

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4467/05 REG.DEC.

N. 8031 REG.RIC.

ANNO 2004

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 8031 del 2004 proposto dal dott.
FILIPPO ANELLI, rappresentato e difeso dall'avv. Nunzio
Langiulli, con il quale elettivamente domicilia in Roma, via
Panama n. 110, presso lo studio dell'avv. G. Merla;

contro

L'ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI
ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI BARI, in persona del
Presidente in carica, dott. Francesco Losurdo, rappresentato e
difeso dall'avv. Roberto Mitolo, presso l'avv. Paolo Pacifici;

per la riforma

della sentenza n. 2815 del 23-25.6.2004, pronunciata tra le parti
dal Tribunale amministrativo regionale della Puglia, sede di Bari,
sez. I;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ente pubblico
intimato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visto il decreto del Presidente della Sezione n. 4223 del
10.9.2004, con il quale è stata accolta la domanda cautelare
provvisoria;

Vista l'ordinanza n. 5152 del 26.10.2004, con cui è stata accolta
l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata
e, per l'effetto, è stato ordinato all'amministrazione resistente di
esibire i documenti richiesti dall'appellante nel termine di sette
giorni dalla notificazione, o dalla comunicazione in via
amministrativa, del provvedimento;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 22.3.2005 l'avv. Merla, su delega dell'avv. Langiulli, per il ricorrente e l'avv. Mitolo per l'Ordine professionale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Il dott. Anelli ha impugnato la sentenza con cui il T.a.r. della Puglia, sede di Bari, sez. I, dichiarò inammissibile il ricorso promosso dall'odierno appellante onde ottenere l'annullamento del diniego di accesso agli atti oppostogli dall'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della Provincia di Bari, nonché del regolamento, emanato dal medesimo Ordine, ai sensi dell'art. 24, comma 4, della L. n. 241/1990.
2. Si è costituita l'amministrazione intimata, eccependo in via preliminare l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza dell'interesse del dott. Anelli alla coltivazione del gravame; nel merito l'Ordine ha poi contestato tutte le deduzioni avversarie, concludendo per l'integrale reiezione dell'impugnazione.
3. All'udienza pubblica del 22.3.2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
4. L'appello è fondato e merita accoglimento.
5. Per un corretto scrutinio delle questioni sottoposte al giudizio della Sezione è indispensabile accennare succintamente alle vicende dalle quali ha tratto origine la presente controversia.
 - 5.1. Con nota, prot. n. 904 del 4.5.2004, spedita tramite raccomandata a/r, il Presidente dell'Ordine appellato convocò il dott. Anelli presso la sede dell'ente, per sottoporlo all'audizione formale prevista dell'art. 39 del D.P.R. 5.4.1950, n. 221, «in ordine alle dichiarazioni riportate sul sito FIMMG – Puglia (Per un pugno di dollari) e a quelle rilasciate ai seguenti quotidiani ...».
 - 5.2. Pochi giorni dopo il ricevimento di tale comunicazione l'appellante chiese, tramite un legale, di poter accedere agli atti

del procedimento relativo alla disposta convocazione al fine di poter compiutamente esercitare il suo diritto di difesa.

5.3. Con la nota di risposta, impugnata in prime cure, il Presidente dell'Ordine respinse l'istanza di accesso, osservando che:

- nei confronti del dott. Anelli non era stato avviato alcun procedimento disciplinare;
- soltanto nell'ipotesi in cui la Commissione di disciplina, in esito all'istruttoria sommaria riservata in via amministrativa al Presidente dell'Ordine (a norma dell'art. 39 succitato), si fosse eventualmente determinata nel senso di intraprendere iniziative punitive nei confronti del dott. Anelli, questi avrebbe potuto prendere visione di tutti gli atti richiesti onde esercitare, nell'appropriata sede disciplinare, tutte le facoltà connesse all'invocato diritto di difesa;
- in ogni caso, all'accoglimento della domanda di accesso ostava il regolamento adottato dall'Ordine ai sensi dell'art. 24, comma 4, della L. n. 241/1990, recante il divieto d'accesso ai documenti relativi alla disciplina degli iscritti.

5.4. Il giorno 18.5.2004 il dott. Anelli notificò all'Ordine il ricorso, proposto avanti al T.a.r., contro il diniego e poi, in data 19.5.2004, si presentò all'audizione formale, senza aver potuto preventivamente visionare gli atti menzionati nella richiesta di accesso.

5.5. Il giudizio di primo grado si concluse con una pronuncia d'inammissibilità dell'impugnativa.

5.6. In dettaglio, la sentenza appellata poggia sui seguenti argomenti:

- l'accesso preteso dal ricorrente ha riguardato «documenti non specificati e probabilmente anche inesistenti, atteso che la convocazione disposta dal Presidente dell'Ordine è finalizzata proprio alla acquisizione ... di elementi di conoscenza da sottoporre eventualmente alla Commissione di disciplina»;

- non è pertinente il richiamo al diritto di difesa «atteso che il ricorrente avrà la possibilità di far valere le proprie ragioni nella sede competente», in caso di eventuale apertura nei suoi confronti di un procedimento disciplinare;

- «è anche dubbia la procedibilità del ricorso, atteso che il ricorrente con discutibile coerenza rispetto alla linea difensiva prescelta si è regolarmente presentato alla convocazione del 19 maggio 2004, per cui al momento del deposito del ricorso – avvenuto a distanza di oltre 15 giorni dalla suddetta data – egli aveva avuto piena conoscenza di ciò che il Presidente aveva in animo di chiedergli all'atto della convocazione».

5.7. In seguito, ottenuto il decreto presidenziale specificato nell'epigrafe della presente decisione, il dott. Anelli rinnovò, con istanza del 15.9.2004, la domanda di accesso agli atti.

5.8. In riscontro a tale domanda, il Presidente dell'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della Provincia di Bari partecipò all'appellante la notizia dell'apertura nei suoi confronti di un procedimento disciplinare, conformemente a quanto deliberato dall'apposita Commissione nella seduta del 15.9.2004 ed, al contempo, lo avvisò della facoltà di «ritirare o far ritirare dal suo avvocato munito di specifica delega, la copia degli atti esistenti nel fascicolo ...».

5.9. Infine, in data 26.1.2005, in esito al procedimento disciplinare, il dott. Anelli venne ritenuto responsabile delle incolpazioni ascrittegli e, per l'effetto, sanzionato con la sospensione per la durata di sei mesi.

6. Così tratteggiati i principali fatti della causa, è ora possibile prendere in esame l'eccezione d'improcedibilità sollevata dall'amministrazione resistente.

6.1. Sostiene, in particolare, l'Ordine dei medici di Bari che il dott. Anelli avrebbe perso ogni interesse alla decisione del gravame fin dal momento del ricevimento della nota, con cui gli si comunicava l'avvio nei suoi confronti del procedimento disciplinare; a partire da tale data, infatti, l'appellante acquisì la

facoltà di richiedere e di ottenere dall'amministrazione procedente l'esibizione di tutti i documenti utili alla sua difesa.

6.2. L'eccezione va disattesa.

6.3. Ed invero, a prescindere da ogni altra considerazione, a favore del riconoscimento di un perdurante interesse del dott. Anelli alla definizione del presente giudizio milita sicuramente una ragione di natura processuale, giacché soltanto una pronuncia d'appello favorevole alle sue tesi gli consentirebbe di ottenere la riforma della sentenza impugnata quanto meno nel capo relativo alla condanna alle spese.

Il profilo è da solo sufficiente a giustificare il sindacato, almeno "virtuale", del Collegio in ordine alle questioni dedotte in contenzioso.

6.4. Non è dunque indifferente per l'appellante riuscire a dimostrare l'asserita illegittimità del comportamento tenuto dall'Ordine dei medici di Bari nelle fasi prodromiche all'abbrivo del giudizio disciplinare.

6.5. Nemmeno può dubitarsi, siccome invece adombrato dal T.a.r., della procedibilità del ricorso originario sol perché depositato dopo lo svolgimento della seduta del 19.5.2004; a ben vedere, infatti, la circostanza che il dott. Anelli, nel corso dell'audizione, abbia potuto conoscere «ciò che il Presidente aveva in animo di chiedergli all'atto della convocazione» non comportò alcuna soddisfazione della distinta pretesa dell'appellante di visionare anticipatamente gli atti d'interesse (anche soltanto al fine di conoscere preventivamente le ragioni dell'invito rivolto dal Presidente). Del resto, il verbale della seduta del 19.5.2004 registra proprio tale protesta del dott. Anelli, né emerge che la richiesta di accesso avanzata dal ricorrente sia stata esaudita nel corso dell'audizione.

7. Passando al merito del gravame, va dato atto che le difese spiegate dall'Ordine per confutare le censure proposte con l'appello muovono da un'accurata selezione delle norme in materia di procedimento disciplinare dei medici: in dettaglio, il

provvedimento sul quale principalmente si radica l'esegesi patrocinata dall'ente è il D.P.R. 5.4.1950, n. 221 (Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse).

7.1. Le tesi sostenute dall'amministrazione poggiano sulla netta distinzione tracciata fra la "fase amministrativa" della procedura e quella, successiva ed eventuale, di natura tipicamente "disciplinare".

7.2. Più in particolare, l'Ordine opina che l'audizione formale condotta dal Presidente, regolata dall'art. 39 del D.P.R. n. 221/1950, si collochi in un momento diverso ed antecedente rispetto a quello dell'apertura del "giudizio" disciplinare vero e proprio (apertura deliberata da un organo differente, ovverosia dalla Commissione Medici Chirurghi).

L'audizione formale, alla stregua di siffatta impostazione, assolverebbe esclusivamente ad una funzione di "filtro istruttorio" delle notizie disciplinari pervenute, onde poterne selezionare soltanto quelle dotate di una minima apparenza di fondatezza.

7.3. Da tale fisionomia procedurale l'amministrazione resistente trae la conclusione dell'assenza in sede di audizione - istituto asseritamente previsto a «tutela del sanitario interessato» - di spazi per il libero dispiegarsi delle prerogative del diritto di difesa del convocato, né per l'esercizio delle connesse facoltà di accesso agli atti (di contro ampiamente garantite nella susseguente - ed eventuale - fase disciplinare).

7.4. Ad avviso del Collegio l'impianto argomentativo che sorregge le difese dell'Ordine dei medici di Bari non è pienamente condivisibile e presta il fianco a più di una critica, in quanto fondato su un'erronea sovrapposizione concettuale tra due distinti profili problematici della vicenda contenziosa, concernenti rispettivamente l'esatta perimetrazione dell'ambito

d'applicazione delle norme in materia di accesso e l'individuazione e l'interpretazione delle previsioni regolanti lo svolgimento delle fasi in cui si articola il procedimento disciplinare nei confronti dei medici.

7.5. Quantunque possa infatti convenirsi sulla premessa maggiore del sillogismo suggerito dall'amministrazione (ovverosia, che il D.P.R. n. 221/1950 distingue, per oggetto, finalità e competenze, la fase dell'audizione da quella del "giudizio disciplinare" vero e proprio), tuttavia non può accettarsi la conclusione secondo cui al professionista "denunciato" (sia pure non ancora "incolpato") - e per ciò convocato avanti al Presidente dell'Ordine - sia recisamente preclusa ogni possibilità di accesso al materiale documentale all'origine dell'iniziativa intrapresa dall'organo monocratico preposto alle (pre)istruttorie disciplinari.

7.6. Va ripudiato l'approccio ermeneutico sotteso a tale divisare, non potendosi sensatamente interpretare la normativa recata da un D.P.R. risalente al 1950 in maniera del tutto avulsa dalle successive modificazioni normative e, soprattutto, dai contenuti precettivi in materia di accesso agli atti, innovativamente introdotti per ogni settore del diritto amministrativo dalla L. n. 241/1990.

Non è giuridicamente corretto leggere le norme del D.P.R. n. 221/1950, venute ad esistenza in un'epoca in cui il principio della "segretezza dell'istruttoria amministrativa" costituiva ancora uno dei pilastri del sistema, in modo autoreferenziale, prescindendo totalmente dai canoni fondamentali di "trasparenza" e di "partecipazione procedimentale", che ora caratterizzano il nuovo paradigma di amministrazione e che proprio nell'istituto dell'accesso trovano una delle loro principali estrinsecazioni.

7.7. Detto altrimenti, la circostanza che l'art. 39 apra la procedura all'accesso dell'interessato soltanto dopo l'avvenuta incolpazione non significa affatto che la fase "presidenziale",

possa ritenersi ancor oggi impermeabile rispetto a qualunque istanza informativa dell'interessato.

In realtà, indicazioni di segno decisamente contrario alle tesi dell'amministrazione si traggono dalla giurisprudenza amministrativa, anche di questa Sezione (Cons. St., sez. V, 22.6.1998, n. 923, secondo cui chiunque subisca un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere tutti i documenti utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti di iniziativa – quali le domande e le richieste da cui scaturisca un obbligo di provvedere - e di preiniziativa – come gli esposti o le denunce che attivino procedimenti officiosi dell'amministrazione), e costituzionale (Corte cost., 3.11.2000, n. 460, che ha riconosciuto la prevalenza del diritto d'accesso anche rispetto a taluni segreti, ogniqualvolta il richiedente l'esibizione miri a conoscere gli atti utilizzati in un procedimento conclusosi con l'irrogazione di una sanzione disciplinare nei suoi confronti).

8. Le considerazioni fin qui svolte rivelano un altro errore insito nelle difese dell'Ordine, consistente nella completa identificazione tra il diritto di accesso e quello di difesa. In realtà, sebbene le due situazioni giuridiche soggettive siano effettivamente legate da un nesso di stretta compenetrazione, è altrettanto indiscutibile che si tratti di “diritti” differenti, che danno copertura giuridica a pretese diversificate per oggetto e finalità. L'accesso difatti può anche esercitarsi in vista di una futura difesa, ma certamente non trova in questa esigenza la sua unica giustificazione.

8.1. Una volta calato nel caso di specie, il rilievo converge pertanto nel senso di ritenere che il diritto di difesa correlato alla fase disciplinare non escluda la facoltà di accesso in quella, antecedente, esclusivamente presidenziale.

9. D'altronde, e sotto altro riguardo, va segnalato come l'argomentare dell'amministrazione postuli una concezione assai restrittiva del diritto di difesa quasi che all'ambito di siffatta

“inviolabile” pretesa sia del tutto estraneo quel che avviene prima di una formale contestazione.

Al contrario, uno dei principi basilari di tutto il diritto punitivo è che la difesa giammai possa considerarsi piena ed effettiva qualora non sia consentito all’interessato di interferire sulle determinazioni dell’autorità ancor prima che esse si traducano in un’accusa formale.

10. Da ultimo, non convince l’idea che la fase d’istruzione deferita al Presidente sia del tutto priva di riverberi su quella disciplinare: di converso, deve osservarsi che, ad un’attenta lettura dell’art. 39 del D.P.R. n. 221/1950, non emerge che il ruolo ed i compiti delegati all’organo di vertice dell’Ordine siano anodini e neutrali o, comunque, del tutto inidonei ad influenzare le susseguenti deliberazioni del collegio di disciplina.

10.1. Innanzitutto è incontestabile che il Presidente sia titolare di un potere d’iniziativa d’ufficio nell’acquisizione di notizie a carico di un iscritto, potenzialmente suscettibili di tradursi in incolpazioni di carattere disciplinare.

10.2. Inoltre il passaggio dalla “notizia” alla fase disciplinare è uno snodo procedimentale unicamente governato dal Presidente, posto che la Commissione competente valuta, in prima battuta, la sussistenza di un addebito sulla base di quanto riferito ed acclarato dall’organo monocratico.

10.3. Ancora, la convocazione del sanitario “denunciato” interviene dopo una prima valutazione sommaria compiuta dal Presidente, quanto meno in ordine alla non patente inconsistenza dei fatti e delle circostanze posti a base della segnalazione.

11. Passando all’ultimo aspetto della controversia, va detto infine che nemmeno può condividersi quanto ritenuto dal T.a.r. circa l’asserita genericità della richiesta di accesso ed alla ritenuta inesistenza dei documenti richiesti.

In primo luogo l’ipotetica inesistenza degli atti oggetto della domanda di accesso avrebbe potuto giustificare, semmai, un diniego e non anche un differimento dello stesso (differimento

che, ancorché illegittimo per le ragioni sopra esposte, implicava sul piano logico, contrariamente a quanto divisato dal Tribunale, la sicura esistenza del materiale richiesto in visione).

La genericità della richiesta discendeva poi dalla speculare laconicità della convocazione.

12. In definitiva, il ricorso proposto in primo grado dal dott. Anelli avrebbe meritato accoglimento anche con riferimento alla condanna dell'amministrazione resistente all'esibizione dei documenti indicati dal ricorrente; sennonché l'appellante, nelle more della decisione, ha avuto occasione di accedere a tutti i documenti richiesti, di talché - essendo venuta meno l'esigenza di obbligare l'amministrazione ad un'ormai improduttiva esibizione documentale - il Collegio ben può limitarsi ad un accertamento della fondatezza della pretesa avanzata in prime cure, giacché in materia di accesso - pur a voler prescindere da ogni questione riguardo l'effettiva natura della relativa situazione giuridica soggettiva - la potestà cognitoria di mero accertamento è comunque postulata dal correlato potere di condanna della pubblica amministrazione ad un fare specifico (che la legge espressamente attribuisce al giudice amministrativo).

13. Le spese del doppio giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna l'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della Provincia di Bari alla rifusione, in favore del ricorrente, delle spese del doppio giudizio che si liquidano in complessivi €. 3.500,00 (tremilacinquecento/00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 22.3.2005 con l'intervento dei magistrati:

| | |
|-------------------------------|--------------------------|
| Raffaele Carboni | - Presidente |
| Giuseppe Farina | - Consigliere |
| Chiarenza Millemaggi Cogliani | - Consigliere |
| Paolo Buonvino | - Consigliere |
| Gabriele Carlotti | - Consigliere estensore. |
| L'ESTENSORE | IL PRESIDENTE |
| f.to Gabriele Carlotti | f.to Raffaele Carboni |

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 2 settembre 2005

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

f.to Luciana Franchini