

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a

70100 – BARI - (Italy)

tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329

direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino

Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:

Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -

Via Lago Maggiore angolo Via Ancona

74121 - TARANTO - (Italy)

tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011

redazione.ibattellidelreno@uniba.it

giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Alfonso Maria Cecere

LIMITI ALLA REGOLAMENTAZIONE ‘DOMESTICA’ DELL’ANAC IN MATERIA DI DIRITTO DI ACCESSO DOCUMENTALE. OSSERVAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO N.6457 DEL 10 GIUGNO 2020.

Diritto di accesso agli atti del procedimento – sono accessibili gli atti endoprocedimentali dell’attività ispettiva dell’ANAC in quanto l’art.24, comma 1, lett. a) del regolamento ANAC del 24 ottobre 2018, sul diritto di accesso, deve essere interpretato alla luce sia dell’art.22, comma 1, lett.d), della legge n.241/90, che dell’art.24, comma 1, della legge n.241/90 – le restrizioni al diritto di accesso rappresentano un’eccezione e vanno sempre congruamente motivate.

1. Il caso

La sentenza in commento decide, in primo grado, un ricorso ad oggetto il diniego per silenzio rifiuto dell’ANAC alla richiesta di accesso agli atti, ai sensi della legge n.241 del 1990, del procedimento di cui alla delibera n.780 del 4 settembre 2019, con la quale l’ANAC ha trasmesso l’esito degli accertamenti ispettivi eseguiti dalla Guardia di Finanza-Nucleo Speciale Anticorruzione, relativi al monitoraggio dell’attività contrattuale svolta da un determinato soggetto. Al ricorso hanno fatto seguito motivi aggiunti formulati per chiedere e ottenere l’annullamento del verbale/provvedimento del 20 dicembre 2019, con cui l’ANAC, in pendenza di giudizio, ha riscontrato parzialmente la richiesta di accesso sulla quale si era formato il silenzio. Nei motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato anche il regolamento ANAC del 24 ottobre 2018 ad oggetto la disciplina dei procedimenti relativi all’accesso civico, all’accesso generalizzato, ai documenti e ai dati detenuti dall’ANAC e all’accesso a documenti amministrativi ai sensi della l. n.241 del 1990, con particolare riferimento agli articoli 22, 23 e 24 di detto regolamento. In uno delle domande in annullamento è stata formulata la richiesta di declaratoria del diritto della ricorrente di prendere visione ed estrarre copia integrale dell’intera istruttoria relativa al procedimento ispettivo e la condanna dell’Autorità all’ostensione dei documenti richiesti. Sui motivi aggiunti l’ANAC ha replicato invocando la corretta applicazione dell’art.24, comma 1, lett.a), del regolamento interno sull’accesso, nella parte in cui dispone: “In relazione alle esigenze correlate alla tutela del segreto d’ufficio o alla salvaguardia delle

informazioni aventi comunque natura confidenziale o riservata, sono sottratte all'accesso, salvo quanto previsto dall'art.24, co.7, della legge n.241/90, le seguenti categorie di documenti: a) le note, gli appunti, le proposte degli uffici ed ogni altra elaborazione con funzioni di studio e di preparazione del contenuto di atti o provvedimenti ad eccezione delle parti che costituiscono motivazione *per relationem* dell'atto o provvedimento, opportunamente oscurate nel rispetto della normativa sulla riservatezza..."

Nel decidere la causa il TAR ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo ad oggetto il silenzio-diniego all'accesso, per essere stato superato, *medio tempore*, dal provvedimento di accoglimento dell'istanza, ed ha accolto i motivi aggiunti, dichiarando, per l'effetto, l'obbligo dell'ANAC di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia di tutta la documentazione richiesta.

2. L'ANAC non sfugge al dovere di trasparenza

La statuizione con la quale l'ANAC è stata obbligata all'ostensione di atti sui quali aveva opposto il segreto, si annovera tra gli sforzi profusi per avere amministrazioni pubbliche migliori e responsabili rispetto ai cittadini. Trasparenza e pubblicità hanno doppia valenza, da un lato, sono funzionali all'organizzazione, dall'altro, rappresentano delle doverose garanzie che devono connotare l'agire amministrativo. Rispetto al cittadino l'amministrazione è obbligata all'ostensione nei modi, nelle forme e nei limiti previsti dal legislatore. Il cittadino, pertanto, è titolare di un diritto all'ostensione che, nei suoi contenuti si articola in tre distinte posizioni attive¹: accesso documentale nel procedimento amministrativo; accesso civico e accesso civico generalizzato². Il primo si

¹ Una volta acclarata l'intenzione perseguita dal legislatore di voler introdurre nel nostro ordinamento un vero diritto di informazione amministrativa, dottrina e giurisprudenza sembrano indirizzati a valorizzare la dimensione soggettiva del diritto di accesso, così da differenziarlo dal principio di trasparenza, il quale invece costituisce un obiettivo a cui deve tendere l'intero ordinamento amministrativo con una pluralità di tecniche e istituti. Tale dimensione trova conforto anche nel diritto europeo, sia con l'art.10 CEDU, sia con l'art.15 TFUE e con l'art.42 della Carta di Nizza. I principi di pubblicità e trasparenza del settore pubblico, anche attraverso un più solido inserimento nell'ordinamento europeo, «tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione», in questi termini Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 20.

²A. Moliterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2019, pag. 577 ss. I tre diversi istituti «non corrispondono ad un unico diritto soggettivo globale di accesso, bensì costituiscono un insieme di sistemi di garanzia per la trasparenza, tra loro diversificati, corrispondenti ad altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza da parte della p.a.» Così T.A.R. Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 231. In precedenza la dottrina, richiamando l'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ha precisato che il diritto di accesso procedimentale, oltre a rappresentare la concretizzazione di principi costituzionali e di diritto sovranazionale, «attua i principi di pubblicità e di trasparenza dell'attività amministrativa [...] e costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza», M. Occhiena, *Accesso agli atti amministrativi*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. I, Milano, 2006, 58. Il Consiglio di Stato ha osservato che «alla luce della normativa primaria posta nel Capo V, l. n.

fonda sulla legittimazione del cittadino a chiedere alla pubblica amministrazione l'adempimento di un obbligo di pubblicazione nei suoi confronti correlato con un interesse privato dello stesso richiedente (giuridicamente tutelato) meritevole di tutela³. Si tratta di un diritto ancorato alla posizione giuridica soggettiva del suo titolare e, quindi, molto diverso dall'accesso civico che è invece funzionale ad un controllo diffuso dei cittadini al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e favorire un preventivo contrasto alla corruzione, traducendosi, pertanto, nel diritto ad un'ampia diffusione di dati, documenti e informazioni nel rispetto dei limiti imposti dalla legge⁴.

241 del 1990, l'accesso agli atti amministrativi risulta oggi ricostruibile quale situazione di diritto soggettivo, e ciò sia in base alla sua formale definizione come tale che per chiari profili della sua concreta disciplina, quali, in particolare, la mancanza di discrezionalità per le amministrazioni, verificati i presupposti per l'accesso nell'adempire alla pretesa del soggetto privato di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi, la non necessità che il documento amministrativo sia relativo ad uno specifico procedimento, l'attribuzione delle controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la correlata previsione della possibilità che tale giudizio si concluda con l'ordine di un fare per l'amministrazione » (cfr. Cons. St., sez. cons. per gli atti normativi, parere 13 febbraio 2006, n. 3586/05, avente ad oggetto lo schema di decreto del Presidente della Repubblica « Regolamento recante integrazioni e modifiche del d.p.r. 27 giugno 1992 n. 352, ai sensi dell'art. 23 comma 2, l. 11 febbraio 2002 n. 15, Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24 comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241).

³ Sul diritto di accesso documentale è disponibile una estesa produzione, a titolo esemplificativo: M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 444 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 1 e ss.; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. IV, Agg., Torino, 2000, 1 e ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*. Parte generale, ed. II, Milano, 2003, 1083 e ss.; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 905 e ss.; M. Bombardelli, G. Arena, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 409 e ss.; A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1005 e ss.; A. Romano, *Artt. 22-25-L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 910 e ss. Per una ricostruzione sistematica delle diverse posizioni della dottrina circa la qualificazione del « diritto di accesso » in termini di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo, G. Virga, *L'araba fenice della natura giuridica del diritto di accesso*, in *Lexitalia*, 5, 2006; S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in V. Cuffaro-R. D'Orazio-V. Ricciuto, *Tutela dei dati personali e strutture normative*, Torino, 2005, 22 ss.; A. Laino, *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in *Lexitalia* 2, 2005.

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, sent. n.2309 del 6.04.2020. Tra l'accesso civico generalizzato e l'accesso documentale si è venuto a creare un rapporto declinato nella felice (ma assai equivoca) immagine della “diversa profondità ed estensione” tra i due istituti. Un'immagine che è stata evocata per la prima volta dalle «Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs. 33/2013» di cui alla Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, ove al par. 2.3 si è precisato che l'accesso procedimentale dovrebbe «consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», mentre con l'accesso generalizzato sarà possibile esercitare un accesso «meno in profondità»,

Gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza in commento riguardano proprio l'accesso documentale e il riconoscimento di un generale principio di legalità procedimentale al quale non può sottrarsi la pubblica amministrazione, in ogni sua articolazione. L'accesso documentale come diritto soggettivo correlato non può subire ingiustificate compressioni da norme regolamentari predisposte dall'amministrazione con il solo scopo di stendere il velo della segretezza sui propri atti; la potestà regolamentare dell'ANAC in materia di accesso documentale non può estendere le categorie degli atti esclusi dall'accesso, ampliando i margini fissati dall'art.24 della l. n.241 del 1990. Segretezza e riservatezza sono motivi di esclusione che vanno interpretati in modo restrittivo e sempre contestualizzati e ponderati caso per caso⁵.

3. L'assestamento giurisprudenziale in materia di accesso documentale.

La giurisprudenza amministrativa registra un significativo numero di precedenti in materia di esercizio del diritto di accesso documentale attraverso i quali ha fissato alcuni punti fermi.

Uno dei punti riguarda le condizioni applicative degli articoli 22 e 24 della legge n.241 del 1990, vale a dire il vaglio che spetta al giudice sull'interesse diretto, concreto e attuale all'accesso e il collegamento dei documenti di cui si chiede l'ostensione con la situazione giuridica da tutelare. Per valutare nel senso dell'ammissibilità dell'istanza di accesso e, quindi, la sussistenza in capo alla pubblica amministrazione dell'obbligo di ostensione, quello che rileva è unicamente la deduzione di un interesse giuridico concreto e attuale, a prima lettura non manifestamente infondato, ricollegabile, secondo un plausibile nesso funzionale, ai documenti di cui si chiede l'ostensione e supportato dalla prospettazione di una posizione meritevole di tutela, direttamente riferibile alla parte richiedente. Le istanze di accesso documentale devono, quindi, avere un contenuto sufficientemente determinato e devono essere riferibili a rapporti ricompresi nella sfera giuridica del richiedente. La giurisprudenza valuta inammissibili le istanze di accesso documentale finalizzate ad operare un controllo indiscriminato, animato da intenti meramente esplorativi, riconducendole nella disposizione dell'art.24, comma 3 della legge n.241 del 1990, secondo la quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione"⁶.

ancorché «più esteso», considerato che esso «comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni». Rimane il dubbio di cogliere in modo netto questa distinzione sul piano empirico salvo a voler semplificare e stabilire che gli atti endoprocedimentali sono sottratti all'accesso civico generalizzato, affermazione tutt'altro che pacifica soprattutto dopo le posizioni espresse dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020.

⁵ F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, 743 ss.

⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sent. n.4043 del 2017; Consiglio di Stato, sez. III, sent. n.1939 del 19.03.2020. In dottrina N. Paolantonio, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 272: «l'esigenza che alla base dell'istanza di accesso vi

Riguardo alla tutela giurisdizionale del diritto di accesso, la giurisprudenza amministrativa ha consolidato il suo orientamento⁷ nel senso di considerare il giudizio in materia di accesso come un “giudizio sul rapporto”, anche se segue lo schema impugnatorio, dal momento che è rivolto all’accertamento della sussistenza o meno del diritto dell’istante all’accesso. A sostegno soccorre anche l’art.116, comma 4, del d.lgs. n.104 del 2010, secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, “ordina l’esibizione dei documenti richiesti”. Questo rapporto tra sfera giuridica dell’istante, atti e documenti di cui si chiede l’ostensione, e altri interessi pubblici e privati coinvolti, prima che essere esame del giudice, deve essere oggetto di valutazione nell’ambito del procedimento amministrativo, valutazione alla quale non può sottrarsi l’amministrazione procedente⁸. Sul punto l’Adunanza plenaria n.10 del 2020 ha preso posizione affermando che “il procedimento è la sede prima elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo”. Se manca il momento della composizione degli interessi si mette in discussione la legittimità del procedimento stesso.

4. La carenza di istruttoria nel procedimento ANAC per accesso ai documenti e agli atti.

L’ANAC nel caso deciso con la sentenza in esame ha motivato il parziale diniego all’ostensione di alcuni documenti oggetto dell’istanza di accesso limitandosi, laconicamente, a richiamare l’art.24 del regolamento interno in materia di accesso e dichiarare le relazioni d’ufficio, gli appunti, le note e i verbali del Consiglio dell’Autorità coperti dal segreto d’ufficio. Nel regolamento l’ANAC individua una categoria di atti da sottrarre all’accesso semplicemente perché ritenuti riservati dalla stessa Autorità emanante, ultronea rispetto al disposto dell’art.24 l. n.241/90. Si rappresenta così una segretezza supposta e da eccepire al cittadino a prescindere dal compimento di un’attività istruttoria diretta al bilanciamento per comporre l’interesse del richiedente con interessi contrapposti, dell’Autorità ed eventuali terzi. Manca quel momento del procedimento

sia un interesse diretto, concreto e attuale — linguaggio mutuato dal diritto processuale — è funzionale ad escludere che l’istituto consenta indistintamente a tutti i privati il potere di esercitare un controllo generalizzato sull’operato dell’amministrazione; tale situazione legittimante non può infatti identificarsi con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell’attività amministrativa. Invero, il riconoscimento del diritto di accesso non costituisce presupposto per l’esercizio di un’azione popolare, dovendo in ogni caso l’interessato essere titolare di una posizione differenziata e giuridicamente rilevante, anche meramente potenziale».

⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 9 maggio 2002, n. 2542, più recente, C. di S., sez. V, 19 giugno 2018, n.3956, entrambe richiamate dall’Adunanza plenaria del 2 aprile 2020, n.10.

⁸ Secondo l’orientamento del Consiglio di Stato (sentenza n. 2737/2019) la posizione giuridica qualificata dell’istante, in grado di fronteggiare “ad armi pari” gli interessi pubblici e privati contrapposti, rappresenta il vero asse portante di tutta la disciplina sull’accesso documentale.

dedicato a valutare il rapporto tra sfera giuridica dell'istante, atti e documenti di cui si chiede l'ostensione, e altri interessi pubblici e privati coinvolti. Nessun riferimento viene fatto ad un individuato interesse, pubblico o privato, meritevole di essere tutelato mediante la riservatezza o segretezza di atti e documenti. La questione non è, quindi, garantire la legalità in sé dell'azione posta in essere dall'ANAC, quanto piuttosto mettere in evidenza la mancanza nel procedimento per l'accesso di una attività istruttoria finalizzata a valutare se, e entro quali limiti, attribuire rilevanza e tutela alla posizione giuridica soggettiva di chi ha formulato l'istanza di accesso. Rilevanza e tutela che la legge n.241 del 1990 riconosce come posizione di interesse autonoma e al contempo strumentalmente collegata ad un interesse finale, la cui compressione è ipotizzabile nei limiti circoscritti dal legislatore nazionale. Nel caso qui portato all'attenzione del giudice, la posizione del ricorrente è quella di chi subisce un procedimento di controllo o ispettivo e, in quanto tale, ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a partire dagli atti di iniziativa e di preiniziativa, anche se provenienti da soggetti privati⁹. In questa ultima ipotesi la sussistenza del diritto di accesso è negata solo laddove sussista una particolare esigenza di tutelare la riservatezza del privato autore dell'atto di iniziativa o preiniziativa, ad esempio una segnalazione o un esposto, come nel caso delle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva, che, qualora divulgate, potrebbero esporre questi ultimi ad azioni discriminatorie o ad indebite pressioni da parte del datore di lavoro che ha subito l'ispezione¹⁰. Tale esigenza di tutela è stata espressamente rappresentata dal legislatore in occasione della introduzione nel nostro ordinamento della disciplina delle segnalazioni garantite da riservatezza nell'impiego pubblico e privato (la tutela del whistleblower) con la legge n.179 del 2017¹¹.

L'ANAC, poi, nell'istruire il procedimento di accesso avrebbe dovuto tenere in debito conto l'art.24, comma 7, della legge n.241 del 1990, contenente la norma di chiusura sul cd. accesso difensivo, inteso come interesse ad accedere a determinati documenti per poter attivare una protezione ad un determinato bene della vita che supera le restrizioni al diritto di accesso previste dalla normativa medesima. L'accesso documentale in questo caso soddisfa un bisogno di conoscenza che rientra nel perimetro della posizione giuridica soggettiva dell'interessato e che è collegata alla difesa di una situazione giuridica

⁹ In questo senso è orientato il Cons. St., sez. V, sent. 19.05.2009, n.2009.

¹⁰ Così il Cons. St., sez. VI, sent. 24.11.2014, n.5779.

¹¹ Il tema della tutela del segnalante è stato affrontato anche in sede CEDU. La Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, con sent. 27.02.2018, n. 1085, ha stabilito che gli Stati devono assicurare una protezione ai whistleblower, ovvero coloro che rivelano fatti di interesse per la collettività. Questi soggetti devono poter lavorare dopo le denunce. Non basta poi prevedere un formale rientro di chi ha divulgato informazioni su fatti interni al luogo di lavoro, ma è necessario che a livello nazionale, anche attraverso l'autorità giurisdizionale, sia garantito al lavoratore lo svolgimento effettivo della propria attività.

dello stesso interessato, che deve preesistere all'accesso¹². E' richiesto il collegamento tra la documentazione cui si chiede di accedere e la posizione sostanziale il cui soddisfacimento dipende dalla situazione giuridicamente tutelata in capo al richiedente¹³. L'accesso documentale consente di ottenere l'ostensione dei documenti necessariamente correlati all'interesse concreto, diretto e attuale dell'istante, garantendo una maggiore resistenza della pretesa conoscitiva all'eventuale conflitto con altri interessi pubblici e privati confliggenti. La pretesa conoscitiva quando è esercitata a fini difensivi cede il passo solo all'esito di una motivata ponderazione affidata all'amministrazione tenuta a pronunciarsi sull'ostensione¹⁴. Questo momento è mancato del tutto.

5. I limiti alle restrizioni dell'accesso previste dai regolamenti delle amministrazioni. Altro profilo da prendere in considerazione riguarda i margini di intervento sulla disciplina dell'accesso documentale riconosciuti alla potestà regolamentare delle singole amministrazioni. La giurisprudenza ha identificato una serie di condizioni rigorose a cui è sottoposta l'applicazione delle previsioni contenute nei regolamenti sull'accesso. E' stato così affermato che le eccezioni ex art. 24, l. n. 241/1990, vanno interpretate in senso restrittivo, in quanto i regolamenti che individuano i documenti sottratti all'accesso restano vincolati al rispetto dei confini posti dal comma 1, dell'art. 24, della legge 241, non potendo discostarsi dalle ipotesi ivi previste¹⁵. In coerenza la

¹² Si tratta di un'immagine che è stata evocata per la prima volta dalle «Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs. 33/2013» di cui alla Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, ove al par. 2.3 si è precisato che l'accesso procedimentale dovrebbe «consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», mentre con l'accesso generalizzato sarà possibile esercitare un accesso «meno in profondità», ancorché «più esteso», considerato che esso «comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni».

¹³ Il Consiglio di Stato si è espresso nel senso che «in sede di accesso ai documenti, pur dovendo riconoscersi il tradizionale valore di 'chiusura' al cd. 'accesso difensivo', deve escludersi che le esigenze di cura e di difesa di interessi giuridici contemplate dall'art. 24, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, possano essere tutelate sino al punto di ammettere istanze di accesso dal contenuto del tutto indeterminato ovvero riferite a rapporti estranei dalla sfera giuridica del richiedente» Cons. Stato, sez. V, n. 4043/2017, richiamata in Cons. Stato, sez. III, n. 1939/2020.

¹⁴ Ai fini della sussistenza del presupposto legittimante per l'esercizio del diritto di accesso deve esistere un interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso, non necessariamente consistente in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, ma comunque giuridicamente tutelato, ed un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, nesso di strumentalità che deve, peraltro, essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante. In questo senso cfr. Cons. di St., sez. V, sent. 10.01.2007, n. 55; T.A.R. Lazio, sede Roma, sez. I, sent. 23.10.2020, n. 10818.

¹⁵ In giurisprudenza registra un certo consenso l'orientamento secondo cui le eccezioni all'accesso ex art. 24, l. n. 241/1990, devono essere interpretate in senso restrittivo. In questo senso cfr. Tar Lazio, sez. I, 14 giugno 2016, n. 6797, in cui è stato stabilito che «la sottrazione all'accesso, costituendo una eccezione alle generali previsioni di cui all'art. 22, l. 241/1990, non può che risultare di stretta interpretazione e limitata, dunque, alle puntuali ipotesi indicate dal

giurisprudenza ha stabilito che l'accesso non può essere negato se il rilascio del documento non leda specificamente un interesse protetto, giacché i casi di esclusione previsti nei singoli regolamenti non sono configurabili alla stregua di eccezioni assolute, motivo per cui va sempre motivato perché l'accesso, così come richiesto e da chi, debba essere escluso nella fattispecie di turno¹⁶. L'amministrazione destinataria della richiesta di accesso, anche in presenza di una disposizione regolamentare restrittiva, deve scrutinare l'istanza e stabilire se nel caso concreto vada applicata o meno la restrizione prevista dal regolamento. La giurisprudenza non riconosce margini interpretativi alla potestà regolamentare tali da estendere le categorie oltre quelle che trovano immediato e diretto riscontro nell'art.24 della l. n.241/90.

6. Le restrizioni all'accesso documentale previste nel regolamento dell'ANAC non possono prescindere da una congrua motivazione.

La sentenza in commento non si discosta da questo orientamento, anzi, lo ribadisce e ne rafforza la portata estendendolo anche a quella tra le Autorità amministrative che più direttamente si occupa di trasparenza, vale a dire l'ANAC. Il punto viene trattato esplicitamente in quanto, per strategia processuale, il ricorrente, in sede di motivi aggiunti, non si è limitato ad impugnare il provvedimento di accesso parziale agli atti, ma ha espressamente censurato il regolamento ANAC del 24 ottobre 2018, ad oggetto la disciplina dei procedimenti interni relativi all'accesso declinato in tutte le sue forme. In particolare, la censura riguarda l'art.24 del regolamento, sulle cui disposizioni l'ANAC fonda il diniego di accesso agli atti interni. Il ricorrente lamenta la violazione degli articoli 22 e ss. della legge n.241/90, nella misura in cui il diritto di accesso in funzione difensiva

legislatore nella stessa legge di riferimento, ovvero nelle altre disposizioni, anche secondarie». Ancora, è stata dichiarata l'impossibilità di fondare sul solo art. 24, comma 6, la sottrazione di alcuni documenti all'accesso, essendo necessario che questi ultimi siano contenuti in modo esplicito fra quelli sottratti all'accesso dal regolamento governativo. Cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, 3 marzo 2010, n. 281. Nella pronuncia Tar Sicilia, Catania, 21 luglio 2011, n. 1968, è stato sostenuto che «con specifico riferimento ai rapporti tra accesso e riservatezza, la nuova disciplina contenuta nell'art. 24, l. 241/1990, appresta al primo una tutela più ampia che in passato [...]». L'individuazione dei casi in cui l'accesso può essere escluso per ragioni, tra l'altro, di riservatezza, può aver luogo solo con il regolamento governativo, mentre alle singole amministrazioni viene sottratta ogni potestà d'intervento in materia»

¹⁶Giurisprudenza di merito sostiene che, oltre alle disposizioni di cui all'art. 24, l. n. 241/1990, devono essere interpretate restrittivamente le stesse disposizioni regolamentari delle singole amministrazioni. In tal senso Tar Toscana, sez. II, 28 febbraio 2014, n. 389, secondo cui «è indubbio che i documenti relativi alle strutture penitenziarie possono essere soggetti a limiti ed esclusioni del diritto di accesso, ma nel caso in esame la documentazione richiesta non tocca nessuna specifica esigenza di riservatezza o addirittura di segretezza. Ne consegue che la previsione di cui all'art. 10, comma 3 lett. b), del regolamento sulla disciplina del diritto di accesso agli atti dell'Agenzia del Demanio non può trovare applicazione». In dottrina vedi M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 2019.

verrebbe sacrificato sull'altare di non meglio specificate esigenze di segretezza e confidenzialità proprie dell'ANAC. In effetti lo stesso giudice, in punto di fatto, ha rilevato che l'ANAC, in occasione dell'accesso per la consultazione atti, in data 20.12.2019, esibiva soltanto due documenti relativi all'istruttoria, e, più precisamente, le due risultanze dell'attività ispettiva svolta dalla Guardia di Finanza presso la sede della ricorrente, mentre, per il resto, negava la ostensibilità essendo "esclusi per motivi di segretezza e riservatezza dell'Autorità le note, gli appunti, le relazioni degli uffici al Consiglio...", come disposto dall'art.24, comma 1, lett. a), del suddetto regolamento. Il TAR, quindi, preso atto che non è contestata dall'Autorità l'esistenza dei documenti oggetto dell'istanza di accesso, è stato chiamato ad interpretare la disposizione regolamentare impugnata alla luce della disciplina legislativa in materia di accesso provvedimento. L'esito è stato chiaro: la disposizione dell'art.24, comma 1, lett. a), del regolamento ANAC, nella parte in cui sottrae all'accesso "le note, gli appunti, le proposte degli uffici ed ogni altra elaborazione con funzione di studio e preparazione del contenuto di atti o provvedimenti" è in palese contrasto con l'art.22, comma 1, lett. d), della legge n.241/90, nella misura in cui esclude *tout court* tali atti dal diritto di accesso, vale a dire anche quando assumono la valenza di veri e propri atti endoprocedimentali¹⁷, fatta salvo il solo caso in cui tali proposte costituiscano "motivazione *per relationem* dell'atto o provvedimento".

A questo punto, chiarito che non può trovare applicazione quella disposizione regolamentare che individua nuove categorie di atti da sottrarre all'accesso, si possono fare due osservazioni utili ad individuare i termini entro i quali deve trovare applicazione

¹⁷ La dottrina precisa che l'accesso documentale può essere ulteriormente classificato: «si può parlare di accesso endoprocedimentale, esercitato all'interno del procedimento, e di accesso esoprocedimentale, relativo agli atti di un procedimento concluso», E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 464; anche L. Lamberti, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Giust. Amm.* 2005, la quale, tra l'altro, ricorda che «la dottrina è unanime nel ritenere che l'accesso endoprocedimentale possa essere tutelato secondo le stesse modalità di quello esoprocedimentale. M.A. Sandulli, (voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit.) riconosce che le modalità di esercizio e le forme di tutela devono considerarsi identiche per entrambe le ipotesi di accesso ma considera differente la natura giuridica della posizione in cui si trova il richiedente. Nell'ipotesi di accesso endoprocedimentale, infatti, l'autrice partendo dal presupposto che non vi sono spazi valutativi per l'amministrazione, la quale non decide circa l'ammissibilità della richiesta (che non necessita di motivazione), dovendosi esclusivamente limitare a verificare la sussistenza di ipotesi di segreto, conclude per la qualificazione della posizione come di diritto soggettivo. Diversamente, invece, opina in relazione all'accesso esoprocedimentale per il quale "le incertezze interpretative sull'esatta portata dell'espressione 'situazioni giuridicamente rilevanti' " (questa la dizione nella precedente formulazione dell'art. 22) e il margine di discrezionalità che essa lascia alla valutazione di ammissibilità della richiesta da parte dell'amministrazione - accresciuto dalla possibilità, riconosciuta dall'art. 24, di differire l'accesso - costituiscono forte argomento a favore della posizione inerente all'accesso in termini di interesse legittimo».

la disciplina generale in materia di accesso procedimentale e i margini di scostamento eventualmente utilizzabili per applicare il regolamento interno dell'Autorità.

La prima riguarda la natura giuridica della funzione ispettiva dell'ANAC e la posizione di interesse della parte ricorrente. L'attività ispettiva, come chiarisce la stessa Autorità nelle sue linee guida, si inserisce nell'ambito dell'attività istruttoria, rappresentando di fatto un sub-procedimento nel procedimento principale, con le caratteristiche proprie del procedimento amministrativo ed è preordinata ad acquisire elementi conoscitivi necessari per l'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva. Nell'attività ispettiva "deve essere garantita la partecipazione del soggetto ispezionato, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza ed obiettività dell'azione amministrativa". Riguardo alla possibile valenza lesiva dell'attività ispettiva nei confronti del soggetto ispezionato, la giurisprudenza non esclude che l'esito di un procedimento ispettivo possa essere oggetto di impugnazione diretta. In ogni caso i risultati dell'ispezione vengono comunicati all'ispezionato al fine di garantire gli adeguati interventi di correzione e di tutela da parte degli organi coinvolti nell'ispezione. I risultati di più ispezioni quando sono funzionali ad una medesima indagine, o sono tra loro collegati, sono oggetto di un'unica relazione di sintesi esplicativa dei risultati redatta a cura del dirigente responsabile. Da queste brevi e schematiche considerazioni emerge con chiarezza che la stessa Autorità ha consapevolezza del fatto che l'attività ispettiva si inserisce nell'ambito di un procedimento complesso tipicamente amministrativo e soggetto alla disciplina generale del diritto di accesso dettata dalla legge n.241 del 1990, in particolare l'art.22, comma 1, lett. d), che contempla gli atti interni al procedimento, motivo per cui, il principio di legalità procedimentale vorrebbe che l'ANAC, in ogni caso, spiegasse a quale titolo e per quale motivo, nel singolo caso concreto, sarebbero esclusi dall'accesso i documenti indicati all'art.24, comma 1, lett. a) del regolamento. La segretezza documentale non può essere una regola generale, può essere eccepita in casi particolari e solo all'esito di un'attività valutativa che, caso per caso, soppesi e contemperi gli interessi in gioco.

La seconda osservazione, parte sempre dalla lettura delle linee guida e riguarda la legittimazione del ricorrente ad esercitare l'accesso. L'Autorità ha espressamente richiamato se stessa al rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e obiettività nell'espletamento delle attività ispettive, sfugge, pertanto, la ragione per cui il soggetto ispezionato dovrebbe subire una radicale compressione del diritto di accesso procedimentale sottostando ad un generico vincolo di segretezza. Il soggetto ispezionato è titolare di un interesse diretto, concreto e attuale a prendere visione ed estrarre copia degli atti e documenti che hanno contribuito alla determinazione della delibera con la quale l'autorità ha concluso l'attività ispettiva. Un interesse che si sostanzia nell'esercizio del diritto di accesso a quei documenti del procedimento la cui conoscenza è necessaria per curare e difendere i propri interessi giuridici sia rispetto all'attività ispettiva, sia rispetto all'eventuale provvedimento finale. La sentenza, pertanto, coglie nel segno quando richiama i precedenti giurisprudenziali che legano l'interesse ostensivo

all'esigenza di garantire un grado di protezione ad un bene della vita connesso¹⁸, a prescindere dalla lesione in atto di una posizione giuridica.

La sentenza in esame, decidendo nel caso concreto per la disapplicazione della disposizione dettata dall'art.24, co.1, lett. a), del regolamento dell'Autorità, trae delle conclusioni di respiro più ampio da utilizzare per una corretta interpretazione del predetto regolamento, nei casi in cui il diritto di accesso ai sensi dell'art.22 e ss., della legge n.241/90, debba essere esercitato nell'ambito di procedimenti amministrativi, anche complessi, condotti dall'ANAC. Interpretazione che non sottrae l'Autorità al rispetto della disciplina generale dell'accesso procedimentale, dichiarando l'obbligo di ostensione per tutti gli atti che vanno "ad innestarsi nell' *iter* procedimentale, assumendo la configurazione di veri e propri atti endoprocedimentali". E sulla definizione di atti endoprocedimentali la sentenza avverte il bisogno di richiamare un recente orientamento del TAR Lazio¹⁹, sulla ostensione di ogni "atto interno", afferente al momento decisivo, pertanto riconducibile nel perimetro oggettivo dell'accesso documentale; quasi a voler ribadire che non possono essere coperti da segreto "le note, gli appunti" e atti simili, ricompresi nel disapplicato art.24, co.1, lett.a) del regolamento e purché materialmente esistenti e detenuti dall' amministrazione. Negli atti interni non rientrano solo i documenti veri e propri, identificabili con un numero di protocollo o una nota di trasmissione ma ogni atto materialmente presente nel fascicolo (ben inteso anche fascicolo elettronico) che sia riconducibile alla attività solta per elaborare la decisione dell'amministrazione. Vi rientrerebbero, quindi, anche quegli scritti informali ma pur sempre riconducibili all'attività procedimentale che altro orientamento giurisprudenziale esclude dal novero dei documenti amministrativi ostensibili²⁰. Questo approccio giurisprudenziale riuscirebbe anche a dare una maggiore incisività alla profondità ed estensione dell'accesso documentale come tratto distintivo rispetto all'accesso generalizzato senza condizionare l'accesso del primo tipo alla necessaria sussistenza di un rapporto funzionale alla piena comprensione della motivazione del provvedimento quando si statti di accedere ad atti "interni".

Il "Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990" del 24.10.2018, deve essere interpretato in senso restrittivo, nella misura in cui eventuali esclusioni dall'accesso vanno comunque valutate e motivate, caso per caso, all'esito di una intellegibile comparazione tra opposti interessi, risultando insufficiente il generico richiamo alle esclusioni contemplate

¹⁸Così di esprimeva il Cons. St., Sez. IV, 20 febbraio 2001, n. 2355, in *Cons. St.*, I, 2001, pp. 958-959: «un autonomo bene della vita, meritevole di tutela in modo separato alle posizioni di diritto soggettivo sulle quali può incidere l'attività della pubblica amministrazione eventualmente lesiva».

¹⁹ Sezione I, sent. n.5736 del 2020, che a sua volta richiama Consiglio di Stato, sezione VI, ord. n.6340 del 2019.

²⁰ La stessa sentenza qui in esame richiama come precedente TAR Lazio sede Roma, Sez.II, sent. n.3068 del 2015.

dall'art.24, c.1, lett. a), del citato regolamento. La stessa ANAC — chiamata dal legislatore a declinare in concreto la portata delle eccezioni pubbliche e private all'accesso — deve, interpretare il suo ruolo in maniera diversa e più efficace da come ha fatto finora, non deve limitarsi a precisare sul piano meramente teorico la portata degli interessi pubblici e privati indicati dal legislatore, ma deve calarli nella specifica fattispecie e metterli in relazione con la trasparenza e con il diritto di conoscere²¹.

Tale orientamento dovrebbe trovare conferma e consolidarsi nella futura giurisprudenza così da aprire l'attività procedimentale dell'ANAC ad una trasparenza praticata e non solo predicata.

²¹Hanno colto questo limite della posizione presa dall'ANAC in merito all'accesso civico generalizzato, M.Savino, *Commento allo schema di Linee guida per l'attuazione dell'accesso "generalizzato" alle informazioni in possesso delle amministrazioni (c.d. modello FOLA)*, in *Astrid Rassegna*, 2016, n. 21 e A.Moliterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2019, pag. 577 ss.