

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO SULL'ACCESSO DIFENSIVO EX ART. 24, COMMA 7 L. 241/1990¹

1. Introduzione. La fattispecie concreta

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale ([Adunanza Plenaria\) n. 4 del 18 marzo 2021](#) nella quale vengono enunciati due principi di diritto in tema di accesso agli atti, con specifico riferimento all'accesso difensivo ex art. 24, comma 7 della L. 241/1990

Tale pronuncia, emessa anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a. offre nuovi spunti interpretativi per la corretta interpretazione delle disposizioni in oggetto e, conseguentemente, indica alla pubblica amministrazione quale sia la via più corretta da seguire ogniqualvolta la stessa si trovi a dover rispondere a particolari istanze di accesso².

Nel caso di specie, la IV Sezione del Consiglio di Stato, è stata chiamata a decidere sulla possibilità di acquisire al di fuori del processo civile documenti amministrativi dei quali una delle parti intendeva avvalersi in giudizio.

La questione verte infatti su un accesso a documenti in possesso dell'Agenzia delle Entrate che aveva respinto la domanda sul presupposto che *“la possibilità di acquisire al di fuori del processo documenti amministrativi dei quali una delle parti intenda avvalersi in giudizio, costituisce un'elusione non consentita delle norme sull'acquisizione delle prove ed una lesione del diritto di difesa dell'altra parte”*. Oltretutto l'accesso ad un documento si potrebbe ritenere *“indispensabile”* ai fini della difesa solo quando fosse impossibile acquisirlo per mezzo di strumenti processuali tipici previsti dall'ordinamento. In tutti gli altri casi, sempre a detta dell'Agenzia delle Entrate, l'accesso non è strumentale alla tutela di alcuna posizione giuridica soggettiva.

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento la dott.ssa Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

² Ciò è infatti una prerogativa riservata all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, quale massimo consesso della giustizia amministrativa, svolge, secondo quanto previsto dall'art. 99, comma 5, c.p.a., funzione nomofilattica provvedendo ad individuare i principi di diritto che, in una data materia, sono volti a dissipare particolari dubbi ermeneutici, rendendo il “precedente” in qualche modo vincolante per le Sezioni semplici del Consiglio di Stato.

In primo grado il Tar aveva accolto il ricorso e consentito l'accesso. Esperito l'appello, all'esito dell'udienza fissata per il merito, a fronte dei contrasti giurisprudenziali insorti sulla questione centrale di diritto devoluta in appello, la IV Sezione rimetteva gli atti all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., richiamando in primo luogo i fondamentali principi affermati dalla stessa Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 19 e 20 del 25 settembre 2020 quanto alla concorrenza e all'alternatività tra accesso documentale difensivo e poteri istruttori del giudice civile ed osservando contestualmente che *“l'Adunanza plenaria non ha invece fissato alcun principio in materia di poteri di valutazione dell'istanza di accesso difensivo da parte dell'amministrazione”*.

Ciò vuol dire che l'amministrazione, posta dinanzi ad un accesso difensivo³, non ha elementi per comprendere sino a che punto debbano spingersi i suoi poteri di valutazione posto che, nel silenzio interpretativo, potrebbe arrivare a negare l'accesso laddove ritenga il documento irrilevante in un giudizio pendente ovvero istaurando⁴.

L'Adunanza Plenaria, nelle sentenze sopra richiamate, si era espressa affermando che, in virtù della natura strumentale dell'accesso difensivo, è necessario verificare se il documento sia effettivamente indispensabile per acquisire la prova, e ciò dovrebbe avvenire mediante un *“giudizio prognostico ex ante”*. Per far questo, però, l'istanza dell'interessato deve essere puntuale e specifica e non limitarsi a dedurre un generico riferimento a esigenze difensive. La IV Sezione, però, specifica che i rilievi rappresentati dall'Adunanza Plenaria rimangono di carattere generale soprattutto nei casi in cui la strumentalità dell'accesso alla tutela sia di per sé evidente. Il problema, a detta della Sezione rimettente, sta nel fatto che la giurisprudenza delle singole sezioni non è mai stata affatto unanime visto che un primo indirizzo propende per una valutazione ampia dell'istanza di accesso difensivo⁵, mentre un altro indirizzo propone una valutazione maggiormente rigorosa⁶.

³ Per accesso difensivo si intende l'accesso preordinato all'acquisizione di documenti la cui conoscenza è necessaria ai fini della cura e della difesa degli interessi giuridici dell'accidente. È disciplinato dal comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241/1990 secondo cui *“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*.

⁴ L'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, infatti, non presuppone necessariamente l'instaurazione o la pendenza in concreto di un giudizio. Sia che la controversia tra le parti si componga stragiudizialmente sia che sfoci nella instaurazione del giudizio, è evidente l'esigenza delle parti di acquisire già in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale la conoscenza dei fatti rilevanti ai fini della composizione della res controversa; mentre, nel caso di mancata composizione del conflitto, i documenti amministrativi acquisiti con lo strumento dell'accesso difensivo potranno trovare ingresso nel processo attraverso la loro produzione in giudizio ad opera della parte. In tal senso già Cons.St., 20 ottobre 2020 n. 19.

Differente è l'accesso difensivo ex art. 53 D. Lgs. 50/2016 per cui si rinvia a http://www.codau.it/sites/default/files/allegati_ufficio_studi/commento_cds_n.1437_2021268016.pdf.

⁵ E' l'indirizzo seguito da Cons. St., 15 novembre 2018 n. 6444; Cons. St. 29 gennaio 2014 n. 461.

⁶ Si tratta di Cons. St., 14 maggio 2014 n. 2472; Cons. St., 15 marzo 2013 n. 1568.

Ciò posto, la Sezione remittente ha ritenuto che l'Adunanza Plenaria dovesse esprimere il relativo principio in vista, soprattutto, delle difficoltà riscontrate dalle amministrazioni.

2. I principi di diritto

L'Adunanza Plenaria, chiamata ad esprimersi sulla questione, ha enunciato i seguenti principi di diritto:

a) in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

3. Il concetto di "corrispondenza" ad una situazione giuridicamente tutelata

Nell'odierna sentenza l'Adunanza Plenaria ribadisce, in primo luogo, quanto già statuito nelle sentenze n. 19,20,21 del 25 settembre 2020 ovvero che la disciplina in tema di accesso di cui alla L. 241/1990 esige la "*sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici*". L'unico interesse legittimante all'accesso difensivo può essere dunque solo quello che corrisponde in modo diretto, concreto e attuale alla cura o anche alla difesa in giudizio di un proprio interesse secondo i parametri previsti dall'art. 22, comma 1, lettera d) Legge n. 241/1990.

L'Adunanza Plenaria si sofferma, in particolare, sul concetto di "corrispondenza" tra la situazione legittimante l'accesso difensivo ed il documento al quale è chiesto l'accesso in modo da evidenziare *"in maniera diretta e inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite"*.

In concreto, al fine di permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione "finale" controversa, non può essere ritenuto sufficiente il riferimento a generiche ed imprecise esigenze probatorie e difensive. Al contrario, l'amministrazione ha il diritto di esigere che il richiedente rappresenti in modo puntuale e specifico le finalità dell'accesso suffragando la sua richiesta 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.). Questo perché, a detta del Consiglio di Stato, l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa.

4. L'apprezzamento sull'influenza del documento richiesto nel giudizio principale

Il Consiglio di Stato, poi, intervenendo sui poteri valutativi della pubblica amministrazione e del giudice adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., chiarisce che a questi non spetta alcuna *"ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio istaurato"*. Non è infatti prerogativa dell'amministrazione sostituirsi al giudice competente nella valutazione di ammissibilità o rilevanza del documento nel giudizio già istaurato bensì, come sopra riferito, valutare esclusivamente la concretezza e l'attualità del bisogno conoscitivo ai fini della difesa o della cura in giudizio di un particolare interesse e, di conseguenza, rifiutare l'accesso nei casi di assoluta mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive.

Insiste l'Adunanza Plenaria spiegando che l'amministrazione – soprattutto nei casi in cui sia già stato istaurato un giudizio – non può sostituirsi *ex ante* al giudice *"nella inammissibile ed impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva"* ma deve solo limitarsi a verificare l'esistenza del suddetto collegamento tra la situazione legittimante l'accesso e la documentazione richiesta in termini di concretezza e attualità. Tanto più nei casi in cui il giudice

della causa principale si sia già pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento nel giudizio istaurato.