (che ha accorpato quello delle Comunicazioni) e

della Corte dei Conti; il Collegio dei revisori è composto da tre membri effettivi e tre supplenti, interamente designati dalle medesime Amministrazioni di riferimento (cfr. art. 4 d.l. n. 487/1993 cit). L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) è competente ad adottare provvedimenti regolatori in materia di qualità e caratteristiche del servizio universale, disciplinato peraltro da contratto di programma, in cui controparte del gestore postale è il Ministero dello Sviluppo Economico. Sussistono dunque, sul piano soggettivo, sufficienti elementi per qualificare la società Poste Italiane come organismo di diritto pubblico, come definito dal già ricordato art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In termini sostanzialmente conformi, peraltro, si è espressa in più occasioni la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 e 24 maggio 2002, n. 2855; Cons. Stato, sez. III, n. 2720/2014 cit.).

Appare d'altra parte evidente come l'elemento fondante dell'organismo di diritto pubblico sia appunto quello, riconducibile alla rilevanza degli interessi generali perseguiti, in rapporto ai quali – anche qualora la gestione fosse produttiva di utili – non può venire meno una funzione amministrativa di controllo, da intendere come possibilità di condizionamento aziendale, anche in termini di scelta maggioritaria degli amministratori, chiamati a perseguire determinati obiettivi di qualità del servizio (in tal senso depone il carattere espressamente disgiunto dei requisiti, di cui al punto “c” del ricordato art. 3, comma 26, del codice degli appalti: cfr. anche Cass. SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225). E' propria dell'Amministrazione, infatti, la cura concreta di interessi della collettività, che lo Stato ritiene corrispondenti a servizi da rendere ai cittadini e che pertanto, anche ove affidati a soggetti esterni all'Apparato amministrativo vero e proprio, debbono comunque rispondere a corretti parametri gestionali, sul piano dell'imparzialità, del buon andamento e della trasparenza. A detti principi non può non considerarsi ispirato anche l'art. 22, comma 1, lettera e) della più volte citata legge n.

241 del 1990, nel ricondurre alla nozione di “*pubblica amministrazione*” anche i “*soggetti di diritto privato, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale e comunitario*”.

La qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come organismo di diritto pubblico è dunque un fattore che rende pacifica l'estensione a detta società delle norme in tema di accesso, ma non chiarisce i limiti, entro cui l'attività societaria debba ritenersi di “*pubblico interesse*”.

In particolare, nell'ordinanza di remissione si dubita della riconducibilità a detto interesse del rapporto di lavoro, contrattualmente disciplinato ed implicante diritti ed obblighi, pienamente tutelabili innanzi al giudice ordinario. L'interpretazione proposta introduce in qualche misura, con riferimento all'accesso, la dicotomia che, in materia contrattuale, è stata introdotta dalla giurisprudenza per i settori speciali (in precedenza denominati “*esclusi*”), circa l'attinenza dell'appalto alle specifiche attività disciplinate nella parte III del codice, dovendosi escludere – per le attività connesse a scopi diversi, rispetto a quelli di interesse pubblico, di cui agli articoli 206 e seguenti del d.lgs. n. 163 del 2006 – il rispetto della disciplina codicistica e la stessa giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 gennaio 2011, n. 16). La direttiva 2004/17/CE – cui sono riconducibili anche i servizi postali (cfr. art. 211 del codice) – dovrebbe infatti essere applicata restrittivamente, con sostanziale superamento della originaria concezione funzionale di Stato, implicante generalizzata applicazione dei principi dell'evidenza pubblica a tutte le attività dei soggetti istituiti per il soddisfacimento di interessi generali, benchè abilitati ad operare, secondo l'ordinamento interno dei singoli Stati – sul punto non in contrasto con la direttiva n. 93/37/CE – anche in ambito imprenditoriale (c.d. *teoria del contagio*: Corte di Giustizia, sentenza 15 gennaio 1998, causa 44/96 Mannesman, i cui principi sono

sostanzialmente ribaditi nella sentenza della medesima Corte 10 maggio 2001, cause riunite C-229 e 260/99, Ente Fiera di Milano).

La possibilità di applicare una disciplina differenziata a soggetti, cui sono affidate funzioni di interesse pubblico, ma operanti anche in ambito industriale o commerciale incide, indubbiamente, sul principio di certezza del diritto, che le pronunce da ultimo indicate sembravano assicurare, ma rispetta la sovranità degli Stati, chiamati a scegliere il modulo organizzatorio per l'espletamento di attività di interesse generale, nel presupposto che efficienza e buon andamento dell'Amministrazione possano essere assicurati anche attraverso gestioni, ispirate a criteri economici di stampo imprenditoriale (C. Giust. CE, 10 novembre 1988, C - 360/96 Arnhem; cfr. anche però, con specifico riferimento agli organismi di diritto pubblico, C. Giust. CE 10 aprile 2008, C-393/06, Aigner).

Nell'ottica sopra indicata – e prescindendo da ulteriori tematiche, estranee al presente giudizio – il rapporto di impiego presso Poste Italiane s.p.a. potrebbe considerarsi circoscritto all'attività esclusivamente privatistica dell'ente, del tutto disancorata dall'interesse pubblico di settore, istituzionalmente affidato all'apparato di cui trattasi e perseguito, comunque, in via non esclusiva, ma congiuntamente ad attività di stampo imprenditoriale.

Nell'ordinanza di rimessione tale soluzione è ricondotta, in particolare, allo stato di soggezione, riconducibile solo agli utenti del servizio pubblico e non anche ai dipendenti della società.

L'adunanza Plenaria condivide solo in parte tale prospettazione.

Appare difficile negare, infatti, sia che il rapporto di lavoro implichi lo “*svolgimento di un'attività strettamente connessa e strumentale alla quotidiana attività di gestione del servizio pubblico*” (Ad. Plen. n. 4/1999 cit.), sia che i dipendenti della società, incaricata di tale

servizio possano vantare un *“interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui si chiede l’accesso”* (art. 22, comma 1, lettera “b” della legge n. 241/1990 cit), sia infine che configuri una disparità di trattamento l’attuazione di modalità differenziate di tutela del predetto interesse, a seconda che si tratti di utenti o di lavoratori.

E’ anche necessario, tuttavia, attribuire significato alla disposizione legislativa (art. 22 cit., lettera “e”) che assimila all’amministrazione ai fini di cui trattasi i soggetti privati, ma *“limitatamente alla loro attività di pubblico interesse”*.

A quest’ultimo riguardo – e con riferimento al quesito specificamente proposto, per la decisione richiesta nel caso di specie – l’Adunanza Plenaria ritiene che non si possa prescindere dal recente rafforzamento del principio di trasparenza, operato col già richiamato d.lgs. n. 33 del 2013, in attuazione della delega contenuta nell’art. 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*). Nello stesso articolo, al quindicesimo comma, la trasparenza dell’attività amministrativa è definita come *“livello essenziale....delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili”*, anche con specifico riferimento, per quanto qui interessa (al comma 16), a *“concorsi e prove selettive per l’assunzione di personale”*, nonché alle *“progressioni in carriera”*, di cui all’art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*); è altresì specificato (al comma n. 34 del medesimo art. 1) che *“Le disposizioni dei commi da 15 a 33 si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165....agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell’art. 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea”*;

quanto sopra con la precisazione (al comma 36), secondo cui “*Le disposizioni, di cui al decreto legislativo adottato ai sensi del comma 35 integrano l’individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione....*”. Con la medesima legge (art. 1, comma 37) è stato modificato l’art. 1, comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, inserendo tra i principi generali dell’attività amministrativa l’assicurazione che i soggetti privati, “*preposti all’esercizio di attività amministrative*”, forniscano – per l’attuazione di detti principi (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) – “*un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni....*”.

Dall’esame sistematico delle disposizioni sopra citate emergono non solo la considerazione del rapporto di lavoro, come fattore strumentale alla normale gestione del servizio pubblico postale (Cons. Stato, sez. VI, n. 2855/2002 cit.), ma anche la rilevanza *ex se* di tale rapporto, per l’osservanza di regole di imparzialità e trasparenza, che vincolano tutti i soggetti chiamati a svolgere funzioni pubbliche (anche nella veste di datori di lavoro), nell’ambito di servizi che le amministrazioni intendono assicurare ai cittadini, direttamente o in regime di concessione.

Ad avviso di questa Adunanza Plenaria, tuttavia, nel settore lavorativo di cui trattasi opera – benchè in una prospettiva diversa (avendo qui rilievo il contesto normativo sotto indicato e non la giurisprudenza comunitaria in tema di appalti, per quanto riguarda gli organismi di diritto pubblico: sentenza C. Giust., C – 396/06 Aigner cit.) – l’accezione restrittiva rilevata per l’applicazione della direttiva 2004/17/CE, riferita agli enti erogatori di acqua e di energia, nonché a quelli che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. Tali enti – in quanto titolari di diritti speciali ed esclusivi – agiscono nell’ambito dei settori sopra indicati, ma svolgono anche attività in pieno regime di

concorrenza, direttamente esposti alle regole del mercato e possono, per tale ragione, vedere in qualche misura attenuata la disciplina propria delle amministrazioni pubbliche. Per quanto riguarda il rapporto di lavoro – strumentale a tutte le attività svolte – gli obblighi di trasparenza appaiono dunque coerentemente suscettibili di delimitazione, con riferimento al combinato disposto degli articoli 11, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 (ambito soggettivo degli obblighi di trasparenza), 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in tema di organizzazione degli uffici e di ottimale utilizzazione delle risorse umane) e 1, comma 16 della già ricordata legge delega n. 190 del 2012: disposizioni, quelle appena richiamate, che consentono di circoscrivere l'accesso ai settori di autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del rapporto di lavoro), ovvero alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni in carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici, quando gli stessi – benchè doverosamente ispirati a tutti i principi, di cui all'art. 24 del già citato d.lgs. n. 150 del 2009 – 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). Nella situazione in esame, pertanto, gli atti richiesti non potevano essere oggetto di accesso, in quanto attinenti a fasi di gestione ordinaria del personale, per le quali la società Poste Italiane s.p.a. escludeva persino di possedere riscontri documentali, fatte salve le verifiche, comunque possibili nella sede giudiziaria propria, ovvero innanzi al giudice del lavoro..

L'interpretazione qui proposta consente di superare le eccezioni di incostituzionalità e la questione pregiudiziale comunitaria e di assorbire ogni ulteriore argomentazione difensiva delle parti, con conseguente accoglimento dell'appello, nei termini in precedenza specificati e con gli effetti precisati in dispositivo.

La novità della questione affrontata consente altresì di compensare le spese dei due gradi di giudizio.

In base alle argomentazioni svolte, in conclusione, l'Adunanza Plenaria afferma i seguenti principi di diritto:

- a) la società Poste Italiane s.p.a. è soggetta alla disciplina, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria;
- b) il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti della medesima società, limitatamente alle prove selettive di accesso, alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione generale degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello nei termini precisati in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado; compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2016

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione