

La quarta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 7 luglio 2021, n. 5187, intervenendo in materia di accesso ai documenti amministrativi, ha chiarito i requisiti e le condizioni di esercizio dell'accesso c.d. difensivo.

Secondo quanto disposto in generale dall'art. 22, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, "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".

Accanto a tale funzione partecipativa, la legge sul procedimento amministrativo (L. 7 agosto 1990, n. 241) enuclea un'ulteriore e autonoma funzione dell'accesso, costruita tecnicamente come una eccezione rispetto al catalogo di esclusioni previste per l'accesso partecipativo; si tratta di una funzione diversa, appunto, da quella descritta nella fattispecie giuridica generale di cui al citato art. 22, che gravita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela in sede giudiziaria.

Tale tipologia di accesso, c.d. difensivo, è previsto dall'art. 24, comma 7, L. 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi del quale "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".

L'accesso difensivo si connota 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, sul piano degli oneri, da una stringente limitazione, ossia l'onere probatorio aggravato della dimostrazione della necessità della conoscenza dell'atto o, laddove l'accesso riguardi dati sensibili o giudiziari, della sua stretta indispensabilità.

In funzione di ciò, l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante secondo un criterio di pertinenza, come lo strumento per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, nn. 19, 20 e 21).

Oggetto di tale giudizio prognostico è, dunque, la strumentalità della conoscenza della documentazione amministrativa all'interesse della cui cura e difesa si tratta, senza che l'amministrazione (come peraltro nemmeno il giudice amministrativo) possa svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato. Invero, un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4).

La situazione legittimante l'accesso difensivo, dunque, deve essere collegata al documento oggetto dell'istanza, così da evidenziare, in modo diretto e inequivocabile, il nesso di strumentalità che deve necessariamente sussistere tra la conoscenza del documento e la cura e la difesa dell'interesse in vista del quale se ne chiede l'ostensione. Questa esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dall'art. 25, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241 in base al quale "*la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*", onde permettere il vaglio di tale nesso di strumentalità (Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2021, n. 1154).

In questa prospettiva, concludono i giudici amministrativi, deve escludersi che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento ad indefinite esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora da instaurare (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4).

Riferimenti Normativi:

- art. 22, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 24, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 25, L. 7 agosto 1990, n. 241