

ACCESSO: Pubblica amministrazione - Accesso ai documenti amministrativi - Scioglimento dei consigli comunali e provinciali - Per infiltrazione della criminalità organizzata - Atti prodromici all'adozione del provvedimento - Ostensibilità - Limiti e criteri.

Cons. Stato, Sez. I, parere 30 marzo 2021, n. 545

- in *Il Foro amministrativo*, 3, 2021, pag. 509

“[...] Il Ministero, inoltre, nell'individuare gli eventuali limiti all'accesso, dovrà distinguere tra le diverse categorie di atti e le differenti ipotesi di esclusione dall'accesso.

Ed invero, una ben precisa disciplina deve essere rispettata in relazione agli atti coperti da segreto di Stato [...] altra disciplina va riservata agli “atti classificati”, magari con la classifica “riservato” [...] e altra disciplina ancora deve essere applicata agli atti esclusi dall'accesso in ragione di una specifica previsione regolamentare [...] o di legge [...].

Se invece l'amministrazione venisse a conoscenza, e utilizzasse, documenti classificati come “riservati”, sempre dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 (articolo 42), allora spetterà all'autorità giudiziaria procedente, se ritiene, ordinarne l'esibizione e, sempre che non sia opposto il segreto di Stato, curarne “la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia”. Lo speciale regime di esibizione giudiziale previsto dall'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, può infatti operare unicamente nell'ambito di un sistema di segretezza informativa fondato sulle esigenze di protezione degli “interessi fondamentali della Repubblica” [...].

[...] Resta fermo che l'autorità che ha proceduto a “classificare” il documento può, sempre con valutazione ampiamente discrezionale, decidere di “declassificarlo”; naturalmente si tratta di valutazione che non spetta al Collegio compiere ma solo all'amministrazione che ha proceduto alla classificazione.

Se la commissione utilizza, invece, atti esclusi dall'accesso in base alle previsioni regolamentari richiamate dall'articolo 24 cit., occorrerà distinguere tra accesso partecipativo – escluso in ragione delle considerazioni prima effettuate nell'esame della sentenza dell'Adunanza Plenaria – e accesso difensivo, da ritenere, invece, ammissibile. Ed invero, le preclusioni individuate dalle fonti regolamentari, per quanto idonee ad impedire l'esercizio del diritto di accesso partecipativo, esauriscono la loro portata escludente ove la pretesa conoscitiva presenti un'intrinseca connotazione difensiva. Ove l'istanza di accesso espliciti le ragioni fattuali e normative idonee a rivelare la necessità della conoscenza del documento per la cura o la difesa di una situazione giuridicamente rilevante, l'interesse ostensivo del richiedente, in forza della clausola di chiusura prevista dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241, prevale – nei limiti prima ricordati

al paragrafo 7 e, in particolare, 7.3 – sulle preclusioni frapposte dalla fonte regolamentare alla divulgazione degli atti contemplati dall'articolo 3, comma 1, lettera m), d.m. cit. [...]”.

NUMERO AFFARE 01416/2020

OGGETTO:

Ministero dell'interno

Quesito relativo relativa all'accesso agli atti prodromici all'adozione del provvedimento di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata (articolo 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali);

LA SEZIONE

Vista la nota prot. n. 16410 del 30 novembre 2020 con la quale il Ministero dell'interno ha formulato quesiti al Consiglio di Stato;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

1. La richiesta di parere.

1.1. Con nota prot. n. 16410 del 30 novembre 2020, il Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali ha richiesto il parere del Consiglio di Stato sulla questione relativa all'ostensibilità degli atti prodromici all'adozione del provvedimento di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata (articolo 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

L'Amministrazione riferisce che, conformemente ad una consolidata prassi interpretativa, gli atti istruttori delle procedure di scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni criminali, in quanto classificati come “riservati”, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124, sono stati esclusi dalla sfera oggettiva di applicabilità della disciplina sul diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Secondo il Ministero richiedente, a sostegno di tale impostazione interpretativa militano non soltanto le norme sui vincoli di segretezza previste dalla legge 3 agosto 2007, n. 124, ma anche le preclusioni imposte dall'articolo 3, comma 1, lettera m) del decreto ministeriale 10 maggio 1994, n. 415, il quale, nel conferire preminente rilevanza alle esigenze di riservatezza dell'attività di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali, esclude l'ostensione degli atti, documenti e note informative utilizzati, tra l'altro, nell'ambito del procedimento di dissoluzione di cui all'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL). A giudizio del Ministero, il

divieto di ostensione dei suddetti atti istruttori potrebbe altresì desumersi dalla disposizione di cui all'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, il quale, imponendo specifiche cautele nella conservazione dei documenti classificati esibiti su ordine dell'autorità giudiziaria, introdurrebbe una disciplina speciale ostativa all'operatività del regime di conoscibilità previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

1.2. Ad avviso dell'Amministrazione, la prevalenza delle esigenze di segretezza degli atti classificati come "riservati", rispetto alle contrastanti istanze di divulgazione dei documenti amministrativi, sarebbe stata riconosciuta da alcune pronunce del giudice amministrativo, le quali, seppur non riferibili alle procedure disciplinate dall'articolo 143 TUEL, avrebbero formulato principi estensibili all'attività di scioglimento dei consigli comunali per effetto dell'infiltrazione delle organizzazioni criminali. In tale direzione, secondo il Ministero, sia il TAR della Sicilia (Catania), con sentenza 10 ottobre 2013, n. 2418, sia il TAR del Friuli Venezia Giulia, con sentenza 16 aprile 2014, n. 158, avrebbero sostenuto che le istanze di ostensione devono sempre essere respinte, allorquando la divulgazione delle informazioni richieste possa cagionare un pregiudizio concreto al mantenimento dell'ordine pubblico. Parimenti, il TAR del Piemonte, nel definire il giudizio con un ordine di esibizione giudiziale dei documenti classificati come "riservati", avrebbe sancito l'applicabilità del solo regime speciale di cui all'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, non anche delle disposizioni generali previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241 (TAR Piemonte, Sez. I, 20 giugno 2018, n. 753). Nel senso della non ostensibilità degli atti prodromici alla dissoluzione dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni criminali dovrebbero altresì intendersi i rilievi di una recente pronuncia del TAR del Lazio (Roma), secondo cui *"occorre ricordare che la relazione prefettizia e la relazione della commissione d'indagine (...) costituiscono documenti con classifica "Riservato" ai sensi della legge n. 124 del 2007 (...) e che, pertanto, la conoscenza dell'atto in parola, ai sensi dell'art. 262 c.p., è circoscritta allo stretto ambito processuale"* (TAR Lazio - Roma, Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 338).

1.3. L'Amministrazione richiedente riferisce che tale prassi interpretativa è stata tuttavia disattesa da un diverso orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'interesse alla riservatezza degli atti adottati nel corso della procedura di cui all'articolo 143 TUEL è recessivo rispetto al confliggente diritto di difesa fatto valere dal privato con un'istanza conoscitiva. Con sentenza 19 ottobre 2018, n. 2122, la Sezione I del TAR della Sicilia (Palermo) ha infatti sostenuto che il mero riferimento alla classificazione di "riservatezza" degli atti prodromici allo scioglimento dei consigli comunali fosse indicativo della carenza motivazionale dei provvedimenti con cui l'Amministrazione ha rigettato le istanze di accesso "difensivo" formulate dal privato interessato.

La relazione ministeriale aggiunge altresì che l'appello proposto dall'Amministrazione avverso la citata pronuncia del TAR è stato respinto dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (C.G.A.R.S.), secondo cui *“la condotta di chi si limiti a menzionare, in funzione motiva, un atto (o a dichiararne l'esistenza e la rilevanza) senza però mostrarlo (ed anzi rifiutando di mostrarlo), non differisce - quanto ad effetti nei confronti del destinatario - dalla condotta di chi ometta del tutto di fornire la motivazione che su quell'atto pretende di fondarsi”*.

Il Ministero riferisce inoltre che il TAR della Sicilia (Catania), nello statuire in sede di ottemperanza sull'esecuzione di un precedente giudicato di annullamento, ha incluso fra le modalità di ostensione dei documenti “riservati” non soltanto la mera presa visione ma anche l'estrazione di copia dei medesimi (TAR Sicilia - Catania, Sez. I, 16 giugno 2020, n. 1424). Secondo l'Amministrazione richiedente, la tesi accolta dal giudice dell'ottemperanza confliggerebbe con le speciali forme di esibizione previste dall'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, il quale espressamente esclude l'estrazione di copia dei documenti classificati dalle facoltà conoscitive esercitabili dai privati nell'ambito di una procedura giudiziale.

1.4. La relazione ministeriale precisa che la questione relativa all'ostensibilità degli atti classificati è già stata sottoposta al vaglio consultivo di questo Consiglio, il quale, sul fondamento di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 24, legge 7 agosto 1990, n. 241, e 42, legge 3 agosto 2007, n. 124, ha affermato che l'accesso alla documentazione classificata non può essere escluso dall'Amministrazione, laddove la conoscenza dell'atto richiesto si renda necessaria per la difesa in sede giurisdizionale degli interessi giuridici del soggetto istante (Cons. St., Sez. I, parere 1 luglio 2014, n. 2226).

1.5. In considerazione dei contrasti interpretativi recentemente emersi in relazione al regime di conoscibilità degli atti coperti dai vincoli di segretezza, l'Amministrazione richiedente ha dunque domandato alla Sezione se i principi formulati dal Consiglio di Stato col citato parere 1 luglio 2014, n. 2226 *“possa[no] valere per le istanze di accesso rivolte all'Amministrazione, riguardanti la documentazione istruttoria “classificata” formata nella fase procedimentale, a prescindere dall'esercizio del diritto di azione giurisdizionale”*.

Da ultimo, il Ministero evidenzia la necessità che l'indagine sul problema esegetico sottoposto all'esame della Sezione fornisca *“direttive univoche”* circa *“l'onere motivazionale delle determinazioni da assumere in ordine alle istanze di accesso de quibus”*.

2. *L'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL).*

2.1. La risoluzione delle questioni interpretative deferite al vaglio consultivo della Sezione richiede una preliminare ricostruzione della vigente disciplina sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità organizzata di tipo mafioso o similare.

Il sistema di controllo sugli organi degli enti locali previsto dal Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) presenta una triplice articolazione operativa. Lo speciale regime di dissoluzione stabilito dall'articolo 143 TUEL completa infatti un composito modello di reazione alla paralisi amministrativa locale, modello che è ulteriormente integrato dalle disposizioni sullo scioglimento degli organi elettivi comunali e provinciali per gravi violazioni di legge o per oggettivi impedimenti funzionali (articolo 141) nonché dalla disciplina di rimozione dei singoli amministratori locali (articolo 142).

Il procedimento di scioglimento contemplato dall'articolo 143 TUEL rientra nella classe degli strumenti preordinati alla prevenzione e alla repressione in via amministrativa dei fenomeni criminali di stampo mafioso. Tanto si desume dalla disciplina di cui al comma 1 del medesimo articolo 143, il quale, nel delineare i presupposti di instaurazione della procedura di dissoluzione, esige che sia accertata la sussistenza di *“concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare degli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, ovvero su forme di condizionamento degli stessi, tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica”*.

I poteri di accertamento circa l'emersione di tali forme di collegamento o condizionamento sono conferiti, dal successivo comma 2, all'autorità prefettizia competente per territorio, la quale, ove intenda promuovere l'accesso presso l'ente locale interessato dalla procedura di scioglimento, si avvale del supporto ispettivo di un'apposita commissione d'indagine.

Ai sensi del comma 3, la sequenza procedimentale prosegue con la trasmissione al Ministero dell'Interno di una relazione redatta dal Prefetto, ove si dà atto dell'accertata sussistenza degli indici fattuali enucleati dal comma 1.

Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali è conclusivamente disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri (comma 4, primo periodo). La proposta formulata dal Ministero dell'Interno deve indicare analiticamente le anomalie riscontrate, i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli cagionati dal fenomeno di infiltrazione criminale, gli amministratori

responsabili delle condotte che hanno dato causa alla dissoluzione dei consigli comunali e provinciali (comma 4, secondo periodo). Gli effetti dello scioglimento sono individuati nella *“cessazione dalla carica di consigliere, di sindaco, di presidente della provincia, di componente delle rispettive giunte e di ogni altro incarico comunque connesso alle cariche ricoperte, anche se diversamente disposto dalle leggi vigenti in materia di ordinamento e funzionamento degli organi predetti”* (comma 4, ultimo periodo).

L'articolo 143 TUEL disciplina ulteriori rilevanti profili della procedura di scioglimento dei consigli comunali e provinciali. Per quanto d'interesse in questa sede, giova tuttavia aver riguardo alle disposizioni di cui al comma 9, le quali, nella formulazione introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, prevedono che *“[i]l decreto di scioglimento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Al decreto sono allegata la proposta del Ministro dell'Interno e la relazione del Prefetto, salvo che il Consiglio dei Ministri disponga di mantenere la riservatezza su parti della proposta o della relazione nei casi in cui lo ritenga strettamente necessario”*. Innovando rispetto al regime originariamente previsto dall'articolo 15-bis della legge 19 marzo 1990, n. 55, la norma sancisce, dunque, il principio di necessaria pubblicità non del solo decreto di scioglimento ma anche della proposta ministeriale e della relazione prefettizia.

Resta in ogni caso ferma la facoltà del Consiglio dei Ministri di escludere parzialmente la divulgazione della proposta e della relazione per ragioni di stretta necessità.

3. L'inquadramento degli orientamenti giurisprudenziali.

3.1. Il Ministero richiedente riferisce dell'esistenza di un contrasto interpretativo interno alla giurisprudenza amministrativa sulla questione relativa all'ostensibilità degli atti prodromici allo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità organizzata.

La Sezione ritiene che un preliminare inquadramento dei termini del prefigurato dibattito giurisprudenziale costituisca un necessario presupposto logico per l'esame dei quesiti sottoposti al suo vaglio consultivo. Nondimeno, occorre precisare che il presente parere non intende esprimersi sulla validità o sulla bontà delle diverse tesi sostenute dalla giurisprudenza amministrativa, ma ha solo lo scopo di pervenire ad una compiuta definizione del problema esegetico sollevato in sede di formulazione dei quesiti. Giova infatti ricordare che *“nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato (...) a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma*

dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi" (Cons. St., Sez. II, parere 9 marzo 2011, n. 1589; Cons. St., Comm. spec., parere 20 settembre 2017, n. 2065).

3.2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'ostensione degli atti istruttori. All'orientamento giurisprudenziale favorevole all'ostensione dei documenti concernenti l'attività istruttoria del procedimento delineato dall'articolo 143 TUEL si ascrive una pronuncia del TAR della Sicilia (Palermo), il quale, con sentenza 19 ottobre 2018, n. 2122, ha ritenuto che dal mero riferimento dei provvedimenti di diniego al divieto di divulgazione degli atti classificati come "riservati" non possano desumersi gli elementi di fatto e di diritto idonei a giustificare la preminente rilevanza riconosciuta dall'Amministrazione alle esigenze di riservatezza. Richiamando l'indirizzo interpretativo accolto da una parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado, il TAR ha infatti sostenuto che il richiamo alla qualifica di "riservatezza" attribuita agli atti istruttori della procedura di scioglimento per infiltrazioni criminali non possa soddisfare l'onere motivazionale aggravato imposto da un'interpretazione restrittiva dell'articolo 3, comma 1, d.m. 10 maggio 1994, n. 415. Sulla base di tali rilievi, nonché dell'accertata infondatezza degli ulteriori argomenti fatti valere dall'Amministrazione resistente, il TAR è quindi giunto ad annullare il diniego impugnato e a riconoscere il diritto del ricorrente all'ostensione degli atti istruttori oggetto dell'istanza di accesso.

L'impugnazione proposta dal Ministero dell'Interno avverso la citata pronuncia del TAR è stata respinta, come già detto, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 24 gennaio 2019, n. 56.

Anche le cadenze argomentative della decisione del C.G.A.R.S. muovono dalle carenze motivazionali delle determinazioni amministrative con cui, nel caso concreto, era stato disposto, dopo lo scioglimento del consiglio comunale, il diniego di accesso agli atti della relativa procedura di dissoluzione. In specie, il C.G.A.R.S. ha osservato che l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto delle decisioni amministrative, consentendo l'individuazione degli elementi logico-giuridici sul fondamento dei quali il privato può costruire la propria strategia difensiva, costituisce un essenziale presidio di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive. A giudizio del C.G.A.R.S., l'intangibilità del diritto di difesa non può incontrare deroghe nelle esigenze di riservatezza invocate dalle autorità pubbliche, sicché, *"ove la P.A. intenda "segretare" o tenere comunque riservati determinati atti, non può al tempo stesso pretendere di utilizzarli come supporto "indirettamente" motivazionale alla condotta amministrativa"*.

Richiamando i principi formulati dalla Sezione III di questo Consiglio, con sentenza 30 maggio 2011, n. 3248, il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha rilevato altresì che, specie a seguito degli interventi normativi con i quali è stata modificata l'originaria formulazione dell'articolo 143, comma 9, TUEL, la relazione prefettizia prodromica all'adozione del provvedimento di dissoluzione dei consigli comunali e provinciali non può considerarsi come un atto coperto dal vincolo di riservatezza, ma deve anzi formare oggetto di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, fatte salve le ipotesi in cui il Consiglio dei Ministri ne precluda parzialmente la divulgazione per ragioni di stretta necessità.

L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla divulgazione degli atti endoprocedimentali in esame è stato ulteriormente condiviso dapprima dal TAR della Calabria (Reggio Calabria), con sentenza 28 ottobre 2019, n. 628 e, in seguito, dal TAR della Sicilia (Catania), con sentenza 16 giugno 2020, n. 1424, il quale, nell'ordinare l'ottemperanza ad un precedente giudicato di annullamento, ha affermato che il diritto di accesso del ricorrente può essere esercitato non soltanto mediante la mera visione dei documenti richiesti, ma anche tramite l'estrazione di copia dei medesimi.

3.3. *L'orientamento giurisprudenziale contrario all'ostensione degli atti istruttori.* Con la richiesta di parere in oggetto, il Ministero dell'Interno riferisce che la tesi contraria all'ostensione degli atti prodromici alla dissoluzione dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni criminali è stata sostenuta, oltre che da un'ordinanza del TAR del Lazio (Roma), pronunciata in relazione ad una procedura di rimozione di cui all'articolo 142 TUEL (TAR Lazio - Roma, Sez. I-ter, 16 maggio 2018, n. 5466), anche da ulteriori decisioni della giurisprudenza amministrativa di primo grado.

In specie, si richiamano le osservazioni formulate da una pronuncia del TAR della Sicilia (Catania), la quale, pur escludendo la divulgabilità delle informazioni e dei dati strettamente inerenti ai temi dell'ordine e della sicurezza pubblica, non manca di precisare che la preminente rilevanza riconosciuta dall'ordinamento alla cura e alla difesa in giudizio degli interessi giuridici esige l'adesione ad un'interpretazione restrittiva della disciplina di cui all'articolo 3, comma 1, d.m. 10 maggio 1994, n. 415 (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 10 ottobre 2013, n. 2418).

La relazione ministeriale menziona inoltre una decisione del TAR del Piemonte che interviene sulla questione dell'ostensibilità dei “*documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato*” (articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124). Mutuando i consolidati principi giurisprudenziali sull'accesso agli atti coperti dai vincoli di classifica, il tribunale amministrativo piemontese ha affermato che “[l]e classifiche di segretezza impongono una serie di prescrizioni di protezione in ordine alla conservazione, alla riproduzione ed alla circolazione degli atti ma non

sono, tuttavia, idonee a vanificare l'esercizio costituzionalmente tutelato del diritto di difesa per cui non precludono la conoscenza della notizia da parte dell'Autorità giudiziaria, a meno che il documento "classificato" non sia coperto anche dal più pregnante vincolo di segretezza derivante dall'apposizione del segreto di Stato" (TAR Piemonte, Sez. I, 20 giugno 2018, n. 753).

Il Ministero dell'Interno ritiene inoltre che l'orientamento contrario all'ostensione in sede procedimentale degli atti "riservati" concernenti l'istruttoria del procedimento di cui all'articolo 143 TUEL sia condivisa da una pronuncia del TAR del Lazio (Roma), secondo cui *"occorre ricordare che la relazione prefettizia e la relazione della commissione d'indagine (...) costituiscono documenti con classifica "Riservato" ai sensi della legge n. 124 del 2007 (...) e che, pertanto, la conoscenza dell'atto in parola, ai sensi dell'art. 262 c.p., è circoscritta allo stretto ambito processuale"*. (TAR Lazio - Roma, Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 338). Al riguardo, il Collegio non può omettere di precisare che l'oggetto del giudizio definito dalla citata sentenza del TAR era costituito dall'impugnazione di un decreto di scioglimento del consiglio comunale e non anche dalla verifica circa l'ostensibilità degli atti istruttori del relativo procedimento dissolutorio. In ogni caso, il riferimento alla conoscibilità delle relazioni del Prefetto e della commissione d'indagine entro lo *"stretto ambito processuale"* risulta formulato in termini incidentali e, in quanto tale, forma oggetto di un *obiter dictum*.

3.4. *Il precedente di Sezione: Cons. St., Sez. I, parere 1 luglio 2014, n. 2226.* La questione relativa all'ostensibilità della documentazione amministrativa "classificata" prodotta o detenuta dal Ministero dell'Interno per ragioni inerenti alle proprie funzioni istituzionali è stata esaminata da questa Sezione con parere 1 luglio 2014, n. 2226.

In quella sede, il Consiglio di Stato ha risolto i quesiti interpretativi deferiti al suo vaglio consultivo ponendo in correlazione la disciplina di cui agli articoli 24, legge 7 agosto 1990, n. 241, e 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124.

La Sezione ha infatti chiarito che l'articolo 24 della legge generale sul procedimento amministrativo, per un verso, esclude l'ostensione degli atti vincolati dalle classifiche di segretezza (comma 1, lettera a); per altro verso, prevede che il diritto di accesso debba in ogni caso essere garantito, ove risulti necessario per la cura e la difesa degli interessi giuridici del richiedente (comma 7).

Con il citato parere è stato altresì rilevato che il bilanciamento fra le esigenze di tutela del diritto di difesa e l'interesse generale alla segretezza delle informazioni classificate costituisce il fondamento normativo della disciplina di cui all'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, che, nel consentire l'esibizione giudiziale degli atti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato,

esige l'individuazione di cautele conservative idonee a garantire la riservatezza di tale categoria documentale.

Dalla sintesi interpretativa di tali disposizioni il Consiglio di Stato ha desunto il principio secondo cui *“l'Amministrazione, ferma restando l'autonomia decisionale correlata all'esercizio della potestà discrezionale, non può negare in via assoluta l'ostensione della documentazione classificata, prodotta o comunque detenuta per ragioni inerenti le proprie funzioni istituzionali, né tantomeno non ottemperare all'ordine del giudice di rendere disponibile tale documentazione, laddove l'accesso si renda necessario per difendere interessi giuridici di chi ne abbia legittimamente titolo”*.

La Sezione ha dunque chiarito che la disciplina prevista dall'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, lungi dal sovrapporsi in chiave escludente al contenuto precettivo dell'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241, presuppone e integra la clausola di chiusura ivi contemplata, conferendo alla sola autorità giudiziaria la potestà di ordinare l'esibizione processuale dei documenti classificati la cui conoscenza sia necessaria per la tutela delle istanze difensive del richiedente.

4. Il diritto di accesso nel sistema della legge 7 agosto 1990, n. 241.

4.1. Il riconoscimento del diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce lo storico esito di un complesso processo di riforma organizzativa e procedimentale della pubblica Amministrazione, all'esito del quale si è pervenuti alla costruzione di un innovativo modello di partecipazione democratica del cittadino alle funzioni amministrative. A seguito dell'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'ordinamento ha infatti individuato nel diritto all'ostensione dei documenti detenuti dalle Amministrazioni un essenziale presidio di trasparenza e imparzialità dell'attività di cura dell'interesse pubblico.

Il percorso di conformazione dell'azione amministrativa al moderno sistema di ostensione documentale trova oggi uno stabile consolidamento normativo nelle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui *“[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”*. L'osservanza degli obblighi posti a carico dell'Amministrazione dal regime di cui al Capo V della legge citata attiene inoltre ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (articolo 29, comma 2-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241).

È innegabile sotto altro aspetto la relazione esistente tra il diritto di accesso e la tutela in giudizio delle situazioni giuridiche soggettive. Si consideri, al riguardo, che l'Adunanza plenaria, con decisione 18 aprile 2006, n. 6, ha affermato che, al di là della (controversa) natura giuridica del diritto di accesso, quest'ultimo costituisce una situazione giuridica che, più che fornire utilità finali, risulta caratterizzata per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante. Tale relazione risulta spesso confermata dalla giurisprudenza che, in più occasioni, ha stabilito regole di coordinamento tra l'accesso e i tempi di proposizione della domanda giudiziale (si veda, da ultimo, nella specifica materia degli appalti, Cons. St., Ad. Pl., 2 luglio 2020, n. 12) ferma restando l'autonomia della legittimazione all'accesso rispetto alla difesa in giudizio (Con. St., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953). L'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi, invero, è di suo un bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa (Cons. St., Sez. V, 5 agosto 2020, n.4930).

Sin dall'originaria formulazione dell'articolo 22, la disciplina del diritto di accesso documentale ha mostrato di congiungere, da un lato, l'ampliamento degli spazi di trasparenza dell'azione amministrativa, dall'altro, i limiti soggettivi derivanti dalla necessaria dimostrazione di un inscindibile vincolo sostanziale tra l'interesse conoscitivo del richiedente e la titolarità di una situazione giuridicamente rilevante. Tale impostazione normativa è giunta ad un ulteriore grado di specificazione legislativa con l'entrata in vigore della legge 11 febbraio 2005, n. 15, la quale, nel modificare la struttura fondamentale della legge generale sul procedimento, ha delineato il contenuto dei presupposti di qualificazione soggettiva richiesti per l'esercizio del diritto di accesso. Nella vigente formulazione dell'articolo 22, comma 1, lettera b), l'accoglimento delle istanze di ostensione presentate dal privato è infatti subordinato alla dimostrazione di un *“interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*.

In ragione del potenziale conflitto tra le esigenze di tutela delle pretese conoscitive e la necessaria protezione di contrastanti interessi di rilevanza pubblicistica o individuale, l'articolo 24, legge 7 agosto 1990, n. 241 contempla un complesso di limiti all'esercizio del diritto di accesso, la cui determinazione - come si avrà modo di osservare nel prosieguo del presente parere - è affidata non soltanto alla fonte legale (comma 1), ma anche alla potestà regolamentare del Governo (comma 6) e delle singole Amministrazioni (comma 2).

4.2. In vista della realizzazione delle condizioni di effettivo godimento delle posizioni giuridiche sostanziali tutelate dall'ordinamento, l'articolo 24, comma 7, tuttavia riconosce, con una clausola di

chiusura del delineato sistema di conoscibilità documentale, un'ulteriore facoltà di accesso, la quale dimostra una potenziale prevalenza sulle fattispecie ordinariamente preclusive della pretesa ostensiva. Tanto si desume dallo stesso tenore letterale del citato articolo 24, comma 7, secondo cui *“[d]eve 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 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*.

5. *Il diritto di accesso civico “semplice” e “generalizzato” (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).*

5.1. Il sistema di conoscibilità documentale disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, è stato progressivamente integrato da ulteriori rimedi ostensivi (sulla complementarità, e non alternatività, si veda la sentenza Cons. St., Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10 che verrà successivamente esaminata), i quali, all'esito di un complesso processo di evoluzione legislativa, hanno contribuito alla definitiva affermazione del principio di trasparenza amministrativa. In attuazione dei principi di partecipazione democratica allo svolgimento delle funzioni istituzionali, il graduale consolidamento normativo del canone di *“accessibilità totale”* dei documenti amministrativi, oltre ad aver ampliato la sfera dei rimedi funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali (articolo 2, Cost.), ha conferito effettività al generale parametro di buon andamento dell'attività di cura dell'interesse pubblico (articolo 97, Cost.). Nel determinare le funzioni tipiche della trasparenza amministrativa, lo stesso legislatore ha espressamente riconosciuto che le tecniche di divulgazione generalizzata degli atti amministrativi, *“nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali”*, concorrono ad attuare i fondamentali principi democratici sui quali si fonda l'ordinamento costituzionale (articolo 1, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

A seguito della riforma di cui al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, il sistema di trasparenza organizzativa e procedimentale della pubblica Amministrazione opera sulla base di due distinti istituti.

L'accesso civico *“semplice”* attribuisce ad ogni cittadino, indipendentemente dalla dimostrazione della titolarità di un interesse conoscitivo qualificato, il diritto di esigere l'ostensione dei documenti la cui pubblicazione sia stata omessa dalla pubblica Amministrazione in violazione di un obbligo di divulgazione previsto dalla legge (articolo 5, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

L'accesso civico "generalizzato", invece, consente a "*chiunque*" di visionare ed estrarre copia cartacea o informatica di atti "*ulteriori*" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (articolo 5, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

Per effetto dell'adesione dell'ordinamento al modello di conoscibilità generalizzata delle informazioni amministrative proprio dei cosiddetti sistemi FOIA (*Freedom of information act*), l'interesse conoscitivo del richiedente è elevato al rango di un diritto fondamentale (cosiddetto "*right to know*"), non altrimenti limitabile se non in ragione di contrastanti esigenze di riservatezza espressamente individuate dalla legge.

La disciplina delle preclusioni all'esercizio del diritto di accesso civico "generalizzato" si ricava dall'articolo 5-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, le cui disposizioni contemplano un duplice ordine di cause ostative all'accoglimento dell'istanza di ostensione.

In specie, l'Amministrazione può negare la divulgazione dei documenti richiesti ove tale misura limitativa risulti necessaria per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati rispettivamente enumerati dai commi 1 e 2 del citato articolo 5-bis.

L'accesso civico "generalizzato" è invece escluso in termini assoluti "*nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990*" (comma 3).

5.2. La disciplina delle nuove forme di trasparenza amministrativa differisce significativamente rispetto all'ordinario regime di ostensione documentale previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Ed invero, l'accesso civico "semplice" e "generalizzato", pur consentendo l'ostensione dei documenti richiesti a prescindere dalla dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, incontra un limite non superabile nelle cause ostative enucleate dall'articolo 5-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Viceversa, le norme sull'accesso esoprocedimentale esigono la titolarità di una situazione giuridica legittimante, ma sanciscono la prevalenza dell'interesse conoscitivo "difensivo" nel conflitto con le contrastanti esigenze di riservatezza.

5.3. La coesistenza normativa di differenti schemi di ostensione documentale previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 non ha mancato di sollevare rilevanti dubbi interpretativi nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 2 aprile 2020, n. 10, ha tuttavia chiarito che "*il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato (...) non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di*

completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline" (§ 25.1).

6. *L'articolo 24, legge 7 agosto 1990, n. 241.*

6.1. L'articolo 24, legge 7 agosto 1990, n. 241, disciplina le fattispecie in cui il diritto di accesso è escluso in ragione dell'esistenza di contrastanti interessi potenzialmente lesi dall'ostensione del documento amministrativo. Al comma 1 è stabilito:

"Il diritto di accesso è escluso:

a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;

d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi".

6.2. Le preclusioni generali previste dalla norma in esame possono essere variamente classificate.

Soffermandoci sulle ipotesi che vengono in rilievo in questa sede, occorre individuare diverse categorie anche in funzione della fonte cui è demandata la specifica identificazione delle cause ostative alla soddisfazione della pretesa conoscitiva dell'interessato.

Una prima categoria di limiti all'ostensione documentale comprende i vincoli previsti dalle norme sul segreto di Stato di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124 (sopravvenuta alla legge 24 ottobre 1977, n. 801 menzionata dal vigente testo dell'articolo 24, comma 1, lettera a). A tale riguardo è bene ricordare che, ai sensi dell'articolo 39, legge 3 agosto 2007, n. 124, sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. Le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza

esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati. Tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione. L'articolo 40, legge 3 agosto 2007, n. 124, nel modificare alcuni articoli del codice di procedura penale, stabilisce le regole da utilizzare quando, iniziato un processo penale, vengano in rilievo fatti coperti dal segreto di Stato. Il successivo articolo 41 detta ulteriori disposizioni integrative, stabilendo, tra l'altro, che “[a]i pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato” (comma 1).

Sempre nella legge 3 agosto 2007, n. 124, è contenuta la disciplina degli atti “classificati”. Per l'articolo 42, comma 1, legge cit., le classifiche di segretezza sono attribuite per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione delle proprie funzioni istituzionali. Le classifiche sono quelle di segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato (comma 3).

Giova in questa sede ricordare che la classifica di segretezza è apposta, e può essere elevata, dall'autorità che forma il documento, l'atto o acquisisce per prima la notizia, ovvero è responsabile della cosa, o acquisisce dall'estero documenti, atti, notizie o cose (articolo 42, comma 2), mentre il vincolo derivante dal segreto di Stato è apposto e, ove possibile, annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri, sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all'estero (articolo 39, comma 4).

Diverso è anche il regime di conoscibilità perché per gli atti coperti da segreto di Stato vale quanto stabilito dagli articoli 39, 40 e 41, legge cit., mentre per i documenti classificati viene in rilievo la regola sancita dall'articolo 42, comma 8, a tenore del quale, qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia.

6.3. Una seconda categoria di preclusioni all'esercizio del diritto di accesso è individuata dal medesimo articolo 24, comma 1, lettera a), in ogni altra ipotesi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente prevista dalla legge.

Le ipotesi sono numerose. Solo in via esemplificativa si ricordi che, qualora il pubblico dipendente, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, legge 6 novembre 2012, n. 190,

ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, le predette segnalazioni sono sottratte all'accesso (Cons. St., Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28). Altra ipotesi da ricordare è quella stabilita in materia di appalti dall'articolo 53, comma 5, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (si veda sul punto, *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220).

6.4. L'articolo 24 citato affida poi al potere regolamentare del Governo l'individuazione di ulteriori tipologie documentali non ostensibili. Tale potestà normativa secondaria deve peraltro essere esercitata entro i limiti previsti dal comma 6 del già citato articolo 24, il quale enumera gli interessi pubblici e privati idonei a giustificare un rigetto delle istanze conoscitive formulate dal privato. Per quanto d'interesse in questa sede, giova ricordare che, ai sensi della lettera c) del comma 6, il Governo può escludere l'esercizio del diritto di accesso *“quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini”*.

Alle esclusioni di matrice governativa si aggiungono altresì le cause ostative selezionabili dalle singole pubbliche amministrazioni, le quali, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, *“individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1”*. Nell'esercizio di tale potestà le pubbliche amministrazioni possono vietare l'accesso ai documenti la cui divulgazione possa cagionare un pregiudizio concreto agli interessi previsti dall'articolo 24, legge 7 agosto 1990, n. 241, ivi inclusi quelli connessi alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione e repressione dei fenomeni criminali (comma 6, lettera c). Tanto si desume dalle disposizioni di cui all'articolo 8, d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, le quali, pur contenendo riferimenti normativi non più attuali, sono rimaste in vigore nelle more dell'adozione di un nuovo regolamento governativo avente fondamento legale nella vigente formulazione dell'articolo 24, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241 (articolo 15, comma 1, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184).

6.5. Completano il novero dei limiti al diritto di accesso le esigenze di segretezza derivanti dallo svolgimento di procedimenti tributari e selettivi ovvero dall'esercizio dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (articolo 24, comma 1, lettere b, c, d).

6.6. Sulla base di quanto fin qui emerso, può affermarsi che dal delineato quadro delle preclusioni normative all'esercizio delle facoltà conoscitive emergono le profonde differenze intercorrenti tra i

limiti all'ostensione dei documenti coperti dal segreto di Stato o altrimenti vincolati dalle classifiche di segretezza e le esclusioni giustificate dalle esigenze di tutela dell'ordine pubblico.

Ed invero, l'apposizione del segreto di Stato (ex articolo 39) e la classificazione documentale secondo i parametri previsti dall'articolo 42, legge 3 agosto 2007, n. 124 producono gli effetti prima indicati e hanno essenzialmente la funzione di garantire l'integrità della Repubblica (articolo 39 legge cit.).

Per converso, nei casi in cui la divulgazione sia espressamente vietata dalle disposizioni regolamentari del Governo o dagli atti adottati dalle singole pubbliche amministrazioni vengono in rilievo – per quanto di interesse in questa sede – le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e gli scopi di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali; conseguentemente tali interessi vengono tutelati con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla disciplina sul segreto di Stato e sugli atti classificati.

7. L'accesso partecipativo e l'accesso difensivo: Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19 e Cons. St., Ad. Pl., 18 marzo 2021, n. 4.

7.1. Le esclusioni del diritto di accesso derivanti dall'apposizione del segreto di Stato o delle classifiche di segretezza e i limiti imposti dalle esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico manifestano una differente capacità di resistenza alla portata derogatoria della clausola di chiusura prevista dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241.

Come è noto, la disposizione da ultimo citata assegna al diritto di accesso una funzione autonoma ed ulteriore rispetto a quella eminentemente informativa. Le facoltà conoscitive strumentali alla tutela di una posizione giuridica soggettiva possono essere esercitate non soltanto in una logica "partecipativa", ma anche in funzione della cura o della difesa di un interesse giuridico. Secondo l'autorevole insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dal tenore letterale dell'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241 deve infatti desumersi che "[l]'utilizzo dell'avverbio "comunque" denota la volontà del legislatore di non 'appiattare' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi" (Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, § 9.1).

In base allo schema normativo delineato dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241, ove l'istanza formulata dal privato presenti un'intrinseca preordinazione difensiva e la conoscenza del documento amministrativo risulti necessaria per la protezione di una situazione giuridicamente rilevante, l'interesse ostensivo del richiedente prevale sulle esclusioni che ordinariamente impediscono l'esercizio del diritto di accesso.

L'accesso "difensivo" si connota quindi per la combinazione tra le limitazioni derivanti dall'aggravamento degli oneri di dimostrazione posti a carico del richiedente e l'attitudine al superamento delle preclusioni generali alla divulgazione delle categorie documentali escluse. Come osservato dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia da ultimo citata, *"l'accesso difensivo è costruito 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 connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la 'necessità' della conoscenza dell'atto o la sua 'stretta indispensabilità', nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari"* (ancora Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, § 9.2).

7.2. È evidente che la portata dell'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241 risulta diversa a seconda delle differenti ipotesi.

Ove l'istanza abbia ad oggetto documenti coperti dal segreto di Stato, ai sensi dell'articolo 39, legge 3 agosto 2007, n. 124, si applicherà quanto stabilito dalla legge da ultimo citata, con sostanziale sterilizzazione della portata dell'articolo 24, comma 7, legge cit., e conseguentemente gli atti *"sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati"* (articolo 39, comma 2, legge cit.) e nel giudizio potrà essere opposto il segreto di Stato con le modalità e i limiti previsti agli articoli 40 e 41, legge 3 agosto 2007, n. 124.

Se invece gli atti sono vincolati dalle cosiddette classifiche di segretezza, il diritto di accesso "difensivo" può essere esercitato esclusivamente nelle sole forme prescritte dall'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, il quale, circoscrivendo l'ambito di conoscibilità delle informazioni classificate, presuppone e integra (trattandosi peraltro di norma successiva) la disciplina del meccanismo ostensivo previsto dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241. Valgono, al riguardo, i principi formulati da questa Sezione con il citato parere 1 luglio 2014, n. 2226, secondo cui, ai sensi dell'articolo 42, comma 8, cit., l'interesse difensivo alla conoscenza degli atti classificati deve essere fatto valere dinanzi all'autorità giudiziaria, la quale è tenuta a valutare se,

nel caso concreto, le esigenze di tutela del diritto di difesa possano giustificare l'esibizione processuale del documento vincolato.

Viceversa, ove vengano in rilievo atti sottratti all'accesso in forza di disposizioni regolamentari adottate dal Governo o dalle singole amministrazioni, il controlimito disciplinato dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241 torna ad esprimere la propria ordinaria intensità derogatoria, assicurando l'ostensione dei documenti la cui conoscenza sia necessaria per la difesa degli interessi giuridici del richiedente, secondo i principi richiamati dall'Adunanza Plenaria prima citata.

Sul punto la Sezione rileva altresì che il c.d. accesso difensivo, stabilito dal più volte richiamato comma 7 dell'articolo 24, nell'attuale formulazione della legge ha un oggetto più ampio di quello che aveva nel testo originario.

Ed invero, l'articolo 24, comma 2, lettera d), legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo originario, stabiliva che l'accesso era escluso per salvaguardare *“la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici”*. L'accesso difensivo dunque era riferito solo alle esclusioni legate alla necessità di salvaguardare la riservatezza e si poteva realizzare solo attraverso la *“visione”* del documento, senza estrazione.

Nella formulazione attuale, invece, l'accesso difensivo ha, in primo luogo, un oggetto ben più ampio (come emerge peraltro proprio dai due periodi di cui è composto il più volte citato comma 7), riferibile anche alle fattispecie che vengono in discussione col presente parere, e, in secondo luogo, non risulta limitato alla semplice visione.

7.3. La Sezione, per completezza, ricorda che, 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 (Cons. St., Ad. Pl., 18 marzo 2021, n. 4). La pubblica amministrazione detentrici del documento, e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., non devono 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 detentrici 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 (ancora, Cons. St., Ad. Pl., 18 marzo 2021, n. 4).

7.4. Ulteriore conferma del fatto che le ipotesi di esclusione dall'accesso diventano, in alcuni casi, recessive rispetto alle finalità difensive si ritrova all'articolo 53, comma 6, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel particolare settore delle procedure di evidenza pubblica. Anche in questa materia, la giurisprudenza afferma che *“al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio; in altra concorrente prospettiva può dirsi che l'accesso difensivo presupponga la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce; in definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto”* (Cons. St., Sez. V, 21 agosto 2020, n.5167).

8. Le risposte ai quesiti.

8.1. La Sezione osserva preliminarmente che il d.m. 10 maggio 1994, n. 415 contiene riferimenti normativi ormai superati e che pertanto sarebbe opportuno un suo aggiornamento.

La Sezione suggerisce, altresì, di rivedere il d.m. citato anche alla luce del differente quadro di principi oggi vigente, sostanzialmente riconducibile ad una disciplina successiva a quella esistente al momento dell'emanazione del d.m. in questione.

Con specifico riferimento poi alle fattispecie interessate dai quesiti posti, la disposizione regolamentare di cui al citato articolo 3, comma 1, lettera m), dovrebbe essere adeguata al mutato contesto legislativo generale, nonché, in specie, alla disciplina di cui al vigente articolo 143, comma

9, TUEL, il quale, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, dispone oggi, tra l'altro, che la proposta ministeriale e la relazione prefettizia devono essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale congiuntamente al decreto di scioglimento, fatta salva la facoltà del Consiglio dei Ministri di precluderne parzialmente la divulgazione per ragioni di stretta necessità.

8.2. Tutto ciò premesso, passando alla risposta ai quesiti, alla luce delle considerazioni prima svolte, emerge innanzitutto che per legge la proposta del Ministro dell'interno e la relazione del prefetto devono essere pubblicate, unitamente al d.P.R. che decreta lo scioglimento, salvo che il Consiglio dei ministri disponga di mantenere la riservatezza su parti della proposta o della relazione nei casi in cui lo ritenga strettamente necessario (articolo 143, comma 9, TUEL).

8.3. Il Ministero, inoltre, nell'individuare gli eventuali limiti all'accesso, dovrà distinguere tra le diverse categorie di atti e le differenti ipotesi di esclusione dall'accesso.

Ed invero, una ben precisa disciplina deve essere rispettata in relazione agli atti coperti da segreto di Stato (articolo 39, legge 3 agosto 2007, n. 124), altra disciplina va riservata agli "atti classificati", magari con la classifica "riservato" (articolo 42, legge 3 agosto 2007, n. 124), e altra disciplina ancora deve essere applicata agli atti esclusi dall'accesso in ragione di una specifica previsione regolamentare (articolo 24, commi 2 e 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) o di legge (articolo 24, comma 1, lettera a), legge 7 agosto 1990, n. 241).

8.4. Esemplificando, se nella fase istruttoria la commissione d'indagine dovesse acquisire un atto coperto da segreto di Stato – circostanza questa che la Sezione, attesa la peculiarità degli interessi tutelati dalla disciplina sul segreto di Stato ("*integrità della Repubblica*"), reputa di non probabile verifica – dovrà applicarsi quanto stabilito dagli articoli 39, 40 e 41, legge 3 agosto 2007, n. 124.

8.5. Se invece l'amministrazione venisse a conoscenza, e utilizzasse, documenti classificati come "riservati", sempre dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 (articolo 42), allora spetterà all'autorità giudiziaria procedente, se ritiene, ordinarne l'esibizione e, sempre che non sia opposto il segreto di Stato, curarne "*la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia*". Lo speciale regime di esibizione giudiziale previsto dall'articolo 42, comma 8, legge 3 agosto 2007, n. 124, può infatti operare unicamente nell'ambito di un sistema di segretezza informativa fondato sulle esigenze di protezione degli "*interessi fondamentali della Repubblica*" (articolo 4, comma 2, d.P.C.M. 12 giugno 2009, n. 7).

Giova al riguardo effettuare due ulteriori precisazioni.

In primo luogo va affermato che la classifica di segretezza è apposta, e può essere elevata, dall'autorità che forma il documento, l'atto o acquisisce per prima la notizia, ovvero è responsabile della cosa, o acquisisce dall'estero documenti, atti, notizie o cose (articolo 42, comma 2, legge 3 agosto 2007, n. 124). È l'amministrazione, dunque, che ha un amplissimo potere discrezionale nel compiere la valutazione – nel rispetto dei principi di legge - assumendone anche, come avviene in ogni sistema democratico, la conseguente responsabilità.

In secondo luogo va rilevato che la “classificazione” dei documenti non necessariamente deve coinvolgere l'intero documento. Ed invero, ai sensi del comma 4 del più volte citato articolo 42, *“chi appone la classifica di segretezza individua, all'interno di ogni atto o documento, le parti che devono essere classificate e fissa specificamente il grado di classifica corrispondente ad ogni singola parte”*.

Resta fermo che l'autorità che ha proceduto a “classificare” il documento può, sempre con valutazione ampiamente discrezionale, decidere di “declassificarlo”; naturalmente si tratta di valutazione che non spetta al Collegio compiere ma solo all'amministrazione che ha proceduto alla classificazione.

8.6. Se la commissione utilizza, invece, atti esclusi dall'accesso in base alle previsioni regolamentari richiamate dall'articolo 24 cit., occorrerà distinguere tra accesso partecipativo – escluso in ragione delle considerazioni prima effettuate nell'esame della sentenza dell'Adunanza Plenaria – e accesso difensivo, da ritenere, invece, ammissibile. Ed invero, le preclusioni individuate dalle fonti regolamentari, per quanto idonee ad impedire l'esercizio del diritto di accesso partecipativo, esauriscono la loro portata escludente ove la pretesa conoscitiva presenti un'intrinseca connotazione difensiva. Ove l'istanza di accesso espliciti le ragioni fattuali e normative idonee a rivelare la necessità della conoscenza del documento per la cura o la difesa di una situazione giuridicamente rilevante, l'interesse ostensivo del richiedente, in forza della clausola di chiusura prevista dall'articolo 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241, prevale – nei limiti prima ricordati al paragrafo 7 e, in particolare, 7.3 – sulle preclusioni frapposte dalla fonte regolamentare alla divulgazione degli atti contemplati dall'articolo 3, comma 1, lettera m), d.m. cit.

8.7. Emerge altresì che, in applicazione dell'articolo 5 *bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, è escluso l'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 per gli atti istruttori in questione, attese le differenti finalità di questo istituto e le diverse condizioni di operatività.

8.8. La Sezione rileva, da ultimo, che il quadro ora delineato emerge dall'interpretazione delle norme vigenti. Va solo incidentalmente ricordato che spetta tuttavia alla discrezionalità del Governo valutare se, per il futuro, siano opportune delle modifiche normative in questo delicato settore.

P.Q.M.

Nei termini suesposti è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE

Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE

Mario Luigi Torsello