



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi

Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza

**AGGIORNAMENTO IN MATERIA DI
ACCESSO DOCUMENTALE**

Accesso documentale e procedimenti disciplinari dei magistrati

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 3 agosto 2021, n. 5712



n. 2 settembre 2021

Accesso documentale e procedimenti disciplinari dei magistrati

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 3 agosto 2021, n. 5712

“Gli atti del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari non sono atti amministrativi secondo la disciplina sull’accesso ex art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241, ma piuttosto giurisdizionali, sulla scorta degli artt. 15 e 16 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150); sicché rispetto ad essi non valgono le esigenze di ordine generale a fondamento dell’accesso nei confronti dell’attività di pubblico interesse dell’amministrazione, consistenti nel “favorire la partecipazione e [...] assicurarne l’imparzialità e la trasparenza” (art. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990)”.

Il Giudice di Appello della giustizia amministrativa torna a pronunciarsi nella materia dell’accesso proposto ai sensi della legge n. 241/1990 nei due profili dell’accesso documentale (ex art. 22) e di quello difensivo (ex art. 24 comma 7) la cui ostensione involge i procedimenti disciplinari.

Specificamente, la questione controversa ha ad oggetto “gli atti dell’equipe ispettiva acquistati nell’ambito di un procedimento disciplinare a carico dei magistrati” ossia atti che attengono propriamente alla fase pre-disciplinare del procedimento, assolvendo una specifica funzione di supporto istruttorio, costituente il presupposto (logico e giuridico) imprescindibile della successiva (ed eventuale) fase della formale incolpazione disciplinare. Si tratta di fasi strettamente connesse di un medesimo ed unitario procedimento – disciplinare – avente natura sostanzialmente giurisdizionale. Pertanto, non può logicamente, ancor prima che giuridicamente, ammettersi una cesura ontologica tra fase (necessaria) ante incolpazione e successiva fase (eventuale) post incolpazione, tale da determinare una differente applicabilità della disciplina in materia di accesso.

L’istanza di accesso riguarda, infatti, atti che assolvono ad una imprescindibile funzione strumentale all’ulteriore prosieguo del procedimento, partecipando consequenzialmente della natura giurisdizionale dello stesso: per tali sono quindi sottratti alla disciplina generale sull’accesso agli atti amministrativi *stricto sensu* intesi.

La decisione si pone in linea con i principi già espressi dal medesimo Giudice amministrativo nella precedente pronuncia del 29 marzo 2021, n. 2593. Diversamente che nella sentenza in epigrafe in quest’ultima il Consiglio di Stato - stante l’improcedibilità del ricorso in appello presentato dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione per sopravvenuta carenza di interesse allo stesso in quanto, in corso di causa, l’appellante aveva consentito l’accesso controverso (copia del provvedimento di archiviazione) - si era limitato ad una mera enunciazione di principio.

In particolare, il TAR Lazio, ritenendo la soccombenza virtuale ai fini della condanna alle spese e il ricorso meritevole di accoglimento nel merito aveva affermato che “gli atti del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari non sono atti amministrativi secondo la disciplina sull’accesso ex art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ma casomai giurisdizionali, sulla scorta degli artt. 15 e 16 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 [Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150]. Sicché rispetto ad essi non valgono le esigenze di ordine generale a fondamento dell’accesso nei confronti dell’attività di pubblico interesse dell’amministrazione, consistenti nel «favorire la partecipazione e (...) assicurarne l’imparzialità e la trasparenza» (art. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990)”.

Ebbene, la sentenza in epigrafe consentendo al Consiglio di Stato la trattazione del merito è l’occasione per ripercorrere una compiuta analisi esegetica della materia *de qua* alla luce dei consolidati principi espressi sia dalla Corte costituzionale fin dal 2009 (Corte costituzionale, sentenza dell’11 marzo 2009, n. 87) che dalla Suprema Corte di Cassazione (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 5 luglio 2011, n. 14664).

In ordine alla natura del procedimento disciplinare relativo ai magistrati la natura giurisdizionale è chiaramente affermata sia dal giudice delle leggi nella richiamata pronuncia n. 87/2009: “Il procedimento disciplinare relativo ai magistrati ordinari ha natura giurisdizionale e si svolge dinanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con quanto ne consegue in ordine al regime delle impugnazioni” che dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 14664/2011: “La fase degli atti di indagine costituisce quindi non già un procedimento amministrativo,

quale quello disciplinare nel lavoro pubblico non contrattualizzato, tali e tante essendo le differenze rispetto a quest'ultimo, ma un procedimento "giurisdizionalizzato" in ragione della speciale tutela di rilievo costituzionale riservata alla posizione del magistrato incolpato".

Per quanto concerne poi la materia dell'accesso difensivo ex art. 24 comma 7 della l. n. 241 del 1990 il Giudice amministrativo richiama i principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle n.n. 19 e 20 del 25 settembre 2020 in ordine al vaglio, da effettuarsi mediante un giudizio prognostico *ex ante*, del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta con la situazione finale che l'istante intende tutelare.

Del resto, per accedere al documento che sia effettivamente "*necessario tramite per acquisire la prova*" il legislatore richiede espressamente (art. 25 comma 2, n. n. 241/ del 1990) che le finalità dell'accesso debbano essere dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate 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.).

Secondo il Giudice d'Appello l'illustrato rapporto di strumentalità specifica, proprio dell'istituto dell'accesso difensivo, è contraddetto ove - come nel caso di specie ove si richiedevano "*tutti gli atti relativi alle notizie circostanziate dei fatti acquisite a seguito dell'ispezione e la relativa relazione*" - l'oggetto dell'accesso concerne una documentazione connotata da onnicomprensività e generalità.

Ne consegue che l'istanza dell'accedente deve essere puntuale e specifica e non limitarsi meramente a dedurre un'incertezza soggettiva sulla situazione controversa oppure un generico riferimento a esigenze difensive.

Nel caso di specie l'accedente aveva addotto a motivazione dell'istanza di accesso "*legittime perplessità sull'operato della "équipe ispettiva" [...] al fine di valutare la completezza e l'accuratezza dell'attività istruttoria compiuta, nonché la correttezza delle conclusioni tratte dal Procuratore Generale [...] e ciò per verificare la sussistenza dei presupposti per l'introduzione di azioni a tutela della propria onorabilità ed a ristoro degli intuitivi danni morali e reputazionali subiti*".

Ritiene il GA che tale istanza sia dichiaratamente finalizzata a realizzare un controllo *ex post* della correttezza e regolarità dell'azione amministrativa in sede di istruttoria pre-disciplinare, del tutto generico e limitato essendo il cenno alla possibilità (del tutto ipotetica) di future e non meglio precisate "azioni a tutela della propria onorabilità", nonché a ristoro di non dimostrati, né allegati (bensì "intuitivi") danni morali e reputazionali derivanti dalla suddetta attività istruttoria. Lo stesso Giudice prosegue affermando che ciò posto, anche a voler prescindere dalla circostanza che neppure viene spiegato in qual modo l'attività dell'organo ispettivo – da ritenersi doverosa – sia stata fonte di danno all'immagine del magistrato sottoposto a verifica, la stessa è caratterizzata dal più assoluto riserbo (tant'è che l'interessato chiede appunto di esercitare il diritto di accesso alla relativa documentazione), laddove il lamentato *vulnus* presuppone invece il *clamor fori* (evidentemente ad opera di soggetti terzi ed estranei alla predetta attività ispettiva).