N.1074/2009

Reg. Dec.

N. 7187 Reg. Ric.

Anno 2008

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello N.R.G. 7187/2008 proposto dal sig. Pasquale RUGGIERO, rappresentato e difeso dagli avvocati Erennio Parente e Giovanni Carlo Parente, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, Via Emilia n. 81;

contro

il MINISTERO DELLA GIUSTIZIA – DIPARTIMENTO AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la quale domicilia per legge in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

dei signori Natalino ALBOROSSO e Mauro ANFORA, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Lazio – Sez. I quater n. 5609 del 9 giugno 2008, resa inter partes e non notificata;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione intimata;

Vista la memoria prodotta dal ricorrente a sostegno delle sue difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla Camera di consiglio del 16 dicembre 2008, il Consigliere Antonino Anastasi e uditi, altresì, per le parti l'avvocato Erennio Parente e l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

Il sig. Ruggiero, agente del Corpo di polizia penitenziaria in servizio presso la Casa circondariale di Milano, ha richiesto all'Amministrazione di essere assegnato alla sede di Benevento onde continuare a prestare assistenza alla nonna paterna, affetta da handicap ai sensi della legge n. 104 del 1992.

L'Amministrazione ha però respinto tale richiesta ritenendo insussistente il requisito della esclusività assistenziale in capo all'istante.

L'atto di diniego è stato impugnato dall'interessato con ricorso tuttora pendente avanti al T.A.R. Lazio.

Successivamente l'agente ha appreso che due colleghi, già destinati a sedi dislocate nell'Italia settentrionale, erano stati trasferiti in Campania in applicazione della ridetta legge n. 104 del 1992.

L'interessato ha allora richiesto di accedere agli atti relativi a tali trasferimenti nonchè a quelli relativi a tutti i

trasferimenti ex lege n. 104 disposti nell'anno 2007 verso sedi della Regione Campania.

L'agente ha chiesto altresì di accedere alla graduatoria formata dall'Amministrazione per la definizione delle istanze di trasferimento verso la casa circondariale di Benevento.

L'atto col quale l'Amministrazione ha denegato l'accesso (essenzialmente per motivi inerenti la tutela della riservatezza degli operatori coinvolti) è stato impugnato dal sig. Ruggiero avanti al T.A.R del Lazio il quale con la sentenza in epigrafe indicata ha però disatteso il gravame.

Detta sentenza è impugnata col ricorso all'esame dal soccombente il quale ne domanda l'integrale riforma.

Si è costituita l'Amministrazione, instando per il rigetto del gravame.

Nella Camera di consiglio del 16 dicembre 2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

D I R I T T O

L'appello non è fondato e va pertanto respinto, con integrale conferma della sentenza impugnata.

Sostiene in primo luogo il ricorrente che la sentenza di primo grado è viziata per extra petizione, in quanto il ricorso risulta respinto per ragioni di diritto diverse rispetto a quelle addotte dall'Amministrazione a sostegno del diniego.

In sostanza, secondo l'appellante, il primo Giudice invece di limitarsi a verificare la tenuta della motivazione del provvedimento negativo ha piuttosto individuato in via

autonoma altre ragioni preclusive dell'actio ad exhibendum, con palese violazione del principio di necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Questo rilievo non può essere accolto, per un duplice ordine di considerazioni.

Sotto un primo profilo occorre intanto rilevare che - a giudizio di questo Collegio – l'iter logico argomentativo seguito dalla sentenza impugnata non si discosta dai rilievi a suo tempo formulati dall'Amministrazione ma si limita ad arricchirli con considerazioni pur sempre strettamente attinenti al materiale documentario acquisito al fascicolo di causa e, prima ancora, al procedimento relativo alla richiesta di trasferimento presentata dall'agente Ruggiero.

Ma, anche a voler prescindere da tale fattuale rilievo, deve escludersi che il vizio dedotto dall'appellante – ove in ipotesi effettivamente riscontrabile – comporti conseguenze vizianti sulla sentenza di primo grado.

Infatti, è da tempo acquisito nella prevalente giurisprudenza che in materia di diritto di accesso ai documenti ai sensi degli artt. 22 e segg. L. 7 agosto 1990 n. 241 la tutela del ricorrente è direttamente affidata alla giurisdizione amministrativa esclusiva (cfr. oggi art. 25 comma 5 L. n. 241) mediante un giudizio teso all' accertamento della fondatezza sostanziale della pretesa, con la conseguenza che il giudice, per respingere il ricorso, si può anche avvalere di argomentazioni parzialmente non

coincidenti con quelle sviluppate dall' Autorità ed integrative di queste ultime. (cfr. VI Sez. n. 1936 del 2002).

Questo indirizzo, peraltro, trova oggi conferma nel testo vigente dell'art. 25 comma 6 della legge n. 241, secondo il quale il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti solo se ne sussistono i presupposti: in sostanza sia nel caso di mancanza di motivazione (rigetto tacito) sia nel caso di motivazione amministrativa non esaustiva o scorretta l'accesso non può essere ordinato in via giudiziale se la relativa domanda risulta infondata o inammissibile.

Tanto premesso, può procedersi all'esame delle doglianze di merito, rubricate all'eccesso di potere nonchè alla violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, più volte citata.

Sostiene, in sintesi, l'appellante che l'Amministrazione ha in realtà violato quei principi di trasparenza e pubblicità che oggi governano il procedimento amministrativo, conculcando il suo interesse all'accesso ai documenti de quibus in virtù dell'erroneo riferimento a esigenze di riservatezza dei dipendenti ai quali il trasferimento ai sensi della legge n. 104 è stato invece generosamente concesso.

A giudizio dell'appellante queste esigenze, ove mai sussistenti e non altrimenti tutelabili mediante opportuni accorgimenti applicativi quali "omissis" o "sbianchettature"nel corpo dei documenti, risultano comunque destinate a recedere a fronte del diritto alla difesa del soggetto istante.

Queste doglianze devono essere disattese.

Come è noto, ai sensi dell'art. 24 comma 6 lettera d) della legge n. 241 del 1990 sono di norma esclusi dall'accesso i documenti che riguardano la vita privata e la riservatezza di persone fisiche.

Peraltro, ai sensi del successivo comma 7 dello stesso articolo, deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso a documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, con la precisazione che nel caso di documenti contenenti dati idonei a rivelare lo stato di salute di una persona fisica l'accesso va consentito solo se indispensabile e nei termini di cui all'art. 60 del D, L.vo n. 196 del 2003, e quindi solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare mediante la richiesta di accesso è di rango pari ai diritti dell'interessato ovvero consiste in un diritto della personalità o in un diritto fondamentale e inviolabile.

Per conseguenza, il giudice è spesso chiamato a dettare le regole conseguenti alla predetta, delicata comparazione fra diverse categorie di interessi coinvolti, essendo previsto che le esigenze di tutela siano recessive rispetto al diritto di difesa (anche previa disapplicazione delle norme regolamentari contrastanti), ma non in modo assoluto.

Come perspicuamente osservato in giurisprudenza, infatti, il tenore letterale e la ratio della normativa in questione impongono infatti di volta in volta un'attenta valutazione,

circa la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia di posizioni soggettive protette, che si assumano lese, con contestuale salvaguardia, attraverso i limiti così imposti, degli altri interessi coinvolti, talvolta rispondenti a principi di pari rango costituzionale rispetto al diritto di difesa.

In tale ottica solo una lettura rigorosa, che escluda la assoluta prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate, in effetti, appare idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza costituzionale e comunitaria (cfr. VI Sez. n. 3960 del 2008).

Nel caso all'esame, ove si proceda a tale comparazione non può non rilevarsi come in realtà le esigenze difensive addotte dall'interessato risultino del tutto recessive rispetto alla delicatezza dei dati personali (appunto riservatissimi, concernendo situazioni di handicap grave) relativi a dipendenti del D.A.P. o loro stretti congiunti, cui lo stesso pretende di accedere.

In tal senso è decisivo ricordare che – come ben evidenziato dal T.A.R. – all'odierno appellante è stato negato il trasferimento ex lege n. 104 non già per carenza di posti in organico scoperti presso la sede desiderata, quanto piuttosto per carenza del requisito di esclusività dell'assistenza da questi prestata alla nonna paterna.

Il diniego fonda in sostanza su ragioni subiettive, riferite

cioè alla situazione dell'istante e dei prossimi congiunti, ritenuti in grado appunto di prestare alla persona portatrice di handicap una adeguata assistenza.

Ne segue che in realtà non è dato individuare alcun nesso logico o funzionale tra la lesione che il sig. Ruggiero afferma di aver patito e di voler contrastare e la documentazione da questi richiesta, in quanto – come si è detto – l'originario diniego di trasferimento fonda su ragioni esclusivamente soggettive.

Così che, una volta escluso che la conoscenza dei dati relativi ai trasferimenti disposti in favore di altri dipendenti possa supportare l'istante nella sua azione difensiva, appare evidente come nel bilanciamento dei valori in gioco le esigenze di riservatezza allegate dall'Amministrazione risultino prevalenti.

Tanto chiarito, è da osservare per completezza che in realtà l'istanza d'accesso proposta dal sig. Ruggiero risulta inammissibile anche perchè – provenendo da un soggetto non legittimato – appare sostanzialmente volta all'esercizio di una forma di controllo generalizzato sul successivo operato dell'Amministrazione in materia di trasferimenti (art. 24 comma 3 legge n. 241).

Sulla scorta di queste considerazioni il ricorso in appello va quindi respinto.

La particolare rilevanza degli interessi coinvolti nel procedimento induce il Collegio a compensare tra le parti le

spese e gli onorari di questo grado del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge l'appello in epigrafe.

Le spese del grado sono compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 16 dicembre 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Giovanni VACIRCA	- Presidente
Luigi MARUOTTI	- Consigliere
Giuseppe ROMEO	- Consigliere
Goffredo ZACCARDI	- Consigliere
Antonino ANASTASI	- Consigliere, est.

L'ESTENSORE
Antonino Anastasi

IL PRESIDENTE
Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO
Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria
Il 23/02/2009
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Per il / Il Dirigente
Sig.ra Maria Nusca