

## Ufficio Studi CODAU

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

Accesso difensivo art. 24, comma 7, L. n. 241/1990: commento alla [sentenza del Consiglio di Stato n. 10498 pubblicata il 04/12/2023](#)

#### 1. L'origine della questione

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 10489 pubblicata il 4 dicembre 2023 ha precisato che *“ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo e la tutela della riservatezza, opera il criterio generale della necessità ai fini della cura e della difesa di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso documentale”*.<sup>1</sup>

La decisione trae origine dall'appello presentato nei confronti della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che ha respinto il ricorso avverso il diniego dell'istanza ostensiva di cui all'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 nella considerazione che l'accesso documentale comprometterebbe gli interessi di natura professionale. Il TAR ha ritenuto che l'istanza ostensiva abbia carattere massivo e generalizzato, non riguardando solamente la documentazione afferente al rapporto di lavoro, ed anche esplorativo, in quanto volta ad acquisire una moltitudine di materiale documentale per selezionare a posteriori quello utile, la presenza di un numero elevato di controinteressati e il carattere “sensibile” di alcuni documenti, rilevando altresì l'assenza del prospettato nesso di collegamento tra la posizione vantata dal ricorrente e i singoli documenti dei quali si chiede l'ostensione; *«in particolare, detto nesso dovrebbe essere valutato con riguardo al rapporto fra i singoli documenti richiesti in ostensione, da un lato, e gli specifici temi posti a base della pretesa azionata dal ricorrente [...], dall'altro, non potendo evidentemente bastare la generica pendenza di una lite giudiziale a legittimare, per ciò solo, una richiesta ostensiva così estesa e generalizzata»*.

#### 2. La pronuncia del Consiglio

Dopo aver ricostruito il pensiero del TAR, il Consiglio, in punto di diritto, ha riaffermato la propria consolidata giurisprudenza giusta la quale in materia di accesso difensivo (ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990), l'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio ex art. 116 cod. proc. amm. non devono svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nel giudizio. Un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive, e quindi, in ipotesi di

---

<sup>1</sup> Ha collaborato alla stesura del presente documento Vito Quintaliani già RPCT Università di Perugia.

esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla legge. Mancanza che nella fattispecie *de qua* non sussiste avendo l'appellante assolto all'onere della prova sul nesso di strumentalità.

### 3. Inquadramento sistematico dell'accesso documentale difensivo

Per avere chiaro l'assunto espresso dal Consiglio di Stato è bene inquadrare brevemente da un punto di vista sistematico l'istituto dell'accesso quale *"situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo"* (sic Cons. Stato Ad. Plen. n. 6/2006). Questo è regolato dall'art. 22, comma 2 e dall'art. 24, comma 7 della L. n. 241/1990. Il primo dispone che *«L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»*; mentre il secondo dispone che: *«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'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»*. Dalla loro struttura testuale si denota una differenza in termini di finalità: l'art. 22, comma 2 favorisce la partecipazione e assicura l'imparzialità e la trasparenza quale principio regolatore dell'attività amministrativa per il soddisfacimento dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice attraverso un assetto di generale accessibilità agli atti *«ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6»* (comma 3 dell'art. 22) divenendo così principio regolatore dell'attività amministrativa; mentre l'art. 24, comma 7, invece, favorisce la cura o la difesa dei propri interessi giuridici attraverso un assetto dell'accesso di natura deontica desumibile dal verbo "deve" e più ampia desumibile dall'avverbio "comunque", entrambi contenuti nella locuzione *«Deve comunque essere garantito»*. In questo caso l'accesso ai richiedenti si pone come norma eccezionale al catalogo delle esclusioni previste all'art. 22, comma 2 (nel richiamare i commi 1, 2, 3 dell'art. 24), pur sempre *«nei limiti in cui l'accesso sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60<sup>2</sup> del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»*, previo un bilanciamento in concreto, che tenga conto, da un lato, della indispensabilità dell'accesso e, dall'altro, la comparazione degli interessi contrapposti (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600). L'adunanza plenaria (n. 4 del 2021) intervenendo sull'argomento con il richiamare quanto ha statuito nelle sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, ha puntualizzato che l'accesso difensivo fonda sui seguenti principi:

- a) esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 e s.m.i.);
- b) ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione (art. 22, comma 1, lettera d), con formula replicata dall'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 184 del 2006);

---

<sup>2</sup> Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

c) circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale.

Un'altra differenza fra i due accessi, come ha affermato il Consiglio di Stato (Ad.Plen. n. 19/2021) è che questo difensivo *“è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una vis espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la “necessità” della conoscenza dell'atto o la sua “stretta indispensabilità”, nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari, fra i due tipi di accesso è che quello “difensivo” connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la ‘necessità’ della conoscenza dell'atto o la sua ‘stretta indispensabilità’, nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari”*. Esso rappresenta, quindi, il mezzo per la “necessaria” cura e difesa dei propri interessi giuridici. Dalla corrispondente locuzione *“necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*, si evince che l'accesso difensivo può essere esercitato sia per l'instaurazione di un giudizio relativo, per l'appunto, alla cura dei propri interessi giuridici sia in pendenza di un concreto giudizio. In entrambi i casi l'accesso è necessario per costruire una strategia difensiva dei propri interessi giuridici.

#### **4. Conclusioni**

La sentenza in commento delinea il perimetro entro il quale l'accesso difensivo va strutturato che è costituito dalle seguenti coordinate:

- 1) ai fini del bilanciamento fra il diritto alla difesa e il diritto alla riservatezza opera il criterio generale della necessità espressamente normato nella locuzione *“necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”* e ritenuto quindi prevalente;
- 2) la prevalenza dell'accesso difensivo opera a condizione che i documenti oggetto dell'accesso siano strettamente strumentali (criterio di colleganza) alla cura o alla difesa dei propri interessi giuridici;
- 3) l'amministrazione che detiene il documento non deve esprimere alcuna valutazione sull'ammissibilità se non quella inerente al criterio di collegamento fra i documenti richiesti e le esigenze difensive.

L'amministrazione, in definitiva, potrà negare l'ostensione dei documenti solo se il vaglio degli stessi non consenta di accertare il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare.

Appare, quindi, evidente che la sentenza, per l'effetto del c.d. “bilanciamento” fra i due diritti, alla difesa e alla riservatezza, ponga in posizione di primazia la tutela dell'interesse al diritto alla difesa a fronte della tutela dell'interessi alla riservatezza ancorché giuridicamente rilevante, purché il primo sia concreto, ovvero autentico e non *“pretestuoso o temerario”*.

Volendo dare una lettura costituzionalmente orientata alla sentenza in commento si può dire che la posizione di primazia del diritto alla difesa è desumibile dalla circostanza che la Corte

costituzionale ha riconosciuto che la garanzia costituzionale del diritto di difesa è qualificato come «*principio supremo*» dell'ordinamento costituzionale (Corte cost. n. 18/2022), da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (Corte cost. n. 238/2014).

Si può conclusivamente ritenere che la sentenza offra un concreto sostegno per applicare correttamente il diritto di accesso difensivo da parte del responsabile del procedimento.