

Pubblicato il 20/03/2024

N. 02694/2024REG.PROV.COLL.
N. 00156/2024 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 156 del 2024, proposto da
ASMEL – Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti
Locali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Germana Cassar, con domicilio digitale di pec come da registri
di giustizia;

contro

Ordine degli Avvocati di Roma, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Ida Leonardo, con
domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

nei confronti

Lexcapital s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita
in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 02825/2023, resa tra le parti, concernente il diniego tacito formatosi su un'istanza di accesso agli atti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ordine degli Avvocati di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 il Cons.

Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Cassar e Leonardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ASMEL - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali - è un'associazione senza scopo di lucro costituita da comuni e altri enti pubblici, tra i cui scopi rientra, tra l'altro, quello *“di implementare soluzioni per il conseguimento di obiettivi di semplificazione amministrativa e di contenimento della spesa nell'ambito dei procedimenti di acquisizione di beni e servizi”*.

A tal fine lo statuto prevede che *“...l'Associazione potrà attivare in favore dei soci funzioni di approvvigionamento (convenzionamenti, accordi, centralizzazione di committenze, e-procurement, etc.) connesse al reperimento delle migliori condizioni di mercato allo scopo di rendere più efficiente ed economica la gestione delle procedure di acquisizione; e di realizzare economie di scala”*.

In attuazione degli obiettivi statutari, la ASMEL ha sottoscritto, con la LexCapital s.r.l. - società benefit costituita ai sensi dell'art. 1, commi da 376 a 384, della L. 28/12/2015, n. 208 - un accordo quadro di collaborazione con il fine di mettere a disposizione degli enti associati un servizio privato al miglior prezzo di mercato, consistente nella cessione da parte degli enti dei diritti di causa attraverso appositi contratti.

In base al detto accordo, la detta società acquisisce, dai propri clienti, i diritti che questi ultimi intendono far valere in giudizio (c.d. *res litigiosa*) e assume di conseguenza i costi per la successiva gestione del contenzioso, sulla base di uno schema negoziale, di derivazione anglosassone, noto come “*third party litigation funding*”, il quale configura un contratto atipico aleatorio, finalizzato a favorire l’accesso alla tutela giurisdizionale.

Al fine di verificare il rispetto della normativa sull’equo compenso per l’esercizio delle prestazioni professionali, di cui alla L. 21/4/2023, n. 49, l’Ordine degli Avvocati di Roma, quale ente esponenziale della categoria degli avvocati, ha presentato alla ASMEL un’istanza di accesso avente ad oggetto copia dell’accordo quadro tra la stessa ASMEL e LexCapital, con tutti gli atti presupposti o conseguenti alla stipula dell’anzidetto accordo e concernenti la cessione dei diritti litigiosi dei comuni associati ad ASMEL.

In assenza di riscontro, l’Ordine degli Avvocati di Roma ha proposto ricorso al T.A.R. Lombardia – Milano, col quale ha chiesto l’ostensione degli atti di cui sopra.

Il Tribunale adito, con sentenza 28/11/2023, n. 2825, ha accolto il ricorso.

Avverso la sentenza ha proposto appello la ASMEL.

Per resistere all’appello si è costituito in giudizio l’Ordine degli Avvocati di Roma.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla camera di consiglio del 29/2/2024 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si denuncia l’errore commesso dal Tribunale nel ritenere che la sottoscrizione dell’accordo quadro ASMEL/LexCapital sarebbe avvenuta nell’esercizio di un’attività, oggettivamente, riconducibile a un pubblico interesse, con conseguente soggezione di ASMEL alla disciplina

dell'accesso agli atti, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. e), della L. 7/8/1990, n. 241, nonostante la sua natura di associazione privatistica.

Senonché, la sottoscrizione del menzionato accordo, non metterebbe capo alla cura di alcun pubblico interesse.

L'appellante, difatti, non perseguirebbe alcuna finalità di interesse generale, non eserciterebbe poteri pubblici, non riceverebbe alcun finanziamento statale e non sarebbe soggetta a controlli.

L'accordo sarebbe stato sottoscritto, quindi, unicamente per soddisfare una finalità statutaria di natura chiaramente privatistica, ovvero garantire agli enti le migliori condizioni contrattuali in un mercato libero e concorrenziale.

In altre parole l'accordo:

- i) coinvolgerebbe solo soggetti privati (AMEL e LexCapital);
- ii) si limiterebbe a dettare le condizioni generali per la determinazione del corrispettivo dovuto a LexCapital in caso di cessione, da parte degli enti associati, di contenzioso di carattere meramente patrimoniale, che avverrebbe sulla base di una scelta meramente facoltativa;
- iii) non disciplinerebbe in alcun modo aspetti concernenti il conferimento dell'incarico all'avvocato e il compenso da riconoscergli per l'attività da svolgere;
- iv) non individuerebbe nel dettaglio la res litigiosa oggetto di eventuale cessione.

In ogni caso, i documenti di cui viene chiesta l'ostensione non sarebbero in possesso di ASMEL in quanto non sarebbe quest'ultima, ma LexCapital, il soggetto che eroga il servizio.

Col secondo motivo si lamenta che la sentenza sarebbe erronea laddove afferma la sussistenza di un interesse diretto attuale e concreto alla visione dell'accordo da parte dell'istante, in quanto "*L'Ordine professionale, quale ente*

esponenziale della categoria, ha certamente interesse alla visione del documento, per la verifica del rispetto delle norme che presiedono all'attività professionale ed alla sua remunerazione nel rispetto della legge n. 49 del 2023".

Tuttavia, il giudice di prime cure non avrebbe ben inteso l'ambito di applicazione di tale legge.

Quest'ultima attribuirebbe agli Ordini poteri vari finalizzati ad assicurare il rispetto della disciplina sull'equo compenso, ma l'accordo non impedirebbe ai Consigli dell'Ordine di intervenire, laddove ne ravvisassero la necessità.

In base alla legge n. 49/2023, i Consigli dell'Ordine sarebbero legittimati a intervenire, solo laddove la violazione di precetti dalla medesima posti fosse attuale e concreta, evenienza, questa, al momento da escludere, tenuto conto che l'accordo non riguarderebbe il singolo incarico professionale e non avrebbe a oggetto i relativi compensi, i quali sarebbero soggetti alla normativa di riferimento.

Ne discenderebbe che l'interesse all'ostensione degli atti reclamati, risulterebbe, al momento, solo ipotetico ed eventuale e, in ogni caso, non riferibile all'accordo, ma semmai ai singoli mandati conferiti ai legali di fiducia. Gli Ordini, inoltre, non avrebbero alcun potere di verifica e controllo nei confronti di ASMEL e di LexCapital.

Oltre a ciò, gli atti presupposti e conseguenti alla stipula dell'accordo richiesti con l'istanza di accesso, concernenti la cessione dei diritti litigiosi, non potrebbero essere, comunque, rilasciati in quanto, essendo relativi al successivo momento del conferimento dell'incarico defensionale, non esisterebbero e non avrebbero nulla a che vedere con l'accordo.

Il Tribunale avrebbe, altresì, errato ad affermare che ASMEL avrebbe potuto produrre i documenti richiesti così da provare che gli stessi non ledono i diritti della classe forense.

E invero, in questo modo si finirebbe per avallare un'inammissibile inversione dell'onere della prova, spettando a chi agisce ex art. 116 c.p.a. dimostrare di avere interesse concreto e attuale all'accesso.

La sentenza, infine, non considererebbe che l'accordo quadro contenebbe informazioni riservate, in quanto attinenti alle strategie commerciali della LexCapital, che, quindi, anche per questa ragione, non sarebbe ostensibile.

Le due doglianze, entrambe infondate, si prestano a una trattazione congiunta.

Giova premettere che la censura con cui si lamenta che il Tribunale avrebbe erroneamente addossato su ASMEL un improprio onere della prova in ordine all'inidoneità dei documenti richiesti a ledere i diritti della classe forense, è resa inammissibile dall'effetto devolutivo dell'appello, che consente al giudice di secondo grado di correggere e integrare eventuali *deficit* o errori motivazionali della pronuncia gravata (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 372/2023, n. 1182; 3/11/2022, n. 9656; 23/11/2021, n. 7840; 3/11/2021, n. 7345).

Passando al merito delle questioni poste, va, preliminarmente, osservato che non è contestata la natura privatistica di ASMEL.

Orbene, con riguardo ai soggetti privati, l'art. 22, comma 1, lett. e), della L. n. 241/1990, ammette l'accesso agli atti "...*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*" (Cons. Stato, A. P., 28/6/2016, n. 13).

Ai fini del decidere occorre, quindi, stabilire se l'attività posta in essere da ASMEL, nel sottoscrivere, con LexCapital, l'accordo quadro di cui è stata chiesta l'ostensione, rientri o meno fra quelle di pubblico interesse.

La risposta non può che essere positiva.

E invero, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, <<*l'eventuale cessione di diritti e di crediti dei Comuni a favore di una società benefit, secondo il già ricordato modello contrattuale del "litigation funding", non è*

una mera attività di diritto privato, risolvendosi al contrario nella scelta di un contraente della Pubblica Amministrazione (il c.d. funder), che provvederà alla gestione del contenzioso quale cessionario dei diritti già in capo agli Enti Locali cedenti>>, scelta che, peraltro, lo si osserva incidentalmente, avviene attraverso un meccanismo di dubbia legittimità, in quanto opera in deroga a tutta la disciplina sull'evidenza pubblica.

A nulla rileva che l'opzione di avvalersi dei servizi della LexCapital sia, come sostiene l'appellante, facoltativa per gli enti associati.

Ciò che importa, con riguardo alla presente controversia, è che, laddove questi ultimi decidano di affidare a detta società il loro contenzioso, sulla base del menzionato accordo quadro, questo costituirà la fonte della disciplina del rapporto.

E' evidente, quindi, come nella fattispecie sussistano tutti i presupposti per ritenere che l'attività posta in essere da ASMEL con la sottoscrizione dell'accordo in parola, risulti connotata da profili di pubblico interesse.

Quanto all'interesse a ottenere gli atti oggetto della richiesta di accesso, è basta rilevare che l'appellato ha fatto discendere il proprio interesse all'ostensione, da notizie di stampa in base alle quali, l'accordo quadro stipulato con la LexCapital, avrebbe consentito agli associati ASMEL, di tutelare i propri diritti per le vie giurisdizionali senza spese e senza rischi.

Ebbene, tali notizie di stampa, l'esistenza delle quali non è stata smentita dall'odierna appellante, devono ritenersi idonee, in assenza di dati ed elementi conoscitivi più specifici e dettagliati, a radicare l'interesse, concreto e attuale, dell'ordine forense appellato all'ostensione degli atti richiesti, potendo essere i medesimi potenzialmente idonei a consentire la violazione delle prescrizioni di legge che impongono di remunerare le prestazioni professionali con un equo compenso.

Dalle esposte considerazioni discende l'ostensibilità dell'accordo quadro e di tutti gli altri atti reclamati dall'istante, che siano nella disponibilità di ASMEL, senza che a ciò osti il paventato pericolo, peraltro solo genericamente evocato, di disvelare le strategie commerciali della LexCapital, dato che, ove anche così fosse, l'unica conseguenza sarebbe quella di dover attivare, ai fini del rilascio della documentazione richiesta, il preventivo contraddittorio con la detta società, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 12/4/2006, n. 184 (Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi).

L'appello va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO