

## RELAZIONE SUL DIRITTO DI ACCESSO

Con riferimento alla questione posta riguardante l'esercizio del diritto di accesso, con specifico riferimento alla sussistenza del medesimo in capo all'esponente in un procedimento disciplinare a carico di un avvocato e, in caso positivo, circa le modalità di esercizio è possibile innanzitutto affermare con certezza, secondo quella che è l'interpretazione costante ed unanime della giurisprudenza, che detto diritto di accesso sussiste.

Infatti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, in Adunanza Plenaria, con decisione n°7/2006 del 14/11/2005, depositata il 20/04/2006, ha ritenuto che l'esponente in un procedimento disciplinare sia titolare di una situazione giuridica soggettiva legittimante l'accesso. Nel caso si trattava di un esposto presentato da un ingegnere nei confronti di due colleghi, che l'Ordine di appartenenza aveva prosciolto. L'esponente aveva quindi chiesto l'accesso agli atti e l'Ordine lo aveva negato, sul presupposto che l'esponente non è parte nel procedimento disciplinare. Quest'ultimo impugnava avanti al TAR per il Lazio il diniego con ricorso che veniva respinto, in quanto il Tribunale riteneva che la qualità di autore dell'esposto è inidonea a radicare nell'istante la titolarità di una situazione giuridica soggettiva rilevante che lo legittimi all'accesso. L'esponente impugnava la sentenza al Consiglio di Stato e la VI<sup>a</sup> Sez., manifestata la propria perplessità sull'orientamento del primo giudice, rimetteva l'affare all'Adunanza Plenaria, la quale, per contro, con la sentenza citata stabiliva che la qualità di autore di un esposto, che abbia dato luogo a procedimento disciplinare, è circostanza idonea, *unitamente ad altri elementi*, a radicare nell'autore la titolarità di una situazione giuridicamente rilevante che, ai sensi dell'art. 22 della legge n°241/90, legittima all'accesso nei confronti degli atti del procedimento disciplinare che da quell'esposto ha tratto origine. Secondo il Consiglio di Stato è inconferente l'estraneità dell'autore dell'esposto al procedimento disciplinare e la sua conseguente qualità di terzo rispetto al medesimo.

Si tratta di capire, dunque, quali possano essere gli altri elementi che, unitamente alla qualifica di autore dell'esposto, possano legittimare al diritto di accesso. Nel caso trattato dal C.D.S. l'ulteriore

elemento sufficiente era stato ritenuto il fatto che gli esponenti avessero intentato causa civile nei confronti dell'incolpato.

La problematica è stata poi trattata da altra pronuncia della V<sup>^</sup> Sez. del Consiglio di Stato, la n°316 del 21/01/2013, emessa su appello dell'Ordine degli Avvocati di Trento, che aveva negato l'accesso agli atti di un procedimento disciplinare che aveva avuto origine a seguito della presentazione di un esposto da parte del richiedente. Il COA di Trento non aveva dato risposta nei trenta giorni successivi alla richiesta e, quindi, la stessa doveva ritenersi rigettata in forza del silenzio – rigetto previsto dalla legge, motivo per cui gli esponenti avevano fatto ricorso al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, che con sentenza 11/10/2012 lo accoglieva.

Il Tribunale, dopo aver ribadito quanto sostenuto nel precedente arresto della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui gli esponenti per il solo fatto di essere tali dovevano ritenersi soggetti portatori di una situazione soggettiva rilevante che li legittimano a presentare domanda di accesso, affrontava specificamente la questione degli altri elementi. Infatti, il COA aveva sostenuto che non era sufficiente la qualifica di esponente per essere titolari di una situazione giuridica qualificata al diritto di accesso, essendo necessari appunto ulteriori elementi e, poichè il procedimento disciplinare si era concluso con la sua archiviazione e, dunque, l'interesse del ricorrente, funzionale ad impugnare tale esito, non si sarebbe potuto prendere in considerazione dato che l'esponente non ha la legittimazione ad interporre una tale impugnativa, non vi erano i presupposti per riconoscere il diritto di accesso, tenuto anch conto del fatto che non aveva alcuna rilevanza l'esposta esigenza di valutare le modalità, la regolarità, l'approfondimento e la correttezza del procedimento.

Il Tribunale, tuttavia, ha ritenuto che se il Consiglio dell'Ordine avvia il procedimento disciplinare per la verosimiglianza dei fatti narrati nell'esposto, il cliente ha interesse a partecipare al procedimento, per fornire ulteriori elementi valutativi e se il procedimento si conclude con l'archiviazione (per l'irrelevanza o l'insussistenza dei fatti di cui è incolpato il professionista), il

cliente che ha trasmesso l'esposto ha diritto di accedere agli atti emessi dal medesimo Consiglio, per verificare le ragioni per cui non siano state ravvisate violazioni delle regole deontologiche.

Secondo il Tribunale, dunque, il cliente ha interesse ad accedere agli atti con cui il Consiglio dell'Ordine ha valutato i fatti indicati nell'esposto, sotto molteplici profili: egli, accedendo agli atti, può valutare se sia il caso di svolgere ulteriori attività nel corso del procedimento disciplinare ed anche se il Consiglio dell'Ordine abbia negato la sussistenza dei fatti narrati nell'esposto, può valutare la possibilità di presentare un ulteriore e più motivato e documentato esposto, e comunque può valutare se sussistano elementi tali da indurlo a proporre in sede civile un'azione nei confronti del professionista, ai sensi dell'art. 2236 del codice civile.

Inoltre il cliente, che si è assunto la responsabilità di quanto asserito nell'esposto, deve poter accedere ai documenti da cui si evincono le statuizioni del Consiglio nel procedimento disciplinare a fini difensivi, in quanto, qualora i fatti narrati vengano considerati non corrispondenti al vero, il professionista incolpato potrebbe proporre querela per diffamazione ed un'azione risarcitoria per il risarcimento dei danni conseguenti all'infondata incolpazione.

Detta decisione veniva impugnata dal COA di Trento, ed il Consiglio di Stato, con la decisione sopra menzionata n°316 del 21/01/2013, sul punto andava anche oltre, sostenendo che: "Il secondo requisito, generico (ricorrenza di "altri elementi"), è presente anch'esso. La parte appellata, pur non avendo un rapporto contrattuale con il professionista denunciato, **ha avuto con lui un contatto afferente alla sfera professionale, che di suo è idoneo** - per quel che si riflette in termini disciplinari - **a costituire un fatto giuridicamente produttivo di effetti**. Risulta, infatti, dal contenuto dell'esposto che detto professionista fosse il difensore dei soggetti con i quali erano pendenti una serie di controversie. Il Sig. Migliore (unitamente alla Sig.ra Li.) ha, pertanto, contestato all'avvocato di controporte di avere tenuto, per circostanze specificamente indicate, comportamenti contrari ai doveri deontologici di probità, dignità, decoro e lealtà nonché lesivi dei "precetti di buona fede e correttezza". In particolare, vengono denunciati comportamenti relativi alle modalità di esecuzione di somme dovute e di notificazione di atti processuali.

Questi elementi, la cui effettiva portata esula dall'ambito del presente giudizio - che rispetto ai fatti da accertare si pone in limine- sono sufficienti a fare ritenere che nel caso di accertamento di una responsabilità disciplinare il richiedente potrebbe stimare se intraprendere azioni a tutela della propria posizione giuridica eventualmente lesa. Ne consegue che l'appellata è effettivamente titolare di una "situazione giuridicamente rilevante".

In altre parole, secondo l'orientamento del Consiglio di Stato è sufficiente che il soggetto esponente sia in qualche modo entrato in contatto con l'avvocato contro il quale è stato presentato l'esposto perché gli debba essere riconosciuto il diritto di accesso.

Ciò significa che non è neppure necessario che l'istanza di accesso sia corredata di particolare motivazione, posto che è sufficiente la presentazione dell'esposto, nel quale in qualche modo sarà spiegato che un qualche contatto con il professionista "denunciato" ci sarà stato.

L'unico limite al diritto di accesso sembrerebbe, dunque, quello derivante dall'art. 24, comma 7, della legge n°241/90, secondo cui: "... 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". In altre parole, secondo anche l'interpretazione che il Consiglio di Stato ha fornito a tale norma con la sentenza n°316/2013 citata, nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, mentre se i dati riguardano lo stato di salute o la vita sessuale (c.d. dati sensibilissimi), l'accesso è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso 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.

In altri termini e diversamente da quanto sembrava, il diritto di accesso non è automatico e non dev'essere concesso per il solo fatto che chi lo richiede è l'esponente, ma dev'essere negato qualora abbia ad oggetto dati sensibili o giudiziari e non sia indispensabile per la tutela dei diritti del richiedente oppure, qualora abbia ad oggetto dati sensibilissimi e non sia volto alla tutela di interessi

e diritti di rango almeno pari. La domanda di accesso, dunque, dovrà essere in ogni caso motivata, come del resto previsto dalla legge, in ordine agli interessi che si intendono tutelare, al fine di consentire al destinatario di valutare, nell'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto dati sensibili o sensibilissimi, se tali interessi siano tali da consentire di violare il diritto alla riservatezza dell'interessato.

Nello stesso senso si è pronunciato anche il TAR Piemonte, con sentenza n°166 del 06/02/2013, il quale, sempre in materia di diritto di accesso dell'esponente in un procedimento disciplinare a carico di un avvocato, ha sostanzialmente ribadito quanto già sostenuto dal TRGA di Trento e dal Consiglio di Stato, aggiungendo, tuttavia, che al fine di ottenere l'accesso agli atti, dev'essere necessariamente presentata una formale istanza motivata alla autorità competente a concederlo, essendo pacifico in giurisprudenza che in mancanza di una formale istanza non può formarsi alcun diniego, neppure implicito: "In mancanza di un'istanza non può essersi formato alcun diniego implicito di accesso che dovrebbe costituire l'oggetto materiale del ricorso, il quale pertanto - in quanto privo di oggetto - si rivela inammissibile (T.A.R. Milano, (Lombardia), Sez. II, 23/04/2009, n. 3566)".

Ancora, la giurisprudenza costante anche se risalente nel tempo ha sempre ritenuto che l'istanza di accesso debba indicare anche gli atti di cui si chiede visione e copia con l'unico limite che il richiedente non conosca, né possa conoscere gli atti del fascicolo: "Secondo l'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241, la richiesta di accesso agli atti amministrativi deve, oltre che essere motivata con l'indicazione dell'interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, consentire di individuare l'estensione dell'accesso, poiché le richieste generiche sottoporrebbero l'amministrazione ad una ricerca defatigante, incompatibile con la funzionalità dei plessi amministrativi; peraltro, è ammissibile che l'istanza non rechi la puntuale indicazione degli specifici atti richiesti solo nei casi in cui l'effettiva esistenza di tali atti sia circostanza ignota al richiedente che quindi non sarebbe in grado di rendere più puntuale la formulazione della domanda." (T.A.R. Roma, Sez. III, 11/01/2005, n. 152) e "Non sono ammissibili istanze di accesso a documenti

amministrativi caratterizzate da una formulazione eccessivamente generalizzata, ossia riguardanti non specifici atti o provvedimenti, ma la documentazione di una attività attraverso un imprecisato numero di atti, in un arco di tempo abbastanza lungo, atteso che l'eventuale soddisfazione di simili richieste imporrebbe un'opera di ricerca, catalogazione e sistemazione che non rientra nei doveri posti all'Amministrazione dalla normativa di cui al capo VI della l. 7 agosto 1990 n.241. ... L'art. 5, comma 2, del D.P.R. 184/2006, dispone che *il richiedente (l'accesso) deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione; specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta.*

L'istanza di accesso del ricorrente, invece, contiene un generico riferimento ai "fascicoli personali"; in altri termini, si tratta di una istanza formulata *al buio*, senza un concreto riferimento a provvedimenti esistenti, di cui si teme una generica lesività rispetto all'interesse personale che il ricorrente intenderebbe tutelare in giudizio.

La giurisprudenza in relazione al carattere specifico della domanda di accesso ha ritenuto che "non sono ammissibili istanze di accesso caratterizzate da una formulazione eccessivamente generalizzata, ossia riguardanti non specifici atti o provvedimenti, bensì la documentazione di una attività attraverso un imprecisato numero di atti, in un arco di tempo abbastanza lungo, atteso che l'eventuale soddisfazione di simili richieste imporrebbe un'opera di ricerca, catalogazione e sistemazione che non rientra nei doveri posti all'Amministrazione dalla normativa di cui al capo VI della l. n. 241 del 1990. (C.d.S., Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5360)" (Consiglio di Stato, sez. III, 09/12/2015, n. 5602).

Altro problema di cui si è molto discusso riguarda la necessità di avvertire, nel caso che può interessare il CDD, il segnalato o incolpato della richiesta di accesso, se questi abbia la possibilità di opporsi, se debba essere instaurato un contraddittorio ecc.

A tal proposito va ricordato che il regolamento che disciplina l'accesso ai documenti amministrativi approvato con D.P.R. n°184/2006, all'art. 3, rubricato appunto "notifica ai controinteressati", dispone che la P.A. cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, è

tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica e che i controinteressati, entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Una volta decorso detto termine dev'essere deciso sull'istanza.

La giurisprudenza, dal canto suo, che però si è pronunciata solo con riferimento al caso in cui sia instaurato un giudizio a seguito di un rifiuto dell'amministrazione, ha ritenuto addirittura inammissibile il ricorso non notificato ad almeno uno dei controinteressati, qual è appunto il soggetto che ha interesse a che il diniego all'eccesso sia confermato: "Al riguardo si ricorda che, con la decisione n°16 del 24 giugno 1999, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che in tema di ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 25 della legge n°241/90, **i soggetti interessati alla riservatezza dei documenti richiesti con la domanda di accesso sono controinteressati all'eventuale rimozione del diniego di accesso** e, pertanto, anche ad essi deve essere notificato il ricorso proposto contro l'Amministrazione per ottenere l'esibizione degli atti invano richiesti.

La presenza di "controinteressati" in caso di accesso ai documenti ha, poi, trovato esplicito riconoscimento legislativo con le modifiche apportate all'art. 22 della legge n°241/90 dalla legge 11 febbraio 2005, n°15, in virtù delle quali i controinteressati sono identificati con *tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.*"(T.A.R. Roma, Sez. I, 07/07/2010, n°23194).

Considerato che il controinteressato all'accesso deve poter partecipare sia al procedimento amministrativo per esplicita disposizione normativa generale, che all'eventuale successivo giudizio per consolidata giurisprudenza, si ritiene che anche nel procedimento disciplinare lo stesso debba essere avvertito della richiesta e debba poter far conoscere la sua opinione in merito, attraverso la concessione di un termine entro cui far pervenire la propria eventuale opposizione, in modo da

consentire al responsabile del procedimento di meglio valutare l'opportunità di concedere l'accesso, soprattutto nelle ipotesi in cui possa avere ad oggetto dati sensibili o sensibilissimi.

Un'ultima problematica da definire riguarda l'identificazione del soggetto deputato alla valutazione e decisione sulle istanze di accesso. Anche alla luce dell'orientamento emerso dalla breve discussione tenutasi all'ultima plenaria del 12/02/2016, non sembra percorribile la strada secondo cui dovrebbe essere sempre l'Ufficio di Presidenza del CDD a valutare le istanze di accesso e ciò per due ordini di ragioni: 1) l'Ufficio di Presidenza verrebbe oberato di un compito che, in primo luogo non è previsto, in secondo luogo potrebbe rivelarsi eccessivamente oneroso e contrario al principio del buon andamento e ragionevolezza della pubblica amministrazione; 2) l'Ufficio di Presidenza non conosce approfonditamente il fascicolo in tutte le sue fasi. Si ritiene, tuttavia, che non sia neppure necessario che la decisione sia presa sempre dallo stesso soggetto, ad es. il Presidente della Sezione, che spesso non è ancora noto nella fase dell'istruttoria preliminare e, comunque, non ha neppure in quella fase la disponibilità del fascicolo (quanto meno sino a che il programma gestionale non funzionerà in maniera adeguata). Mutuando dalla disciplina che le Pubbliche Amministrazioni seguono per i procedimenti complessi, si ritiene che la soluzione migliore sia quella di attribuire detto compito al soggetto che può essere ritenuto responsabile del fascicolo al momento in cui la richiesta di accesso perviene: se la domanda sarà depositata nel corso dell'istruzione preliminare, sarà il consigliere istruttore a deciderla, posto che anche l'art. 14, comma 5, del Reg. 2 del 21/02/2014 del CNF indica il consigliere istruttore quale responsabile della fase pre-procedimentale; se invece la domanda viene depositata nella fase successiva, sarà il Presidente di Sezione a deciderla.

Alla luce di tutte tali considerazioni e tenuto conto tanto degli orientamenti giurisprudenziali, tanto di quelli del CDD, si sottopone all'attenzione dell'Assemblea la seguente proposta di regolamento per l'esercizio del diritto di accesso, non tanto per i segnalati e/o incolpati, i quali hanno sempre la possibilità di accedere agli atti del fascicolo senza limiti, quanto per gli eventuali terzi che dovessero farne richiesta.