

Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2021

Chiara Pagliaroli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie che ha condotto al deferimento della questione all'Adunanza plenaria. – 3. I principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria. – 4. Le pronunce intervenute nel periodo ricompreso tra il 19 marzo 2021 e il 7 giugno 2021.

1. *Premessa*

I principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 18 marzo 2021¹ offrono l'occasione per soffermarsi sul potere valutativo attribuito alla P.A. in sede di disamina delle istanze di accesso difensivo² sottoposte alla sua cognizione.

2. *La fattispecie che ha condotto al deferimento della questione all'Adunanza plenaria*

La pronuncia in esame origina dal diniego opposto dall'Agenzia delle entrate alla richiesta di accesso agli atti presentata da una società commerciale operante nel settore della rivendita al dettaglio di gioielli e di orologi di alta gamma, al fine

¹ Così Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, in *giustizia-amministrativa.it*.

² Ai sensi dell'art. 24, comma 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", in G.U., 18 agosto 1990, n. 192, «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 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Per un commento cfr., *ex multis*, P. Alberti, *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1290 ss.

di prendere visione e di estrarre copia di alcuni documenti relativi a un'operazione di cessione di quote societarie³, così da poterli esibire in giudizio per curare e difendere i propri interessi giuridici.

Detta società, in particolare, essendo interessata ad acquistare l'immobile concessibile in locazione sin dal lontano 1966, una volta "naufagate" le trattative con la proprietà, aveva instaurato, dinnanzi al Tribunale di Milano, un procedimento volto all'accertamento e alla declaratoria della natura simulata di tutta una serie di contratti di cessione di quote societarie, che, a suo dire, avrebbero disimulato un contratto di compravendita immobiliare concluso in violazione del disposto di cui all'art. 38 della l. 27 luglio 1978, n. 392 e s.m.i.⁴

L'Agenzia delle entrate, dal canto suo, aveva rigettato la domanda di accesso agli atti, "trincerandosi" dietro a tutta una serie di motivazioni, quali i) la pendenza di un giudizio civile con conseguente possibilità, per il soggetto istante, di ottenere in quella sede un ordine di esibizione involgente la documentazione richiesta; ii) la mancanza di un interesse concreto e attuale in capo alla richiedente; iii) la natura esplorativa dell'istanza presentata nonché iv) la prevalenza del diritto alla riservatezza facente capo ai terzi controinteressati.

La questione giungeva così al cospetto del T.A.R. Lombardia Milano⁵, il quale – dopo aver premesso di ritenere «preferibile la tesi [...] che ammette la possibilità di esercizio del diritto di accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990 anche in pendenza di un giudizio civile»⁶, considerato, altresì, che l'eserci-

³ La società, in particolare, «al fine di tutelare la propria posizione nel giudizio da essa promosso – finalizzato, come detto, all'accertamento della natura simulata dei negozi di cessione di quote – ha proposto all'Agenzia delle Entrate una domanda di accesso agli atti avente ad oggetto la seguente documentazione: a) contratti menzionati negli atti di cessione delle quote di omissis s.r.l.; b) documentazione comprovante i movimenti bancari effettuati per corrispondere il prezzo delle quote cedute; c) dichiarazioni fiscali dei cedenti delle quote di omissis s.r.l. nelle parti in cui sono indicati i proventi derivanti dalle cessioni; d) copia dei modelli F24 comprovanti il versamento, da parte dei soggetti di cui al precedente punto c), dell'imposta sostitutiva correlata alle cessioni stesse». Così T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 533, in *giustizia-amministrativa.it*, nonché in *Foro amm.*, 2020, 3, 449 ss.

⁴ Disposto che – come noto – impone al locatore che intende trasferire a terzi l'immobile locato a titolo oneroso di comunicare al conduttore la suddetta intenzione, così da consentire a quest'ultimo di esercitare il diritto di prelazione riconosciutogli *ex lege*.

⁵ Così T.A.R. Lombardia, Milano, n. 533/2020, cit.

⁶ La questione, come ricordato dal Collegio, «costituisce oggetto di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella quale si dà atto che al momento si contendono il campo due diversi orientamenti, uno favorevole e l'altro contrario all'ammissibilità dell'esercizio del diritto di accesso agli atti amministrativi in pendenza di giudizio civile». Sul tema cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2020, ord. n. 888, in *Foro amm.*, 2020, 2, 237 ss., secondo cui devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni: «a) se i documenti reddituali (le dichiarazioni dei redditi e le certificazioni reddituali), patrimoniali (i contratti di locazione immobiliare a terzi) e finanziari (gli atti, i dati e le informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria e le comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari) siano qualificabili quali documenti e atti accessibili ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990; b) in caso positivo, quali siano i rapporti tra la disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi *ex lege* n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al proces-

zio di tale diritto «consente al titolare dell'interesse finale di meglio definire, in un'ottica globale ed indipendentemente dalla lite instaurata, le proprie strategie di difesa [...] e [...] di verificare l'effettiva fondatezza delle sue pretese, suggerendogli magari di non dare corso al giudizio ovvero di abbandonare quello già instaurato» – accoglieva il ricorso presentato dall'operatore economico e, per l'effetto, condannava l'Agenzia delle entrate a esibire la documentazione richiesta, previo oscuramento di tutti i dati personali non pertinenti con l'interesse sotteso alla richiesta di accesso agli atti.

A detta del Collegio, infatti, «non compete all'Amministrazione effettuare una valutazione circa l'effettiva utilità degli atti richiesti, dovendo quest'ultima limitarsi a verificare l'attinenza tra tale documentazione e l'interesse che l'istanza intende tutelare. Allo stesso modo, il giudice amministrativo non può spingersi, in sede processuale, a verificare in che modo la parte intenda utilizzare nel processo civile la documentazione oggetto dell'istanza di accesso, rimanendo tale profilo riservato alla valutazione del titolare dell'interesse, unico soggetto competente a definire le proprie strategie di difesa».

La summenzionata sentenza veniva impugnata tanto dai controinteressati, quanto dall'Agenzia delle entrate (con appello incidentale), che ne chiedevano la riforma, previa sospensione dell'esecutività.

Con ordinanza n. 7514 del 30 novembre 2020⁷, la Sezione IV del Consiglio di Stato ha ritenuto necessario deferire all'Adunanza plenaria le seguenti questioni di diritto, dovendosi definire, pur dopo le recenti pronunce nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020⁸, i) «i poteri che spettano all'Agenzia delle entrate per valutare

so (secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod. proc. civ.; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 492-*bis* del cod. proc. civ. e 155-*sexies* delle disp. att. del cod. proc. civ.); c) in particolare, se il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/1990 sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle menzionate norme processuali civilistiche o anche – eventualmente – concorrendo con le stesse; d) ovvero se – all'opposto – la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di cui alla legge n. 241 del 1990; e) nell'ipotesi in cui si riconosca l'accessibilità agli atti detenuti dall'Agenzia delle Entrate (dichiarazioni dei redditi, certificazioni reddituali, contratti di locazione immobiliare a terzi, comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari ed atti, dati e informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria), in quali modalità va consentito l'accesso e, cioè, se nella forma della sola visione, ovvero anche in quella dell'estrazione della copia, ovvero ancora per via telematica». Si ricorda che le questioni in esame sono state definite dall'Adunanza plenaria in data 25 settembre 2020 con la pronuncia n. 21, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷ Così Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2020, ord. n. 7514, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, nn. 19, 20 e 21, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Questi, nello specifico, i principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria nelle tre pronunce quivi richiamate: (i) «Le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (dagli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990»; (ii) «L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istrutto-

la sussistenza del diritto di accesso di fronte a un'istanza con cui, ai sensi dell'art. 24, comma 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241, si chieda l'accesso alla documentazione fiscale relativa a terzi, la cui conoscenza si affermi necessaria per curare o per difendere in giudizio gli interessi giuridici dell'istante»⁹; ii) «i poteri (e i relativi limiti) che nel giudizio di accesso avente ad oggetto la relativa pretesa spettano al giudice amministrativo che [...] in materia dispone di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 116, comma 4 c.p.a.»¹⁰, in considerazione dell'esistenza, sul punto, di due orientamenti tra loro confliggenti.

In particolare, mentre un primo filone interpretativo¹¹ ritiene sufficiente, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, che la documentazione richiesta abbia "attinenza" con il processo, non potendo l'Amministrazione disquisire sulla fondatezza o meno delle pretese azionate, sulla concreta utilità del documento richiesto rispetto alle difese adottate ovvero sulla validità della strategia processuale pre-

ria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.»; (iii) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-*sexies* disp. att. cod. proc. civ. e 492-*bis* cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia»; (iv) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia». Per un commento cfr. M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza plenaria n. 19/2020)*, in *giustiziainsieme.it*, 25 novembre 2020.

⁹ Cfr. Cons. Stato, ord. n. 7514/2020, cit., § 19.1.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, ord. n. 7514/2020, cit., § 19.2.

¹¹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444, in *Foro amm.*, 2018, 11, 1953 ss., secondo cui «a fronte della chiara indicazione – così come formulata dalla parte istante – sia della documentazione richiesta sia delle esigenze connesse all'esercizio del diritto di accesso ex art. 24 comma 7 cit., oltre che coerente coi termini indicati dalla giurisprudenza sovranazionale sopra esaminata, all'Amministrazione non è consentito andare oltre una valutazione circa l'esistenza della situazione soggettiva da tutelare e di una concreta necessità di tutela, non potendo la stessa apprezzare nel merito la fondatezza della pretesa o le strategie difensive dell'interessato»; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461, in *Dir. e Giust.*, 2014, ad avviso del quale «la valutazione deve riguardare il "collegamento" della situazione giuridica da tutelare, con il documento del quale è richiesta l'ostensione. L'amministrazione deve dunque consentire l'accesso se il documento contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (ad esempio, la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti o ancora documentano parametri, criteri e giudizi rilevanti al fine di individuare il metro di valutazione utilizzato in procedure concorsuali. Accertato il collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia in chiave difensiva del documento o, ancora, sull'ammissibilità o tempestività della domanda di tutela prospettata è sicuramente ultronea. Così com'è ultronea l'indagine sulla natura degli strumenti di tutela disponibili, poiché essi possono essere giurisdizionali, ma anche amministrativi e finanche di natura non remediale (come potrebbe essere semplicemente la costruttiva partecipazione ad un procedimento amministrativo ex art. 10-*bis* l. 241/90) o sollecitatoria (ad es. la richiesta di annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo). Una volta accertato il collegamento, l'amministrazione deve parimenti accertare se l'interesse sia diretto, concreto ed attuale: ciò significa che l'istante dev'essere il portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata (o, ovviamente, un suo rappresentante), che l'esigenza di tutela non dev'essere astratta o meramente ipotetica ed, ancora, che vi siano riflessi attuali del documento sulla posizione giuridica tutelata (l'interesse non deve cioè essere meramente storico documentativo)».

scelta; un secondo indirizzo, di contro, propende per una valutazione più rigorosa, tanto da imporre al richiedente di dimostrare – eccezion fatta per le sole «ipotesi di connessione evidente tra diritto all'accesso ed esercizio proficuo del diritto di difesa» – la «specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza ai fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla «conoscenza» necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili»¹².

3. *I principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria*

L'Adunanza plenaria ha risolto le questioni sottoposte al suo esame, affermando i seguenti principi di diritto: i) «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»; ii) «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»¹³.

A tali conclusioni il Supremo Consesso Amministrativo è giunto, muovendo da tutta una serie di considerazioni, che possono così riassumersi.

Il giudizio di sussunzione/raffronto posto alla base della disciplina sull'accesso difensivo risulta normato in ogni suo aspetto dalla legge e dal relativo regola-

¹² Così Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472, in *Red. Giuffrè*, 2014. In termini cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2013, 3, 801 ss.

¹³ Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2021, cit., § 20.4.

mento di attuazione¹⁴, sicché non risultano esservi “tratti liberi” rimessi alla discrezionalità dell’Amministrazione ovvero al prudente apprezzamento del giudice.

L’interesse (l’unico) che legittima tale tipologia di accesso deve connotarsi per immediatezza, concretezza e attualità e deve corrispondere a una situazione giuridicamente tutelata, collegata al documento cui si vuole accedere. Il che, in altri termini, significa che la P.A. deve poter evincere in maniera diretta ed inequivoca, per il tramite della motivazione posta a corredo dell’istanza di ostensione¹⁵, il nesso di strumentalità che intercorre tra la situazione giuridica finale che la parte intende tutelare e il documento di cui chiede l’esibizione.

Il legislatore, infatti, ha imposto al soggetto istante di dedurre e di rappresentare le finalità dell’accesso in modo puntuale e specifico¹⁶, così da consentire alla P.A. che detiene il documento di verificare – attraverso un vaglio rigoroso – la sussistenza del «nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione “finale” controversa»¹⁷.

È, pertanto, da escludersi, alla luce dei rilievi che precedono, che ai fini dell’ostensione possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente o ancora da instaurare, stante l’impossibilità per la P.A. di procedere con gli accertamenti che le competono nei termini sopra descritti.

Una volta appurata l’effettiva esistenza di detto collegamento (che, viceversa, andrà escluso nel caso di esercizio temerario o pretestuoso del diritto di accesso difensivo, stante la radicale assenza dei presupposti che lo legittimano), la P.A. detentrica del documento dovrà verificare, attraverso un giudizio valutativo di stampo comparativo, quale tra i due interessi in gioco (necessità di cura e difesa, da un lato e tutela della riservatezza, dall’altro) finisca col prevalere nel caso concreto.

Nell’operare tale bilanciamento, l’Amministrazione dovrà tenere presente che, tutte le volte in cui vengano in rilievo – come nel caso in esame – esigenze di riservatezza sorrette da interessi di natura economico-finanziaria, non troverà applicazione né il criterio della stretta indispensabilità, riferito ai dati sensibili e giudiziari, né il criterio dell’indispensabilità e della parità di rango, riservato ai c.d. dati super sensibili, quali i dati genetici, i dati sulla salute e i dati sulla vita e sull’o-

¹⁴ d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 e s.m.i., recante “Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi”, in G.U., 18 maggio 2006, n. 114.

¹⁵ Ai sensi dell’art. 25, comma 2, primo periodo della l. n. 241/1990 e s.m.i., la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Per un commento cfr. A. Simonati, M. Calabrò, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 1320 ss.

¹⁶ Suffragandole «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.)». Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2021, cit., § 18.1.

¹⁷ Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2021, cit., § 18.1.

rientamento sessuale della persona, bensì il criterio generale della necessità ai fini della cura e della difesa di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sul contrapposto bisogno di tutela della riservatezza.

Per converso, è da escludersi che tanto la P.A. prima, quanto il giudice amministrativo adito nell'ambito del giudizio di accesso¹⁸ poi possano e debbano svolgere ultronee valutazioni sull'influenza e sulla decisività del documento richiesto nel contesto di un eventuale giudizio, atteso che un simile apprezzamento compete – se del caso – alla sola autorità giudiziaria investita della questione e non certo agli altri soggetti quivi richiamati e considerato, altresì, che laddove si aderisse a una diversa prospettazione si tornerebbero a reintrodurre «limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto adeguati criteri per valutare la situazione legittimante l'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza»¹⁹.

Resta ovviamente inteso che, laddove l'istanza di accesso agli atti dovesse risultare motivata con riferimento alle sole esigenze difensive di un particolare giudizio e il giudice di quel giudizio dovesse già essersi pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento richiesto, tanto la P.A. quanto il giudice amministrativo dovranno tener conto di tale valutazione, ancorché nella sola ottica di soppesare la concretezza e l'attualità del bisogno di conoscenza ai fini difensivi e non già al fine di sostituirsi *ex ante* al giudice competente in ordine alla prognosi sulla fondatezza o meno di una particolare tesi difensiva alla quale la richiesta di accesso agli atti risulti preordinata.

4. *Le pronunce intervenute nel periodo ricompreso tra il 19 marzo 2021 e il 7 giugno 2021*

L'analisi delle sentenze pubblicate nel periodo oggetto di indagine (ricompreso tra il 19 marzo 2021 e il 7 giugno 2021) ha confermato una sostanziale adesione all'interpretazione accolta dall'Adunanza plenaria, a cui va riconosciuto il merito di aver contribuito a delineare le peculiarità proprie di un istituto – quale quello dell'accesso defensionale – dotato di una sua valenza autonoma.

¹⁸ Per un commento cfr. A. Simonati, *Art. 116*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 902 ss.; V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 11, 2018, 345 ss.

¹⁹ Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2021, cit., § 20.2.

Così, il Consiglio di Stato²⁰ – nel dirimere una controversia che ha visto tra loro contrapposte la società Iliad S.p.A., da un lato e l’Autorità garante per la protezione dei dati personali, dall’altro – ha ricordato, confermando la sentenza emessa all’esito del giudizio di primo grado²¹, che:

- a) l’accesso difensivo assume una valenza autonoma che non dipende in alcun modo né dalla sorte del processo principale né dall’eventuale ammissibilità-inammissibilità/fondatezza-infondatezza della domanda giudiziale che il soggetto istante intende proporre o potrebbe proporre una volta conosciuti gli atti di cui ha chiesto l’ostensione. Anzi, la valenza ostensiva autonoma di tale tipologia di accesso è tale per cui l’istanza può essere presentata anche se l’atto finale risulta essere divenuto inoppugnabile per decorso dei termini²²;
- b) occorre accogliere una nozione ampia del concetto di “strumentalità”, atteso che la documentazione richiesta deve essere vista come un mezzo utile per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e non come uno strumento di prova diretta della lesione dell’interesse fatto valere;
- c) la valutazione in merito alla sussistenza di detta strumentalità (*i.e.* collegamento tra l’interesse fatto valere dal soggetto richiedente e la documentazione oggetto della relativa istanza) va effettuata in astratto, senza operare apprezzamenti diretti e/o indebiti sui documenti;
- d) non è necessario che la parte dimostri l’idoneità dei documenti rispetto alla possibile coltivazione favorevole del giudizio, atteso che l’interesse all’accesso difensivo risulta suffragato, in presenza del nesso di necessità, dall’attinenza dei documenti richiesti rispetto alla tutelabilità potenziale della posizione soggettiva da azionare.

Il T.A.R. Veneto, dal canto suo, con la sentenza n. 427/2021²³ ha chiarito che la riconducibilità del documento (nel caso di specie, si trattava di una proposta di pianificazione urbanistica) alle ipotesi normate dall’art. 24, comma 1 della l. n. 241/1990 e s.m.i. deve ritenersi da sé sola «insufficiente per negare l’ostensione», visto e considerato che quando l’accesso viene esercitato con finalità difensive l’esclusione «non è sempre assoluta», ma è solo «tendenziale», tanto più se l’i-

²⁰ Così Cons. Stato, Sez. VI, 28 maggio 2021, n. 4103, in *giustizia-amministrativa.it*. Nel caso di specie, l’Autorità garante per la protezione dei dati personali aveva respinto la richiesta di accesso agli atti presentata da Iliad S.p.A., operatore economico attivo sul mercato italiano nel segmento della telefonia mobile, al fine di ottenere gli elenchi delle numerazioni mobili utilizzate dalla società Telecom Italia S.p.A. per le campagne promozionali rivolte ai clienti non TIM, depurati, nei limiti del possibile, da ogni riferimento ai dati personali, così da potere esercitare il proprio diritto di difesa nel giudizio per concorrenza sleale che aveva radicato dinanzi al Tribunale di Milano. L’Autorità, nello specifico, aveva giustificato il proprio diniego in ragione – tra gli altri – dell’insussistenza di un rapporto di carattere contrattuale tra Iliad e Telecom, nonché in considerazione dell’oggetto dell’istanza, ritenuto eccessivamente ampio e massivo.

²¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 29 ottobre 2020, n. 11060, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1913.

²² Così Cons. Stato, Sez. II, 28 aprile 2021, n. 3426, in *giustizia-amministrativa.it*.

²³ Così T.A.R. Veneto, Sez. I, 01 aprile 2021, n. 427, in *Foro amm.*, 2021, 4, 659.

stante «ha dato prova del fatto che la necessità di difendere i propri interessi non deriva da una lesione connessa alla possibile adozione dell'atto finale e non è neppure connotata da profili di carattere pubblicistico connessi all'esercizio dei poteri di pianificazione, ma è collegata a un giudizio civile nel quale il contegno attuale della promittente venditrice e i rapporti intercorrenti tra la stessa ed il Comune, secondo la propria prospettazione, assumono un autonomo rilievo».

Il Collegio ha avuto, poi, cura di precisare – richiamando i principi espressi dall'Adunanza plenaria con la pronuncia in esame – che risulta parimenti inidoneo a supportare il provvedimento di diniego assunto anche il passaggio motivazionale con cui l'Amministrazione afferma che «il nuovo atto di pianificazione *in fieri* non potrebbe fornire alla parte ricorrente elementi utili per la definizione del contenzioso civile pendente che ha ad oggetto eventi e situazioni passate».

Ha espresso un principio interessante anche il T.A.R. Abruzzo Pescara con la pronuncia n. 249 dell'8 maggio 2021²⁴, nella parte in cui ha ricordato che l'accoglimento dell'istanza di accesso agli atti non rende, in sé e per sé, il dato acquisito liberamente trattabile dal soggetto richiedente, il quale, viceversa, è rigorosamente tenuto a trattare e a utilizzare tale dato per le sole finalità difensive per le quali ne ha chiesto l'ostensione, pena il rischio di «incorrere nelle sanzioni amministrative ed, eventualmente, anche penali (a seconda della condotta illecita) previste per il trattamento illegittimo dei dati personali riservati e fatta altresì salva la riconducibilità dell'illecito trattamento alla responsabilità di cui all'art. 2043 cod. civ.».

Meritano, infine, di essere segnalate – anche perché contrastanti tra loro – due pronunce rese dal T.A.R. Lazio Roma (ancorché ad opera di due sezioni diverse), rispettivamente in data 13 aprile 2021 e in data 15 aprile 2021.

In particolare, a fronte della medesima motivazione («valutare la proponibilità di un ricorso in sede giurisdizionale per la tutela dei propri diritti e interessi»), mentre la Sezione II, con la pronuncia n. 4301/2021²⁵, ha considerato – discostandosi, di fatto, dalle coordinate ermeneutiche delineate dall'Adunanza plenaria – che la parte ricorrente «abbia fornito elementi sufficienti a far ritenere la necessità della documentazione richiesta in relazione all'azione difensiva che la stessa intende valutare al fine di ottenere l'aggiudicazione della procedura» ad evidenza pubblica; la Sezione II *ter*, con la sentenza n. 4442/2021²⁶, ha ritenuto l'istanza così formulata generica ed esplorativa, con conseguente reiezione del ricorso volto ad ottenere l'annullamento del diniego e la conseguente condanna della P.A. all'esibizione della documentazione richiesta.

²⁴ Così T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 8 maggio 2021, n. 249, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 13 aprile 2021, n. 4301, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 15 aprile 2021, n. 4442, in *giustizia-amministrativa.it*.

È in definitiva evidente, anche alla luce della ricostruzione giurisprudenziale quivi operata, che è e sarà proprio questo – la motivazione – l'elemento a cui occorrerà prestare particolare attenzione in sede applicativa, sia all'atto della predisposizione dell'istanza di accesso agli atti sia al momento della valutazione di tale richiesta ad opera dei soggetti all'uopo deputati.

Chiara Pagliaroli - Abstract

Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2021

L'articolo esamina i principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4 del 18 marzo 2021 con riferimento al potere valutativo di cui dispone la P.A. nell'esaminare le istanze di accesso agli atti sottoposte alla sua cognizione. La sentenza interviene dopo altre pronunce rese sull'argomento dal massimo organo della giustizia amministrativa, concorrendo così a delineare i caratteri distintivi di un istituto – quale quello dell'accesso agli atti – in costante e continua evoluzione.

The evaluation power of the Public Administration on defensional access theme: the judgment of the Plenary Assembly of the Council of State no. 4/2021

The paper analyses the judicial principles stated by the Plenary Assembly of the Council of State in its ruling no. 4 of 18 March 2021 with reference to the evaluation power of the Public Administration in assessing access to the document's requests. The judgment at hand comes after other rulings made on the matter by the Council of State itself, thus contributing to outline the characteristic features of an institution – such as the right to access to the documents – in unceasing and continuous evolution.

