

“

*Già l'olea fragrante nei giardini
d'amarezza ci punge: il lago un poco
si ritira da noi, scopre una spiaggia
d'aride cose,
di remi infranti, di reti strappate.
E il vento che illumina le vigne
già volge ai giorni fermi queste plaghe
da una dubbiosa brulicante estate. (...)*

Settembre
Vittorio Sereni

”

Quale informazione per gli enti locali dopo la delibera del Garante n. 17 del 19 aprile 2007

Nei 17 anni trascorsi dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990 molte sono state le innovazioni che essa è stata capace di introdurre.

Ve n'è una che ha assunto particolare rilievo nella vita di tutti i giorni: la disciplina dell'accesso, ha che iniziato a trovare attuazione con il regolamento approvato con il d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352; ora il d.P.R. n. 184/2006 ha modificato alcune opzioni, introducendo un procedimento di tipo partecipato.

Il processo di trasformazione della pubblica amministrazione da realtà impalpabile a "casa di vetro", cui tende l'affermazione del principio della trasparenza dell'azione amministrativa, non può però certo considerarsi concluso. Il problema di maggior rilievo che ancora oggi si frappone alla sua affermazione si colloca nelle reali difficoltà che si riscontrano nel passare da criteri di segretezza ed autoritativi a criteri di pubblicità e democraticità.

È emersa così la necessità di informazioni che si possono ricollegare direttamente e concretamente allo svolgimento della funzione e all'esercizio del potere, favorendo la partecipazione sociale ed individuale ai reali processi di decisione e di controllo, e consentendo l'accesso alle chiavi di lettura, agli elementi di giudizio e ai canali di influenza relativi alle complesse dinamiche procedurali da cui si originano le scelte pubbliche.

Il processo di rinnovamento della pubblica amministrazione, che la l. n. 241/1990 sottende, richiede quindi che gli amministratori siano in grado di programmare scelte coerenti con il disposto normativo e che i pubblici funzionari e dipendenti siano disponibili a dismettere gli antichi privilegi e a modificare la propria organizzazione e la propria cultura, rendendo possibile un controllo sul proprio operato, ma nel rispetto altresì delle regole sulla riservatezza.

La trasparenza come stile di amministrare è quindi il risultato di un processo al quale devono concorrere una molteplicità di attori: il legislatore, con interventi legislativi che sanciscano una sorta di diritto dell'informazione sull'informazione; i cittadini; i mezzi di comunicazione di massa che svolgono un'azione capillare di informazione. Ma su questa incombe anche il pericolo di una diffusione indiscriminata di notizie che minano la riservatezza dei cittadini e delle imprese.

È su questi molteplici, poliedrici aspetti, di difficile temperamento, che si incentra il numero monografico di Comuni d'Italia: sulla analisi del principio di trasparenza e sulle sue conseguenze pratiche; sulla varietà dei diritti di accesso (in tema ambientale, nell'ambito degli enti locali, da parte dei consiglieri comunali, nel codice dei contratti, nella materia del personale); sulle ricadute delle nuove tecnologie in questi ambiti con particolare riguardo alla pubblicazione anche sul sito web dei provvedimenti comunali.

Lo spunto ci proviene dalla citata delibera del Garante n. 17 del 19 aprile 2007. Per questo ospitiamo, oltretutto lo scritto introduttivo del Direttore, gli interventi di **Trojani** (in tema di tutela della privacy), di **Lucca**, sul diritto di accesso dei consiglieri, di **Mingarelli** (sulle responsabilità connesse alla violazione delle regole in questione), di **Pierobon** (sul diritto di accesso ambientale), di **Alesio** (in tema di accesso previsto dal codice degli appalti).

Non manca peraltro neppure la esemplificazione operativa di quanto precisato all'interno del numero (con il regolamento suggerito da **Contino**), nonché la rassegna giurisprudenziale sul tema ad opera di **Palazzi**. Il numero viene completato dal caso di **Murianni**, dalla rassegna tecnica e dalle notizie di attualità.

In materia di accesso e trasparenza

Da tempo e, precisamente, da quando, nel 1990, il legislatore intese delineare una nuova amministrazione, aperta e trasparente nei confronti dei cittadini, il diritto di accesso e il diritto all'informazione si trovano in una situazione di delicata ricerca di equilibri rispetto alle garanzie di riservatezza.

La legislazione stessa è parsa assumere atteggiamenti oscillanti; propendendo, a seconda delle fasi e delle circostanze, ora a favore dei valori della trasparenza, ora a favore di quelli di tutela della privacy.

Da ultimo, poi, in un contesto di forte attenzione alle tematiche connesse con i "costi della politica", nuovamente il legislatore è intervenuto: in particolare per stabilire un obbligo di pubblicazione su sito web di compensi e retribuzioni degli amministratori delle società partecipate direttamente o indirettamente dallo Stato, dei dirigenti esterni, dei consulenti, membri di organi collegiali e titolari di ogni incarico comunque conferito dallo Stato, da enti pubblici o da società a prevalente partecipazione pubblica (finanziaria 2007, comma 593).

In questo contesto, si presenta davvero utile l'adozione, da parte del Garante per la protezione dei dati personali, presieduto da Franco Pizzetti, di "linee-guida" volte ad orientare i comportamenti degli enti locali in ordine al trattamento di dati personali a fini di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali, con particolare riferimento ai siti internet.

Il documento costituisce, in parte, un riepilogo di regole e interpretazioni che si presentano sufficientemente consolidate; in parte, invece, interviene su questioni controverse o recenti, tracciando orientamenti di nuovo interesse.

Rimane un dubbio: tra disposizioni legislative, regolamentari, linee-guida, schemi-tipo, ecc., esiste uno spazio, per gli enti locali, di elaborazione di proprie regole, utilizzando margini significativi dell'autonomia normativa che, in via generale, è loro riconosciuta, ora persino dalla Costituzione? E, definito questo spazio, quanti enti locali sono davvero in grado di utilizzarlo, elaborando con originalità propri orientamenti, in una materia così complessa e delicata, nel quadro di un regolamento che comunque è soggetto (a ulteriore delimitazione della discrezionalità e della differenziazione) a

parere conforme del Garante stesso?

Il problema riguarda particolarmente i punti più problematici dei temi trattati dal Garante; a partire dalla valutazione, prima di intraprendere un'attività che comporta una diffusione di dati personali, sulla possibilità di perseguire la finalità di trasparenza e comunicazione senza divulgare tali dati, oppure adottando modalità che consentano di identificare gli interessati solo quando è necessario.

I principi di necessità e di proporzionalità costituiscono, nella prospettiva indicata dal Garante, non solo il limite ma anche il punto di riferimento e di orientamento in questa materia; ma la loro traduzione richiede una attenta ponderazione delle singole fattispecie.

Lo stesso uso delle nuove tecnologie può essere variamente calibrato attraverso accessi in rete selezionati, consentendo soltanto agli interessati questo accesso, come suggerisce il Garante, tramite password o altre chiavi personali; oppure dovrà essere limitato per categorie di atti, anche tenendo conto del fatto – anch'esso ben evidenziato – che la pubblicazione di tutte le delibere mediante materiale affissione all'albo pretorio nella sede dell'ente non implica affatto una generale autorizzazione a pubblicare tutto in internet.

In queste condizioni, più che di "definire organicamente la propria politica in tema di trasparenza", credo si tratti, per gli enti locali, di adeguare pienamente le proprie regole sulla divulgazione dei dati, per un verso, alle proprie discipline procedurali; per l'altro, alle discipline sostanziali adottate (particolarmente, in ogni caso in cui la selezione tra più istanze avvenga in base alla valutazione di specifici requisiti: si pensi all'ammissione di minori ad asili nido, all'assegnazione di alloggi, alla concessione di benefici economici o di trattamenti assistenziali, ecc.). E si tratta di sperimentare best practices, da modulare e da diffondere al maggior numero di casi possibile.

Anche in questo l'attività del Garante potrà rivelarsi di grande utilità, e il monitoraggio che potrà compiere sui regolamenti locali sarà imprescindibile per cogliere le reali linee di confine tra le esigenze di uniformità di disciplina e le reali flessibilità nell'esercizio dell'autonomia normativa di ciascun ente.

DIRETTORE

FRANCESCO SAVELLI

DIRETTORE SCIENTIFICO

TIZIANO TESSARO

Segretario generale del T.A.R. Veneto

DIRETTORE RESPONSABILE

MANLIO MAGGIOLI

COMITATO SCIENTIFICO

GIOVANNI BALSAMO

Prefetto Ministero dell'interno

DANIELE CAMPALTO

Dirigente risorse umane del Comune di Mira (Venezia)

ROBERTO CAMPORESI

Dottore commercialista

RICCARDO CARPINO

Direttore della Segreteria della Conferenza

Stato-regioni e della Conferenza unificata

CATERINA CITTADINO

Direttore generale del Cnipa

EVA CONTINO

Dirigente e Vicesegretario generale del Comune

di Abano Terme

CARLA FRANCHINI

Funzionario del Comune di Rimini

LUIGI LOVECCHIO

Dottore commercialista in Bari, docente di diritto

tributario presso la Scuola superiore di economia

e finanze

MAURIZIO LUCCA

Segretario e Direttore generale del Comune di Vigonza

LEOPOLDO MAZZAROLLI

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università

di Padova

PAOLA MINETTI

Funzionario del Comune di Bologna

ALBERTO MINGARELLI

Viceprocuratore generale presso la Procura regionale

per il Veneto della Corte dei conti

FRANCESCO MONTEMURRO

Direttore dell'istituzione "Servizi alla persona"

del Comune di Arona

PAOLA MORIGI

Segretario generale della Camera di Commercio

di Ravenna

FABIO MELILLI

Vicepresidente Anci, Presidente Agenzia dei Segretari

MARIA GIULIANA MURIANNI

Avvocato

LUIGI OLIVERI

Dirigente coordinatore dell'Area servizi alla persona

e alla comunità della Provincia di Verona

FRANCESCA PALAZZI

Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università

di Bologna

ALBERTO PIEROBON

Componente della struttura di coordinamento

e supporto delle attività dei Commissari di Governo

per l'emergenza rifiuti - Presidenza del Consiglio

dei Ministri - Ministero dell'ambiente

CINZIA RENNA

Ragioniere Capo, Dirigente del settore programmazione

economico-finanziaria del Comune di Santarcangelo

di Romagna

CARLO SAFFIOTI

Segretario generale della Provincia di Lucca

LUCIANO VANDELLI

Professore ordinario di diritto amministrativo

nell'Università di Bologna

FRANCESCO VERBARO

Direttore dell'Ufficio per il personale delle p.a.

del Dipartimento per la funzione pubblica

AGOSTINO TABARRINI

Già Segretario generale del Comune di Terni

FABIO TROJANI

Avvocato, specialista in diritto amministrativo (Spisa)

PROGETTO GRAFICO

Sara Bartolini



Sommario

2 Editoriale

di Tiziano Tessaro

3 Briciole

di Luciano Vandelli

Focus

6 Accesso, redazione degli atti, pubblicazione e informazione dopo la deliberazione del Garante n. 17 del 19 aprile 2007

di Tiziano Tessaro

26 Diritto di accesso e tutela della riservatezza: tra potere amministrativo e autodeterminazione informativa

di Fabio Trojani

34 Diritto di accesso agli atti da parte dei consiglieri comunali e provinciali

di Maurizio Lucca

36 Accesso dei consiglieri e responsabilità amministrativo-contabili ad esso connesse

di Alberto Mingarelli

42 L'accesso agli "atti di gara"

di Massimiliano Alesio

53 Il diritto di accesso e di informazione ambientale anche in seguito ai recenti indirizzi del Garante

di Alberto Pierobon

Hanno collaborato a questo numero:

MASSIMILIANO ALESIO

Avvocato

ROBERTO MORELLO

Consulente informatico

FRANCESCA SACCHI

Avvocato in Roma

FULVIO SARZANA DI SANT'IPPOLITO

Avvocato in Roma

59 L'impiego delle tecnologie informatiche nella tutela della privacy
di Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito e Francesca Sacchi

63 Modalità operative
di Roberto Morello

Progetto Europa Informa

64 Programma competitività e innovazione: il sostegno alla politica in materia di TIC

Formulario

66 Regolamento per la disciplina dell'informazione sull'attività comunale
di Eva Contino

73 Il caso
di Maria Giuliana Murianni in collaborazione con 

Rassegna tecnica

a cura di Francesco Savelli e Francesca Palazzi

- 76** normativa
- 78** giurisprudenza
- 82** circolari & pareri
- 83** quesiti

85 Attualità
di Fortunato Laurendi

Insero staccabile **7**

Rassegna di giurisprudenza

Diritto di accesso e tutela della riservatezza

a cura di Francesca Palazzi

nel prossimo numero

- Costi della politica: riflessioni generali, profili di responsabilità, indirizzi strategici
- La nuova disciplina della esenzione dei tributi locali
- Il dibattito sul velo islamico in Europa

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO 2007

- Comuni d'Italia: euro 130,00
- Copia singola: euro 16,00
- Copia arretrata: euro 19,00

I prezzi sopra indicati si intendono Iva inclusa. Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli Editore Spa, Periodici, Via Del Carpino, 8 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La rivista è disponibile nelle migliori librerie.

L'abbonamento decorre dal primo fascicolo raggiungibile con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita disdetta, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

Coloro che sono in regola con i pagamenti hanno diritto a richiedere entro l'anno la risoluzione gratuita di due quesiti di interesse generale.

I quesiti dovranno essere formulati per iscritto ed inviati all'indirizzo e-mail: servizio.quesiti@maggioli.it

COLLABORAZIONI

Per l'invio di articoli e comunicati si prega di far riferimento al seguente indirizzo e-mail: asapubblica@maggioli.it oppure Redazione Comuni d'Italia - Via Del Carpino, 8 47822 - Santarcangelo di Romagna (RN)

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.

Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

DIREZIONE/AMMINISTRAZIONE/DIFFUSIONE

Maggioli Spa - Divisione Editoria - Maggioli Editore è un marchio Maggioli Spa presso c.p.o. Rimini, via Coriano, 58 - 47900 Rimini
Tel. 0541.628111 - Fax 0541.622100

REDAZIONE

Via Del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541.628111

SERVIZIO ABBONAMENTI

Tel. 0541.628779 - Fax 0541.624457
e-mail: abbonamenti@maggioli.it - www.periodicimaggioli.it

PUBBLICITÀ: PUBLIMAGGIOLI

Concessionaria di pubblicità del Gruppo Maggioli
Via Del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541.628439-628427 - Fax 0541.624887
e-mail: publimaggioli@maggioli.it - www.publimaggioli.it

FILIALI

MILANO - Via F. Albani, 21 - 20149 Milano
Tel. 02.48545811 - Fax 02.48517108
BOLOGNA - Via Caprarie, 1 - 40124 Bologna
Tel. 051.229439-228676 - Fax 051.262036
ROMA - Via Dandolo, 19 - 00153 Roma
Tel. 06.5896600-58301292 - Fax 06.5882342

REGISTRAZIONE

Presso il Tribunale di Rimini il 15 marzo 1967 al n. 25

MAGGIOLI SPA

Azienda con Sistema Qualità certificata ISO 9001:2000
Iscritta al Registro operatori della comunicazione

STAMPA

Titanlito - Dogana R.S.M.

Accesso, redazione degli atti, pubblicazione e informazione dopo la deliberazione del Garante n. 17 del 19 aprile 2007

di Tiziano Tessaro

1. Premessa introduttiva

La recente decisione del Garante della privacy n. 17 del 19 aprile 2007, recante "Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali", permette di fare il punto sul delicato tema del rapporto tra obblighi di divulgazione e garanzie di riservatezza, con particolare riferimento alla tematica della redazione degli atti deliberativi e delle determine, alla loro pubblicazione e al loro rapporto con il diritto di accesso (art. 22 della legge n. 241/1990) e il diverso diritto all'informazione (art. 10 t.u.e.l.).

È opportuno premettere che è questo un tema in cui si sono susseguiti orientamenti non sempre univoci, in relazione ai dati da esporre all'interno dei provvedimenti, e sul quale da parte dello scrivente era stato sollecitato, in occasione del convegno tenutosi a Milano all'Università Bocconi il 2 marzo scorso (1), un pronunciamento definitivo circa i contenuti degli obblighi suddetti.

Appare necessario a questo punto tratteggiare i contenuti del provvedimento del Garante.

2. I temi toccati: pubblicazione, redazione dell'atto, accesso

Il provvedimento del Garante prende le mosse da una

constatazione esemplare: "pubblicità", "accessibilità" e "diffusione" non esprimono sempre un'identica situazione.

La dottrina, infatti, ha sottolineato che "mentre infatti non può negarsi che nel nostro ordinamento esistono varie norme che riconoscono ai cittadini in quanto tali la facoltà di conoscere l'attività della pubblica amministrazione (si pensi a tutte le norme che impongono la pubblicazione di alcuni atti amministrativi), deve nel contempo ammettersi che esistono delle norme che attribuiscono il potere di conoscere determinati atti amministrativi non a tutti i cittadini, sibbene a coloro i quali, rispetto agli atti amministrativi, abbiano una posizione qualificata e differenziata (v. ad es. l'art. 15, comma 2, del t.u. imp. civ., il quale, prima della novella introdotta dall'art. 28 della legge n. 241/1990, stabiliva al comma 2 che le copie e gli estratti degli atti e dei documenti di ufficio potevano essere rilasciati solo "a chi ne abbia interesse")" (2).

In altri termini, è doveroso sottolineare che "il diritto di accesso, in quanto diritto civile, nel senso che la sua titolarità è garantita nei limiti segnati dalla legge positiva, (...) inerisce all'attività amministrativa in atto, che ne determina l'insorgenza in presenza di determinate condizioni che ne consentono l'esercizio, (...) è altro rispetto al diritto all'informazione, sia dal punto di vista della sua struttura sia dal punto di vista del suo contenuto. L'informazione è una via peculiare di conoscenza di fatti, informazioni, dati, opinioni,

(1) Cfr. in particolare quanto scritto a p. 15 del mio intervento dattiloscritto di prossima pubblicazione in "Atti del convegno" intitolato *La legge sulla privacy dieci anni dopo* raccolto dall'Università Bocconi.

(2) VIRGA G., *Contraddittorio, partecipazione ed accesso agli atti del procedimento*, relazione tenuta al corso "Attività, informazione e riforma della pubblica amministrazione", Bologna, marzo 1996.

e altro, che permette a chi è informato di esprimere giudizi o eventualmente di assumere decisioni” (3).

La distinzione si pone altresì in relazione alle particolari modalità in cui esso si estrinseca: infatti, secondo l'autorevole insegnamento della dottrina, la comunicazione si distingue dalla pubblicazione proprio in funzione della indeterminatezza dei destinatari, in quanto “mentre nelle comunicazioni la conoscenza è l'evento a cui mette capo l'attività del soggetto che le opera, nelle pubblicazioni la conoscenza si produce attraverso un'attività di chi ha interesse di conoscere...” (4).

Nel primo caso (pubblicità *erga partes*) lo scopo è quello di consentire ai soggetti interessati un'apposita conoscenza che è funzionalmente prevista per consentire una specifica partecipazione ai procedimenti amministrativi che li coinvolgono (5) in quanto “la normativa sul diritto di accesso del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione contenuta nella l. 7 agosto 1990, n. 241 persegue il «fine di assicurare» – così come *per tabulas* statuisce l'art. 22 della legge – «la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale»”; nel secondo (pubblicità *erga omnes*) il fine è quello di consentire ai cittadini o ad organismi esponenziali della collettività una più ampia partecipazione ed un diffuso controllo, dovendosi, secondo la giurisprudenza, sottolineare che “le disposizioni sulla pubblicazione delle deliberazioni comunali sono, invero, finalizzate a fornire ai cittadini una conoscenza preliminare delle medesime che possa loro consentire di verificare per tempo l'operato del comune e di presentare, nei casi ammessi, osservazioni od esposti che possano eventualmente essere esaminati in sede di controllo e di approvazione della delibera” (6).

In particolare, è agevole osservare che mentre il diritto di accesso è subordinato alla verifica puntuale di un interesse diretto concreto e attuale, nei siti degli enti locali viene pubblicata in modo indiscriminato una serie di dati e informazioni per i quali quanto meno dovrebbe valere il principio di pertinenza e non eccedenza, sì da omettere alcuni riferimenti

puntuali, o addirittura il principio di stretta necessità per ciò che concerne i dati sensibili e giudiziari.

3. Accesso e informazione: le diversità ontologiche e i punti di contatto

La questione intercetta la problematica inerente ai rapporti tra il diritto di accesso previsto dall'art. 22 della legge n. 241/1990 e il diverso diritto all'informazione sancito dal testo unico degli enti locali.

Va ricordato che l'art. 10 del t.u.e.l. espressamente stabilisce che tutti gli atti della amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi: con ciò individuando ambiti non sempre coincidenti con l'accesso disciplinato dalla legge n. 241/1990 sia sotto il profilo soggettivo sia sotto il profilo oggettivo.

Sotto il primo profilo, infatti, se la precedente versione del primo comma dell'articolo 22 autorizzava l'accesso in presenza della tutela di un interesse giuridicamente rilevante, ora la situazione è stata chiarita nel termine dell'interesse “diretto, concreto e attuale corrispondente a situazione giuridicamente tutelabile”, rafforzato dalla prevalenza di una garanzia per curare o difendere i propri interessi giuridici (*ex art. 24, comma 7*).

Per contro la corrispondente norma dell'art. 10 del testo unico degli enti locali non richiederebbe la dimostrazione di un interesse da parte del richiedente: e ciò anche se la soluzione testé prospettata, benché basata su dati testuali, non ha trovato il suffragio della più recente giurisprudenza che (7) ha chiarito che l'articolo 10 del t.u.e.l. non ha creato uno spazio di tutela del diritto di accesso maggiore di quello previsto in via generale dalla legge del procedimento, in quanto non vi sarebbe quindi una minore rilevanza dell'interesse che abilita i cittadini residenti nei comuni e nelle province ad accedere a tutte le informazioni in possesso della p.a. indipendentemente

(3) ROMEO G., *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, in “Foro amministrativo”, 1999, parte III, col. 435.

(4) OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, pp. 247 ss.

(5) VIRGA G., *Contraddittorio, partecipazione ed accesso agli atti del procedimento*, cit.

(6) Cons. Stato, sez. V, 8 dicembre 1994, n. 78.

(7) Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969 e Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2004, n. 7773.

te dalla presenza di un interesse qualificato, in apparente contraddizione rispetto alle valutazioni operanti nella 241.

Sotto il secondo profilo, la normativa del testo unico degli enti locali è maggiormente restrittiva perché riferita agli atti anziché ai documenti. E la differenza risalta in modo palese ove si rifletta sulla possibilità o meno di accedere solo ad atti amministrativi (ad es. verbali di deliberazioni) anziché a semplici documenti ancorché provenienti da privati e utilizzati ai fini del procedimento (ad es. elaborati di concorso). L'intrinseca eterogeneità del diritto di accesso e della pubblicazione e delle rispettive normative non impedisce, tuttavia, che si verifichino delle interferenze, le quali, anzi, sono tutt'altro che infrequenti se è vero che fin dal 1990 il legislatore si è preoccupato di disciplinare, con varie soluzioni, il conflitto tra privacy ed accesso. Infatti, una richiesta di accesso, così come del resto la pubblicazione, di documenti amministrativi contenenti (anche) dati relativi a soggetti terzi, lungi dal configurare uno strumento di tutela della privacy dell'istante, finisce in qualche modo con l'invadere, in nome della trasparenza dell'attività amministrativa, la sfera dei dati personali di soggetti diversi dall'istante: il successivo accoglimento dell'istanza ostensiva da parte della pubblica amministrazione, così come la messa a disposizione e la stessa pubblicazione del documento richiesto, integra una forma di trattamento dei dati personali *sub specie* di comunicazione di dati personali ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lett. a), del codice del 2003.

Ecco quindi che – nell'uno e nell'altro caso – appare come una perversione dell'informazione quella che, in nome della verità dei fatti, vuole dare un qualche senso alla messa in circolazione sociale di un insieme di dati strettamente privati che non hanno rilevanza pubblica, senza che la loro divulgazione, in grado di ledere il diritto primario all'intimità dei protagonisti, sia giustificata da un interesse pubblico; interesse pubblico che deve essere tanto più rilevante ed immediato quanto più è privato e intimo il fatto che si intende divulgare (8).

4. Il suggerimento del Garante: il nuovo regolamento degli enti locali

Per ovviare a questi inconvenienti, che si concretizzano nel fatto che diversi cittadini e amministrazioni si

sono rivolti al Garante prospettando alcune problematiche relative alle modalità con le quali gli enti locali danno pubblicità alla propria attività istituzionale, anche di vigilanza e controllo, in rapporto alla protezione dei dati personali contenuti in atti e documenti resi accessibili ai cittadini, dovuti in larga parte alla anzidetta divaricazione di disciplina, il suggerimento operato dal Garante è quello di dotarsi di un apposito regolamento che disciplini la pubblicazione degli atti o dei provvedimenti amministrativi comunali all'albo pretorio e su internet: anzi, come vedremo, il Garante distingue tra quello che è pubblicabile all'albo e quello su internet (9), dal momento che, nell'ambito del regolamento che deve assicurare il diritto dei cittadini all'accesso alle informazioni, di cui è in possesso l'amministrazione (art. 10 d.lgs. n. 267/2000 cit.), l'ente locale dovrebbe cogliere l'occasione per definire organicamente la propria politica in tema di trasparenza, in rapporto alle diverse procedure amministrative, alle distinte esigenze di trasparenza da perseguire e al genere di mezzi di diffusione utilizzati, anche in internet.

Non è superfluo sottolineare al riguardo che l'informazione è essenziale alla crescita democratica di una società, di cui costituisce un bene primario. Infatti, alla base delle società democratiche è posto il libero consenso, che per essere veramente libero (cioè razionalmente autodeterminato), deve nascere da una sufficiente conoscenza dei fatti e dei valori in gioco. Per la democrazia l'informazione è la premessa perché abbia senso un qualsiasi tipo di discussione e di decisione che riguardi lo spazio pubblico. Tuttavia, proprio perché l'informazione è al servizio della vita democratica di una società e ne è elemento qualificante, è implicito nella nozione stessa di informazione il fatto che l'oggetto di cui essa tratta abbia, potenzialmente o attualmente, direttamente o indirettamente, una qualche rilevanza pubblica (10).

In definitiva si tratta di rispettare il principio generale secondo cui è fatto divieto di un controllo generalizzato sull'attività della pubblica amministrazione riferita alla raccolta di dati che concernono singo-

(8) ROMEO G., *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, in "Foro amministrativo", 1999, parte III, col. 435.

(9) Nella parte in cui sottolinea a proposito delle deliberazioni che questa forma di pubblicazione obbligatoria non autorizza, di per sé, a trasporre tutte le deliberazioni così pubblicate in una sezione del sito internet dell'ente liberamente consultabile. Al tempo stesso, la previsione normativa in questione non preclude neanche all'ente di riprodurre in rete alcuni dei predetti documenti, sulla base di una valutazione responsabile e attenta ai richiamati principi e limiti.

(10) ROMEO G., *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, cit.

le persone, previsto dall'art. 24, comma 3, e che, secondo la citata deliberazione del Garante –, la quale sottolinea come “attraverso i motori interni ed esterni di ricerca può essere ricostruito unitariamente un numero ingente di dati riferiti a soggetti individuati, più o meno aggiornati e di natura differente, e la diffusione tramite siti web di tali dati può comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti degli interessati specie se si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le loro finalità” – non può quindi non valere anche per il diverso diritto di informazione sancito dall'art. 10 del t.u.e.l.

Il problema si può scindere in più parti: ovvero la valenza di detto regolamento, i rapporti con quello previsto dal d.P.R. n. 184/2006, i rapporti con il regolamento dei dati sensibili e, infine, ovviamente, i contenuti del regolamento in questione.

Non tutti questi temi sono peraltro stati trattati dal Garante nel suo deliberato, ma richiedono ugualmente di essere affrontati per una visione organica del problema.

4.1. La valenza del regolamento.

La clausola di maggior tutela contenuta nell'art. 22, comma 2

Da quanto detto in precedenza il regolamento assolve la funzione – anche se la delibera del Garante non lo dice – di stabilire le ragioni di maggior garanzia nei confronti dei cittadini, rispetto a quanto previsto dalla disciplina in tema di accesso dettata dall'art. 22 e ss. della legge n. 241/1990: infatti, dopo aver premesso che il diritto di accesso attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione, pone in risalto la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

Una importante dottrina ha sottolineato quindi che l'art. 10 del d.lgs. n. 267/2000 deve essere interpretato alla luce della volontà del legislatore della legge n. 15/2005 di lasciare alle autonomie locali più ampi spazi di applicazione della disciplina dell'accesso e che già l'articolo 10 del testo unico pare debba essere riletto come fonte che già amplia, per le autonomie locali, gli strumenti di tutela del diritto di accesso (11). Va notato tuttavia al proposito che le previsioni del-

l'articolo 10 del decreto legislativo n. 267/2000 sono per un verso più ampie rispetto a quelle della legge 241, anche nella versione uscita dalla legge n. 15 del 2005, e per l'altro sono maggiormente restrittive: e quindi non si può parlare *tout court* di una normativa locale primaria che già garantisca *ex se* livelli superiori a quelli essenziali delle prestazioni.

In dipendenza di ciò, occorre sottolineare l'estrema importanza non già della normativa primaria (che non assicura come si è visto *ex se* il conseguimento di livelli minimi essenziali di tutela), contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina in precedenza citata, bensì del regolamento comunale che dovrà garantire il conseguimento dei livelli ulteriori di garanzia, con l'ovvia possibilità per le amministrazioni interessate di ampliare il contenuto della tutela del diritto di informazione con proprie norme regolamentari interne.

4.2. Il rapporto con il regolamento sull'accesso previsto dal d.P.R. n. 184/2006

Un secondo aspetto concerne il rapporto tra il regolamento in questione e il regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi (decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184), previsto dall'articolo 23, comma 2, della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

L'interrogativo viene chiarito dal parere 13 febbraio 2006, n. 3586/05 reso da parte del Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, secondo cui l'esercizio della potestà normativa statale deve avvenire, quando si tratti della lett. m) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione (come di altre “materie trasversali” individuate nel medesimo comma), con particolare attenzione rispetto alla ripartizione delle competenze fra lo Stato e le Regioni e gli enti locali stabilita dalla stessa Costituzione, per evitare che tale ripartizione venga lesa dallo Stato proprio per la pluralità delle materie investite dalla sua potestà normativa.

Il parere sottolinea al riguardo che da ciò consegue che la disciplina legislativa dell'accesso spetta alla competenza esclusiva allo Stato, ai sensi della lett. m) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, e che allo Stato spetta anche la potestà regolamentare in materia in forza della corrispondenza biunivoca fra le due potestà normative stabilita nel comma 6 dello stesso articolo; corrispondenza diretta ad assicurare, in linea generale, che la disciplina delle materie individuate dal secondo comma dell'art. 117, voluta dalla Costituzione come unica in tutto il territorio nazionale e per questo attribuita alla legislazione statale esclu-

(11) OLIVERI L., *Accessi più ampi per gli enti locali*, in “Italia Oggi”, 30 marzo 2005, p. 27.

siva, non sia poi attuata in modo diverso nel territorio per effetto della normazione regolamentare; scopo questo che è necessario assicurare, in particolare, riguardo alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali che è effettivamente tale soltanto se la relativa disciplina è ovunque uguale.

Il parere del Consiglio di Stato prosegue sottolineando che lo Stato disciplina i livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali anzitutto con legge, che può svolgere tale disciplina con proprio regolamento, che tale normazione (sia primaria che secondaria) si applica anche agli enti territoriali, quale esplicitazione di competenze riservate allo Stato al fine del loro uniforme esercizio in tutto il territorio nazionale, ma che tale esplicitazione, per non eccedere la ripartizione costituzionale delle competenze, deve restare nel limite in cui sia effettivamente e strettamente pertinente alla sola definizione e regolazione dei detti livelli essenziali nel citato territorio.

Ed infatti fanno ora eccezione all'applicazione integrale del nuovo regolamento nei confronti dell'ente locale solamente l'articolo 1, comma 2, l'articolo 7, commi 3, 4, 5 e 6, e l'articolo 8, in quanto non attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto all'accesso che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione e secondo quanto previsto dall'articolo 22, comma 2, della legge.

Conseguentemente il d.P.R. n. 184/2006 sottolinea – con normativa valevole come detto anche per gli enti locali – che per operare l'accesso occorre avere (art. 2, comma 1) un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.

Ma per chiarire definitivamente i rapporti tra il futuro regolamento degli enti locali e il d.P.R. n. 184/2006 occorre tenere conto che l'art. 14 del d.P.R., dopo aver premesso che alle regioni e agli enti locali non si applicano l'articolo 1, comma 2, l'articolo 7, commi 3, 4, 5 e 6, e l'articolo 8, in quanto non attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto all'accesso che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lett. *m*), della Costituzione e secondo quanto previsto dall'articolo 22, comma 2, della legge, sottolinea che le regioni e gli enti locali adeguano alle restanti disposizioni del presente regolamento i rispettivi regolamenti in materia di accesso vigenti alla data della sua entrata in vigore, ferma restando la potestà di adottare, nell'ambito delle rispettive competenze, le specifiche disposizioni e misure organizzative necessarie per garantire nei rispet-

tivi territori i livelli essenziali delle prestazioni e per assicurare ulteriori livelli di tutela.

Quindi, in definitiva: il regolamento statale disciplina in modo uniforme sul tutto il territorio nazionale le modalità dell'accesso ai documenti amministrativi; il regolamento del singolo ente locale contemplato dal Garante disciplina le forme maggiori di garanzia e di tutela inerenti tra l'altro alla pubblicità degli atti: quindi, anche la pubblicazione e conoscenza di atti per i quali dai potenziali destinatari potrebbe non sussistere un interesse differenziato tale da garantire l'accesso ai documenti.

4.3. I rapporti tra regolamento comunale sull'informazione e regolamento sui dati sensibili

Circa i rapporti tra questo regolamento e il regolamento sui dati sensibili, va preliminarmente segnalato che ai sensi dell'articolo 20 del codice della privacy, gli enti pubblici possono trattare dati sensibili (sesso, salute, filosofia, sindacato, politica, religione, razza, etnia) solo per finalità di rilevante interesse pubblico previste dalla legge e per tipi di dati e categorie di operazioni dettagliate dalla legge o, in mancanza, da un regolamento. Il regolamento che è stato adottato dai comuni italiani, basato sullo schema tipo elaborato dall'Anci, ha quindi ottenuto il parere favorevole del Garante del 21 settembre 2005, e conteneva 35 schede.

Occorre altresì sottolineare che il regolamento individua tipi ed autorizza il trattamento di dati sensibili e operazioni consentite, in guisa che se un trattamento non è compreso nel regolamento, il trattamento del dato sensibile non è ammesso, anzi è illecito.

Va inoltre ricordato che con successivo provvedimento del 29 dicembre 2005 il Garante ha integrato lo schema tipo con riferimento ai seguenti settori di attività: protezione civile, onorificenze e ricompense, attività ricreative, di promozione della cultura e dello sport e di occupazione del suolo pubblico, iscrizione ad albi comunali di associazioni e organizzazioni di volontariato. Con lo stesso provvedimento il Garante ha integrato la scheda n. 20 (dello schema Anci) inserendo i trattamenti di agevolazioni tributarie o di utilizzo di fondi per interventi relativi ad edifici di culto, nonché di partiti ed associazioni.

Successivamente, con un parere del 10 maggio 2006, il Garante ha rilasciato parere favorevole ai trattamenti effettuati dagli uffici di statistica comunali, che quindi ha fatto salire a 40 le schede.

Con il parere del 7 dicembre 2006 il Garante ha dato

parere favorevole per la quarantunesima scheda relativa all'“attività di collaborazione e assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti”.

Da ultimo era stato stabilito il termine del 28 febbraio 2007 per l'adeguamento (in base al decreto legge n. 300/2006, poi convertito in legge) del regolamento per il trattamento dei dati sensibili.

Ciò premesso, appare evidente che diversi – almeno in astratto – appaiono i contenuti dei due regolamenti: quello già adottato in base alla normativa testé ricordata concerne dati sensibili e ne autorizza il trattamento secondo le modalità indicate nelle schede ivi allegate; quello previsto dall'art. 10 del t.u.e.l. e suggerito dal Garante disciplina anche dati comuni.

Il rischio in concreto è tuttavia quello di una sovrapposizione, con potenziale contraddizione dei precetti normativi ivi contenuti e sulle modalità di rilascio dei dati. È noto del resto che lo scopo di tutela della privacy, ben diverso dallo scopo di trasparenza che anima il distinto diritto di accesso di cui alla legge del 1990, si riflette sul piano dell'ambito oggettivo del diritto che ha riguardo, infatti, ai dati personali che si riferiscono all'istante (e non anche a dati di terzi) anche se non ancora registrati e, pertanto, anche se non (ancora) cristallizzati in un documento.

Ne è riprova il fatto che nella citata deliberazione vi è una notevole confusione circa una serie di dati, alcuni comuni, altri sensibili e altri ancora supersensibili, ai fini della loro divulgazione, in relazione al loro diverso trattamento: ad esempio l'albo dei beneficiari di provvidenze di natura economica, in cui convivono dati sensibili e non, così come per le procedure concorsuali e graduatorie afferenti i concorsi pubblici, le graduatorie degli asili nido, l'alienazione e assegnazione di alloggi di edilizia agevolata e le graduatorie delle domande di mobilità.

Non sembra contestabile infine il fatto che se il regolamento previsto dall'art. 10 del t.u.e.l. e suggerito dal Garante concerne dati sensibili deve essere preventivamente sottoposto al Garante stesso per l'approvazione.

4.4. La finalità del regolamento

È a questo punto chiara la finalità del regolamento in questione: lo sottolinea il Garante affermando che esso attribuisce “maggiori garanzie per i dati delle persone citate nelle deliberazioni affisse all'albo pretorio o nei documenti accessibili al pubblico o diffusi on line senza venir meno al principio di trasparenza”.

In altri termini, esso adempie alla finalità di garantire la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, giustificando la pubblicazione sul sito web o all'albo pretorio senza che sussista la dimostrazione di un interesse tale da giustificare l'accesso ai documenti, tutelando nel contempo la riservatezza, e limitando così gli eccessi di diffusione dei dati personali. Infatti, la diffusione in Internet di dati personali pone specifiche valutazioni in rapporto ai diritti degli interessati. I dati così messi a disposizione di un numero indefinito di persone sono consultabili da molteplici luoghi e in qualsiasi momento. Il loro “carattere ubiquitario” è valorizzato dal crescente accesso ad internet.

Decorsi determinati periodi di tempo, la diffusione tramite siti web di tali dati può comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti degli interessati, specie se si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le loro finalità.

4.5. Riepilogo dei regolamenti degli enti locali in subjecta materia

Come il regolamento sull'accesso previsto dal d.P.R. n. 184/2006 riguarda l'accesso ai documenti amministrativi, così questo regolamento concerne il ben diverso diritto all'informazione dei cittadini: gli uni e gli altri tuttavia soggiacciono quanto meno ai limiti di un divieto di diffusione indiscriminata dei dati tale da consentire un controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione e inoltre trovano il limite della riservatezza (e, secondo il parere di chi scrive, anche degli altri limiti sanciti dall'art. 24 della legge n. 241) dei dati diffusi.

Su un altro piano, ancora, si trova il regolamento sui dati sensibili di cui si è fatto cenno in precedenza e che concerne il trattamento di dati particolarmente rilevanti sotto il profilo della tutela sociale.

Tutti questi regolamenti sono accomunati tuttavia dalla necessaria protezione circa i trattamenti dei dati non conformi a legge e, in ultima istanza, dalla finalità di preservare sia la sfera di riservatezza del cittadino da illegittime invasioni operate da terzi sia la correttezza dell'immagine sociale dei cittadini.

5. I contenuti in generale del provvedimento del Garante

È a questo punto possibile riassumere i contenuti della citata deliberazione: come sottolineato dal comunicato stampa, la deliberazione di cui è stato relatore Mauro Paissan, “definisce principi e limiti che gli enti locali sono tenuti a rispettare quando, in particolare,

pubblicano e diffondono i dati personali contenuti in atti e deliberazioni dai quali possono anche emergere delicate informazioni su condizioni di salute, handicap o situazioni di disagio di cittadini che concorrono all'assegnazione di alloggi popolari, assistenza e contributi, ammissione di minori agli asili nido.

Nelle linee guida il Garante afferma innanzitutto che, prima di pubblicare gli atti, renderli accessibili a terzi o metterli in rete, l'ente locale deve valutare se le finalità di trasparenza possano essere perseguite senza divulgare dati personali o attraverso modalità che permettano di identificare gli interessati solo se necessario. Negli atti poi devono comparire **solo dati pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità** che l'ente intende raggiungere. **I dati sensibili e giudiziari** possono essere diffusi solo **se realmente indispensabili** e se l'ente abbia adottato il regolamento previsto dal codice sull'uso di questi dati. È sempre **vietato diffondere informazioni sulla salute**.

L'impiego delle nuove tecnologie impone all'ente locale sia di **assicurare sempre l'esattezza, l'aggiornamento e la pertinenza dei dati pubblicati in rete**, sia di garantire il **diritto all'oblio** delle persone interessate: ad esempio, trascorso un certo periodo dalla pubblicazione, è opportuno spostare i nominativi in una parte del sito dove non siano più rintracciabili dai motori di ricerca esterni”.

In definitiva, tre sono i temi trattati dal Garante, come peraltro già accennato in precedenza: la pubblicazione all'albo o anche sul sito web degli atti del comune, le modalità di redazione dell'atto amministrativo, l'accesso ai documenti. Circa l'ultimo di questi, già se ne è trattato in precedenza in riferimento al rapporto con l'accesso negli enti locali. Gli altri due argomenti saranno esaminati qui di seguito.

6. La redazione, il confezionamento degli atti e la loro pubblicazione

6.1. Premessa introduttiva

Quanto sopra esposto induce, in primo luogo, a ritenere che vi debba essere un profondo cambiamento circa le modalità di redazione degli atti comunali e la loro successiva divulgazione tramite la pubblicazione o attraverso internet. Lo sottolinea il Garante stesso secondo cui “la circostanza secondo la quale tutte le deliberazioni sono pubblicate deve indurre l'amministrazione comunale a valutare con estrema attenzione le stesse tecniche di redazione delle deliberazioni e dei loro allegati”.

Non appare revocabile in dubbio che, in linea con

quanto già previsto in materia di accesso, si sia voluto porre un freno alla divulgazione indiscriminata di dati e informazioni, prevedendo apposite cautele a ciò destinate: un limite alla trasparenza dettato da ragioni di riservatezza, in cui il ruolo del regolamento comunale appare decisivo.

In questo quadro un elemento di rilievo giocano gli atti emanati dagli organi comunali, e in particolare l'adozione e la pubblicazione delle delibere e determine.

Ciò premesso è opportuno scomporre il procedimento deliberativo nelle varie parti in cui si compone, analizzando le cautele da osservare nelle varie fasi.

6.2. La fase di adozione dell'atto

6.2.1. La fase preparatoria: la predisposizione dell'ordine del giorno

Un primo aspetto concerne la fase preparatoria del procedimento amministrativo, inerente alla predisposizione dell'ordine del giorno.

In un recente pronunciamento (12), il Garante della privacy ha fatto osservare ad un comune come gli ordini del giorno all'interno di una seduta del consiglio comunale debbano evitare riferimenti personali, nonché indicare i nomi di persone coinvolte in qualche modo a vario titolo. La nota in questione riguardava un dipendente il quale aveva subito un pignoramento pari ad un quinto dello stipendio: l'ordine del giorno conteneva, oltre agli estremi del pignoramento, anche il nome ed il cognome del dipendente stesso, il quale, rilevando una palese violazione della privacy, aveva, perciò, chiamato in causa il Garante della privacy. Oltretutto, in occasione dell'affissione all'albo pretorio della delibera comunale relativa a tale seduta il suo nome era comparso nel corpo della delibera. Il Garante, in merito a tale questione, aveva ricordato che, solo se previsto da una legge od un regolamento, possono essere diffusi dati personali da parte di soggetti pubblici, precisando quindi che i consiglieri devono essere informati sui punti da trattare in consiglio: ragion per cui, mentre nell'ordine del giorno da affiggere risulta sufficiente indicare solamente i punti da trattare, evitando riferimenti personali, ai consiglieri, invece, può essere messa a disposizione la documentazione completa. Non così per la delibera,

(12) Riferimenti in TESSARO T., *La redazione degli atti e la tutela della privacy*, in “La Gazzetta degli Enti Locali”, 20 aprile 2004.

che per legge deve indicare, quando trattasi di impegni di spesa, la somma da pagare, il creditore e la ragione dell'esborso: in questo caso il nome della persona pignorata deve essere indicato.

6.2.2. La fase costitutiva: l'adozione degli atti

Come è noto, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/1990 che concerne tendenzialmente tutti i provvedimenti, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che sorreggono l'adozione degli atti amministrativi, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Il problema concerne tuttavia l'ampiezza dei dati da esporre che sono assunti a presupposti di fatto. Nel provvedimento in questione il Garante della privacy mira a contemperare l'obbligo di pubblicazione degli atti presso l'albo pretorio dei comuni con il rispetto del diritto alla privacy, con riferimento al più generale obbligo della pubblicazione dell'atto stesso, così come stabilito dalla legge n. 241/1990.

6.2.2.1. Le tre distinte ipotesi di rapporto tra accesso e riservatezza

Occorre premettere al riguardo che a differenza della precedente disposizione in cui si stabiliva che, ove l'accesso fosse necessario per la cura o la difesa di propri interessi giuridici, lo stesso prevaleva sulla esigenza di tutela della riservatezza dei terzi, rilevando, in questa specifica ipotesi, che potesse essere esercitato solo mediante visione degli atti (e non anche mediante estrazione di copia), ora il legislatore della riforma della legge n. 241/1990 ha ritenuto di contemperare l'accesso ai documenti amministrativi con il diritto alla riservatezza (di terzi, persone, gruppi, imprese e associazioni) prevedendo tre distinte ipotesi. La prima è quella che riguarda i dati comuni in cui si garantisce sempre e comunque l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, bilanciando così i due contrapposti interessi della riservatezza e del diritto di difesa.

La seconda ipotesi è quella che riguarda l'accesso ai dati sensibili e giudiziari che è consentito nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile.

La terza ipotesi si verifica riguardo ai c.d. "supersensibili" (dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale), che sono accessibili nei limiti stabiliti dall'articolo 60 del codice in materia di protezione dei dati personali, ovvero se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero con-

siste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Sulla base di questa premessa si possono delineare le regole per la divulgazione dei dati in delibera o determina, da pubblicare poi all'albo e in rete.

6.2.2.2. I dati comuni

È opportuno premettere che i dati comuni sono normalmente ostensibili all'interno dei provvedimenti pubblicati. Purtroppo, il problema del rapporto tra trasparenza e riservatezza ha trovato nella pratica tutta una serie di accorgimenti studiati sia con riferimento al trattamento di dati sensibili che di dati comuni, elaborati con modalità che non sempre trovano un appiglio formale nella legge, ma che servono a contemperare profili di riservatezza variamente presenti nelle vicende in questione.

Merita al riguardo in particolare segnalare come tali attenzioni alle esigenze della riservatezza si siano concretizzate nell'inserimento di *omissis* e cancellazioni del testo atte a garantire i diritti di chi visiona con quelli di chi ha un interesse di segno opposto: la soluzione – che ha trovato il suffragio della giurisprudenza (13) – consente quindi di salvaguardare la riservatezza (ad esempio, schermando i nomi dei terzi interessati), senza limitare il diritto di accesso, in un prudente apprezzamento che di essa fa l'amministrazione procedente, utilizzando cautele e accorgimenti tali da evitare ogni indebita invasione nella vita privata di un soggetto determinato.

Non è corretto quindi ritenere che i dati comuni siano visibili *tout court* a prescindere da qualsiasi riferimento agli interessi sottostanti.

Il Garante sottolinea ad esempio come per gli "atti adottati nel quadro dell'attività di assistenza e beneficenza, che comportano spesso la valutazione di circostanze e requisiti personali che attengono a situazioni di particolare disagio (...) può risultare ad esempio utile menzionare tali dati solo negli atti a disposizione negli uffici (richiamati quale presupposto della deliberazione e consultabili solo da interessati e controinteressati), come pure menzionare delicate situazioni di disagio personale solo sulla base di espressioni di carattere più generale o, se del caso, di codici numerici": si tratta spesso di informazioni sensibili, ma (seppur non avvertito dal Garante) assai più spesso in realtà essi non sono dati sensibili, bensì dati comuni. Il dato che identifica uno sta-

(13) Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2223.

to di bisogno economico è, per contro, correntemente indicato come “dato parasensibile”. (T.A.R. Veneto, sez. I, n. 1938/2007). Tale classificazione non si fonda a tutt’oggi su espresse disposizioni normative e trae origine, nella prassi, dalla ben nota definizione dello “stato di salute” risalente al 1949 e adottata a tutt’oggi dall’Organizzazione mondiale della sanità (Oms), secondo la quale la salute si identifica come “stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia”: e, per l’appunto, in tale contesto la sussistenza di uno stato di bisogno individua situazioni di disagio che spesso non è possibile considerare come esclusivamente inerenti a profili socio-economici.

Comunque sia, i trattamenti dei dati in questione postulano per certo l’adozione di cautele idonee a tutelare la dignità degli interessati anche nel corso degli stessi procedimenti finalizzati a sovvenire ai loro bisogni economici, ma è altrettanto assodato che ciò – in carenza di un’esplicita disposizione di legge al riguardo – non comporta un’estensione automatica dell’intera, ed intrinsecamente specifica, disciplina dettata in tema di trattamento dei dati sensibili.

Si pensi infatti nuovamente al caso di erogazione di un contributo economico a un bisognoso: salvo il caso di erogazione per finalità che riguardino ad esempio lo stato di salute dell’interessato, lo stato di bisogno in sé non costituisce dato sensibile; epperò il Garante suggerisce l’adozione di quelle cautele sopra descritte e che già in passato avevo consigliato (14).

6.2.2.3. *Dati sensibili e giudiziari*

Il Garante sottolinea altresì che “occorre, poi, una specifica valutazione per selezionare le informazioni sensibili o a carattere giudiziario che possono essere diffuse”, dal momento che la norma parla in questo caso di stretta indispensabilità.

6.2.2.4. *Dati supersensibili*

Nella deliberazione più volte citata, si rimarca come “resta salvo il divieto di diffondere dati idonei a rivelare lo stato di salute degli interessati (artt. 22, comma 8, 65, comma 5, e 68, comma 3, del codice): è il caso, ad esempio, dell’indicazione di specifici elementi identificativi dello stato di diversamente abile”.

Sotto quest’ultimo profilo, le conclusioni cui perviene il Garante con la deliberazione 19 aprile 2007 so-

no perfettamente sovrapponibili a quelle della precedente decisione, datata 22 marzo 2004 (15), in cui il Garante aveva avuto modo di rimarcare che la relazione da parte dell’ufficio legale del comune indicante le richieste avanzate dalla dipendente (in questo caso il “risarcimento del danno biologico, esistenziale e morale”) poteva essere “riportata in sintesi o semplicemente riassunta (...) lasciando così che la deliberazione stessa riportasse i soli dati personali relativi alla ricorrente realmente necessari per adempiere alle finalità di trasparenza dell’attività amministrativa”: in questo caso il comune si sarebbe dovuto operare limitatamente a menzionare in modo più sintetico l’esistenza “di una richiesta di risarcimento dei danni”, e, quindi, senza fare ulteriori e più specifici riferimenti al caso in questione.

I dati supersensibili concernono anche per la verità i dati afferenti la vita sessuale: pur non essendo specificamente trattati dalla delibera del Garante, non appare revocabile in dubbio che essi possano venire in rilievo nell’attività del comune (si pensi ad esempio alle relazioni dell’assistente sociale su casi riguardanti abusi su minori, ecc., o ai casi sempre più frequenti di istituzione di registri anagrafici dei conviventi anche dello stesso sesso), e che ad essi vadano applicate le medesime conclusioni (ovvero il divieto di diffusione).

6.2.2.5. *Considerazioni finali. L’ampiezza della motivazione e le indicazioni del dispositivo*

Come è noto, ai sensi dell’art. 3 della legge n. 241/1990 che concerne tendenzialmente tutti i provvedimenti, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che sorreggono l’adozione degli atti amministrativi, in relazione alle risultanze dell’istruttoria. Il problema concerne tuttavia l’ampiezza dei dati da esporre che sono assunti a presupposti di fatto. Nel provvedimento in questione il Garante della privacy, mira a contemperare l’obbligo di pubblicazione degli atti presso l’albo pretorio dei comuni con il rispetto del diritto alla privacy, con riferimento al più generale obbligo della motivazione dell’atto stesso, così come stabilito dalla legge n. 241/1990.

(15) In un primo momento il Garante aveva infatti precisato che i provvedimenti di liquidazione di compensi per lavoro straordinario o per la produttività dei dipendenti comunali e provinciali non debbono essere pubblicati all’albo pretorio in versione integrale, ma depurati dei nomi, qualifiche ed uffici, dato che tali notizie sono considerate dati personali.

(14) Cfr. T. TESSARO *La redazione degli atti amministrativi del comune*, Rimini, Maggioli, 2006.

La questione tuttavia non è di facile soluzione.

Sotto questo profilo, in particolare, occorre sottolineare come si assista in dottrina e nella prassi a due orientamenti distinti.

Secondo un primo indirizzo, va posto in rilievo come anche la disciplina stessa in materia di privacy, non può, in alcun modo, pregiudicare l'obbligo di motivazione adeguata degli atti, come previsto dall'articolo 3 della legge n. 241/1990: in conseguenza di ciò se ne ricava che, sotto un profilo più generale, che concerne sia i dati comuni che i dati sensibili e giudiziari, occorre intervenire in sede di redazione dell'atto non solo sotto l'aspetto della qualità della motivazione, ma anche sotto l'aspetto della quantità della motivazione, basandosi, soprattutto in quest'ultimo aspetto, sul principio di non eccedenza nel trattamento dei dati; una ulteriore conseguenza è data dal ritenere, come indicato nella precedente decisione 22.3.2004, "lecita ed anzi doverosa per il comune" la effettuazione di trattamenti di dati personali al fine di rispettare sia gli obblighi di pubblicità indicati dal testo unico per gli enti locali sia, soprattutto, l'obbligo di pubblicazione presso l'albo pretorio, senza che siano prescritti l'uso di cifre o l'occultamento nella identificazione della persona.

Un secondo orientamento che si va affermando ritiene per contro che occorre garantire "la trasparenza dell'attività amministrativa (nel caso di specie relativa all'erogazione di contributi economici) attraverso l'omissione dei dati personali e l'apposizione di diciture generiche o codici numerici sostitutivi" (16).

Se ne ricava una specifica conseguenza: che occorre redigere l'atto selezionando i soli dati necessari al perseguimento delle finalità dell'atto amministrativo, tenendo conto, però, di quanto indicato dalle norme sulla privacy, relativamente alla esposizione in maniera sintetica degli atti; non vi è alcun obbligo, invece, in merito ad una esposizione dei presupposti di fatto necessari all'emanazione dell'atto stesso né tantomeno alle indicazioni da inserire nel dispositivo, circa in particolare il destinatario.

È tuttavia possibile fare sintesi tra i due orientamenti sottolineando che non si deve ridurre il contenuto rendendolo praticamente incomprensibile e/o inintelligibile: il principio è che bisogna esaminare caso per caso, nelle deliberazioni da adottare, l'eventuale eccedenza dei dati personali, verificando l'eventuale comprensibilità ed intelligibilità dell'atto stesso.

Nella delibera in commento il Garante infatti sottolinea come "può risultare ad esempio utile menzionare tali dati solo negli atti a disposizione negli uffici (richiamati quale presupposto della deliberazione e consultabili solo da interessati e controinteressati), come pure menzionare delicate situazioni di disagio personale solo sulla base di espressioni di carattere più generale o, se del caso, di codici numerici".

Risulta, perciò, opportuno esaminare caso per caso al fine di verificare i dati personali inseriti nella deliberazione, verificando se l'atto, dopo eventuali tagli relativamente ai dati personali, in particolare per ciò che riguarda la parte in premessa, nonché per il dispositivo, risulta ancora comprensibile ai terzi. In altre parole se l'atto risulta ancora comprensibile, dopo i vari tagli operati, gli eventuali dati personali devono essere omessi.

6.3. La fase di pubblicazione

6.3.1. Le fonti inerenti alla pubblicazione degli atti del comune

Nel suo provvedimento, dopo aver ricordato che "tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono infatti pubblici, ad eccezione di quelli che siano considerati *riservati* per espressa indicazione di legge, oppure per effetto di una dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione poiché la loro diffusione può pregiudicare il diritto alla riservatezza di persone, gruppi o imprese (art. 10 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)", il Garante sottolinea che "per i comuni e le province è prevista per legge una modalità specifica per pubblicare atti e documenti, fermi restando i diritti di accesso a dati personali e a documenti amministrativi".

L'affermazione pecca sostanzialmente di imprecisione. In termini generali, la pubblicazione degli atti all'albo pretorio dell'ente locale mira, come noto, a garantire a ciascun soggetto dell'ordinamento la conoscenza delle regole giuridiche che è obbligato ad osservare (principio della certezza del diritto) ed a consentirgli le reazioni previste per la tutela dei suoi interessi (principio dell'azionabilità). In altri termini, le disposizioni sulla pubblicazione delle deliberazioni comunali sono finalizzate a fornire ai cittadini una conoscenza preliminare delle medesime che possa loro consentire di verificare per tempo l'operato del comune e di presentare, nei casi ammessi, osservazioni od esposti che possano eventualmente essere esaminati in sede di controllo e di approvazione della deli-

(16) Newsletter del 12 giugno 2007.

bera (Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 1994, n. 78).

Essa importa la piena conoscenza dell'atto, idonea a far decorrere il termine per la sua impugnativa, ma nel contempo "esige che siano noti non solo l'esistenza dell'atto, ma anche il relativo contenuto nei suoi termini essenziali" (C.G.A.R.S., 28 marzo 1991, n. 123). Del pari l'adozione di forme di pubblicità diverse da quelle espressamente previste non è idonea a creare "una presunzione legale di conoscenza dell'atto" (T.A.R. Puglia, Lecce, 26 novembre 1990, n. 1008). Anche in questo caso la pubblicazione mediante affissione all'albo pretorio dell'ente assolve allo scopo di fornire conoscenza legale della deliberazione ai fini della decorrenza del termine per la proposizione di eventuali impugnative. Tuttavia, il termine perentorio per l'impugnativa delle delibere comunali decorre dalla loro pubblicazione nei confronti della generalità dei soggetti, ma non anche per quelli direttamente contemplati in esse, per i quali l'anzidetto termine decorre dalla data di notificazione o comunicazione o piena conoscenza delle delibere stesse (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 29 novembre 1989, n. 963).

Se quindi "l'ente locale deve anche tenere presente che, per assicurare determinati effetti dichiarativi, il predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali prevede che la pubblicazione di tutte le deliberazioni del comune e della provincia debba avvenire non in rete, ma mediante materiale affissione all'albo pretorio nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo quanto previsto da specifiche disposizioni di legge (art. 124 d.lgs. n. 267/2000)" e quindi "la pubblicazione delle deliberazioni nell'albo pretorio è lecita e non contrasta, per ciò stesso, con la protezione dei dati personali, sempre che sia effettuata osservando gli accorgimenti di seguito indicati", nondimeno occorre sottolineare che analoga previsione non sussiste per la pubblicazione delle determinazioni dirigenziali. La giurisprudenza che se ne è occupata (decisione del Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2006, n. 1370, sottolinea che la pubblicazione all'albo pretorio del comune è prescritta dall'art. 124 t.u. n. 267/2000 per tutte le deliberazioni del comune e della provincia ed essa riguarda non solo le deliberazioni degli organi di governo (consiglio e giunta municipali) ma anche le determinazioni dirigenziali, dal momento che la parola "deliberazione" esprime *ab antiquo* sia risoluzioni adottate da organi collegiali che da organi monocratici ed essendo l'intento quello di rendere pubblici tutti gli atti degli enti locali di esercizio del potere deliberativo, indipendentemente dalla natura collegiale o meno dell'organo

emanante (17), si pone in deciso contrasto con quanto sostenuto dal Ministero degli interni (circolare n. 3/2001 del 27 aprile 2001), il quale, pur esprimendo l'avviso che l'eventuale pubblicazione delle determinazioni rientra nell'autonomia statutaria e regolamentare dell'ente, ha sottolineato al riguardo che le predette esigenze di trasparenza inducono a ritenere consigliabile la previsione di apposite forme di pubblicità, considerato che la legge non ne prevede la pubblicazione quale condizione di efficacia (circolare Ministero degli interni n. 3/2001 del 27 aprile 2001), come avviene per le deliberazioni di Giunta e di Consiglio, e ordinariamente esse divengono esecutive dal momento della attestazione della copertura finanziaria (art. 151, comma 4, t.u.).

In altri termini, la detta pubblicazione è prevista dall'art. 124 del decreto legislativo n. 267 del 2000 (t.u.e.l.) per le delibere degli organi di governo dell'ente territoriale, quali consiglio e giunta municipali, e costituisce – tra l'altro – segmento procedurale il cui adempimento è preordinato a far conseguire l'esecutività all'atto stesso, mentre – come è noto – il quadro normativo non contempla tale genere di pubblicità per le determinazioni dirigenziali (vedi Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2004, n. 762 e Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2003, n. 1239) al fine di determinare la tempestività dell'impugnazione delle stesse alle quali non si applica il principio secondo il quale la pubblicazione degli atti all'albo pretorio costituisce mezzo di conoscenza legale (anche ai fini dell'impugnazione) in quanto non prescritta da apposita disposizione legislativa e regolamentare. In questo caso il termine di impugnazione della determinazione dirigenziale per cui è causa decorre, pertanto, dal momento della effettiva conoscenza.

Ciò premesso, il provvedimento del Garante sottolinea riguardo alle delibere come "questa forma di pubblicazione obbligatoria non autorizza, di per sé, a trasporre tutte le deliberazioni così pubblicate in una sezione del sito Internet dell'ente liberamente consultabile. Al tempo stesso, la previsione normativa in questione non preclude neanche all'ente di riprodurre in rete alcuni dei predetti documenti, sulla base di una valutazione responsabile e attenta ai richiamati principi e limiti". E la medesima conclusione a mag-

(17) V. Corte Cost. nn. 38 e 39 del 1° giugno 1979 e Cons. Stato, sez. IV, n. 1129 del 6 dicembre 1977. A supporto di questa conclusione vengono invocate le recenti sentenze Cons. Stato, sez. V, n. 3058 del 3 giugno 2002 e T.A.R. Lazio, sez. II, n. 3958 del 31 ottobre 2003.

gior ragione vale – alla luce delle suesposte valutazioni – anche per le determine, per le quali come detto non sussiste alcun obbligo di pubblicazione all'albo e tantomeno sul sito web.

6.3.2. Le modalità di pubblicazione dei provvedimenti comunali

Il provvedimento del Garante ha un impatto assolutamente nuovo anche sulle modalità di pubblicazione degli atti comunali: è noto infatti che fino a ora per ciò che concerne le caratteristiche della pubblicità si sottolineava che “la pubblicazione o altre forme di pubblicità debbano riportare integralmente il contenuto dell'atto o del documento relativo, non essendo sufficienti al riguardo forme di pubblicità per estratto o in sintesi”.

Il suggerimento fornito dal Garante è invece quello di rispettare la riservatezza attraverso tutta una serie di accorgimenti a ciò finalizzati, ma che ovviamente impediscono una divulgazione totale e una pubblicità indiscriminata.

Si sottolinea infatti che se pure è vero che “con un approccio equilibrato e meditato, l'ente locale dovrebbe fare, opportunamente, largo uso di nuove tecnologie che facilitino la conoscenza da parte dei cittadini, tenuto conto anche del diritto all'utilizzo nei loro confronti delle tecnologie telematiche (art. 3 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale), (...) alcuni documenti possono essere forniti agevolmente ai cittadini solo a richiesta, altri possono essere pubblicati, anche in rete, integralmente o per estratto”.

Le considerazioni che abbiamo effettuato in precedenza circa le cautele da adottare sono in larga parte riproducibili per ciò che concerne la successiva fase di divulgazione degli atti: ma non coincidono *in toto* dal momento che le forme di pubblicità sono diversificate in relazione alla divulgazione all'albo pretorio e sul sito web. Potrà così accadere che un atto confezionato sia divulgato in parte all'albo pretorio e la sua divulgazione sia ancor più limitata sul web: il Garante sottolinea infatti che se “la pubblicazione delle deliberazioni nell'albo pretorio è quindi lecita e non contrasta, per ciò stesso, con la protezione dei dati personali, sempre che sia effettuata osservando gli accorgimenti di seguito indicati”, nondimeno, “questa forma di pubblicazione obbligatoria non autorizza, di per sé, a trasporre tutte le deliberazioni così pubblicate in una sezione del sito Internet dell'ente liberamente consultabile. Al tempo stesso, la previsione normativa in questione non preclude neanche

all'ente di riprodurre in rete alcuni dei predetti documenti, sulla base di una valutazione responsabile e attenta ai richiamati principi e limiti”.

6.3.3. I dati diffondibili dall'albo pretorio: pertinenza e non eccedenza (ed eventuale indispensabilità)

Nella delibera in commento del Garante, dopo aver richiamato le fonti inerenti alla pubblicazione degli atti all'albo pretorio, si sottolinea come questa forma di pubblicazione obbligatoria implicando alla diretta indicazione di dati personali nelle deliberazioni da pubblicare presso l'albo pretorio va rispettato il richiamato principio di pertinenza e non eccedenza (o, se i dati sono sensibili o giudiziari, di indispensabilità) rispetto alle finalità perseguite con i singoli atti.

6.3.4. I dati diffondibili dal sito web: temporaneità e selezionabilità

Il Garante con la decisione in rassegna pone in evidenza invece che – a differenza della pubblicazione all'albo pretorio – la diffusione di dati personali su Internet tramite pagina web è prevista con l'uso delle tecnologie dell'informazione alle condizioni fissate dall'ordinamento (artt. 50 e ss. d.lgs. n. 82/2005 citato).

Tuttavia, si sottolinea come, decorsi determinati periodi di tempo, la diffusione tramite siti web di tali dati possa comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti degli interessati specie se si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le loro finalità.

Ecco quindi che l'ente locale, oltre ad assicurare l'esattezza, l'aggiornamento e la pertinenza e non eccedenza dei dati, deve garantire il rispetto del diritto all'oblio dell'interessato una volta perseguite le finalità poste alla base del trattamento (art. 11, comma 1, lett. c), d) ed e), del codice). In tal caso l'ente, dopo aver valutato se è giustificato includere i documenti diffusi in eventuali sezioni del sito che li rendono direttamente individuabili in rete a partire anche da motori di ricerca esterni al sito stesso, deve individuare – opportunamente, con regolamento – periodi di tempo congrui rispetto alle finalità perseguite. Decorsi tali periodi, determinati documenti o sezioni del sito dovrebbero rimanere in rete, ma essere consultabili solo a partire dal sito stesso.

In questo quadro, l'ente locale deve prevedere le diverse forme di accessibilità ad atti e documenti evitando, per quanto possibile, di applicare modalità indifferenziate che non tengano conto delle finalità sot-

tostanti alla trasparenza, nonché delle diverse situazioni personali.

In questi casi occorre evitare, nuovamente, di considerare la protezione dei dati come un ostacolo alla trasparenza, prevenendo al tempo stesso la superflua e ingiustificata diffusione indifferenziata di specifiche informazioni e dettagli ininfluenti (che restano conoscibili, in base alla legge, dai soli soggetti legittimati nel caso concreto) (18).

Il Garante sottolinea inoltre – come ricordato in precedenza – che non è automatico trasporre “tutte le deliberazioni così pubblicate in una sezione del sito internet dell’ente liberamente consultabile. Al tempo stesso, la previsione normativa in questione non preclude neanche all’ente di riprodurre in rete alcuni dei predetti documenti, sulla base di una valutazione responsabile e attenta ai richiamati principi e limiti”.

6.4. Le conseguenze in tema di redazione degli atti: la diversità della redazione dell’originale e delle copie?

Un importante quesito che lascia insoluti il Garante è se le modalità e gli accorgimenti suggeriti riguardano lo stesso originale o solo la copia dell’atto.

È lecito infatti chiedersi se sussiste la concreta possibilità di distinguere tra originale redatto completo di tutti i dati (anche sensibili), e copia (da pubblicare invece con tutta una serie di *omissis* e accorgimenti atti a tutelare la riservatezza). La questione non

(18) Il Garante sottolinea al riguardo che “a parte quanto eventualmente previsto sul piano normativo per specifiche categorie di atti, il regolamento dell’ente locale può valorizzare l’utilizzo di reti civiche e telematiche per mettere a disposizione dei cittadini atti e documenti contenenti dati personali e che attengano, ad esempio, a concorsi o a selezioni pubbliche.

Laddove la finalità da perseguire riguardi prevalentemente solo una o alcune categorie di persone, andrebbero previste forme di accesso in rete selezionato, attribuendo agli interessati una chiave personale (username e password; n. di protocollo o altri estremi identificativi di una pratica forniti dall’ente agli aventi diritto). Ad esempio, la pubblicità tramite siti web su talune procedure concorsuali può essere perseguita divulgando integralmente alcuni atti (ad es., deliberazioni che indicano concorsi o approvano graduatorie), indicando invece in sezioni dei siti ad accesso selezionato alcuni dettagli conoscibili da interessati e controinteressati (elaborati, verbali, valutazioni, documentazione personale comprovante titoli).

Accorgimenti analoghi andrebbero previsti, a seconda dei casi, con riferimento alle graduatorie relative al riconoscimento di autorizzazioni, agevolazioni, benefici ed iniziative a vantaggio di categorie di cittadini (es., procedure per ammettere minori ad asili nido, per assegnare alloggi di edilizia residenziale pubblica, per valutare domande di mobilità o rilasciare autorizzazioni e concessioni edilizie).

è chiara, anche se nella citata deliberazione il Garante sembra optare per la soluzione negativa affermando che può risultare ad esempio utile menzionare tali dati solo negli atti a disposizione negli uffici (richiamati quale presupposto della deliberazione e consultabili solo da interessati e controinteressati).

In contrario, però, lo stesso Garante riconosce la distinzione tra “pubblicità”, “accessibilità” e “diffusione” che non esprimono sempre un’identica situazione. Inoltre la prassi conosce il caso in cui si verifica la differenza tra l’originale a disposizione degli uffici e copia divulgata: una conferma di ciò si rinviene nel fatto che nel procedimento di accesso la cura di salvaguardare le esigenze di riservatezza di terzi tramite l’adozione di particolari accorgimenti può essere attuata – e confermata dalla giurisprudenza – nel prudente apprezzamento che di essa fa l’amministrazione procedente attraverso (*omissis*) e mascherature, tali da evitare ogni indebita invasione nella vita privata di un soggetto determinato, dal momento che residua in capo all’amministrazione procedente un limitato ambito di discrezionalità per contemperare le modalità operative di rilascio della documentazione: una discrezionalità non sull’*an*, già deciso a monte dall’ordinamento (19), ma sul *quomodo* (aspetto che prima era stato disciplinato dal legislatore). Tale riservatezza non può ora essere efficacemente tutelata consentendo la sola visione della documentazione richiesta (negata dalla giurisprudenza), ma può, invece, essere salvaguardata con modalità diverse (ad esempio, schermando i nomi dei terzi interessati), senza limitare il diritto di accesso (20).

Il che potrebbe implicare quindi una diversità dell’originale (che non sarà pubblicato, ma sarà accessibile nei limiti e modi dell’art. 24) dalla copia, che poi sarà pubblicata sull’albo e sul sito web (non per esteso per via delle limitazioni che si sono poste in evidenza).

7. I contenuti del regolamento sull’informazione negli enti locali

7.1. Premessa introduttiva

Va preliminarmente sottolineato che il regolamento suggerito dal Garante deve anche dettare norme ne-

(19) “Il bilanciamento dei valori in gioco, ove riservatezza ed accesso entrino in rotta di collisione, è effettuato dall’alto direttamente dal legislatore”, Caringella in CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L’accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999.

(20) Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2223.

cessarie per assicurare ai cittadini, tra l'altro, il diritto "di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione" (art. 10 d.lgs. n. 267/2000 citato) in cui "l'ente locale deve prevedere le diverse forme di accessibilità ad atti e documenti evitando, per quanto possibile, di applicare modalità indifferenziate che non tengano conto delle finalità sottostanti alla trasparenza, nonché delle diverse situazioni personali".

Nascono, tuttavia, alcuni problemi di non facile soluzione al riguardo circa l'opzione suggerita dal Garante: l'art. 10 del t.u.e.l. disciplina, come detto, l'informazione dei cittadini agli atti amministrativi. *Quid iuris* se a visionare gli atti sia uno (ed è ciò che avviene con frequenza pressoché quotidiana) che non riveste la qualità di cittadino? Ed inoltre, come si concilia con tale dettato normativo il suggerimento del Garante di consentire l'accesso anche a documenti amministrativi (ad es. verbali) che non sono pure atti amministrativi (21)?

Non resta che optare per la soluzione che prefigura tale regolamento come ampliativo del diritto di accesso in senso stretto nella direzione prevista dall'art. 22 della legge 241, superando la barriera dell'interesse, ma rispettando pur sempre i limiti della riservatezza e del divieto del controllo generalizzato.

Il Garante precisa al riguardo che "tale regolamento non può rendere inefficaci eventuali limiti, cautele e modalità previsti da norme di settore, quali quelle che regolano la conoscibilità di atti e documenti concernenti:

- a) gli atti anagrafici;
- b) gli estratti degli atti dello stato civile;
- c) le pubblicazioni matrimoniali;
- d) l'organizzazione degli uffici;
- e) dati reddituali;
- f) retribuzioni, compensi ed emolumenti;
- g) autorizzazioni e concessioni edilizie".

Purtuttavia, alcune indicazioni del Garante circa i contenuti delle fattispecie da disciplinare nel regolamento rischiano di produrre una seria confusione circa il trattamento di dati comuni con quelli sensi-

bili e supersensibili, ai fini della loro divulgazione, in relazione al diverso trattamento degli stessi.

7.2. Le fattispecie indicate dal Garante

7.2.1. Albo dei beneficiari di provvidenze di natura economica

La fattispecie inerente all'albo dei beneficiari di provvidenze di natura economica rappresenta una tra quelle che maggiormente suscita interesse negli operatori e che viene per l'appunto esaminata nel provvedimento in questione.

Il Garante, dopo aver premesso le fonti inerenti a tale obbligo di pubblicazione, sottolinea al riguardo due distinti aspetti: il primo inerente all'esigenza di non diffondere ulteriori dettagli eccedenti, a seconda dei casi, rispetto alle finalità perseguite (quali, ad esempio, indirizzi, codici fiscali, coordinate bancarie, ripartizioni di assegnatari secondo le fasce dell'Isee-indicatore della situazione economica equivalente (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, recante "Definizioni di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, a norma dell'articolo 59, comma 51, della l. 27 dicembre 1997, n. 449"); il secondo, ben più significativo, afferente la correlativa esigenza di non diffondere i dati personali la cui diffusione possa creare imbarazzo, disagio o esporre l'interessato a conseguenze indesiderate (ad es., indicando fuori dei casi previsti analitiche situazioni reddituali o particolari condizioni di bisogno o peculiari situazioni abitative), specie in riferimento a fasce deboli della popolazione (minori di età, anziani, soggetti inseriti in programmi di recupero e di reinserimento sociale).

7.2.2. Procedure concorsuali e graduatorie

Un secondo argomento di cui si occupa la citata delibera del Garante è quello dei concorsi: in linea generale, come ha precisato la giurisprudenza più recente (22), la tutela della riservatezza dei terzi, prevista dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 come limite al diritto di accesso, riguarda la sfera degli interessi strettamente legati alla persona stessa, tant'è che l'esemplificazione offerta dall'articolo 24 menziona gli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale; tra questi non può certo comprendersi la redazione di elaborati destinati, per loro natura, al confronto con quelli di al-

(21) Il Garante sottolinea infatti che la stessa pubblicità tramite siti web su talune procedure concorsuali (e a questo punto si deve ritenere anche di appalto) può essere perseguita divulgando integralmente alcuni atti (ad es., deliberazioni che indicano concorsi o approvano graduatorie), indicando invece in sezioni dei siti ad accesso selezionato alcuni dettagli conoscibili da interessati e controinteressati (elaborati, verbali, valutazioni, documentazione personale comprovante titoli).

(22) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 1994, n. 21, in "Cons. Stato", 1994, I, 5.

tri candidati, in un contesto di competizione concorsuale che non si riduce al rapporto tra il candidato e l'amministrazione, ma coinvolge anche gli altri candidati in un necessario giudizio di relazione (23), quali i verbali d'esame e gli atti comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, quali gli elaborati delle prove d'esame. Del resto la trasparenza dei procedimenti concorsuali, sia pure sotto il diverso, ma collaterale, profilo dell'onere di motivazione, è espressamente affermata dalla legge n. 241 del 1990 con riferimento allo svolgimento dei pubblici concorsi (art. 3) (24). E ciò a prescindere dal rilievo che l'amministrazione, invece di negare completamente l'accesso, avrebbe potuto se mai tutelare l'anonimato dei compiti con l'omissione dei nomi degli autori (25).

La questione inerente ai limiti oggettivi del diritto di accesso consente inoltre di comprendere le finalità del diritto di accesso nella fattispecie *de qua*: infatti, la prevalenza dell'esigenza di trasparenza – considerato che lo scopo di tali procedure è proprio quello di selezionare i concorrenti migliori, in un contesto di competizione –, che non si riduce al rapporto tra il candidato e l'amministrazione, ma coinvolge anche gli altri partecipanti in un necessario giudizio di relazione (26), non ha al contrario ragione di essere nell'ambito scolastico dove non sussiste alcuna istituzionale competizione tra gli alunni, né una necessaria correlazione tra i risultati delle verifiche effettuate dall'amministrazione in ordine al loro profitto, per cui non può disconoscersi l'esistenza in capo ai singoli alunni – secondo la giurisprudenza (27) – di un interesse alla riservatezza meritevole di tutela *ex art. 24* (28).

(23) T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 19 settembre 1994, n. 339; T.A.R. Veneto, sez. I, 3 novembre 1999, n. 1771, in "Comuni d'Italia" 2000, p. 753.

(24) CASTIELLO F., *Il nuovo modello di azione amministrativa nella legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, Maggioli, 1996, p. 116. D'altro canto, le decisioni del giudice amministrativo hanno ritenuto sussistere il diritto d'accesso dei dipendenti di un ente concessionario *ex lege* di un pubblico servizio, in quanto la circostanza che il rapporto di lavoro sia regolato dalla disciplina privatistica non toglie, infatti, che l'ente in questione deve operare, anche nella gestione del rapporto con i dipendenti e, in generale, nell'ambito delle scelte di carattere organizzativo, nell'ottica del perseguimento degli interessi della collettività destinataria del servizio. Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 17 luglio 1997, n. 512, in "Foro Amm.", 1998, 925.

(25) Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 1994, n. 21.

(26) Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 1995, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 1994, n. 21.

(27) Tribunale amministrativo per la Sicilia, sez. III, 18 settembre 1995, n. 2122, in "Foro amm.", n. 4/96, p. 1376.

(28) Circa la possibilità di un accesso agli atti concorsuali, tra le molte, T.A.R. Puglia, Bari, 12 dicembre 1995, n. 1175.

Quindi, se l'interesse potrebbe apparire in astratto meritevole di tutela (in quanto generalmente atto a rilevare la eventuale disparità di trattamento, e quindi avente dignità di tutela anche giurisdizionale), nondimeno esso deve lasciare il passo ad altre esigenze che pure, secondo la giurisprudenza, appaiono prevalenti (29).

Alla luce di quanto sopra riferito, il concorrente ad una procedura concorsuale o paraconcorsuale (30) è titolare di un interesse giuridico alla regolarità del concorso che va senz'altro tutelato dal diritto d'accesso, in tal senso restando superate le esigenze di riservatezza dei terzi (31).

È quindi illegittimo il provvedimento tacito con cui si respinge la domanda di accesso agli atti di una selezione pubblica, presentata da un partecipante alla procedura (32).

Una parte della dottrina (33) escluderebbe dal diritto d'accesso solo i candidati che si sono ritirati, ossia che hanno rinunciato a partecipare alle prove, non configurandosi, nei loro confronti, quell'interesse giuridicamente rilevante che costituisce il presupposto del diritto d'accesso.

Ciò premesso, la delibera del Garante sottolinea come "indipendentemente dalla forma di diffusione adottata, è necessario richiamare nuovamente l'obbligo di rispettare il principio di pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati, risultando divulgabili solo i dati strettamente necessari per rendere conoscibile l'esito o la graduatoria di un concorso o di una selezione". Ecco quindi che "non risulta lecito, negli atti delle graduatorie concorsuali da pubblicare, inserire dati superflui quali recapiti di telefonia fissa o mobile, titoli di studio, codice fiscale. Vanno pubblicati solo i dati personali pertinenti e non eccedenti

(29) Circa il differimento dell'accesso all'adozione dell'approvazione del concorso, cfr. tra le tante Cons. Stato, ad. gen., parere 30/96 del 22 febbraio 1996; T.A.R. Lombardia, 23 aprile 1997, n. 517.

(30) Sotto questo profilo sono state assimilate alle procedure di concorso pubblico anche le procedure selettive riservate ai dirigenti sanitari: T.A.R. Puglia, sez. I, 17 febbraio 2000, n. 606, in "Trib. amm. reg.", 2000, I, 2050.

(31) Commissione per l'accesso, parere 2 dicembre 1998.

(32) T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1° marzo 2002, n. 1204. Sull'accesso agli atti concorsuali cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2003, n. 1837; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 9 febbraio 2002, n. 293.

(33) BIANCARDI S., *Il giusto equilibrio tra diritto di accesso e "privacy" nei pubblici concorsi. L'accesso agli elaborati delle prove scritte*, in "Rivista del personale dell'ente locale", nov.-dic., 1998, p. 885 e ss.

ai fini del corretto espletamento della procedura concorsuale e della sua rispondenza ai parametri stabiliti nel bando di concorso, in particolare elenchi nominativi ai quali vengano abbinati i risultati di prove intermedie; elenchi di ammessi a prove orali; punteggi riferiti a singoli argomenti di esame; punteggi totali ottenuti”.

Occorre inoltre sottolineare come le pubbliche amministrazioni non possono indicare nelle graduatorie dei lavoratori, accanto al nome, una dicitura che qualifichi talune persone come disabili o portatori di handicap; il Garante lo aveva già messo in risalto in precedenza ricordando, tra l'altro, che si tratta di diffusione di dati sanitari non legittimata neppure da ordinanze ministeriali (come nel caso trattato), in quanto norme di rango inferiore a quello legislativo e, pertanto, non in grado di derogare alla normativa sulla privacy, invitando le pubbliche amministrazioni ad utilizzare, in luogo di quella “incriminata”, diciture generiche o codici numerici.

7.2.3. Graduatoria ammissione asili nido

Un tema di cui ci si dovrà occupare in sede di regolamento è quello inerente alle graduatorie di ammissione agli asili nido. È noto che la domanda di accesso formulata ai sensi dell'art. 25, l. 7 agosto 1990, n. 241 in ordine alla graduatoria provvisoria per l'ammissione agli asili nido del comune non può essere accolta per quanto attiene alla conoscenza dei dati relativi ai soggetti non ammessi, che non possono più vantare alcuna situazione giuridicamente tutelata; diversa è invece la situazione dei soggetti ammessi, ciascuno dei quali potrebbe non avere i titoli richiesti o averne di inferiori rispetto all'interessato, cui non può essere negato il diritto di accedere alla documentazione relativa ai titoli valutabili per contestarne l'esistenza o la rispondenza ai criteri di assegnazione (34). È da aggiungere tuttavia che qualora si siano tenuti in conto criteri che siano collegati a dati sensibili (ad es. *handicap*) la graduatoria dovrà essere pubblicata senza l'indicazione dei punteggi parziali attribuiti ai singoli criteri collegati a dati sensibili. Non risulta inoltre lecito – secondo la delibera del Garante – “diffondere indifferenziatamente i punteggi parziali attribuiti a ciascun richiedente sulla base della documentazione presentata, laddove gli stessi siano idonei a rivelare informazioni particolarmente delicate per la dignità e la riservatezza dell'interessato. Ci si rife-

risce in particolare ai punteggi parziali conferiti in base alle specifiche condizioni soggettive ed oggettive del minore (ad esempio in affidamento familiare) e del suo nucleo familiare (posizione lavorativa dei genitori, presenza di persone diversamente abili), anche alla luce del richiamato divieto di diffondere dati idonei a rivelare lo stato di salute”.

La delibera sottolinea più in generale che “la graduatoria da affiggere all'albo pretorio deve essere parimenti priva dei dati non necessari ad assicurare il rispetto del principio di pubblicità e trasparenza dell'attività amministrativa tramite la relativa pubblicazione (condizione reddituale del nucleo familiare; ripartizione dei richiedenti secondo le fasce dell'Isee; indirizzi, domicili o residenze del minore), nonché di dati idonei a rivelare lo stato di salute degli interessati (art. 22, comma 8, del codice)”.

7.2.4. Alienazione e assegnazione di alloggi di edilizia agevolata

Un altro argomento di cui si occupa il Garante è quello inerente all'alienazione e assegnazione di alloggi di edilizia agevolata.

Gli artt. 22 e ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241, nel tutelare il diritto all'accesso agli atti amministrativi, non hanno imposto alle amministrazioni di attivare procedimenti volti all'acquisizione e all'elaborazione di dati statistici o conoscitivi del loro patrimonio immobiliare, per cui va escluso che mediante l'accesso possano chiedersi l'elaborazione e l'esibizione di vere e proprie relazioni sul numero degli alloggi comunali e sulle modalità della relativa gestione (35).

La giurisprudenza ha precisato altresì che l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi va temperato con l'esigenza di consentirlo solo nei limiti di un effettivo interesse del richiedente, per cui il privato che voglia conoscere la certificazione comunale al fine di verificare se l'immobile da lui occupato rientri o meno tra quelli di proprietà del suo dante causa dichiarati inagibili potrà vedere soddisfatta la pretesa all'esibizione integrale degli atti richiesti solo ove l'amministrazione comunale accerti in concreto che anche l'immobile da lui occupato sia stato oggetto di un procedimento per la dichiarazione di inagibilità (36).

In conseguenza di ciò il Garante (37) in precedenza

(35) Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 1997, n. 1314.

(36) Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 417.

(37) Parere emerso in data 3 settembre 1999.

(34) T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 ottobre 1997, n. 1549.

aveva espresso il parere che non sussistono problemi di privacy a divulgare gli atti relativi alla dismissione del patrimonio immobiliare di proprietà degli enti previdenziali, a patto che si adottino gli accorgimenti necessari a non divulgare informazioni non pertinenti. Il problema era stato sollevato dal Ministero del lavoro, che si era preoccupato di interpellare il Garante, prima di pubblicare gli elenchi degli immobili disponibili; al fine di rendere trasparenti le operazioni di dismissione, si rendeva necessario pubblicare l'elenco degli inquilini (che, godendo del diritto di prelazione, fossero stati intenzionati ad acquistare). La normativa sulla tutela della riservatezza, secondo quanto ribadito più volte dal Garante, non deve pregiudicare il principio della trasparenza dell'attività amministrativa, incentrata, nel caso specifico, sull'interesse pubblico a verificare i criteri di utilizzazione di beni pubblici o la correttezza di operato di organi.

L'unico limite è quello di pertinenza delle informazioni alle finalità di interesse pubblico perseguite, di modo che l'indicazione delle situazioni familiari o degli indirizzi degli interessati diventa un dato superfluo.

Con la delibera in questione viene ulteriormente precisato che "non risulta lecito diffondere indifferenziamente tutti i presupposti oggettivi e soggettivi che hanno determinato l'assegnazione degli alloggi di edilizia agevolata e riguardanti sia il richiedente, sia le persone appartenenti al medesimo nucleo familiare. Si pensi, ad esempio, a specifiche informazioni sullo stato di salute o condizione reddituale, a situazioni di grave disagio abitativo sofferte, alla presenza nel nucleo familiare di anziani o di persone diversamente abili, alla condizione di gestante o di genitore solo con figli minori a carico, alla situazione lavorativa del richiedente, all'indicazione del codice fiscale, alla fascia Isee di appartenenza.

La relativa graduatoria, oltre ai nominativi degli assegnatari corredata dalle informazioni necessarie a renderli identificabili (data di nascita, punteggio finale per l'assegnazione), non deve quindi contenere ulteriori dati personali contrastanti con il richiamato principio di pertinenza e non eccedenza, fermo restando il divieto di pubblicare dati idonei a rivelare lo stato di salute".

7.2.5. Graduatorie delle domande di mobilità

Le medesime cautele si applicano alla fattispecie delle graduatorie delle domande di mobilità, in quanto le graduatorie da pubblicare non devono riportare, accanto ai nominativi dei soggetti che hanno presentato domanda di trasferimento, riferimenti riguardan-

ti condizioni di salute che, nella varia casistica esistente, potrebbero giustificare una precedenza degli interessati.

7.3. Individuazione di altre fattispecie

Non c'è dubbio che le anzidette indicazioni appaiono senz'altro utili, ma sono per lo più sommarie e prive del riscontro della multiforme esperienza pratica che connota la pratica negli enti locali. Molte altre sono infatti le fattispecie da indicare all'interno del regolamento.

Una di queste fattispecie è infatti quella dell'accesso all'esposto presentato da un privato sulla base del quale è iniziato un procedimento amministrativo: a tal riguardo appare opportuno disciplinare la fattispecie – che riguarda dati comuni – aderendo all'impostazione sostenuta dal T.A.R. del Veneto, sez. II, con la sentenza 4 aprile 2004, n. 934 che, nel consentire la visione ed estrazione di copia di tutta la documentazione proveniente da fonte privata, sottolinea peraltro come sia necessario tutelare la privacy dell'autore dell'esposto con l'omissione del suo nome per evitare possibili ritorsioni. Infatti secondo il giudice amministrativo sussiste la necessità di tutelare la posizione di coloro che hanno sollecitato, con il proprio esposto, l'azione repressiva, onde evitare che detta collaborazione di fatto venga a mancare per timore di comportamenti ritorsivi: egli ritiene pertanto, che, nell'ambito di un adeguato temperamento degli opposti interessi, sia possibile consentire al ricorrente l'accesso, con la sola omissione – operazione quest'ultima di cui l'amministrazione si farà carico con i mezzi più opportuni ed idonei – dell'indicazione dei nomi degli autori dell'esposto.

Un'altra fattispecie è quella in materia di appalti, dove il rischio anche in questo caso connesso alla divulgazione di atti con dati comuni concerne la pubblicazione degli atti di gara con relative offerte economiche. Il caso si presenta di particolare interesse soprattutto con riferimento ai documenti presentati dalle ditte partecipanti ad un appalto-concorso ove vengono in rilievo contrapposti interessi di tutela della trasparenza delle decisioni tecnico-amministrative circa la validità dei progetti presentati e di garanzia della riservatezza dell'impresa con particolare riferimento ai suoi interessi industriali e commerciali.

Si è rilevato infatti che le conoscenze scientifiche e tecniche e i procedimenti realizzativi di particolare innovazione in specifici campi d'indagine costituiscono un vero e proprio patrimonio dell'impresa determinando "un apprezzabile e consistente interesse alla segretezza in capo al loro realizzatore".

Del resto, lo stesso ordinamento giuridico tutela in via generale tale diritto mediante un'apposita disciplina, anche di derivazione internazionale.

Il restringere l'accessibilità agli atti in conseguenza della necessità di salvaguardare la proprietà industriale non rappresenta del resto una novità rispetto alla normativa e alla prassi vigente: con particolare riferimento proprio alle procedure di appalto-concorso, l'art. 15 del d.lgs. n. 358/1992 prevedeva che "le amministrazioni sono tenute a rispettare il carattere riservato di tutte le informazioni fornite dalle imprese concorrenti" operando un contemperamento tra la trasparenza amministrativa e la tutela dei partecipanti che hanno redatto i progetti. Ora l'art. 13, comma 5, lett. a), del codice degli appalti sottolinea come siano esclusi il diritto di accesso e – si badi bene – **ogni forma di divulgazione** in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

La posizione favorevole della giurisprudenza nei riguardi della tutela del c.d. "know how d'impresa" era, peraltro, quanto mai netta, anche a prescindere da tale ultima circostanza. Si afferma infatti che "le conoscenze che nell'ambito della tecnica industriale sono richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia (...), ove presentino il carattere della novità (quando comportano vantaggi d'ordine tecnologico o competitivo) e della segretezza (quando non sono divulgate), assumono rilievo come autonomo elemento patrimoniale suscettibile di utilizzazione economica da parte del possessore anche se derivino (...) da ideazioni minori non costituenti vere e proprie invenzioni brevettabili" (38). In un caso di specie si è pertanto ritenuto legittimo il rifiuto opposto dall'amministrazione alla richiesta dell'impresa interessata di avere copia dell'offerta tecnica prodotta dalla ditta aggiudicataria sul presupposto che detta offerta implicava conoscenze scientifiche e tecniche e procedimenti realizzativi di particolare innovazione in specifici campi di indagine tali da costituire suo specifico patrimonio (39).

La delibera del Garante in commento sottolinea ora che non solo l'accesso, ma anche "la stessa pubblicità tramite siti web su talune procedure concorsuali (e a

questo punto si deve ritenere anche di appalto, *n.d.a.*) può essere perseguita divulgando integralmente alcuni atti (ad es., deliberazioni che indicano concorsi o approvano graduatorie), indicando invece in sezioni dei siti ad accesso selezionato alcuni dettagli conoscibili da interessati e controinteressati (elaborati, verbali, valutazioni, documentazione personale comprovante titoli)".

In definitiva, non solo l'accesso ma anche, come è ovvio, la stessa pubblicazione degli atti è condizionata nell'esercizio alle modalità stabilite espressamente dalla legge e suscettibile di essere esclusa o limitata al fine della salvaguardia di più rilevanti diritti o interessi di indole pubblica tra cui vi è anche quello alla riservatezza dell'impresa, con particolare riferimento ai suoi interessi industriali e commerciali. Questi ultimi vengono identificati con l'esigenza dell'impresa a che non si divulghi il suo patrimonio di conoscenze tecnologiche e scientifiche, nonché di quelle ideazioni innovative suscettibili di attribuire all'impresa vantaggi di ordine tecnologico o competitivo ed oggetto di specifica tutela giuridica, data dalle leggi sulla proprietà intellettuale (diritto d'autore e brevetti) ovvero dall'elaborazione giurisprudenziale in materia di *know how* d'impresa, segreti industriali e concorrenza sleale (40).

7.4. La similitudine con la vicenda dell'informazione nello sportello unico delle imprese

La vicenda della pubblicazione degli atti del comune sul sito web presenta molte similitudini con quelle relative alla trasparenza delle procedure autorizzatorie dei nuovi impianti produttivi: e le analogie hanno riguardato anche (e soprattutto direi) le soluzioni concretamente suggerite e adottate poi nella prassi.

È noto che fra gli interventi di semplificazione e riordino in favore delle attività produttive, l'art. 23, comma 1 del decreto legislativo n. 112/1998 attribuisce ai comuni "le funzioni amministrative concernenti la realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi, ivi incluso il rilascio delle concessioni o autorizzazioni edilizie"; l'art. 25 prescrive che "il procedimento amministrativo in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive è

(38) Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 1992, n. 659.

(39) T.A.R. Veneto, 1° luglio 1997, n. 1084.

(40) MIRATE S., *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della riservatezza*, in "I contratti dello Stato e degli enti pubblici", n. 1/98, p. 98.

unico” e che “l’istruttoria ha per oggetto in particolare i profili urbanistici, sanitari, della tutela ambientale e della sicurezza” dettando i principi cui si ispira tale procedimento, “disciplinato con uno o più regolamenti ai sensi dell’art. 20, comma 8 della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

Assume specifico rilievo al riguardo la previsione dell’art. 24 del d.lgs. n. 112/1998, che stabilisce che “ogni comune esercita, singolarmente o in forma associata, anche con altri enti locali, le funzioni di cui all’art. 23, assicurando che un’unica struttura sia responsabile dell’intero procedimento” (comma 1), e che “presso la struttura è istituito uno sportello unico al fine di garantire a tutti gli interessati l’accesso, anche in via telematica, al proprio archivio informatico contenente i dati concernenti le domande di autorizzazione e il relativo *iter* procedurale, gli adempimenti necessari per le procedure autorizzatorie, nonché tutte le informazioni disponibili a livello regionale, ivi comprese quelle concernenti le attività promozionali, che dovranno essere fornite in modo coordinato”; il successivo art. 25, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 112/1998, ha introdotto l’obbligo per la struttura unica comunale di dotarsi di un archivio informatico e di consentirne la consultazione a tutti i cittadini interessati anche in via telematica: esso, precisando che nel procedimento amministrativo in materia di autorizzazione all’insediamento di attività produttive va assicurata la “trasparenza delle procedure” ed in particolare “l’apertura del procedimento alle osservazioni dei soggetti portatori di interessi diffusi”, contempla la previsione di consentire a tutti gli interessati di accedere, gratuitamente (così come precisato dall’art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 447/1998), ai dati concernenti le domande di autorizzazione e il relativo *iter* procedurale, per visionare gli atti del procedimento e per estrarne copia in via esclusivamente informatica.

Anche in questo caso tuttavia ci si è posti il quesito circa il rischio della violazione del diritto alla riservatezza con specifico riguardo al *know how* proprietario delle imprese la cui divulgazione provocherebbe pregiudizio a queste e costituirebbe un vantaggio improprio per la concorrenza.

Al riguardo, si è sostenuto (41) che la norma prevede-

rebbe una forma di pubblicità in via telematica (mediante internet) *erga omnes* solo per “le informazioni concernenti l’insediamento e lo svolgimento delle attività produttive nel territorio regionale” (art. 23 d.lgs. n. 112/1998): essa riguarderebbe cioè le nuove opportunità offerte dalla disciplina comunitaria, nazionale e regionale, allo scopo di informare qualsiasi cittadino, anche straniero ed in particolare gli investitori, delle possibilità offerte dall’area locale in questione al fine di incentivare nuove iniziative industriali.

Per potere accedere alle informazioni circa il procedimento previsto in materia di sportello unico occorrerebbe invece dimostrare una situazione di interesse, costituente titolo legittimante per partecipare al procedimento (artt. 7 e ss. legge n. 241/1990) e comunque per accedere agli atti (artt. 22 e ss.), in guisa che in tal caso la pubblicità procedimentale avverrebbe, sempre mediante internet, solo *erga partes*, secondo la disciplina generale del capo III della legge n. 241/1990. Secondo la medesima autorevole opinione, assicurare l’accesso alle informazioni che riguardano i singoli procedimenti non già *a quisque de populo*, ma solo a coloro che possono fare valere un apprezzabile interesse e che comunque (come i portatori di interessi diffusi con formulazione analoga a quella dell’art. 9 della legge n. 241/1990 che prevede l’intervento, nell’ambito del procedimento amministrativo, dei portatori di tali interessi) hanno titolo, anche al-

(41) SESTINI R., *Lo sportello unico per le attività produttive, nel mutato quadro normativo scaturito dalle leggi n. 131/2003 di attuazione della riforma del titolo V della Costituzione e n. 229/2003 legge di semplificazione 2001, ed alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale ed amministrativa*, che cita al riguardo VIRGA G., in Lexitalia.

la stregua della legge n. 241/1990, ad intervenire nei procedimenti stessi, renderebbe facilmente risolvibile il problema della tutela della privacy (42).

8. I rapporti tra pubblicazione e accesso

Il provvedimento del Garante, paradossalmente, se da un lato trova dei significativi momenti di avvicinamento tra pubblicazione e accesso, accomunandoli sotto il profilo dei limiti di riservatezza e delle cautele da osservare per la divulgazione dei documenti, omette di affrontare un tema delicatissimo, ovvero quello del rapporto tra questi due istituti. Un indirizzo interpretativo aveva peraltro sottolineato come la figura dell'accesso a particolari atti indicati nell'art. 26 della l. 241/1990, di cui sia intervenuta la pubblicazione con le modalità previste dall'ordinamento di ciascun ente, goda di particolare autonomia rispetto alle ipotesi di accesso: secondo alcuni infatti per effetto della pubblicazione dell'atto, l'accesso, libero a tutti, non può più essere subordinato al possesso di condizioni soggettive di tipo particolare o in particolare della titolarità di interessi giuridicamente qualificati, né può essere assoggettato ad un consenso del-

l'amministrazione competente. La giurisprudenza ha tuttavia precisato al riguardo che l'interesse (personale, concreto e riferibile a una situazione giuridicamente rilevante) di un soggetto ad avere accesso agli atti dell'amministrazione non si dissolve per il solo fatto che la stessa ha già provveduto a dare adeguata pubblicità a tali atti, attraverso le forme di pubblicazione all'uopo previste dalla legge e segnatamente dall'articolo 26 della legge n. 241/1990. Esso prescrive, infatti, l'adozione di forme di pubblicazione particolari per tutta una serie di atti (direttive, programmi, istruzioni), elencati nel comma stesso, con i quali la p.a. dispone in via generale sulla organizzazione e sull'attività amministrativa, sulla interpretazione delle norme e sulla loro attuazione: ma ciò non esclude affatto che in relazione ad essi possa poi esercitarsi dagli interessati il diritto di accesso previsto dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 (43); la tutela di questo diritto, allo scopo di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'attività amministrativa, costituisce senza dubbio una condizione che deve essere garantita nella sua pienezza, nello stesso interesse pubblico, in via costante ed anche, quindi, successivamente al periodo dell'emanazione dell'atto od immediatamente susseguente.

In definitiva, la pubblicazione degli atti amministrativi può dunque considerarsi una sola delle forme di accesso ai documenti, la prima e certamente la più generale tra quelle possibili, e tuttavia soltanto sussidiaria e strumentale rispetto a quella puntualmente disciplinata dalla legge n. 241/1990 e dal relativo regolamento di attuazione; essa dunque, in quanto tale, è necessaria ma non sufficiente a realizzare le finalità della piena trasparenza dell'azione amministrativa perseguite dalla legge. E la deliberazione del Garante pone in evidenza tale aspetto, sottolineando come sia necessario assicurare "la pubblicità alla propria attività istituzionale (...) in rapporto alla protezione dei dati personali contenuti in atti e documenti resi accessibili ai cittadini".

(42) L'istituzione del registro informatico degli adempimenti amministrativi per le imprese sembra costituire il logico sviluppo delle procedure per lo sportello unico per le imprese anche dal punto di vista informatico.

L'art. 16 della legge n. 229/2003 prevede, infatti, che presso il Ministero delle attività produttive, che si avvale a questo scopo del sistema informativo delle camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura, sia istituito e pubblicato, su uno o più siti telematici individuati con decreto dello stesso Ministro delle attività produttive, il registro informatico degli adempimenti amministrativi per le imprese, contenente l'elenco completo degli adempimenti amministrativi previsti dalle pubbliche amministrazioni per l'avvio e l'esercizio delle attività di impresa, nonché i dati raccolti dalle amministrazioni comunali negli archivi informatici "di cui all'articolo 24, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112", ovvero negli archivi informatici degli sportelli unici comunali per le attività produttive.

È previsto che il registro, che si articola su base regionale con apposite sezioni del sito informatico, fornisca anche, peraltro solo "ove possibile", il supporto necessario a compilare in via elettronica la relativa modulistica. Del registro potranno altresì avvalersi gli enti locali, qualora non provvedano in proprio, per i servizi pubblici da loro gestiti.

Conseguentemente è fatto obbligo alle amministrazioni pubbliche, nonché ai concessionari di lavori e ai concessionari e gestori di servizi pubblici, di trasmettere in via informatica al Ministero delle attività produttive l'elenco degli adempimenti amministrativi necessari per l'avvio e l'esercizio dell'attività di impresa. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, saranno infine stabilite le modalità di coordinamento, di attuazione e di accesso al registro, nonché di connessione informatica tra le diverse sezioni del sito stesso.

(43) Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 1994, n. 78.

Diritto di accesso e tutela della riservatezza: tra potere amministrativo e autodeterminazione informativa

di Fabio Trojani

Introduzione

Il presente contributo ha ad oggetto l'esame del rapporto tra disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e i limiti in tema di tutela della riservatezza, al fine di ricostruire la *ratio* e le ragioni di un corretto contemperamento tra questi opposti interessi.

Il bilanciamento è effettuato direttamente dal legislatore, il quale esclude l'esercizio di un potere discrezionale, essendo previsto che l'accessibilità ai documenti è la regola e che le eccezioni (in termini di sottrazione o differimento della conoscibilità) devono essere tassativamente determinate dalle singole amministrazioni, secondo la legge n. 241/1990.

Un profilo che risulta poco esaminato riguarda, tuttavia, la limitazione alla conoscibilità dei dati contenuti nei documenti al fine di tutelare il diritto alla privacy, non escludendo l'accesso al documento, ma modulando, anche tenendo conto del potere di autodeterminazione informativa da parte dell'interessato al trattamento, la quantità e qualità dei dati da mostrare.

Risponde a questa esigenza la previsione da parte del d.P.R. n. 186/2004 dell'istituto della notificazione al "controinteressato" dell'istanza di accesso ai documenti, al fine di consentire l'esercizio del potere di opposizione per motivi legittimi (peraltro già espressamente previsto dall'art. 7, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 196/2003).

L'istanza di accesso ad un documento contenente dati personali di un terzo rappresenta una forma di comunicazione di dati personali, che secondo il codice privacy consiste nel dare "conoscenza di dati in qualunque forma, anche mediante la messa a disposizione (*estrazione*

di copia) o consultazione (*presa visione*)".

Nel presente contributo si tenterà di dare conto delle ragioni delle possibili limitazioni, senza ovviamente la pretesa dell'eshaustività, essendo un profilo che deve trovare una propria dimensione e contenuto, che piuttosto raramente e sporadicamente ha ancora interessato la giurisprudenza, essendo ancora scarsa l'attenzione specifica prestata ai principi generali del codice della privacy.

1. Diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della privacy: le ragioni di un corretto bilanciamento tra opposti interessi

L'articolo 22, comma 2, della legge n. 241/1990 (novellato dalla legge n. 15/2005) riconosce il diritto di accesso ai documenti amministrativi come "istituto rilevante al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa".

In particolare, la trasparenza è definita in dottrina come "conoscibilità dell'attività amministrativa e accessibilità ai documenti detenuti stabilmente dalla pubblica amministrazione, per finalità di esercizio dell'azione amministrativa" (1).

La circostanza che il funzionamento degli apparati amministrativi, l'elaborazione e l'attuazione delle politiche pubbliche, nonché la fornitura di servizi sociali individualizzati richiedano la raccolta e l'elaborazione di

(1) V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990 - I parte*, che considera questo criterio con significato della "conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, e quindi controllabilità, accessibilità agli atti e ai documenti del procedimento, già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo".

informazioni dettagliate e precise comporta la necessità di disciplinare l'attività di trattamento dei dati, anche con riferimento all'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che rappresentano strumenti ormai indefettibili.

L'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale) dispone che "la partecipazione al procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi sono esercitabili mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione secondo quanto disposto dagli articoli 59 e 60 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445"; il successivo articolo 12 del medesimo decreto al comma 1 prevede che "le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione".

Le esigenze della trasparenza, nonché quelle della garanzia della partecipazione e dell'accesso ai documenti devono essere favorite dall'utilizzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, salvaguardando, tuttavia, la tutela della sfera privata e della riservatezza dalla eccessiva invasività da parte degli apparati pubblici e dei terzi, che abbiano o manifestino un interesse a partecipare all'azione amministrativa o che chiedano di conoscere documenti e dati riferiti a terzi, per esigenze di cura e difesa di un proprio interesse diretto, concreto e attuale.

Queste esigenze sono recepite dall'art. 22, comma 3, della legge n. 241/1990, che statuisce che "tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6".

Le limitazioni al diritto di accesso sono:

- a) direttamente disciplinate dal legislatore, che prevede la "non ammissibilità delle istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni" e la "non accessibilità delle informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo";
- b) rimesse alla determinazione autonoma da parte delle singole pubbliche amministrazioni, nell'ambito di un contesto legislativamente predeterminato e vincolato (costituendo la sottrazione o il differimento dell'accesso un'eccezione rispetto alla regola della trasparenza). Tra i casi possibili l'art. 24, commi 1 e 6, della legge n. 241/1990 contempla le ipotesi in cui "i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interes-

si epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

Quest'ultimo inciso intende chiarire che anche nelle ipotesi in cui i dati personali siano stati forniti dall'interessato non vi è una deroga alla tutela della riservatezza e alla protezione dei dati personali: il soggetto che per ottenere un servizio individualizzato o che per esigenze amministrative è "costretto" a fornire i propri dati personali, non perde comunque il controllo sugli stessi, né autorizza l'amministrazione a poterli comunicare a terzi in modo assoluto e senza limitazioni.

Il rapporto tra diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi richiede, quindi, la necessità di un bilanciamento tra i due opposti interessi in gioco, che deve svolgersi considerando la necessità della conoscenza e dell'informazione e il diritto all'autodeterminazione informativa, che la Corte Costituzionale tedesca, in una decisione del 1983, ha definito come "il diritto del singolo di decidere circa la cessione e l'uso dei propri dati personali, diritto che poteva essere limitato da esigenze sociali, ma solo in presenza di un fondamento legislativo, di uno scopo preciso e nei limiti della proporzionalità". È questa l'essenza della tutela della privacy, che, per essere compresa appieno, nella sua portata e dimensione dinamica, richiede di considerarne l'origine, che si radica nel famoso contributo pubblicato da Samuel Warren e Louis Brandeis nel 1890 su una rivista giuridica specializzata: il "*right to privacy*" è stato formulato in termini di "diritto ad essere lasciato solo" (*right to be let alone* connesso coi tradizionali temi della tutela della proprietà e del domicilio), ma già all'epoca si cominciava a profilare una dimensione dinamica, che troverà una propria specifica consacrazione nella direttiva 95/46/Ce e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Nel corso di questi anni, anche in considerazione dell'evoluzione tecnologica e del ricorso a banche dati sempre più sofisticate, si è preso atto che la privacy non può essere confinata negli angusti limiti della tutela della vita privata e familiare, ma che possa essere violata non solo e non tanto mediante l'intromissione nella sfera intima di un individuo, quanto anche a seguito della rilevazione e della diffusione a terzi delle informazioni detenute, soprattutto, come detto, mediante l'avvento delle moderne e diffuse tecnologie della comunicazione elettronica.

Per questi motivi, all'autodeterminazione sui propri dati si oppone il diritto alla conoscenza e all'informazione, funzionale all'autodeterminazione (privata e pubblica) di chi è interessato a conoscere e ad elaborare i dati

(sia esso pubblica amministrazione o azienda che eroga servizi o produce beni).

Trattandosi di interessi opposti non si può ragionare in termini di far prevalere l'uno sull'altro, ma occorre procedere nell'elaborare soluzioni operative, che ne consentano la congiunta soddisfazione.

Quando si parla di "tutela della vita privata e della riservatezza", di conseguenza, si fa riferimento ad un diritto complesso, che comprende aspetti diversi:

- a) da una parte, la difesa di una zona di intimità, in cui essere lasciati in pace, da soli (potere di regolare l'accesso alla propria sfera personale, di permettere o vietare l'intromissione di chi vuole conoscere ciò che più da vicino ci riguarda);
- b) dall'altra, si fa riferimento al controllo sulle informazioni che riguardano la nostra persona in tutte le sue espressioni.

Con sentenza n. 990 del 1963 la Cassazione da un lato escludeva l'esistenza di un "diritto alla riservatezza in senso tipico", dall'altro, tuttavia, cominciava a delineare che "la tutela giuridica deve ammettersi nel caso di violazione del diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto *erga omnes* alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo. Tale diritto è violato se si divulgano notizie della vita privata, le quali, per tale loro natura, debbono ritenersi riservate, a meno che non sussista un consenso, anche implicito, della persona, desunto dall'attività in concreto svolta o, data la natura dell'attività medesima e del fatto divulgato, non sussista un prevalente interesse pubblico di conoscenza che va considerato con riguardo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale inerente alla posizione del soggetto".

Con la sentenza 27 maggio 1975, n. 2129 la Suprema Corte ha finalmente riconosciuto il diritto alla riservatezza come una posizione giuridica soggettiva autonoma "consistente nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti".

La tutela della privacy (nella nuova forma del diritto alla protezione dei dati personali, riconosciuto in capo a ciascun soggetto dall'articolo 1 del codice della privacy e oggetto di specifica garanzia, nell'articolo 2 del d.lgs. n. 196/2003) diviene un "modo per promuovere la parità di trattamento tra i cittadini, per realizzare l'eguaglianza e non per custodire il privilegio".

Infatti, il codice in tema di protezione dei dati personali non detta regole per tutelare il segreto e proteggere la sfera privata dall'ingerenza altrui, ma disciplina l'attività di trattamento dei dati personali, che deve svolgersi "nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali".

Il codice della privacy cerca un equilibrio tra l'esigenza della circolazione delle informazioni e della conoscenza (2) rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, tra cui (secondo un'interpretazione autentica) vengono espressamente richiamati il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali.

La ricerca di questo equilibrio è stata prevista anche dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 (come novellato dalla legge n. 15/2005), che cerca un raccordo tra le ragioni della tutela e della garanzia dell'accesso ai documenti amministrativi (per esigenze di necessità di cura e difesa di un proprio interesse giuridico) e quelle specificamente connesse alla garanzia della protezione dei dati personali.

L'essenza del rapporto tra questi due opposti interessi considerati è rinvenibile in questa duplice dimensione:

- da un lato, l'esigenza di tutelare la vita privata e la riservatezza può determinare i casi di sottrazione e di differimento dell'accesso ai documenti amministrativi;
- dall'altro, la necessità di cura e difesa di un interesse giuridico, per cui si richiede l'accesso al documento amministrativo e ai dati, trova nel diritto alla protezione dei dati personali i propri limiti, dovendosi valutare caso per caso ed in concreto, applicando i principi generali del codice della privacy, la necessità e la stretta indispensabilità di conoscere le informazioni riferite a terzi rispetto alle esigenze di cura e difesa.

Del resto, il d.lgs. n. 196/2003 non richiede ai soggetti pubblici, per il trattamento dei dati personali, l'obbligo di acquisire il consenso al trattamento, potendo

(2) Nei considerando della direttiva 95/46/Ce al numero 8) viene espressamente dichiarato che, "per eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali, il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone relativamente al trattamento di tali dati deve essere equivalente in tutti gli Stati membri; che tale obiettivo, fondamentale per il mercato interno, non può essere conseguito esclusivamente attraverso l'azione degli Stati membri, tenuto conto in particolare dell'ampia divergenza esistente attualmente tra le normative nazionali in materia e della necessità di coordinarle affinché il flusso transfrontaliero di dati personali sia disciplinato in maniera coerente e conforme all'obiettivo del mercato interno ai sensi dell'articolo 7 A del trattato"; risultando, pertanto, necessario un intervento della Comunità ai fini di un ravvicinamento delle legislazioni.

procedere alla raccolta dei dati nelle ipotesi in cui sia strumentale all'esercizio di funzioni pubbliche; tuttavia, per comunicare i dati personali a soggetti (terzi) determinati occorre una espressa previsione di legge o di regolamento (ai sensi dell'art. 19, comma 3, e dell'art. 20, comma 2, del codice della privacy), per cui è in questi termini che la generale disciplina dettata dalla legge n. 241/1990 e quella particolare (da prevedere con autonomo regolamento, che abbia ad oggetto la sottrazione o il differimento dell'accesso) appaiono compatibili rispetto all'esigenza di garantire la protezione dei dati.

L'elemento di flessibilità nel sistema considerato, che risulta legislativamente vincolato, è dato dal potere di autodeterminazione riconosciuto al soggetto interessato, che sovente può subire o dover sopportare (suo malgrado) il trattamento per esigenze di esercizio di pubbliche funzioni (essendo strumentale e indispensabile rispetto alle funzioni istituzionali dell'ente), che non richiede il consenso dell'interessato, anche in tema di accesso a documenti contenenti i suoi dati personali.

Tuttavia, in questa ultima ipotesi il procedimento di accesso richiede un contraddittorio tra i soggetti interessati, al fine di consentire l'esercizio del potere di autodeterminazione informativa, di cui si è detto in precedenza richiamando la Corte Costituzionale tedesca, consistente nella facoltà di esercitare il diritto di opposizione per motivi legittimi (espressamente disciplinato dall'art. 7, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 196/2003).

2. La tutela della vita privata e del diritto alla riservatezza come ipotesi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi

L'art. 24, comma 6, lett. d) della legge n. 241/1990 consente di escludere il diritto di accesso ai documenti "che riguardino la vita privata e la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni". Sulla natura del diritto alla riservatezza si è detto nel paragrafo precedente, dovendo aggiungere che questo diritto non è riferito esclusivamente alle persone fisiche, ma è esteso – per espressa previsione normativa – anche alle persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni. Nel recente codice dei contratti, si rinviene una specifica tutela delle imprese e dei soggetti in tema di conoscibilità dei documenti relativi alle procedure di scelta e aggiudicazione degli appalti pubblici (cfr. art. 13, comma 5, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

La tutela della vita privata è prevista nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 10 dicembre 1948 (cfr. art. 12),

e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (art. 8).

Di recente, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000) e, da ultimo, nella Costituzione europea (del 29 ottobre 2004) sono espressamente riconosciuti il "diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle proprie comunicazioni" e il "diritto alla protezione dei dati personali".

Quest'ultimo nasce a seguito dell'evoluzione che ha caratterizzato il concetto di privacy, in base alle esigenze poste dall'utilizzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione sempre più invasive, che richiedono la tutela del dato personale in modo oggettivo, mediante l'adozione di misure di prevenzione e di protezione.

Questo diritto è riconosciuto come posizione giuridica soggettiva individuale, ma è finalizzato a garantire un interesse di natura generale, tanto è che si prevede l'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente, nell'ordinamento di ogni Stato membro, secondo quanto previsto dalla direttiva 95/46/Ce e da ultimo dalla Carta dei diritti fondamentale dell'Ue (cfr. art. 8), divenendo così un'autorità di natura costituzionale.

L'esigenza di tutelare la vita privata, nonché quella della protezione dei dati personali costituiscono le novità più rilevanti introdotte dalla legge n. 15/2005, che ha novellato l'art. 24, inserendo i commi 6 e 7.

In particolare, il comma 6 prevede la facoltà (non costituendo un obbligo) del Governo di adottare un regolamento che determini le categorie di documenti sottratti al diritto di accesso per esigenze di tutela degli interessi ivi contemplati, tra cui, come detto, quelli riguardanti la tutela della vita privata (il riferimento è ovviamente alle sole persone fisiche e rappresenta una novità rispetto alla versione precedente) e della riservatezza.

Il comma successivo (cfr. art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990) prevede che in caso di necessità per esigenze di cura o difesa dell'interesse giuridico deve comunque essere consentito l'accesso ai documenti, derogando ai casi di sottrazione o differimento dell'accesso alle categorie di documenti, individuati dalle singole amministrazioni ai sensi del comma 2 del medesimo articolo.

Tuttavia, e qui sta la novità più interessante, la tutela della vita privata e della riservatezza richiedono una valutazione ulteriore, che si sostanzia nell'obbligo del contenimento delle disposizioni sul diritto di accesso rispetto alle norme dettate dal codice della privacy, in un'ottica di bilanciamento graduato e non rimesso esclusivamente alla discrezionalità delle singole amministrazioni.

Queste possono individuare – in via astratta e generale – le categorie di documenti sottratti all'accesso, “con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari”, ma nel caso di richiesta di conoscere dati di terzi devono procedere ad una valutazione in concreto della necessità e (ove oggetto siano i dati sensibili o giudiziari) della stretta indispensabilità della conoscenza dei dati rispetto al sottostante interesse da curare o difendere.

Proprio l'esigenza di bilanciare gli opposti interessi (accessibilità vs. diritto alla protezione dei dati e non riservatezza, si noti bene) impone una corretta determinazione a cura delle singole amministrazioni, potendo determinarsi una limitazione (e non la sottrazione) della conoscibilità dei documenti (e dei dati).

In altre ipotesi, l'esigenza di garantire il diritto alla riservatezza può essere oggetto di una previsione del differimento dell'accesso in luogo della sottrazione (che come detto costituisce comunque un'eccezione alla regola della trasparenza).

Altra ipotesi di differimento della conoscibilità dei dati è rinvenibile nell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000, secondo cui “tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese”.

Che, in quest'ultima ipotesi, si tratti di un caso ulteriore di differimento si ricava da una interpretazione testuale, essendo qualificata la dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia come temporanea, per cui si esclude la facoltà di adottare un provvedimento *sine die*. La norma in esame non riguarda l'accesso agli atti del comune o della provincia, ma la loro diffusione (che consiste nel dare conoscenza dei dati a soggetti indeterminati), quindi la pubblicazione o comunque conoscibilità senza obbligo di identificazione, che può avvenire all'albo pretorio, ma anche in rete, sul sito internet dell'ente (cfr. d.lgs. n. 82/2005).

A tal proposito, si rinvia a quanto di recente stabilito nelle linee guida in tema di pubblicazione degli atti adottate dal Garante per la protezione dei dati personali il 19 aprile 2007 (pubblicate in *G.U.* n. 120 del 25 maggio 2007).

L'Autorità garante richiama l'attenzione degli enti locali alla disciplina delle modalità di pubblicazione degli at-

ti e alla determinazione delle linee guida in tema di politica della trasparenza dell'ente, disciplinando ipotesi, strumenti e limiti.

Ritornando alla facoltà di determinare i casi di sottrazione del diritto di accesso, la Commissione sul diritto di accesso, nell'esercizio dei propri poteri consultivi, ha raccomandato, in particolare agli enti locali, che “nei singoli regolamenti le amministrazioni devono: 1) indicare tassativamente le categorie di documenti inaccessibili individuandole con sufficiente certezza; 2) specificare per ciascuna categoria la durata della sottrazione all'accesso che, solo se necessario, potrà essere a tempo indeterminato” (3).

3. La riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali come limite di natura interna alla conoscibilità dei dati personali in sede di accesso ai documenti

L'art. 25, comma 3, della legge n. 241/1990 dispone che “il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati”.

Tra i limiti stabiliti dall'art. 24 le esigenze di tutela della riservatezza e della vita privata non riguardano solamente la determinazione dei casi di sottrazione o differimento, ma rilevano con riferimento specifico alla facoltà della limitazione dell'accesso, che richiede il contemperamento delle disposizioni della legge n. 241/1990 rispetto a quelle dettate dal codice della privacy.

In particolare, il rapporto tra questi due ordini normativi non deve avvenire in termini di contrapposizione (tutelando un interesse a discapito dell'altro o viceversa), ma secondo un'ottica di ricerca di un equilibrio mediante la possibilità della limitazione dell'accesso, effettuando un bilanciamento, che (per quanto riguarda la facoltà di sottrazione o differimento) non è rimesso alla discrezionalità dell'ermeneuta, ma, come correttamente sostenuto in dottrina, è “effettuato dall'alto direttamente dal legislatore” (4).

Si tratta, nello specifico, di un “bilanciamento normativo flessibile” (5) fondato più sui fini e gli scopi della ri-

(3) Cfr. Commissione diritto di accesso direttiva 3 giugno 1999, n. 5840 e direttiva 23 aprile 2001, n. 3877, disponibili in rete all'indirizzo <http://www.governo.it>.

(4) Cfr. CARINGELLA F., *Ancora fitta la nebbia sull'accesso ai dati personali (sensibili e non)*, in nota alla decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, in “Foro. it”, 1998, III, 609 e ss., colonna 611.

(5) Sul punto si vedano le considerazioni da ultimo di TESSARO T., *Ancora sull'istanza di accesso ai controinteressati*, in “La Gazzetta degli Enti Locali”, Maggioli Editore, 26 giugno 2007.

chiesta di ostensione del documento, che sulla predeterminazione legislativa diretta a risolvere il caso specifico. Infatti, come detto, i casi di sottrazione e di differimento devono essere tassativamente previsti con regolamento governativo e con determinazione delle singole amministrazioni (di norma con regolamento), dovendosi comunque ammettere l'accesso, secondo quanto previsto dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 (ove vi sia la necessità della cura o difesa di un interesse).

Il codice della privacy, tuttavia, nel dettare le regole per garantire che il trattamento dei dati si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, ha previsto una serie di principi generali (cfr. articolo 11, comma 1), al fine di garantire la circolazione delle informazioni e il trattamento dei dati per soddisfare finalità pubbliche, nel rispetto comunque della riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali.

I principi generali in tema di *data protection* riguardano:

- a) l'esigenza che ogni trattamento abbia uno scopo determinato, esplicito e legittimo;
- b) il limite all'utilizzo dei dati nei soli casi di necessità (cfr. art. 3 del d.lgs. n. 196/2003);
- c) la proporzionalità e l'adeguatezza dei dati, ossia la pertinenza, non eccedenza e completezza dei dati rispetto alle finalità (ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. d), e, per i dati sensibili e giudiziari, secondo quanto previsto – esclusivamente per i soggetti pubblici – dall'art. 22, commi 3 e 5, del codice della privacy).

Contemperare le ragioni dell'accesso rispetto a quelle della riservatezza e della vita privata, significa procedere ad una valutazione in concreto non solo della necessità della conoscenza dei documenti in base all'interesse da curare o difendere, ma, soprattutto, rapportare la quantità e qualità dei dati personali contenuti nel documento (riferiti a terzi) da utilizzare per esigenze di cura o difesa.

Questa valutazione (rimessa al responsabile del procedimento) deve essere oggetto di specifica motivazione, che dia conto delle eventuali limitazioni del diritto di accesso, conseguenti all'applicazione in concreto e caso per caso dei principi dettati dal codice della privacy, ed in particolare dei limiti della proporzionalità e dell'adeguatezza dei dati rispetto alle finalità del trattamento (che nel caso di specie sono costituite dall'interesse diretto, concreto e attuale che l'interessato ha palesato nell'istanza di accesso presentata formalmente).

Nell'ipotesi di richiesta di ostensione di dati di natura sensibile o giudiziaria, questa limitazione può essere ancor più stringente, dovendosi ammettere la conoscibilità delle informazioni riferite a terzi solo nelle ipotesi di

stretta indispensabilità (come espressamente disposto dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, che richiama l'articolo 22 del d.lgs. n. 196/2003).

Il comma 5 di quest'ultimo dispone, in particolare, che "al fine di assicurare che i dati sensibili e giudiziari siano indispensabili rispetto agli obblighi e ai compiti loro attribuiti, i soggetti pubblici valutano specificamente il rapporto tra i dati e gli adempimenti": questa previsione può trovare applicazione anche con riferimento all'obbligo di provvedere in ordine ad una richiesta di accesso ai documenti.

Appare, quindi, condivisibile la posizione della dottrina, secondo cui il bilanciamento tra i due interessi considerati è direttamente effettuato dal legislatore, ma in modo flessibile, nel senso che spetta al funzionario (in qualità di responsabile del procedimento di accesso) valutare in concreto i dati personali (contenuti nel documento) pertinenti, non eccedenti e completi rispetto alla necessità della cura e difesa dell'interesse (oggetto dell'istanza di accesso) ovvero nei limiti strettamente indispensabili (se trattasi dei dati c.d. "sensibili o giudiziari", di cui si richiede l'ostensione).

L'aver previsto l'obbligo della notifica al controinteressato (ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 184/2006) rappresenta, quindi, elemento necessario e indefettibile per consentire la valutazione considerata, mediante un bilanciamento tra gli interessi coinvolti, per garantire la partecipazione del soggetto cui si riferiscono i dati personali (6). L'istituto considerato, funzionalmente omogeneo all'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento (ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990), risulta limitato sotto il profilo soggettivo solamente a coloro che possono vedere compromesso il diritto alla riservatezza, in quanto è finalizzato a consentire l'esercizio del diritto di opposizione per motivi legittimi. Questa prerogativa, che rientra nell'ambito dei poteri di autodeterminazione informativa, di cui si è già detto in precedenza (cfr. paragrafo 1), trova la sua ragione nell'art. 7, comma 4, lett. a), del codice della privacy, che prevede, appunto, la facoltà in questione (che proprio con riferimento ad una richiesta di comunicazione dei dati personali al terzo richiedente è il solo provvedimento idoneo a consentire una valutazione ponderata e completa).

Viene da chiedersi quali possano essere le conseguenze di un'eventuale omissione o violazione delle disposizioni testé considerate: si deve ritenere che, oltre ad un vi-

(6) Sul punto si rinvia a OLIVERI L., *La comunicazione dell'istanza di accesso ai controinteressati*, in "Gazzetta degli Enti Locali", Maggioli Editore, 14 giugno 2007.

zio di legittimità, possa trovare applicazione la sanzione prevista dall'art. 11, comma 2, del codice della privacy, consistente "nell'inutilizzabilità dei dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in tema di trattamento dei dati personali".

Questo rimedio, che mira a congelare l'azione altrui, ha natura preventiva e può rilevare sia in una dimensione statica (qualora non sia stata concessa al controinteressato la possibilità di interloquire, esercitando il potere di opposizione), sia sotto un profilo dinamico, qualora si dimostri che il dato personale contenuto nel documento, di cui si è ottenuta l'ostensione, in realtà non risulta essere pertinente ovvero strettamente indispensabile rispetto alla cura e difesa dell'interesse giuridico.

L'interessato, cui si riferiscono i dati personali, potrà, conseguentemente, far valere le proprie ragioni in sede amministrativa, esercitando i poteri di natura inibitoria con ricorso al Garante chiedendo il blocco dei propri dati (dopo aver presentato istanza di interpello preventivo, salvo i casi di pregiudizio nel ritardo) e in sede (giudiziale o) giurisdizionale, a seconda dei casi, invocando l'applicazione diretta dell'art. 11, comma 2, del codice della privacy e procedendo a richiedere il risarcimento del danno subito, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003.

La notificazione al controinteressato, obbligatoria perché finalizzata a consentire la partecipazione procedimentale (7), può avere conseguenze non solo per il funzionario che non vi abbia ottemperato, ma anche per il soggetto che abbia ricevuto in visione o in copia i dati (soprattutto di natura particolare), che li potrà utilizzare per la cura o difesa di un proprio interesse giuridico nel rispetto dei principi generali previsti dall'art. 11, comma 1, sotto pena di vedersi contestare la non utilizzabilità delle informazioni raccolte e detenute, in violazione di legge.

Il limite della stretta indispensabilità, peraltro, non riguarda solamente le informazioni che possono essere rese conoscibili (ove abbiano forma di documento amministrativo), ma per quanto riguarda i dati sensibili o giudiziari, secondo il combinato disposto degli articoli 24, comma 7, della legge n. 241/1990 e 22, comma 9, del codice della privacy, anche le operazioni di trattamento che un soggetto pubblico può esercitare e, conseguentemente, nel caso del diritto di accesso la forma stessa dell'ostensione del documento richiesto (estrazione di copia ovvero la sola presa visione).

(7) Sul punto si rinvia ai contributi di OLIVERI L. e TESSARO T., *op. cit.*

Rispetto alle prime pronunce giurisprudenziali, che, peraltro, non hanno riguardato l'accesso a dati di natura particolare, a parere di chi scrive, pur essendo venuto meno nel testo novellato il limite della sola presa visione, nel caso dell'esigenza di tutela del diritto alla riservatezza (previsto nella forma originaria dall'art. 24, comma 2, lett. d), della legge n. 241/1990), si deve ritenere che in sede motiva, in applicazione del limite della stretta indispensabilità, un soggetto pubblico possa limitare l'accesso ai dati sensibili o giudiziari consentendone la sola presa visione, previa valutazione caso per caso ed in concreto del limite considerato.

Infine, l'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 dispone che in caso di richiesta di accesso a dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, si debba procedere nei termini previsti dall'art. 60 del codice della privacy, ossia solamente ove "la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile".

Con questa disposizione il legislatore ha fatto propria la lettura estensiva ed in termini funzionali che era stata fornita in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2001, n. 1882) (8).

(8) In questa pronuncia, sotto il vigore della legge n. 675/1996, si coglie la natura del "doppio binario a seconda che la richiesta ostensiva riguardi documenti contenenti i dati personali ordinari di cui all'art. 27, l. n. 675/1996 (nel qual caso trova applicazione la disciplina di cui all'art. 24, comma 2, lett. d), l. n. 241/1990, come ricostruita dall'adunanza plenaria nella citata pronuncia n. 5/1997), ovvero i dati sensibili ex art. 22 della legge del 1996: in quest'ultimo caso, infatti, ed in attesa dell'intervento di quella disciplina legislativa cui rinvia il richiamato art. 22, comma 3, l. n. 675/1996, le ragioni della trasparenza amministrativa sono repute subvalenti rispetto a quelle di gelosa e rigorosa salvaguardia della privacy, ancorché sia chiamato in causa il fondamentale principio di cui all'art. 24 Cost.". I giudici, con riferimento all'accesso ai dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, nel proporre una lettura in termini funzionali e teleologici, sottolineano in primo luogo la premura nel "porre in risalto le esigenze sottese alla formulazione di un'autonoma previsione normativa riguardante il trattamento dei dati involgenti la salute e la vita sessuale: esigenze da individuare nella particolare natura di tali elementi di conoscenza e nella spiccata potenzialità lesiva naturalmente insita nelle prospettabili modalità di relativo trattamento, compresa ogni forma di comunicazione e divulgazione. L'avvertita necessità di una più incisiva protezione dell'indicata categoria di dati ha indotto il legislatore, quindi, a subordinare ogni forma di trattamento ad una previa valutazione diretta a verificare che la relativa conoscenza sia necessaria, non già genericamente all'esercizio del diritto di difesa, bensì alla cura o difesa di un diritto di "rango almeno pari a quello dell'interessato": la di-

Questa ulteriore limitazione all'accessibilità ai documenti, nel caso di richiesta di conoscere dati c.d. "super-sensibili" (come quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale), si comprende solamente richiamando quanto previsto dall'articolo 26, comma 4, lett. c), per cui il trattamento dei dati ivi considerati per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria può avvenire, senza il consenso dell'interessato, solamente ove "il diritto che si intende far valere sia di rango almeno pari rispetto a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile" (9).

svelazione del dato non è automaticamente imposta per il solo fatto che lo stesso risulti necessario all'esercizio del diritto di cui all'art. 24 Cost., ma presuppone, al contrario, una ponderazione comparativa dei diritti antagonisti". Il legislatore del 1999 aveva provveduto ad introdurre una più rigorosa e restrittiva regolamentazione del trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, per cui si è giudicato "singolare che si sia inteso trascurarla proprio in sede di disciplina di un'attività divulgativa – quale è quella con la quale l'amministrazione assicura l'ostensione dei documenti amministrativi – particolarmente idonea a sortire un effetto di grave compromissione degli interessi salvaguardati".

(9) Sul punto si riporta testualmente e integralmente la posizione del Garante per la protezione dei dati personali, espressa nel provvedimento generale del 9 luglio 2003, disponibile in rete all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it>, per l'autorevolezza della fonte, dell'interpretazione fornita alla locuzione "diritto di pari rango" e la dovizia dei riferimenti: "(...) Il destinatario della richiesta, nel valutare il "rango" del diritto di un terzo che può giustificare l'accesso o la comunicazione, deve utilizzare come parametro di raffronto non il "diritto di azione e difesa" che pure è costituzionalmente garantito (e che merita in generale protezione a prescindere dall'"importanza" del diritto sostanziale che si vuole difendere), quanto questo diritto sottostante che il terzo intende far valere sulla base del materiale documentale che chiede di conoscere. Ciò chiarito, tale sottostante diritto, come già constatato dall'Autorità (v. ad es. l'autorizzazione n. 6/2002, al punto 1, lett. a)) e come ora espressamente precisato dal codice, può essere ritenuto di "pari rango" rispetto a quello dell'interessato – giustificando quindi l'accesso o la comunicazione di dati che l'interessato stesso intende spesso mantenere altrimenti riservati – solo se fa parte della categoria dei diritti della personalità o è compreso tra altri diritti o libertà fondamentali ed inviolabili: v. gli artt. 71, 92, comma 2, e 60 del codice. In particolare, la norma da ultimo citata prevede espressamente che "quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". In ogni altra situazione riguardante dati sulla salute o la vita sessuale, non è quindi possibile aderire alla richiesta di accesso o di comunicazione da parte di terzi se i dati o il documento sono ritenuti utili dal richiedente per tutelare in giudizio un interesse legittimo o un

4. Conclusioni

Il rapporto tra accessibilità ai documenti e tutela della vita privata e della riservatezza appare nel nuovo testo della legge n. 241/1990 "normativamente stabilizzato", sotto il profilo della disciplina delle regole di condotta e delle facoltà concesse, in particolare il potere di determinare i casi di esclusione o di differimento dell'accessibilità ai documenti per garantire la tutela delle persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni. Le problematiche operative riguardano la necessità di garantire il diritto alla protezione dei dati personali, che può comportare l'esigenza di limitare non tanto il diritto di accesso ai documenti, quanto la conoscibilità dei singoli dati o di parti del documento, ove non sia ravvisata la proporzionalità e l'adeguatezza dei dati ed in particolare la stretta indispensabilità delle informazioni di natura particolare rispetto all'interesse da curare o difendere.

Questa ponderazione, come si è avuto modo di esaminare in modo sintetico, ma si spera chiaro, richiede la necessità della partecipazione del controinteressato, chiamato a esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione informativa.

Su questo terreno non è difficile prevedere una nuova stagione di confronto e di riflessione in campo dottrinario e soprattutto nella prassi giurisprudenziale.

diritto soggettivo che possono essere anche di rilievo, ma che restano comunque subvalenti rispetto alla concorrente necessità di tutelare la riservatezza, la dignità e gli altri diritti e libertà fondamentali dell'interessato: si pensi al caso dell'accesso – in un caso, denegato dalla giurisprudenza – volto a soddisfare generiche esigenze basate sulla prospettiva eventuale di apprestare la difesa di diritti non posti in discussione in quel momento (Cons. Stato, sez. VI, n. 2542/2002). Ciò comporta ad esempio che nella prevalenza dei casi riguardanti meri diritti di credito non sia possibile accogliere l'istanza di accesso o di comunicazione, e che si possa invece valutare, con cautela, caso per caso, l'effettiva necessità di consentire l'accesso ad una cartella clinica – prima della sua probabile acquisizione su iniziativa del giudice – in caso di controversia risarcitoria per danni ascritti all'attività professionale medica documentata nella cartella. Il riferimento normativo ai diritti della personalità e ad altri diritti e libertà fondamentali è collegato ad un "elenco aperto" di posizioni soggettive individuabile in chiave storico-evolutiva, e presuppone una valutazione in concreto, in modo da evitare per le amministrazioni gli altri destinatari delle richieste e per il giudice stesso, in caso di impugnazione, "il rischio di soluzioni precostituite poggianti su una astratta scala gerarchica dei diritti in contesa" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, nn. 1882/2001 e 2542/2002).

Diritto di accesso agli atti da parte dei consiglieri comunali e provinciali

di **Maurizio Lucca**

Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa nelle sue più estese connotazioni comporta l'immediata e facile controllabilità di tutti i momenti e di tutti i passaggi in cui si esplica l'azione amministrativa, e può essere esercitato sia in sede partecipativa al procedimento amministrativo (accesso partecipativo ex artt. 9-10 della legge n. 241/1990), sia quando attenga alla conoscenza di atti che abbiano spiegato effetti diretti o indiretti nei confronti dell'istante (accesso informativo ex art. 22 della legge 241/1990) (1).

Ne consegue che l'accesso agli atti amministrativi pone in evidenza l'esigenza di garantire la trasparenza della pubblica amministrazione non in quanto potere pubblico, ma in quanto potere (2); con l'inevitabile corollario che la necessità di predisporre una serie di strumenti che consentano all'interessato di accedere al dato informativo e non solo, sorge non per effetto della natura pubblica della figura soggettiva di riferimento, ma in conseguenza della posizione istituzionale di potere che essa occupa nella relazione giuridica con colui che richiede il documento, in un profilo che non si appresta a qualificare in modo specifico l'istante.

Se, quindi, non è necessario assimilare la posizione del richiedente a quella dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo, ma è sufficiente che sia stata evidenziata una posizione meritevole di protezione da parte dell'ordinamento (3), rispetto alla quale l'ostensione del documento si dimostra utile a realizzarne la cura ovvero, più specificamente, a predisporre, se necessario, la di-

fesa (4), altra cosa è quando il soggetto coinvolto si trovi ad esercitare una funzione pubblica.

È il caso del consigliere comunale e provinciale che per l'espletamento del proprio mandato ha necessità di acquisire atti e informazioni per esercitare coscientemente il ruolo ricoperto, ed è per questo che ad esso viene riconosciuto il diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato (5).

In base a queste brevi considerazioni, si può immediatamente sostenere che in capo al consigliere comunale e provinciale sussiste il diritto di ottenere dagli uffici comunali ogni notizia e informazione utili all'esercizio del proprio mandato, non in relazione ad un necessario diritto di accesso (canonizzato nella legge n. 241 del 1990), ma in funzione puntuale dell'art. 43, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che rispetto ad un interesse concreto, attuale e diretto associato ad una motivazione specifica, non necessita di munire la propria richiesta di accesso di altra motivazione che quella dell'espletamento del mandato, ed ogni limitazione all'esercizio del diritto interferisce inevitabilmente con la potestà istituzionale del consiglio comunale di sindacare la gestione dell'ente, onde assicurarne – in uno con la trasparenza e la piena democraticità – anche il buon andamento (6).

Per altri versi, dal termine "utili" contenuto nella citata norma, non consegue, quindi, alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali, bensì l'estensione di tale diritto a qualsiasi atto ravvisato *utile* al-

(1) T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, 20 ottobre 2005, n. 829.

(2) Cfr. Corte Cost., 17 marzo 2006, n. 104.

(3) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 21 maggio 2007, n. 1947.

(4) Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5752.

(5) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855.

(6) T.A.R. Sardegna, 29 aprile 2003, n. 495.

l'espletamento del mandato, evidenziando che l'utilità dell'accesso (*id est*, la strumentalità della istanza ostensiva all'esercizio del *munus* pubblico) non può essere disconosciuta in presenza di un interesse all'esercizio adeguato della funzione (7).

Si evidenzia, in questi termini, che il consigliere ha diritto di accesso verso atti e documenti relativi a procedimenti ormai conclusi o risalenti ad epoche remote, non potendo revocarsi in dubbio che sovente si possa avvertire, per ragioni connesse all'esercizio della funzione del consigliere, di conoscere approfonditamente pregresse vicende gestionali dell'ente locale nel quale ricopre tale carica (8), ed inoltre il diritto di accesso del consigliere non riguarda soltanto le competenze attribuite al consiglio comunale ma, essendo riferito all'espletamento del mandato, investe l'esercizio del *munus* in tutte le sue potenziali implicazioni per consentire la valutazione della correttezza ed efficacia dell'operato dell'amministrazione comunale (9).

Non v'è dubbio che se l'amministrazione ha l'obbligo di qualificare esattamente ogni richiesta ricevuta sulla base dell'oggetto e dello scopo della stessa, procurando di valutarla in relazione agli istituti giuridici applicabili con riguardo al contesto fattuale e giuridico nel quale l'istanza si inserisce e in coerenza con le finalità avute di mira dal richiedente (10), non potrà, tuttavia, scrutinare in punto le richieste del consigliere comunale di accedere agli atti, in quanto vi è l'inesistenza di un potere degli uffici comunali e provinciali di sindacare il nesso intercorrente tra l'oggetto delle richieste di informazione avanzate da un consigliere comunale e le modalità di esercizio del *munus* da questi espletato.

Ciò precisato in termini generali, occorre rilevare che nel caso di specie la domanda non deve dimostrare alcuna indicazione di collegamento esistente tra detta istanza e l'espletamento del mandato consiliare, atteso che la funzionalizzazione dell'articolo 43, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 riconosce – in via espressa – ai consiglieri comunali un ampio diritto all'informazione, ed un altrettanto esteso diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti dell'amministrazione comunale, diritti entrambi strumentali al migliore esercizio delle funzioni pubbliche connesse allo svolgimento del carica ricoperta (11): “siffatta situazione giu-

ridica, quantunque individualizzata in capo a ciascun consigliere, presenta la sostanza di un diritto soggettivo pubblico funzionalizzato, ovvero implica l'esercizio di facoltà finalizzate al pieno ed effettivo svolgimento delle funzioni assegnate direttamente al consiglio comunale; l'informazione in discorso è, dunque, strumentale all'attuazione del generale potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo ascrivito a tale supremo organo di governo dell'ente locale” (12).

Sarebbe del tutto illegittima una norma di un regolamento comunale che imponesse al consigliere di indicare le finalità per le quali richiede l'accesso agli atti del comune, o si respingesse una domanda di accesso perché la domanda stessa era stata indirizzata al sindaco anziché al segretario comunale (sempre secondo una norma regolamentare interna), atteso che l'inosservanza di una norma regolamentare di carattere meramente organizzatorio, preposta all'individuazione dell'organo competente a provvedere, non può impedire l'esercizio del diritto sancito dall'art. 42, comma 3, del t.u.e.l., tenuto peraltro conto del fatto che il sindaco è comunque il rappresentante legale dell'ente (13).

Accanto a queste esigenze di protezione, è altrettanto rilevante annotare che non è possibile apporre al consigliere esigenze di tutela della riservatezza dei terzi, essendo, “nei casi specificamente previsti dalla legge, i consiglieri comunali tenuti al segreto” (14).

Per quanto concerne l'aspetto che si è rilevato, il diritto d'accesso dei consiglieri comunali non trova, quindi, un limite neppure nei diritti tutelati dall'ordinamento – fra cui la riservatezza, anche di terzi – essendo i consiglieri tenuti al segreto, sicché nell'esercizio delle prerogative istituzionali hanno diritto ad ottenere dagli uffici anche i pareri legali richiesti dall'amministrazione comunale, onde prenderne conoscenza e poter intervenire a riguardo (15).

Ne consegue che il rifiuto posto al consigliere in merito all'accesso è una eccezione di stretta e rigorosa interpretazione: il diniego è previsto a pochi casi eccezionali e contingenti, da motivare puntualmente e adeguatamente, dovendo dimostrare – in questo particolare caso – che lo stesso agisca per interesse personale (16) contrapposto all'interesse generale per le iniziative che

(7) Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879.

(8) Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

(9) Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1994, n. 119; 26 settembre 2000, n. 5109; 2 aprile 2001, n. 1893.

(10) Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3452.

(11) T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 agosto 2003, n. 580.

(12) Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

(13) Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007 n. 929.

(14) Vedi T.A.R. Sardegna, 29 aprile 2003, n. 495; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716 e 2 aprile 2001, n.1893.

(15) T.A.R. Toscana, sez. II, 6 aprile 2007, n. 622.

(16) T.A.R. Piemonte, sez. II, 4 ottobre 2006, n. 3324; vedi anche T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 7 novembre 2006, n. 1961.

spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale (17).

In verità la pubblica amministrazione potrà stabilire delle modalità operative per l'esercizio del diritto, che si ripercuotono sotto il profilo organizzativo al fine di non creare intralcio all'attività degli uffici, prevedendo delle limitazioni nell'orario e nella facoltà di ottenere l'assistenza del personale addetto. Tali limitazioni devono essere comunque proporzionate alle esigenze di servizio e sicuramente non funzionali a inibire l'accesso agli atti del consigliere, trasformandosi altrimenti in azioni ostruzionistiche improprie (e illegittime) (18).

Si potrà (è lecito) richiedere al consigliere una maggiore collaborazione nell'individuare gli atti accessibili e le informazioni in quanto l'indeterminatezza dell'istanza oggettivamente preclude l'individuazione del dato, ammettendo il diniego per la genericità dell'istanza essendo onere del consigliere comunali e provinciale interessato di avanzare richieste di accesso circostanziate e specifiche, con l'attenuante che necessariamente il consigliere non debba indicare gli estremi o il contenuto specifico dei documenti richiesti, elementi che può ovviamente non conoscere (19), essendo sufficiente – al fine di evitare la genericità della richiesta di accesso – il riferimento ad una determinata e specifica questione oggetto dell'attività amministrativa del comune (20).

Infatti, sussiste un obbligo della p.a. di un *facere* finalizzato alla ricerca del dato (atti o informazioni) utili per rispondere all'esigenza conoscitiva del consigliere (21).

A completamento del quadro fattuale e normativo il rilascio della documentazione richiesta comporta la consegna di copia integrale della documentazione – senza cancellazioni di sorta – posto che i consiglieri comunali sono comunque tenuti al segreto (22).

(17) Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879.

(18) T.A.R. Veneto, ord., 27 ottobre 2004, n. 2754; T.A.R. Lombardia, Brescia, 1 marzo 2004, n. 163; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6293.

(19) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

(20) T.A.R. Sardegna, 12 gennaio 2007, n. 29.

(21) T.A.R. Pescara, 16 dicembre 2004, n. 1100.

(22) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212 e T.A.R. Piemonte, sez. II, 4 ottobre 2006, n. 3324.

Accesso dei consiglieri e responsabilità amministrativo- contabili ad esso connesse

di Alberto Mingarelli

Parallelamente all'evoluzione e alla crescita di importanza del diritto di accesso alla p.a. di ogni cittadino interessato che è giunto ad essere *costituzionalizzato*, c'è stata a partire da metà degli anni '80, passando per la legge n. 142/1990 fino al t.u.e.l. n. 267/2000, una evoluzione del ruolo e delle competenze del consiglio e dunque dei consiglieri che diventano da organo di gestione (invero più formale che reale) organo di controllo e di programmazione.

La legge 27 dicembre 1985, n. 816 rompe (prima ancora della legge n. 241/1990) il sistema tradizionale della p.a., che non dava pregio salvo nei pochi casi espressamente previsti dalla legge ai diritti di accesso dei consiglieri e dei cittadini (e ai connessi principi di pubblicità e trasparenza).

All'art. 24 di questa legge si prevede sotto la rubrica "Esercizio delle funzioni consiliari" che "i consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato.

Nei comuni con popolazione superiore ai 250.000 abitanti e nelle province, per l'esercizio delle funzioni sono assicurate idonee strutture fornite ai gruppi consiliari costituiti a norma di regolamento". La legge di riforma degli enti locali dell'8 giugno 1990, n. 142 prevede anch'essa

una specifica disposizione sul diritto di accesso dei consiglieri all'art. 31, comma 5: "I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge (...)".

L'art. 43 del t.u.e.l. del 2000 prevede: "I consiglieri hanno diritto di ottenere dagli uffici di comuni e province, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge".

È stato posto talora in dubbio se il diritto di accesso dei consiglieri, pur garantito dalla Costituzione (essendo espressione della trasparenza amministrativa e del principio di buon andamento dell'art. 97) fosse legittimo anche quando gli atti amministrativi cui si rivolgono non avessero natura di atti autoritativi, come ad es. gli atti delle società di diritto privato partecipate in tutto o in prevalenza dall'ente pubblico, o gli atti con cui sono previsti e pagati *ex contractu* i trattamenti economici straordinari a favore dei dipendenti. In realtà la giurisprudenza, compatibilmente con un uso rispettoso dei diritti dei terzi e delle risorse dell'ente, tende sempre più a ridurre le aree di esenzione dall'accesso, anche perché gli atti privatistici o non autoritativi sono sempre più frequenti negli enti e l'impedimento di accedere agli stessi svuoterebbe o renderebbe del tutto inutile l'accesso dei consiglieri.

Basti ricordare che il legislatore della legge finanziaria del 2007 ha previsto dei limiti espressi sulle retribuzioni dei membri dei c.d.a. delle società partecipate, per cui sarà ben diritto/dovere dei consiglieri accedere agli atti per verificare se i limiti siano stati rispettati o meno.

La giurisprudenza amministrativa, anche in considerazione del nuovo ruolo dei consiglieri sopra evidenziato, ha inteso interpretare in senso ampio la norma sul potere di accesso dei consiglieri, ritenendolo più ampio del diritto di accesso dei semplici cittadini, perché espressione del *munus publicum*, che caratterizza il loro mandato, salvo alcuni casi particolari in cui ha ritenuto talvolta possibile qualche restrizione sia pure temporanea.

Un aspetto oggetto di recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa è quello del potere dell'ente locale di regolamentare – anche restrittivamente – il diritto di accesso del consigliere.

Il diritto di accesso dei consiglieri supera i confini del quasi equivalente diritto disciplinato dalla legge n. 241/1990, differenziandosene per finalità ed oggetto, in quanto, non solo può indirizzarsi verso qualunque atto detenuto dal-

l'amministrazione, ma può anche concretarsi nella mera richiesta di informazioni non contenute affatto in documenti e nella pretesa che gli uffici interpellati eseguano elaborazioni di dati ed informazioni in loro possesso. Per tale ragione, la giurisprudenza è molto severa nei riguardi di eventuali limitazioni, poste in sede regolamentare: "Il regolamento comunale sull'accesso agli atti non può introdurre limitazioni al diritto d'accesso dei consiglieri comunali, riconosciuto dall'articolo 43, comma 2, d.lgs. n. 267/2000" (T.A.R. Brescia, 580/2003). Non solo, ogni singola disposizione regolamentare viene esaminata e censurata, se non garantisce pienezza al diritto all'informazione dei consiglieri: "La disposizione del regolamento comunale che, in materia di accesso agli atti dei consiglieri comunali e provinciali, limita l'accesso agli atti e documenti indispensabili all'esercizio del mandato e non a quelli semplicemente utili, come invece previsto dall'articolo 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, è illegittima ed in quanto tale va disapplicata a prescindere da una formale impugnazione, ponendosi in contrasto con una disposizione di rango superiore" (Cons. Stato, sez. V, n. 2966/2004). Il diritto all'informazione dei consiglieri travolge, necessariamente, ogni altro eventuale "controinteresse" coinvolto e, di conseguenza, non può reputarsi legittimo un diniego basato su di una presunta necessità di tutela della riservatezza di terzi.

Per T.A.R. Sardegna, sez. II, n. 29 del 12 gennaio 2007 dall'art. 43 del t.u.e.l. è possibile evincere due precisi corollari. In primo luogo, la mera sufficienza dell'indicazione della qualifica di consigliere. In buona sostanza, il consigliere non è tenuto a motivare la richiesta, cioè ad indicare l'interesse all'accesso, come qualsiasi *civis de populo*, ma gli è sufficiente qualificarsi come tale e segnalare che la documentazione richiesta, in visione od in copia, gli è utile ai fini dell'espletamento del suo mandato. In secondo luogo, il T.A.R. ricorda che il consigliere è obbligato al segreto, cioè a non divulgare quanto appreso grazie all'esercizio del suo diritto di accesso. Tale obbligo, che determina una precisa responsabilità del consigliere, fa venir meno la fondatezza di eventuali dinieghi all'accesso, fondati su esigenze di riservatezza. Il consigliere può e deve acquisire informazioni anche riservate; sarà suo onere ed obbligo, con connessa responsabilità, non divulgarle. Rispetto alle modalità dell'accesso del consigliere il T.A.R. Sardegna afferma che costituisce obbligo dell'amministrazione dotarsi di un apparato burocratico in grado di soddisfare gli adempimenti di propria competenza. Al massimo, la notevole mole della documentazione richiesta può solo giustificare la distribuzione nel tempo del rilascio delle copie, nulla più.

Ovviamente, laddove eventuali norme regolamentari si frappongano ai principi ora delineati, non si può che pro-

cedere alla loro disapplicazione. Ma il T.A.R. rileva anche dei limiti, innanzitutto un limite di carattere formale, nel senso che il consigliere deve presentare un'istanza non generica. Ciò non vuol dire che il consigliere deve necessariamente indicare gli estremi o il contenuto specifico dei documenti richiesti, trattandosi di elementi che può, ovviamente, non conoscere. Ciò che è necessario è che venga posto in essere un riferimento ad una determinata e specifica questione, oggetto dell'attività amministrativa del comune. Al riguardo, il T.A.R. è oltremodo chiaro: occorre individuare e specificare l'oggetto della richiesta di accesso con riguardo ad una specifica pratica amministrativa del comune, senza che – si ribadisce – sia necessario indicare gli estremi dei documenti o conoscere il contenuto degli stessi, ma evitandosi, comunque, la genericità della richiesta mediante il richiamo alla pratica amministrativa alla quale il consigliere è interessato.

La sezione quinta del Consiglio di Stato, con la sentenza 22 febbraio 2007, n. 929, dichiara l'illegittimità di una condotta amministrativa che, attraverso una norma regolamentare interna, pone dei limiti al diritto di accesso di un consigliere comunale, violando la fonte di riferimento –, l'articolo 43 del t.u.e.l. Il fatto consisteva nella richiesta di accesso agli atti da parte di un consigliere comunale e la conseguente risposta dell'amministrazione "di prendere visione degli atti presso gli uffici ed a richiederne copia solo in quanto strettamente indispensabile", anteponendo *de visu* alla richiesta ostensiva un adempimento di carattere formale non ascrivibile ad alcuna fonte giuridica primaria. Secondo il Consiglio di Stato non può che rigettarsi l'affermazione posta in quella sede di una pur minima legittimità della norma del regolamento che impone al consigliere comunale di indicare le finalità per le quali richiede l'accesso agli atti del comune.

Ammettere una simile norma è negare alla radice il diritto di accesso, sia secondo la fonte generale (*ex lege* n. 241/1990) che quella speciale (*ex t.u.e.l.*). È corretto sostenere, come ha osservato il ricorrente consigliere comunale, che "il diritto di accesso non può subire compressioni per pretese esigenze di natura burocratica, perché ne risulterebbe ostacolato l'esercizio del mandato istituzionale". Per il Consiglio di Stato si potrebbe anche ammettere che per l'accesso venga ad utilizzarsi un modulo in cui sia specificato "il singolo documento amministrativo" richiesto in ostensione, "in modo da arrecare il minore aggravio possibile, sia organizzativo che economico, per gli uffici e per il personale comunale", essendo tale limitazione dell'accesso, consistente in una modalità pratica di formulare singole istanze per argomenti o documenti, non eccessivamente gravosa, si direbbe, per l'esercizio del diritto di accesso, attenendo non al merito dell'istanza estensiva,

ma alla sua formulazione in chiave semplificativa per gli obbligati, proprio con l'intento di orientare la ricerca degli atti qualora non necessariamente indicati.

Il rapporto tra responsabilità amministrativo-contabile e diritto di accesso dei consiglieri nella giurisprudenza della Corte dei conti

Un primo tipo di danno che si può profilare in questa problematica è il danno indiretto legato alle spese legali e giudiziali conseguenti al diniego di accesso, laddove il giudice amministrativo ritenga – contrariamente alla posizione assunta dagli uffici o dall'amministrazione dell'ente – che il diritto di accesso del consigliere esista e vada garantito. La Corte dei conti in sede giurisdizionale si è già occupata dell'argomento con la sentenza n. 284 del 5 giugno 1997 della sezione Umbria.

Un consigliere di minoranza, in quanto tale, chiedeva al sindaco copia di varia documentazione amministrativa, ai sensi degli artt. 22 e 25 della l. n. 241/1990, dell'art. 24 della l. n. 816/1985 e dell'art. 31 della l. n. 142/1990, "al fine – veniva precisato – di un corretto espletamento del (suo) mandato". Il sindaco, tuttavia, con nota di risposta, negava il rilascio delle copie, in quanto, "a (suo) giudizio, le motivazioni (delle richieste) non (rientrano) nelle funzioni attribuite al consigliere richiedente dal suo mandato"; sicché le richieste stesse, veniva precisato, "considerato la particolarità degli atti, l'oggetto ed il numero degli stessi, non (erano da) ricondursi ad un mero controllo di natura politico-amministrativo, bensì ad una verifica di altra natura".

Peraltro, veniva aggiunto, "considerato l'aggravio di lavoro che la richiesta stessa avrebbe comportato per gli uffici comunali, la già presa visione dei documenti in questione (poteva ritenersi) di per sé sufficiente per un corretto e completo espletamento dei compiti di consigliere comunale".

Sollecitato il rilascio delle copie in argomento (nota del 22.8.1995), il sindaco accoglieva la richiesta per alcuni documenti soltanto, opponendo, quanto agli altri, il diritto alla riservatezza, *ex art. 7 della l. n. 142/1990* (note n. 4418 e n. 4637 del 19-20.9.1995).

Il consigliere comunale non si dava per vinto e ricorreva al T.A.R. contro tale rifiuto; la giunta comunale decideva di resistere al ricorso nominando un legale.

Il T.A.R. non accolse l'impugnazione del consigliere, ma lo fece il Consiglio di Stato in secondo grado, che riconobbe pienamente legittimo il diritto di accesso.

Ma la vicenda contenziosa davanti al giudice amministrativo non è stata certo *neutrale* dal punto di vista del danno erariale, perché ha prodotto cospicue spese legali e giudiziali a causa dei due gradi di giudizio amministrati-

vo poste dagli amministratori a carico dell'ente.

La sezione Umbria della Corte dei conti ha ritenuto che l'aver insistito nel contenzioso per negare l'accesso al consigliere comunale rappresentasse una scelta irrazionale e una lite temeraria; pertanto le spese derivate erano da considerare un danno e venivano poste a carico degli stessi amministratori che le avevano causate con il loro comportamento di arbitraria resistenza di fronte al diritto tutelato dalla legge a favore del consigliere comunale.

Nel caso della sezione giurisd. Toscana n. 359/2006 non c'era un'istanza di accesso di un consigliere comunale ma di un semplice cittadino interessato (per ragioni di vicinanza e potenziali danni) ad un progetto che doveva presentare all'ente un terzo confinante con la sua proprietà. La ricorrente chiedeva al comune di conoscere se il terzo aveva provveduto al richiesto adeguamento statico e comunque di conoscere i lavori effettivamente dal medesimo eseguiti.

Il comune negava l'accesso agli atti affermando di non avere l'obbligo giuridico di dare "informazioni".

Con successiva istanza, la ricorrente chiedeva al comune il rilascio della documentazione relativa alle concessioni in sanatoria rilasciate ad un terzo con riferimento ad una porzione immobiliare che si affaccia su una corte di cui la ricorrente è proprietaria.

Anche in tal caso, il comune negava l'accesso, perché l'istante non aveva dimostrato un interesse personale e concreto che legittimasse la richiesta.

Dopo due richieste di riesame da parte del difensore civico, al quale la ricorrente si era rivolta, con provvedimento del 31 maggio 2002 il comune confermava il diniego di accesso ad entrambe le istanze presentate dalla ricorrente.

Con ricorso *ex art. 25 l. n. 241/1990*, la ricorrente adiva il T.A.R. Toscana per sentire dichiarare l'illegittimità del diniego di accesso ed ordinare al comune l'esibizione dei documenti richiesti e la consegna di copia all'interessata, con condanna dell'ente al pagamento delle spese processuali.

L'amministrazione intimata non si era neppure costituita in giudizio davanti al T.A.R. che accoglieva la richiesta del ricorrente.

Nella sentenza della sez. giurisd. Toscana che condanna la funzionaria responsabile del procedimento si legge che la convenuta doveva tenere conto della situazione di alta conflittualità esistente tra i proprietari confinanti o limitrofi e dell'argomentata decisione resa dal difensore civico della Regione Toscana. Poi richiamava la numerosa giurisprudenza in materia per cui il diritto di accesso ha natura di un vero e proprio diritto soggettivo, sia perché è contemplato in una legge di settore che ne discipli-

na analiticamente l'attribuzione e l'esercizio nell'esclusivo interesse del richiedente, sia perché può trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza (di terzi o dell'amministrazione stessa) stabilite dalla legge, e non in mere valutazioni di opportunità da parte di chi detiene il documento. Inoltre l'accesso ai documenti amministrativi costituisce un principio generale dell'ordinamento, dovendo le eventuali limitazioni od esclusioni considerarsi eccezionali e di stretta interpretazione.

Dunque ai fini dell'esistenza dell'elemento della colpa grave rilevavano, secondo la sez. giurisd. Toscana, sia l'indirizzo consolidato della giurisprudenza, sia i pareri nel senso affermativo del diritto all'accesso del difensore civico regionale, mentre del tutto irrilevanti erano giudicate le ripetute istanze di accesso della stessa cittadina che peraltro nella specie poteva essere addebitata dei costi.

Ma l'ammissione dei consiglieri all'esercizio del diritto di accesso (visione ed estrazione di copie degli atti) può generare dei danni erariali che siano risarcibili da parte dei funzionari che hanno posto in essere i comportamenti causativi?

Indubbiamente l'utilizzo da parte del consigliere a fini distorti dei documenti visionati e acquisiti, a fini che esulano dalle funzioni consiliari ma ad es. interessi personali, speculativi, o al fine di danneggiare i terzi può esporre anche l'ente ad un'azione risarcitoria in sede civile, in quanto esso in qualche misura non avrebbe tutelato adeguatamente la tutela dei terzi.

L'ente, da solo o con il consigliere comunale, potrebbe in tali casi subire una condanna e dovere risarcire il terzo, per cui nascerebbe un possibile danno erariale in via indiretta.

In casi di questo genere, su cui ancora non c'è stata giurisprudenza, ma è presumibile che si presenti nel prossimo futuro, una volta che l'accesso consiliare diventerà sempre maggiore, l'azione risarcitoria della Procura della Corte dei conti verso chi dovrebbe rivolgersi, verso la struttura (gli uffici) che forse hanno *troppo generosamente* concesso l'accesso al consigliere, o forse verso il consigliere medesimo?

Deve ritenersi ragionevolmente che proprio in quanto il consigliere ha ricevuto dalla legge una tutela estremamente elevata nell'esercizio dell'accesso, non dovendo esprimere motivazioni, non dovendo pagare, lo stesso deve essere ritenuto (come ha osservato qualche pronuncia dei giudici amministrativi), né più e né meno dei funzionari, soggetto al segreto e ai doveri professionali del pubblico impiegato. Il consigliere comunale ha un diritto speciale all'accesso per la sua funzione che lo lega all'ente e deve usare gli atti e le informazioni provenienti dall'ente in modo che gli stessi non finiscano per nuocere a quell'ente cui lui dovrebbe

rendere un servizio (c.d. “dovere di fedeltà ed esclusiva”). Non deve essere soggetto ad un sindacato sul suo interesse all'accesso da parte dell'ufficio (come invece qualsiasi cittadino) ma non può comportarsi neppure come un “dilettante allo sbaraglio”.

C'è ancora il rischio di un altro danno erariale o, quanto meno, di un danno al funzionamento corretto dell'ente che si può profilare nell'ammettere sempre e comunque all'accesso richiesto i consiglieri comunali.

Si tratta dei danni (diretti) derivanti dai costi alla struttura da eccessive e magari ostruzionistiche richieste di accesso. Se si pensa ai piccolissimi enti (7.000 comuni sotto i 10.000 abitanti) dove il corpo dei funzionari è estremamente ridotto, un abuso della richiesta di accesso del consigliere comunale può effettivamente arrivare a portare alla paralisi anche dei servizi essenziali dell'ente.

Sotto questo profilo appare interessante un parere espresso dalla sezione regionale di controllo della Liguria (n. 1/2004).

Il sindaco di Bargagli richiedeva di far conoscere il parere della sezione in ordine a due precisi interrogativi: *a)* se il comune è obbligato ad esaudire le pretese del consigliere comunale di minoranza che chiede il rilascio di copia di *tutte* le deliberazioni di giunta e di consiglio e le determinazioni dei responsabili dei servizi; *b)* se l'assecondare *gratuitamente* tali richieste, come fin'ora è accaduto, comporti danno patrimoniale per l'ente.

Osservava la sezione che non sembra potersi dubitare che la questione nel suo secondo e pregnante aspetto, in quanto involge un problema di costi a carico della finanza comunale ed in quanto tende ad acclarare, nella prospettiva fattane dal comune, se tali costi rappresentino o meno “un danno patrimoniale per l'ente”, sia concettualmente inquadrabile nelle materie di contabilità pubblica...

Attengono, in linea astratta, all'ambito di questi ultimi rapporti il problema del rilascio di documenti in copia senza il rimborso da parte del richiedente del costo di riproduzione (inutilità del costo o mancata entrata patrimoniale) e quello – specularmente connesso – delle conseguenze di ordine giuscontabile legate alla ipotetica sussistenza di un “danno patrimoniale”, che integrerebbe, con il concorso degli altri presupposti di natura funzionale e soggettiva, l'elemento oggettivo della responsabilità amministrativa.

La sezione ricorda che la materia oggi trova disciplina nell'art. 43, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”), che, riproducendo integralmente la disposizione dell'art. 31, comma 5, della legge n. 142 del 1990, sancisce “il diritto dei consiglieri comunali e provinciali di ottenere dagli uffici, rispettivamente del comune e della provincia,

nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato”. Il comma prosegue statuendo che essi “sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge”.

Ma già l'art. 24 della legge 27 dicembre 1985, n. 816 disponeva che “i consiglieri comunali (...) per l'esercizio effettivo delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato”.

Invero, le citate disposizioni, pur chiarissime nel delineare il contenuto del “diritto” riconosciuto in capo ai consiglieri, non fanno menzione della possibilità dei medesimi di richiedere il rilascio di copia delle deliberazioni adottate dagli organi comunali.

Va, tuttavia, osservato che per quanto concerne le deliberazioni della giunta comunale il diritto di ottenerne copia trova un indiretto aggancio normativo nell'art. 125 del t.u. n. 267/2000 il quale, dopo aver statuito che contestualmente all'affissione all'albo dette deliberazioni sono trasmesse in elenco ai capigruppo consiliari, dispone il rinvio alla disciplina statutaria o regolamentare per l'individuazione delle forme di messa a disposizione dei consiglieri dei “relativi testi” (ovviamente in copia).

Per i provvedimenti adottati dagli altri organi (consiglio comunale e responsabili di servizio), se non esiste invece una disposizione cui fare riferimento anche in via indiretta, non sembra potersi, tuttavia, dubitare che la richiesta del consigliere di averne copia debba farsi rientrare nell'ambito oggettivo di esercizio del diritto ad ottenere “tutte le informazioni e le notizie” utili all'espletamento del mandato, traducendosi tale facoltà sostanzialmente in una delle manifestazioni comprese nella sfera del diritto stesso.

Ciò va affermato anche indipendentemente dalla possibilità di far ricorso ad una integrazione delle anzidette disposizioni con le norme generali sul “diritto di accesso” recate dal capo V della legge n. 241/1990, che all'art. 25 prevedono, quale modalità di esercizio del diritto stesso, l'estrazione di copia dei “documenti amministrativi” subordinatamente al rimborso del solo costo di produzione (norma ripresa poi dall'art. 5, comma 7, del regolamento approvato dal d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352).

Per quanto concerne l'estensione del diritto di accesso è da ricordare l'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa che ritiene compresi nell'oggetto del diritto, non soltanto gli atti strettamente riferiti alle competenze del consiglio comunale, ma anche ogni altro documento che inerisca alle potenziali esplicazioni del *munus* del consigliere e che consenta una compiuta valuta-

zione della correttezza e dell'efficacia dell'operato dell'amministrazione comunale, valutazione utile non solo per l'espressione di un voto maggiormente consapevole, ma anche per la promozione di ogni iniziativa consentita ai membri del consiglio (Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893; 21 febbraio 1994, n. 119).

Anche il problema della "gratuità" del servizio di copiatura dei documenti è stato risolto dalla giurisprudenza amministrativa nel senso che non possa essere addebitato al consigliere il costo della riproduzione o ogni altro onere di spesa che ne consegue (Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 1994, n. 976; T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, 10 agosto 1999, n. 676).

Sulla stessa linea di indirizzo si è posto il Ministero dell'interno emanando la circolare n. 4/95 del 22 novembre 1995, nella quale ha evidenziato, sulla scorta di un parere richiesto al Consiglio di Stato, che un eventuale obbligo di rimborso del costo di riproduzione delle copie degli atti potrebbe influire negativamente sull'intendimento dei consiglieri di approfondire, pur sempre nell'interesse della collettività, l'esame delle singole questioni.

Dunque, al consigliere comunale è stato riconosciuto il pieno diritto di ottenere gratuitamente copia delle deliberazioni sia del consiglio che di giunta, nonché di ogni altro atto utile all'espletamento del mandato (comprese le determinazioni assunte dai responsabili di servizio).

A tale garantita posizione soggettiva non può che corrispondere il dovere dell'ente territoriale di non frapporre ostacoli all'esercizio del diritto, la cui attivazione non richiede alcun onere del richiedente il quale non è tenuto – diversamente da quanto dispongono gli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990 per l'accesso del cittadino ai documenti amministrativi della p.a. – a motivare la relativa domanda (Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2000, n. 940).

È stato, altresì, affermato che gli organi di amministrazione dell'ente non avrebbero titolo per pretendere che il consigliere indichi i motivi della richiesta, perché in caso contrario essi sarebbero arbitri di stabilire l'estensione del controllo del medesimo sul loro operato (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 1996, n. 528; 26 settembre 2000, n. 5106; T.A.R. Campania, Salerno, 12 febbraio 2003, n. 121).

Se questi sono gli indirizzi maturati nella giurisprudenza, appare estremamente arduo ipotizzare danni di natura patrimoniale in relazione ai costi che gravano sull'amministrazione per l'estrazione di copie di atti effettuata a richiesta del consigliere di minoranza.

E qui va rammentato che per "danno patrimoniale" in senso giuscontabile deve intendersi non una qualsiasi diminuzione del patrimonio dell'ente, ma un evento economicamente lesivo che si riveli oggettivamente "ingiusto" per l'amministrazione; "danno ingiusto" potrebbe essere un costo che per un verso risulti oggettivamente privo, in

tutto o in parte, di corrispondente utilità per l'ente o per la collettività amministrata e per altro verso si ponga in relazione causale con una condotta anti-giuridica (violazione dolosa o gravemente colposa di doveri di servizio). La latitudine del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui sono titolari i consiglieri comunali in quanto componenti dell'organo elettivo indurrebbe a far presumere che la richiesta di atti, anche in copia, da loro avanzata sia effettivamente strumentale, in una situazione di normale dialettica istituzionale all'interno dell'ente, all'espletamento del mandato politico-amministrativo.

Una tale presunzione potrebbe essere vinta solamente da prove certe in senso contrario: una situazione di "danno patrimoniale ingiusto" potrebbe, cioè, sussistere ove risultasse effettivamente dimostrato che il diritto pretensivo del consigliere sia stato esercitato o consentito in modo non corretto in contrasto con la finalità della legge, così che i documenti acquisiti in copia non sono risultati utili né per l'esercizio del mandato amministrativo, né per i fini di questo.

Ciò accadrebbe se, ad esempio, il consigliere chiedesse ed ottenesse, esorbitando dai limiti delle proprie facoltà, copia di atti amministrativi per fini esclusivamente personali e, dunque, estranei alla funzione pubblica di controllo che a lui spetta in quanto membro del corpo elettivo o, ancora peggio, per porre in essere una condotta "emulativa" al fine di recare molestia e intralcio al funzionamento degli uffici comunali con l'uso spropositato e dispendioso della macchina fotocopiatrice.

In tali casi sorgerebbe l'obbligo di denuncia al Procuratore regionale della Corte dei conti, che è l'organo pubblico al quale l'ordinamento affida poteri istruttori per l'accertamento dei fatti causativi di danno patrimoniale alla pubblica amministrazione ad opera di dipendenti o di amministratori pubblici ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa.

Osserva la sezione come richieste indiscriminate di copia di deliberazioni possano risultare esorbitanti rispetto alle esigenze cognitive che il doveroso esercizio della funzione di controllo sull'amministrazione impone alla vigile attenzione di ogni consigliere comunale, sia di minoranza che di maggioranza; si pensi a quegli atti di cui sarebbe superflua, ai fini dell'espletamento del mandato rappresentativo, l'acquisizione documentale, potendo rivelarsi più che sufficiente averne sommaria visione; si pensi, ancora, agli atti deliberativi particolarmente complessi dei quali fanno parte integrante corposi allegati amministrativi e tecnici, la cui riproduzione implicherebbe costi notevoli di copiatura per l'amministrazione (ad esempio: atti approvativi di piani regolatori generali). Situazioni del genere suggerirebbero la opportunità di adottare una spe-

cifica disciplina regolamentare che valga a realizzare un razionale e giusto temperamento fra le esigenze di garanzia e di controllo cui è informato il diritto di accesso spettante *ratione officii* a ciascun consigliere comunale e l'esigenza non meno rilevante per la finanza dell'ente locale (a maggior ragione se trattasi di un piccolo comune) di un tendenziale contenimento dei costi nel rispetto del principio di economicità della attività amministrativa (art. 7 del t.u. n. 267/2000 e art. 1 l. n. 241/1990). Del resto, ad una disciplina statutaria o regolamentare rinvia, come già accennato, l'art. 125 del t.u. n. 267/2000 a proposito delle forme da osservarsi per la messa a disposizione dei consiglieri dei testi delle deliberazioni adottate dalla giunta. La sezione di controllo esprime conclusivamente l'avviso che il comune, nell'esercizio della potestà regolamentare oggi prevista in modo più ampio dal novellato art. 117 della Costituzione – fatto salvo il diritto del consigliere di prendere visione di tutti gli atti utili all'espletamento del mandato (salvi il dovere di segretezza per quelli riservati nei casi previsti dalla legge e il divieto di divulgazione dei dati personali) –, possa regolare le modalità di esercizio del diritto in modo che il rilascio di copia delle deliberazioni comunali e delle determinazioni dei responsabili di servizio (ed eventualmente di ogni altro documento di cui l'ente sia in possesso) avvenga con il minore aggravio possibile, sia organizzativo che economico, per gli uffici comunali.

Nel disciplinare la materia il comune potrà tener conto, ad esempio, della necessità che le richieste non siano formulate in modo generalizzato indistintamente per tutti gli atti appartenenti ad un medesimo tipo o emessi in un determinato arco temporale, ma contengano di volta in volta la specificazione dell'atto che il consigliere intende acquisire in copia, ove egli responsabilmente ritenga insufficiente all'espletamento del mandato la semplice visione dell'atto già messo a disposizione dagli uffici comunali.

Dunque il regolamento non può essere usato strumentalmente per porre dei limiti al diritto di accesso garantito dalla legge, gratis e senza necessità di motivazione, ai consiglieri (come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa), ma può essere opportuno per evitare che questo importante diritto si utilizzi in modo improprio, con abusi ed eccessi che rischiano di paralizzare la macchina amministrativa, fermo restando che se il consigliere – utilizzando impropriamente il suo diritto di accesso – causi un danno erariale, sussistendo tutti i presupposti compresi dolo o colpa grave, deve essere chiamato a risponderne davanti alla Corte dei conti come un qualsiasi amministratore o funzionario.

L'accesso agli “atti di gara”

di Massimiliano Alesio

1. Premessa. Gli “atti di gara”

Come ben noto, il rapporto tra l'esigenza di tutela della riservatezza ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi assume una connotazione di estrema delicatezza laddove l'accesso abbia ad oggetto “atti di gara”. Con tale espressione, indubbiamente generica, si intende far riferimento a tutti i documenti, che vengono prodotti o che si ricollegano, talora anche in modo indiretto, a procedure di scelta del contraente. Si tratta, come vedremo, di atti, che, seppur di diversa tipologia (1), danno luogo alla medesima problematica: contemperare le opposte esigenze del segreto sui dati personali, o latamente riservati, contenuti nella documentazione di gara, e della trasparenza nell'attività amministrativa, in un settore, quale quello dei pubblici appalti, connotato da molteplici interessi, sovente contrastanti.

Il problema del temperamento non era sconosciuto al legislatore prima dell'emanazione della legge sulla protezione dei dati personali, tant'è che, già nel 1990, furono posti alcuni principi, idonei a bilanciare le due opposte esigenze. L'articolo 7 della legge n. 142/1990 (2), dopo avere enunciato il generale principio di pubblicità degli atti emanati dagli enti locali, stabilì una chiara eccezione, relativa al caso in cui la pubblicizzazione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi e delle imprese. Lo sviluppo concettuale dell'esigenza di tutela della riservatezza ha condotto alla formalizzazione normativa della nozione di “controinteressato”, già solido patrimonio della giurisprudenza, effettuata dalla legge n. 15/2005, di riforma della legge n. 241/1990,

(1) L'elenco è, invero, variegato: documenti di autocertificazione; documenti relativi all'offerta tecnica; verbali di commissioni di gara; elaborati progettuali, ecc.

(2) Ora articolo 10 d.lgs. n. 267/2000.

identificandolo, nell'articolo 22, comma 1, lettera c), nel soggetto, che, a seguito dell'esercizio del diritto di accesso, vedrebbe compromesso il proprio diritto alla riservatezza.

2. La disciplina della legge Merloni

La prima specifica disciplina dell'accesso agli atti di gara deve essere rinvenuta nella legge Merloni.

L'articolo 22 della legge n. 109/1994 (3) disponeva che, nelle procedure di affidamento degli appalti o delle concessioni, è vietato alla stazione appaltante di comunicare a terzi o, comunque, di rendere in qualsiasi altro modo noti i seguenti atti:

- a) l'elenco dei soggetti, che hanno presentato offerte nel caso di pubblici incanti, prima della scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) l'elenco dei soggetti, che hanno fatto richiesta di invito, o che hanno segnalato il loro interesse nei casi di licitazione privata, di appalto-concorso o di gara informale, che precede la trattativa privata, prima della comunicazione ufficiale da parte del soggetto appaltante o concedente dei candidati da invitare, ovvero del soggetto individuato per l'affidamento a trattativa privata.

Si trattava di una disposizione speciale, che costituiva espressa deroga alla vigente normativa in materia di procedimento amministrativo, come testualmente ed inequivocamente affermato al comma 1 (4).

La norma prevedeva, inoltre, una grave sanzione per le ipotesi di inosservanza, poste in essere da pubblici ufficiali o da incaricati di pubblici servizi: la configurazione del reato, previsto dall'articolo 326 del codice penale (rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio).

3. La posizione della commissione per l'accesso

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, prevista dall'articolo 27 della legge n. 241/1990, esercita importanti funzioni in materia, occupandosi, in particolare, di effettuare una vigilanza attiva, sia sotto il profilo ricognitivo che sotto quello propulsivo, "affinché venga attuato il principio di piena conoscibi-

lità dell'attività della pubblica amministrazione" (art. 27, comma 5, l. n. 241/1990).

Nell'ambito delle sue competenze, alla Commissione è stato richiesto un parere, da parte del Ministero dell'interno (Direzione centrale dei servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale), in ordine al rilascio di copie di diversi documenti, relativi ad una procedura di appalto concorso, per la realizzazione di una rete radiomobile digitale per le Forze di Polizia. In particolare, veniva richiesto se fosse possibile consentire l'accesso, in copia integrale, a tutti i progetti tecnici presentati dalle società partecipanti.

La Commissione (parere del 12 novembre 2002), in primo luogo, ha evidenziato che la fattispecie presenta notevoli peculiarità, collegate alla procedura in essere. Infatti, nella procedura di appalto concorso, assumono decisiva rilevanza i progetti, presentati dai concorrenti. Tali soggetti hanno l'ovvio interesse a che il contenuto precipuo dell'elaborazione progettuale venga adeguatamente protetto da strumentali richieste di accesso, rivolte unicamente a "carpire" il prodotto della creazione intellettuale posta in essere.

La Commissione "cala" la concreta fattispecie nell'alveo della disciplina della legge Merloni, osservando che la fattispecie, presa in esame dall'articolo 22, riguarda una ben distinta fattispecie, in quanto la medesima concerne il solo profilo e momento della formazione dell'elenco dei soggetti invitandi, al chiaro scopo di impedire che la conoscenza di tali atti, quando il procedimento di gara è ancora in corso, possa alterare la parità fra i concorrenti.

L'osservazione della Commissione è pienamente condivisibile, per diverse ragioni.

In primo luogo, come già anticipato e come risulta facile evincere, si è in presenza di atti diversi: documenti di gara, da un lato, ed elenco soggetti interessati o partecipanti alla gara dall'altro. Inoltre, fortemente diverse risultano essere le finalità in gioco. Nel caso della documentazione di gara, il bene da tutelare è quello della riservatezza delle imprese o, *rectius*, la riservatezza delle loro creazioni intellettuali. Nel caso disciplinato dall'articolo 22, il fine è, viceversa, quello di garantire la correttezza e la trasparenza di tutte le operazioni di gara. La differenza era stata ben colta dalla giurisprudenza: "l'articolo 22 l. 11 febbraio 1994, n. 109, regola un'ipotesi di temporaneo differimento dell'accesso e non già di esclusione in senso proprio, in quanto orientata non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese partecipanti al pubblico incanto o aspiranti all'invito alla gara (ristretta o informale), sebbene alla garanzia della correttezza e traspa-

(3) Abrogata dall'articolo 256 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006).

(4) "Nell'ambito delle procedure di affidamento degli appalti o delle concessioni di cui alla presente legge è fatto tassativo divieto all'amministrazione aggiudicatrice o ad altro ente aggiudicatore o realizzatore, in deroga alla normativa vigente in materia di procedimento amministrativo, (...)"

renza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte, o degli inviti alla gara” (5).

Fra l'altro, va ricordato che sempre la giurisprudenza aveva evidenziato che il divieto, previsto dall'articolo 22, costituisce una regola generale: “l'articolo 22 l. 11 febbraio 1994, n. 109, nel vietare la pubblicità degli elenchi dei soggetti, che hanno presentato offerte nei pubblici incanti prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime, va interpretato come regola generale valevole per tutti i procedimenti di gara, indipendentemente dal fatto che riguardino lavori pubblici. Ne consegue che la violazione del precetto, attraverso la divulgazione dei dati identificativi delle imprese interessate alla selezione, costituisce vizio dell'intera procedura” (6).

Venendo al caso sottoposto al suo esame, la Commissione formula il principio, condiviso dall'unanime giurisprudenza, secondo cui la partecipazione costituisce titolo per accedere agli atti di gara. Partendo da ciò, viene affermato che l'impresa, partecipante alla gara, ha diritto ad accedere ai documenti della procedura, ad eccezione della copia integrale dei progetti tecnici di tutte le società concorrenti. Infatti, a tutela del proprio interesse, è sufficiente l'esibizione del solo progetto tecnico presentato dalla società risultata aggiudicataria. Invero, si tratta di una tesi, introduttrice una limitazione, della quale non si percepisce la concreta *ratio*.

In altri termini, la Commissione sembra sostenere che il soggetto partecipante alla gara può solo accedere ai progetti dell'impresa vincitrice, ma non a quelli degli altri. Nella visione della tesi esposta, questa limitata visione dovrebbe essere sufficiente per l'istante, e rispettosa, al contempo, della riservatezza delle altre imprese. Solo il progetto del vincitore può “subire” l'accesso, gli altri no.

Tuttavia, una siffatta impostazione non convince, in quanto impedisce all'istante di raccogliere preziose informazioni, proprio al fine di poter adeguatamente tutelare le sue ragioni anche in giudizio. Ed, infatti, se l'impresa partecipante, non soddisfatta dell'esito della gara, intende ricostruire l'operato della commissione di gara, e, in particolare, l'*iter* logico delle sue valutazioni, è necessario che conosca tutti i progetti. Solo in tal modo potrà concretamente percepire la razionalità e la congruità delle valutazioni espresse. Ciò non risulta possibile visionando il solo progetto dichiarato vin-

citore. Tale impossibilità è alquanto evidente, in quanto solo un esame a tutto campo consente di percepire, nel loro significato più intimo, le valutazioni effettuate e le motivazioni a sostegno. In tale quadro ricostruttivo, appare palese che la citata limitazione si configura come un'immotivata “amputazione” del diritto di accesso, il quale, come la normativa tuttora prevede (articolo 24, comma 7, l. n. 241/1990) e la giurisprudenza insegna, prevale anche sulla riservatezza, allorquando sia necessario, al fine di curare o difendere interessi giuridici.

4. La posizione dell'autorità di vigilanza

Sulla problematica in esame, indubbiamente delicata e complessa, non poteva non intervenire l'Autorità di settore.

L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con l'atto di regolazione n. 12 del 29 maggio 2002, ha analizzato il caso di una richiesta di copia del *curriculum* del professionista, vincitore di una gara di progettazione. La fattispecie è stata, appunto, esaminata alla luce del conflittuale rapporto fra accesso e riservatezza.

Ad avviso dell'Autorità, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, come riconosciuto dalla giurisprudenza, ha effetto prevalente sul principio di riservatezza nel caso in cui, come già accennato, la richiesta tragga origine dalla necessità di proporre azione legale a tutela degli interessi dello stesso richiedente. La prevalenza deve essere giustamente ricondotta non solo all'esigenza generale di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, ma anche, e soprattutto, alla necessità di tutelare in modo adeguato le posizioni giuridiche del soggetto istante. Ciò conduce ad una piena visibilità del potere pubblico, anche in un'ottica di tutela delle posizioni dei singoli. In presenza di un chiaro e specifico interesse da tutelare, l'accesso prevale sulla riservatezza.

Tale consolidato inquadramento dei rapporti fra accesso e riservatezza conosce un indubbio momento di complicazione, laddove entrino in gioco, da un lato la riservatezza della proprietà intellettuale, dall'altro l'interesse ad una imparziale conduzione della gara. In tale incontro-scontro di due opposte esigenze, trova la propria specificità l'accesso alla documentazione di gara. L'Autorità individua, dando conferma piena agli indirizzi sinora illustrati, la titolarità dell'accesso nella partecipazione alla procedura. Tuttavia, pone un chiaro limite temporale.

L'Autorità afferma che il diritto di accesso non può essere esercitato subito, ma deve essere differito al momento della conclusione della gara. Non viene illustra-

(5) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, n. 3827/2002.

(6) T.A.R. Toscana, sez. I, n. 24/2001.

ta la ragione del differimento, pur se, avendolo inserito nel contesto generale dei rapporti fra accesso e riservatezza, sembra ad esso riferibile, almeno come *ratio* generale. Invero, come vedremo fra breve, il differimento dell'accesso alla documentazione di gara al momento dell'intervenuta conclusione della procedura viene ancorato, dalla giurisprudenza, ad altre ragioni, relative ad esigenze di celerità dell'azione amministrativa. Delineato il discusso profilo del differimento, l'Autorità ritiene che costituisca atto di gara accessibile, pur se in via differita(!), l'offerta presentata dall'aggiudicatario ed i relativi allegati. Per quanto concerne, poi, il caso dell'appalto di progettazione, il *curriculum* può essere considerato accessibile, laddove costituisca fondamentale elemento di valutazione. Unica eccezione viene individuata nei documenti, od anche parti di documenti, che, per effetto di altre norme, siano soggetti alla disciplina del segreto di Stato, ovvero siano destinati a rimanere segreti e non divulgabili. Non viene ritenuta, invece, eccezione la tutela della proprietà intellettuale, eventualmente concretatasi in un documento di gara. In tali casi, ad avviso dell'Autorità, tale tutela è destinata a recedere nei confronti dell'accesso, il quale conosce, tuttavia, un ulteriore limite, oltre quello del differimento: la possibilità di esercizio nella sola forma della visione. Non viene ritenuto possibile il rilascio di copia, in quanto la materiale detenzione del documento costituisce perdurante elemento di conoscenza, potenzialmente ultrasivo nei riguardi della proprietà intellettuale.

La puntuale, anche se non sempre pienamente condivisibile, analisi dell'Autorità si sofferma sulle esigenze di tutela della riservatezza, seppur considerate tendenzialmente recessive, conferendo loro un profilo dinamico di tutela preventiva. Viene affermato, non senza ragione, che il soggetto portatore delle esigenze di riservatezza, deve essere notiziato dell'avvio del procedimento di accesso, e ciò in base all'articolo 7 della legge n. 241/1990, in quanto controinteressato nell'eventuale procedimento, *ex* articolo 25 della medesima legge, che al comma 5, prevede che "contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso (...) è dato ricorso (...) al tribunale amministrativo regionale (...)" (7).

Conclusivamente, l'articolata analisi dell'Autorità può essere sintetizzata nei seguenti punti:

- a) la problematica dell'accesso ai documenti di gara va inquadrata nel ben noto e controverso rapporto fra accesso e riservatezza;
- b) il soggetto richiedente trae la propria legittimazione all'accesso dalla partecipazione alla gara;
- c) il diritto di accesso ai documenti di gara conosce un primo limite nel differimento;
- d) laddove sia da tutelare la proprietà intellettuale, si configura un secondo limite: la sola visione;
- e) in tale ultimo caso, occorre la preventiva comunicazione di avvio del procedimento di accesso al titolare del diritto alla riservatezza.

5. L'analisi giurisprudenziale. La problematica del differimento

L'approccio giurisprudenziale ha preso inizio da una chiara constatazione: la legge quadro sui lavori pubblici, al di là della previsione contenuta nel già esaminato articolo 22, non disciplina in maniera espressa la problematica dell'accesso ai documenti di gara (8). Invero anche la normativa generale in materia di accesso si palesa come alquanto lacunosa, eccettuato il limitato riferimento alla necessità di tutelare gli interessi economici e finanziari del soggetto, eventualmente inciso dalla richiesta di accesso.

In tale scenario di carenza di regolamentazione specifica, la giurisprudenza ha concentrato la propria attenzione sui seguenti profili di analisi:

- a) *l'individuazione del titolare dell'accesso*. La giurisprudenza, confermando l'orientamento della Commissione e dell'Autorità di vigilanza, ha affermato che il presupposto fattuale, che legittima all'esercizio dell'accesso, è costituito dalla partecipazione alla gara. In altri termini, la partecipazione vale come titolo legittimante all'accesso: le imprese che partecipano alle gare di appalto hanno il diritto di esaminare i documenti della gara (9). In carenza del presupposto partecipativo, la posizione della giurisprudenza è, *a contrariis*, molto chiara: la mancata partecipazione alla gara priva la ricorrente di quella posizione differenziata e qualificata, cui la stessa non può aspirare per la sola appartenenza allo stesso settore di impresa dell'aggiudicataria (10). Il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 4078/2002) puntualizza autorevolmente il punto, affermando che "la partecipazione ad una gara comporta, tra l'al-

(7) In chiara anticipazione rispetto all'obbligo di comunicazione preventiva ai controinteressati, introdotto dall'articolo 3 del d.P.R. n. 184/2006.

(8) Ovviamente, prima del codice dei contratti pubblici.

(9) *Ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. II, n. 7958/2002

(10) T.A.R. Liguria, sez. II, n. 122/2004.

tro, che l'offerta tecnico-progettuale presentata fuoriesca dalla sfera di dominio riservato all'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte presentate da altri concorrenti, con la conseguenza che la società non aggiudicataria ha interesse ad accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi giuridici; pertanto, in presenza di un'offerta vincente, perché economicamente più bassa ed a costi molto contenuti, non può negarsi all'impresa esclusa l'accesso a quegli atti necessari alle finalità di controllo di quei requisiti e di tutte le altre caratteristiche del prodotto, oggetto della fornitura, minuziosamente contemplati nel relativo bando di gara”;

b) *i rapporti fra accesso e riservatezza*. Maggiori problemi ha comportato tale secondo profilo di analisi. A ben vedere, si tratta di un rapporto che, già controverso in termini generali, si presenta corredato da ulteriori complicazioni, relativamente all'ambito delle pubbliche gare, in quanto la tutela della riservatezza della proprietà intellettuale costituisce concetto, per taluni versi, più sfuggente. Come già “statuito” dall'Autorità di vigilanza, pure la giurisprudenza ritiene che il contrasto possa essere risolto, con la prevalenza del diritto di accesso, nella forma della sola visione: il concorrente non aggiudicatario della gara, per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione degli impianti tecnologici, ha diritto all'accesso ai documenti prodotti in gara dall'aggiudicataria; in presenza di esigenze di riservatezza, l'accesso sarà limitato, ai sensi dell'art. 8, d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, alla sola visione degli atti, senza estrazione di copia (11). Tuttavia, il medesimo tribunale, dopo aver sostenuto la limitazione alla sola visione, afferma, poi, che questa viene meno se l'impresa richiedente ha anche proposto ricorso giurisdizionale: dette esigenze non possono, tuttavia, essere opposte, laddove la stessa ditta istante ha anche proposto l'impugnazione avverso l'aggiudicazione, configurandosi l'istanza d'accesso come strumentale alla tutela processuale. Quindi, sembra di capire che la proposizione del ricorso rafforza la posizione dell'impresa, in quanto la medesima ha necessità di godere di una piena ed effettiva tutela processuale. In altri termini, presentato il ricorso, la posizione cambia, per cui l'impresa non è solo un semplice soggetto richiedente l'ac-

cesso, ma è divenuto un “soggetto processuale”, titolare di maggiori poteri, per cui può ottenere anche la copia. A siffatto soggetto, non sembra possibile contrapporre esigenze di riservatezza, giuridicamente apprezzabili. Invero, occorre tener conto di una giurisprudenza, la quale sostiene che la riservatezza debba risultare sempre soccombente, allorché si siano concluse le operazioni di gara: in materia di appalti pubblici, il diritto di accesso agli atti relativi alla gara non è precluso dalle disposizioni poste a tutela dei c.d. dati sensibili, né dalle norme in materia di opere d'ingegno e di brevetti; pertanto, dal momento della conclusione della gara, nulla osta all'accesso agli atti relativi alla gara stessa, non potendosi fare generico riferimento alle esigenze di “riservatezza” delle imprese partecipanti alla gara ed alle norme relative alle opere dell'ingegno (12);

c) *l'individuazione degli atti accessibili*. A tal riguardo, è stato evidenziato che è ben possibile acquisire conoscenza dei nominativi dei componenti della commissione di gara, anche nel caso in cui l'amministrazione abbia, poi, deciso di non proseguire ulteriormente la gara (13). Maggiormente problematico è stato, invece, l'esame di una peculiare fattispecie, in materia di conferimento di servizi pubblici. È stato affermato (14) che un'impresa, partecipante ad una gara di appalto per l'affidamento di un servizio pubblico locale, non vanta un interesse rilevante ad accedere agli atti di costituzione di un'altra società partecipata da ente pubblico, che concorre alla medesima gara, al fine di verificare la correttezza delle procedure espletate per l'individuazione del socio privato. In tal caso, è stato sostenuto, non senza titubanze, che non sembra sussistere correlazione tra la posizione differenziata di concorrente nell'ambito della gara e lo scopo perseguito;

d) *il differimento dell'accesso*. Come anticipato, l'Autorità di vigilanza sembra essere abbastanza chiara su tale questione, parlando apertamente di differimento, come primo limite all'esercizio del diritto di accesso nei riguardi dei documenti di gara. Anche la giurisprudenza appare recepire tale impostazione: il diritto d'accesso agli atti di gara è differito al momento della conclusione della procedura di scelta del contraente, individuabile nel momento dell'ag-

(11) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 6257/2000.

(12) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, n. 3827/2002.

(13) Cons. Stato, sez. VI, n. 5818/2002.

(14) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 723/2004.

giudicazione, essendo irrilevante la pendenza della successiva fase di approvazione dell'aggiudicazione (15). La pronuncia ora illustrata ricollega il differimento all'esigenza di evitare qualsiasi forma di agevolazione per possibili condotte, dirette a turbare la regolarità e la genuinità del confronto concorrenziale. Precisamente, viene affermato che il differimento è orientato non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese partecipanti al pubblico incanto o aspiranti all'invito alla gara (ristretta o informale), sebbene alla garanzia della correttezza e trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte. Altra giurisprudenza (16) individua altre esigenze da tutelare con il differimento: deve ritenersi prevalente l'interesse pubblico ad una celere definizione del procedimento di gara, in conformità ai principi di cui alla legge quadro in materia di lavori pubblici ed al relativo regolamento n. 554/1999; sostanzialmente non pregiudica l'interesse alla conoscenza dell'azione amministrativa il differimento dell'accesso agli atti, in quanto la conoscenza, nei limiti in cui è rappresentata alla p.a. precedente e per le finalità asseritamente perseguite di correzione di rotta del procedimento di gara, si traduce in un appesantimento dell'azione amministrativa e ben può essere esercitato all'esito della conclusione del procedimento di gara. Dunque, ad avviso del tribunale campano, risultano prevalenti le ragioni di celere definizione della gara rispetto a quelle di conoscenza.

Invero, l'istituto del differimento non convince, tranne pochi casi, in nessuno dei presunti fondamenti individuati.

Non convincono le ragioni di riservatezza, per la semplice considerazione che la conoscenza dei presunti dati riservati sempre verrà acquisita, seppur in un lasso temporale successivo.

Non appaiono plausibili, parimenti, neppure le altre ragioni: trasparenza della gara e tempestiva conclusione della medesima.

A questo punto, è, forse, necessario chiarire le fasi della procedura di gara, proprio per capire l'assunto, secondo il quale occorre attendere la definitiva conclusione delle operazioni di gara.

L'aggiudicazione provvisoria, come noto, è diretta all'accertamento ed all'individuazione della migliore offerta, in sede di confronto concorrenziale di gara. Essa

viene effettuata dalla commissione di gara, la quale costituisce un organo, al contempo, straordinario, temporaneo e perfetto (17).

L'aggiudicazione definitiva, invece, costituisce un atto di controllo, di tipo interno, diretto a verificare la legittimità delle operazioni di gara, dando luogo ad una fase, distinta ed autonoma, dell'unitario procedimento di gara. La linea di confine, fra le due aggiudicazioni, è costituita dalla conclusione delle operazioni di gara. Ultimata la fase di individuazione del contraente, *rectius* la fase di accertamento della migliore offerta, la Commissione perde i propri poteri e la competenza torna agli organi di amministrazione attiva. Dunque, la linea di confine è costituita dalla conclusione delle operazioni di gara. Ultimate queste, la commissione ha esercitato i propri poteri, e si "ritira" dalla struttura procedimentale della gara pubblica, lasciando il campo agli organi di amministrazione attiva della stazione appaltante, i quali, effettuate le dovose verifiche, disporranno l'approvazione del verbale di gara e l'individuazione definitiva del contraente prescelto. Con l'aggiudicazione definitiva ha termine la procedura di gara ed è possibile procedere alla stipula del contratto.

Chiariti tali importanti punti, occorre chiedersi perché, secondo la predetta impostazione, sia necessario attendere l'aggiudicazione definitiva per l'esercizio dell'accesso. Invero, un interesse all'accesso potrebbe configurarsi subito dopo l'aggiudicazione provvisoria. Prendiamo ad esempio la situazione in cui un'impresa sia stata esclusa dalla gara, per supposte carenze documentali o autodichiarative. Effettuata l'aggiudicazione provvisoria, l'impresa esclusa potrebbe richiedere diversi atti (verbali commissione, propria offerta presentata, altre offerte di imprese trovatesi in situazioni simili, ecc.), al fine di capire le ragioni della propria esclusione. Quindi, al fine di poter tutelare validamente le proprie ragioni. Innanzitutto, in sede "amministrativa interna", attraverso una formale richiesta di autotutela, diretta a favorire un eventuale ripensamento della stazione appaltante, a fronte di un probabile errore. Poi, eventualmente, in sede giurisdizionale, at-

(17) Organo straordinario, in quanto viene istituito per lo svolgimento di una data attività, connessa ad un singolo e specifico appalto; organo temporaneo, nel senso che la commissione viene a sciogliersi nel momento in cui esaurisce i suoi compiti, attraverso l'individuazione della migliore offerta; collegio perfetto, in quanto necessita, in molti casi (per le operazioni di carattere valutativo, non per quelle a carattere istruttorio), della presenza del *plenum* dei componenti per poter validamente funzionare.

(15) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, n. 3827/2002.

(16) T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 1876/2004.

traverso la proposizione di un ricorso. Orbene, se tale è la posizione dell'impresa esclusa, a suo dire in modo illegittimo, e tali sono i suoi poteri (richiesta di autotutela e ricorso), non si comprende, allora, come possa congruamente esercitarli se non attraverso un immediato, e non differito, diritto di accesso. Solo prendendo immediata visione della documentazione, l'impresa può rendersi conto della giustizia, o meno, dell'operare della commissione di gara. In assenza di tale immediata visione, l'esercizio dei poteri risulta notevolmente amputato, quasi virtuale, ma non effettivo: l'impresa non conosce la documentazione ed il contenuto (esempio: le ragioni precise dell'esclusione, consacrate nel verbale).

Tali ragionamenti appaiono fortemente plausibili, in quanto occorre tener conto che l'aggiudicazione provvisoria costituisce un provvedimento immediatamente lesivo. Nell'esempio prospettato, dispone l'esclusione dell'impresa!

Come insegna l'unanime giurisprudenza (18), l'impresa non aggiudicataria ha non l'onere, ma la facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva, in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento. La medesima pronuncia continua, evidenziando che, rispetto all'aggiudicazione provvisoria, quella definitiva non è atto meramente confermativo od esecutivo, ma è un atto che, anche quando recepisce *in toto* i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una autonoma valutazione. Da ciò consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, anche se è già stata impugnata quella provvisoria.

Orbene, se l'impresa è stata esclusa, in presenza di un'aggiudicazione provvisoria, consacrante l'estromissione, ha un chiaro interesse ad accedere immediatamente, senza alcun indugio, ai documenti di gara, proprio al fine di poter eventualmente contestare la medesima. Fra l'altro, la tesi del differimento presenta anche il lato debole di non valorizzare l'apporto dell'impresa esclusa in sede di aggiudicazione definitiva. In altri termini, l'impresa esclusa potrebbe, come già detto, presentare istanza di autotutela, evidenziando i vizi dell'operato della commissione ed invitando l'organo competente a porre rimedio. Se questi condivide le censure esposte, deve (non solo può!) correggere, cioè annullare parzialmente, il verbale di gara, imponendo, se necessario, alla medesima commissione di

ripetere talune operazioni di gara. Come si può ben vedere, l'accesso immediato, e non differito, esplica anche un'importante funzione di "collaborazione procedimentale" fra stazione appaltante ed imprese partecipanti.

Alla luce di tali considerazioni, le supposte ragioni del differimento, in particolare quelle fondate sulla trasparenza e sulla celerità, appaiono alquanto prive di reale forza persuasiva. Infatti, non va dimenticata una mera ovvietà: è proprio l'accesso, che garantisce la trasparenza! Ciò non toglie che, laddove vengano individuate reali ragioni, si possa procedere al differimento, previa esternazione dei motivi. In conclusione, ciò che non convince è l'aver elevato il differimento a regola generale.

6. I chiarimenti del T.A.R. Puglia: i documenti accessibili

In tale scenario interpretativo, indubbiamente delicato, soprattutto per quel che concerne le posizioni giuridiche delle imprese partecipanti alla gara, siano esse titolari di un interesse all'accesso o di un interesse alla riservatezza, si inserisce la puntuale pronuncia del T.A.R. Puglia n. 3881/2004 (19).

I giudici pugliesi cominciano la loro analisi enunciando due principi, alquanto consolidati.

Viene confermato, innanzitutto, il presupposto legittimante all'accesso, consistente, come già visto, nella partecipazione: ogni partecipante ad una procedura concorsuale deve considerarsi titolare del diritto di accesso ai relativi atti, in quanto portatore di un interesse sicuramente differenziato da quello della generalità degli appartenenti alla comunità, in funzione della tutela di una posizione (quella di partecipante alla procedura selettiva), che ha sicuramente rilevanza giuridica.

In secondo luogo, il T.A.R., conformandosi ad un principio generale in tema di diritto di accesso, segnala la necessità di una richiesta specifica, e non generica, anche in materia di documentazione di gara: deve dichiararsi l'inammissibilità, per genericità della richiesta di accesso, a "tutti gli atti propedeutici all'indizione della gara", essendo principio, fermo nella giurisprudenza del giudice amministrativo, che la domanda, di cui agli artt. 22 e ss. l. n. 241 del 1990, deve contenere la specifica indicazione dei documenti di cui si chiede il rilascio, non potendosi imporre all'amministrazione un onere di ricerca dei documenti utili al ri-

(18) *Ex multis*, T.A.R. Veneto, sez. I, n. 528/2003.

(19) T.A.R. Puglia, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3881.

chiedente attraverso la selezione e l'indagine del relativo contenuto.

Delineati e richiamati questi due solidi principi, il T.A.R. procede ad un importante, oltre che puntuale, esame dei documenti di gara accessibili, che può essere così sintetizzato:

- a) *documenti relativi all'offerta tecnica*. Il tribunale segnala la necessità di operare un bilanciamento fra i due opposti interessi in gioco: l'interesse alla conoscenza degli atti e l'interesse alla riservatezza, cioè ad evitare che opere dell'ingegno, facenti parte del proprio patrimonio aziendale, entrino senza limiti di tempo nella disponibilità materiale di altre imprese che operano sul mercato in posizione concorrenziale rispetto ad essa. La sintesi viene individuata nella limitazione dell'accesso alla sola visione, con esclusione di rilascio di copie. L'idea di fondo, che promana da tale bilanciamento, in aderenza con quanto sinora esposto, è che l'estrazione di copia determina, in sostanza, un maggior pericolo in ordine alla divulgazione dei dati. I giudici pugliesi, in tal modo, contrastano un diverso indirizzo giurisprudenziale (20), secondo il quale è sempre possibile il rilascio di copia, in favore dell'interessato o di persona di sua fiducia, espressamente incaricata. Il tribunale pugliese ritiene che ciò sia possibile, al massimo, solo in presenza di fattispecie di minore rilevanza tecnica ed economica, ove il profilo della novità, eventualmente presente nella documentazione tecnica, sia di minima rilevanza. In altri termini, nelle gare di modesto importo economico o di basso livello tecnologico, l'improbabile presenza di "vere novità" può giustificare l'esercizio del diritto di accesso in forma piena;
- b) *verbali della commissione di gara*. Viene consentita sia la visione che il rilascio di copia;
- c) *provvedimento di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva*. Anche in tal caso, il T.A.R. ritiene possibile l'esercizio in forma piena;
- d) *contratto di appalto*. Va osservato che lo schema di contratto, ai sensi dell'articolo 35 del d.P.R. n. 554/1999 (21), in quanto ricompreso nel progetto esecutivo, deve essere allegato alla documentazione di gara, già oggetto di pubblica visione e copia, in favore di tutte le ditte interessate alla gara. Conseguentemente, non può essere in alcun modo escluso l'esercizio del diritto di accesso in forma piena;

- e) *campioni allegati all'offerta tecnica*. Per tale fattispecie, il discorso diventa più complicato, in quanto appare palese che non si è in presenza di un documento amministrativo, secondo la definizione di cui all'articolo 22, comma 1, l. n. 241/1990 (22). Infatti, se è vero che il documento scritto, pur restando, in linea tendenziale, la forma più rilevante e simbolica di rappresentazione di un atto, non esaurisce certo la categoria dei "documenti accessibili", in quanto vi è la possibilità di altre forme di rappresentazione (mediante microfilms, microfiches, fotografie, ecc.), è anche parimenti vero che il campione non costituisce una forma di rappresentazione di un atto. Il campione di un'apparecchiatura tecnica non rinvia ad alcun atto. Quindi, siamo al di fuori della categoria predetta.

7. La disciplina codicistica: linee generali

Occorre attendere il codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 163/2006, per avere una disciplina specifica in materia di atti di gara. Infatti, l'articolo 22 della legge Merloni (23) conteneva una regolamentazione indubbiamente generica e, soprattutto, caratterizzata da una duplice limitazione.

In primo luogo, si faceva riferimento ad una sola tipologia di atti accessibili: gli elenchi dei soggetti partecipanti alle procedure di scelta del contraente, indette dalla stazione appaltante. Di conseguenza, come illustrato, gli altri atti di gara potenzialmente accessibili non potevano che diventare destinatari di una disciplina solo "giurisprudenziale", il cui punto di approdo, certo non esaustivo, può essere considerato quello delineato dall'illustrata pronuncia del T.A.R. Puglia n. 3881/2004.

In secondo luogo, l'articolo 22 si limitava a prevedere solo un'ipotesi di differimento dell'accesso, non statuendo alcun divieto, oltre a quelli previsti dalla disciplina generale in materia di esercizio del diritto di accesso.

D'altronde, anche l'articolo 10 del d.P.R. n. 554/1999 (24) non andava oltre la previsione di un divieto di accesso riguardo alla relazione riservata del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo, aventi ad oggetto le domande e

(22) Per "documento amministrativo" si intende, ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

(23) Abrogata dal codice dei contratti pubblici.

(24) Pur esso abrogato dal codice dei contratti pubblici.

(20) T.A.R. Lazio, sez. II, nn. 4970/2000 e 4971/2000.

(21) Non abrogato dal codice dei contratti pubblici.

le riserve, eventualmente formulate dall'impresa appaltatrice.

Dunque, il codice dei contratti pubblici interviene, meritoriamente, a colmare tale lacuna normativa, individuando, all'articolo 13, comma 1, quale disciplina generale di riferimento, la legge n. 241/1990 (25). In altri termini, il codice chiarisce che la disciplina "madre" in materia di accesso è e resta quella contenuta nell'indicata legge, alla quale viene riconosciuto rango e valenza di fonte generale. Di conseguenza, a fronte di una disciplina di tipo generale, qual è quella della legge sul procedimento amministrativo, la disciplina codicistica non può che assumere valore di fonte speciale. Dunque, in relazione alla problematica dell'accesso agli "atti di gara", trova, in primo luogo, applicazione la speciale disciplina codicistica, contenuta nell'articolo 13. Solo in caso di carenza di regolamentazione, interviene la disciplina generale della legge n. 241/1990. Chiarito tale importante punto, l'articolo 13 configura, al comma 2, due specifiche *ipotesi di differimento*.

Viene stabilito che il diritto di accesso è differito:

- in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte nelle procedure aperte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- in relazione all'elenco dei soggetti, che hanno fatto richiesta di invito, oppure che hanno segnalato il loro interesse, ed all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, nelle procedure ristrette, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime;
- in relazione all'elenco dei soggetti, che sono stati invitati a presentare offerte ed all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, nelle procedure negoziate ed in ogni altra ipotesi di gara informale, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime;
- in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione (aggiudicazione definitiva).

In favore dei soggetti, la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti, che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare.

Come è facile evincere dal confronto con il pregresso

articolo 22 della legge Merloni, la disciplina del differimento risulta modificata.

Infatti, mentre nelle procedure aperte, la Merloni consentiva di differire l'accesso agli elenchi dei soggetti partecipanti fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, viceversa, nelle procedure ristrette e negoziate, consentiva solo un differimento dell'accesso all'elenco dei soggetti invitati fino alla comunicazione ufficiale dell'elenco degli invitati. Sussisteva, allora, il pericolo di turbative di gara, tra il momento in cui erano noti i soggetti invitati e la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte. Al fine di evitare tale possibile rischio, nella novella normativa codicistica, anche nelle procedure ristrette e negoziate, l'accesso agli elenchi degli offerenti è differito fino alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Come illustrato, si deroga a tale regola, solo per tutelare l'interesse degli operatori economici, che hanno chiesto invano di essere invitati alla procedura ristretta o negoziata. Tali soggetti hanno interesse a conoscere tempestivamente l'elenco degli invitati. Dunque, solo in favore di costoro, è consentito conoscere l'elenco degli invitati prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma non prima che l'elenco degli invitati sia reso ufficialmente noto. Tenuto conto, poi, che le offerte sono destinate a rimanere segrete fino a quando non sono aperte ed esaminate dalla commissione di gara, è stato esplicitato che l'accesso alle offerte è consentito solo dopo che l'aggiudicazione diviene definitiva, con l'approvazione dei verbali di gara, da parte della stazione appaltante.

Il comma 3 conferma il differimento all'accesso, stabilendo che gli indicati atti non possono essere comunicati o resi noti, in qualsiasi modo, a terzi. L'inosservanza di tale divieto comporta (26) la configurazione, a carico dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, del reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, oltre ad altre possibili figure criminose.

Il comma 5 introduce specifiche ipotesi di *esclusione del diritto di accesso*.

Con piena salvezza della peculiare disciplina, in materia di appalti secretati o la cui esecuzione richieda speciali misure di sicurezza, sono sottratti all'accesso, oltre che a qualsivoglia forma di divulgazione, i seguenti documenti o elementi di conoscenza:

a) le informazioni, fornite dalle imprese offerenti, nel

(25) "Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

(26) Articolo 13, comma 4.

- l'ambito delle offerte, ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente medesimo, segreti tecnici o commerciali;
- b) eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici;
 - c) i pareri legali, acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o già in corso, relative ai contratti pubblici;
 - d) le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo, in relazione alle domande ed alle riserve, eventualmente formulate da parte dell'impresa appaltatrice.

8. La disciplina codicistica: peculiari problematiche

Come si è in parte anticipato, la precedente versione dell'articolo 24, comma 2, della legge n. 241/1990, consentiva la sola visione degli atti, che impingessero nella posizione di terzi, e non anche il rilascio di copia. In tal modo, si realizzava un contemperamento dei contrapposti interessi in gioco: l'interesse alla conoscenza degli atti, in funzione di difesa dei propri diritti, e l'interesse alla tutela della riservatezza. Solo ove si fosse profilata un'effettiva esigenza di tutela giurisdizionale, con l'instaurazione di un giudizio, si poteva ottenere il reale possesso dei documenti, attraverso il deposito in giudizio da parte dell'amministrazione. In pratica, sarebbe stato il medesimo giudice adito ad ordinarne il deposito, ove l'amministrazione non avesse provveduto di propria iniziativa.

Ora, invece, la nuova previsione normativa circa la tutela di tale interesse non contempla più la semplice visione, ma un accesso pieno, riferito, cioè, non solo alla visione, ma anche al rilascio di copia. Precisamente, l'articolo 24, comma 7, della legge n. 241/1990, nella nuova versione modificata dalla legge n. 15/2005, stabilisce che deve, comunque, essere garantito "l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". Come si vede, non si parla più di semplice visione, ma di accesso, il che non può che implicare la possibilità di ottenere copia degli atti richiesti.

Appare evidente che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso (27), non può che considerarsi recessivo quando l'accesso medesimo sia esercitato per la di-

fesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse.

La giurisprudenza ha preso immediatamente atto di tale rilevante modificazione ed ha affermato che, in un procedimento di accesso, gli interessi commerciali, professionali, industriali delle ditte partecipanti ad una gara recedono innanzi all'eventuale interesse alla tutela di altra ditta partecipante alla gara, e le eccezioni a detto principio sono indicate negli artt. 22 e 33 l. n. 109 del 1994 (28).

Più recentemente, il T.A.R. Puglia (29) ha evidenziato che l'impresa, partecipante ad una gara, ha titolo ad accedere alle offerte tecniche, presentate da altre concorrenti, ove la conoscenza dei dati, contenuti in tali offerte, sia necessaria ai fini della predisposizione di un'adeguata difesa in sede processuale. Precisamente, si è statuito che, in base alla nuova disciplina (l. n. 15/2005), devono ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione sia il rilascio di copia del documento, e ciò soprattutto a seguito dell'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24 comma 2, lettera d), nella formulazione dell'originaria legge 241, abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di accesso che non si ravvisano più separabili. L'assunto è fortemente chiaro: non vi è più alcuno spazio per distinguere fra mera visione e rilascio di copia, laddove il richiedente giustifichi la propria richiesta di accesso con la necessità di difendere adeguatamente i propri interessi.

Di tale importante cambiamento è ben consapevole il codice dei contratti pubblici, il quale, all'articolo 13, non fa, giustamente, alcun riferimento a possibili "frazionamenti" del diritto di accesso, il quale viene confermato, in relazione alla peculiare tipologia degli "atti di gara", nella sua unitaria struttura, comprensiva di presa visione e (30) rilascio di copia. Non solo, l'articolo 13, proprio in relazione alla necessità di tutelare personali interessi, introduce una deroga al divieto di esclusione, previsto dal già illustrato comma 5.

Precisamente, il comma 6 prevede quanto segue: "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda **in vista della difesa in giudizio** dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

(28) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, n. 1519/2006.

(29) T.A.R. Puglia, sez. Bari, n. 337/2007.

(30) E non "o".

(27) Articolo 24, comma 2, lettera d), legge n. 241/1990.

La disposizione normativa è importante, per cui converrà esaminarla con attenzione.

Come riportato, il comma 6 prescrive che l'impresa partecipante alla gara può chiedere ed ottenere accesso (visione e copia!) anche nei riguardi di atti o elementi di conoscenza esclusi dal regime di pubblicità, ai sensi del comma 5 (31), se l'accesso medesimo è finalizzato alla difesa in giudizio di propri interessi, connessi alla gara cui si partecipa. La norma è sufficientemente chiara e pone una deroga ai casi di esclusione prima illustrati. In buona sostanza, l'impresa concorrente può acquisire, anche con rilascio di copia, taluni elementi di conoscenza, normalmente vietati, laddove affermi che tale conoscenza esplica utilità, ai fini della tutela giurisdizionale dei propri interessi, connessi alla gara, ritenuti, in qualche modo, lesi.

Tale novella disposizione normativa, come correttamente osservato da parte della dottrina (32), è alquanto diversa da quella contenuta nel già illustrato articolo 24, comma 7, della legge n. 241/1990, nella nuova versione modificata dalla legge n. 15/2005, ove si prescrive che deve, comunque, essere garantito "l'accesso ai documenti amministrativi, **la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici**".

I presupposti, che legittimano l'accesso e che consentono di superare le esigenze di riservatezza di soggetti terzi, sono diversi.

Nel caso dell'articolo 24, comma 7, della legge n. 241/1990, si parla di documenti "necessari per curare o per difendere i propri interessi giuridici"; nel caso del comma 6 dell'articolo 13 del codice, si parla di documenti necessari "in vista della difesa in giudizio" dei propri interessi. Appare evidente che la norma codicistica, ai fini dell'accesso, sembra chiedere un *quid pluris* rispetto alla norma della legge sul procedimento. Non è sufficiente che la conoscenza sia indispensabile, ai fini della tutela o cura degli interessi; occorre che tale conoscenza sia diretta alla difesa giurisdizionale degli interessi medesimi. Quindi, un "qualcosa in più", come rettamente evidenziato dall'indicata dottrina: "ecco quindi che l'agire in vista della dife-

sa in giudizio dei propri interessi sta a dimostrare un qualcosa in più dell'interesse diretto, concreto e attuale finalizzato a difendere la propria sfera giuridica: la richiesta di ostensione deve non solo essere necessaria per la cura dei propri interessi, ma deve essere formulata – ed è necessaria – proprio per il ricorso giudiziale, la cui successiva mancata proposizione – a fronte del soddisfacimento della domanda di accesso – non può rimanere senza conseguenze".

La differenza fra le due disposizioni normative è evidente. Invero, da un punto di vista eminentemente pratico, la diversità potrebbe essere, in un certo senso, elusa, da parte di un'impresa non pienamente sincera (33).

Infatti, a ben vedere, la differenza consiste, da parte dell'impresa richiedente, nell'indicare, in sede di richiesta di accesso, che la documentazione è indispensabile, non per una generica cura dei propri interessi, ma per il dispiegamento di una tutela giurisdizionale dei medesimi. Attenzione: tutela futura, e non già in corso, cioè ricorso od azione giudiziaria già esperita, in quanto il comma 6 dell'articolo 13 parla di "in vista della difesa in giudizio", quindi di un fatto futuro. In buona sostanza, il richiedente potrebbe motivare il suo accesso, affermando e scrivendo che la documentazione è necessaria "ai fini di una "adeguata tutela in giudizio dei propri interessi, ritenuti gravemente pregiudicati da...". A fronte di una tale richiesta, la stazione appaltante sembra non avere spazio per esercitare alcun sindacato in merito agli intendimenti futuri. In effetti, la tutela giurisdizionale potrebbe anche non essere affatto esercitata e, nel frattempo, gli atti sono stati ottenuti, anche in copia, perché qualificati, in sede di richiesta, come necessari "in vista della difesa in giudizio"!

(31) Precisamente: a) le informazioni, fornite dalle imprese offerenti, nell'ambito delle offerte, ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente medesimo, segreti tecnici o commerciali; b) eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici.

(32) TESSARO T., *Accesso e riservatezza nel nuovo codice degli appalti*, in "La Gazzetta degli Enti Locali", 4 e 5 luglio 2006.

(33) Si intende alludere, come vedremo, all'ipotesi che un'impresa dichiari che i documenti sono necessari, ma poi non dia luogo ad alcun giudizio. Tuttavia, occorre pure riconoscere la sussistenza dell'ipotesi che l'impresa, in buona fede, richieda i documenti, nel genuino intento di promuovere un ricorso, non azionato successivamente, in quanto proprio la conoscenza di "quegli atti" ha fatto venir meno la necessità o la convenienza dell'azione giurisdizionale. Come si vede, la concreta realtà è sfuggente!

Il diritto di accesso e di informazione ambientale anche in seguito ai recenti indirizzi del Garante

di **Alberto Pierobon**

Premessa

Al di là delle facili esibizioni fraseologiche o di pedissequo ricostruzioni di istituti normativi, giova rammentare, in chiave anche di cultura e di metodo giuridico (invero soventemente trascurati) lo scenario e la consistenza della problematica di cui trattasi, riservandoci (stante lo spessore non solo teorico) di intervenire prossimamente sull'argomento.

Anzitutto, il sempre più crescente ordinamento giuridico globale ha comportato, anche per il diritto amministrativo, lo sviluppo di taluni istituti caratteristici degli ordinamenti nazionali, tra i quali campeggiano i principi della partecipazione, della trasparenza, del diritto e delle garanzie alla difesa, dell'obbligo di motivazione, ecc.

Più esattamente si assiste ad un processo di costituzionalizzazione che genera i suddetti principi, i quali, in effetti, promanano da trattati, norme primarie, secondarie e, sempre più spesso, dai precedenti giurisprudenziali.

Il sistema così formatosi, cosiddetto "di multilivello" (1), presenta forme di osmosi e di integrazione dinamica tra i diversi ordinamenti, dove le relazioni sono funzionalmente differenziate e, soprattutto, dove queste disci-

pline globali intervengono non solo nei confronti delle nazioni, ma pure dei privati, talché in questa nuova dimensione la società civile ne esce sicuramente rafforzata.

Il vero punto è che la globalizzazione *de qua* non va riguardata solo negli istituti di diritto positivo, bensì nella cultura e nel metodo giuridico che poi aiutano l'interprete a muoversi in questi inediti spazi e in queste ibridate materie.

Prime fonti "positive"

Il diritto di informazione e di accesso ambientale trae sostanzialmente le proprie mosse da:

- la prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e sullo sviluppo del 1992, meglio conosciuta come Conferenza di Rio, di cui si veda il 10° principio: "Al livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso della pubblica autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità";
- l'art. 10 della notissima Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 (2), ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, che sancisce "la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza subire ingerenze dalle autorità pubbliche";

(1) Dove "la scala di priorità applicativa delle fonti normative creata attraverso l'art.11 dovrebbe essere, in termini di competenza, la seguente: prima vengono i principi e i diritti inalienabili e fondamentali ricavati dalla Costituzione e assumibili come controllimiti; poi, ancora, le altre norme della Costituzione italiana": così GALLO F., *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 15.

(2) Dove vengono stabiliti per gli Stati membri degli standard di riferimento piuttosto che soluzioni uniformi. Ed è il principio della proporzionalità che diventa parametro per la valutazione della discrezionalità utilizzata dagli Stati membri.

- la direttiva 90/313/Cee sulla libertà di accesso all'informazione in materia ambientale;
- il Protocollo di intesa Stato-regioni del 27 maggio 1991;
- la Convenzione di Aarhus del 1998 derivante dalla terza Conferenza ministeriale europea sull'ambiente, tenutasi a Sofia nell'ottobre del 1995 (3). La Convenzione è stata poi formalmente recepita dal nostro Paese con la legge 16 marzo 2001, n. 108;
- la direttiva 2003/4/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, che amplia e rafforza l'esercizio del diritto di accesso, già garantito dalla direttiva 90/313/Cee (che viene abrogata). La direttiva è stata attuata con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195 (4);

(3) Si noti anche il rilievo che assume l'informazione sui rischi per la sicurezza umana e per l'ambiente, infatti; per l'art. 5, comma 1, lett. c), della Convenzione di Aarhus "nell'eventualità di una qualsiasi minaccia ambientale, che sia causata da attività umane o dovuta a cause naturali, tutte le informazioni che potrebbero consentire alla popolazione di prendere misure precauzionali per prevenire o mitigare i danni derivanti da tale minaccia e che siano detenute da una qualsiasi autorità, dovranno essere diffuse immediatamente e senza indugio a tutti gli interessati". La disposizione trova sostanziale trasfusione nell'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/4/Ce, ove, "fatto salvo qualsiasi obbligo specifico stabilito dalla normativa comunitaria, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le autorità pubbliche, in caso di minaccia imminente per la salute umana o per l'ambiente, provocata dalle attività umane o dovuta a cause naturali, diffondano immediatamente e senza indugio tutte le informazioni in loro possesso o detenute per loro conto che consentano a chiunque possa esserne colpito di adottare le misure atte a prevenire o alleviare i danni derivanti da tale minaccia". La Convenzione di Aarhus amplia l'ambito oggettivo della direttiva 90/313 precisando anche quello soggettivo, dando espressamente cittadinanza al ruolo delle associazioni di protezione ambientale non governative ed il loro diritto ad accedere alle informazioni sullo stato dell'ambiente.

(4) In proposito la Regione Friuli-Venezia Giulia aveva sollevato questione di legittimità costituzionale promovendo ricorso presso la Corte Costituzionale, la quale si è manifestata con sentenza 1° dicembre 2006, n. 399 per la quale spetta allo Stato (e non vi sarebbe quindi lesione delle competenze legislative statutarie della Regione Friuli-Venezia Giulia né violazione dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), l'attuazione della direttiva comunitaria 2003/4/Ce in materia di informazione ambientale, come avvenuta con gli artt. 3, 4, 5, 8 e 12 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195. Nella massima leggiamo che "la disciplina delle informazioni in tema di ambiente non appartiene alla materia «tutela dell'ambiente», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., ma si inserisce nel vasto ambito della tutela del diritto di accesso del pubblico ai documenti amministrativi. Ciò non vale tuttavia ad escludere la competenza legislativa dello Stato in materia, giacché l'accesso ai

- la famosa legge 8 luglio 1986, n. 349 (istitutiva del Ministero dell'ambiente), ove all'art. 14, comma 3, viene stabilito il diritto di informazione (5) al quale è seguito un regolamento attuativo da parte del medesimo Ministero;
- il d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 39 recante "Attuazione della direttiva 90/313/Cee concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente" abrogato dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195 (6).

Una definizione problematica e in divenire

Le informazioni relative all'ambiente sono state dapprima definite dall'art. 2 cit. d.lgs. n. 39/1997; il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza 14 febbraio 2003, n. 816 ha precisato che esse vanno intese come "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, viva, sonora o contenuta nelle basi di dati riguardanti lo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio e degli spazi naturali, nonché le attività, comprese quelle nocive, o le misure che incidono o possono incidere negativamente sulle predette componenti ambientali e le attività o misure destinate a tutelarle, ivi compresi le misure amministrative e i programmi di gestione dell'ambiente". In particolare il Collegio esclude dalla nozione tutti gli atti che comportino trasformazioni del territorio; infatti, nel caso in cui si fosse operato in senso contrario, "le

documenti amministrativi attiene, di per sé, ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost."

(5) Più esattamente: "Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione e può ottenerne copia previo rimborso delle spese effettive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata". Si noti che il "qualsiasi cittadino" sembra condurre ad un diritto *erga omnes*. Con questa disposizione "si è inteso conferire un diritto soggettivo di accesso alle informazioni relative all'ambiente, finalizzato al soddisfacimento di un interesse privato. Peraltro, essendosi qualificato tale diritto come manifestazione particolare del diritto di accesso p.a. regolato dalla legge n. 241/1990, tutte le questioni non disciplinate dalla legge n. 349/1986, quali ad esempio quella della ampiezza del diritto di accesso, delle cause di esclusione dell'accesso e delle Autorità competenti a conoscere le controversie in materia di accesso all'informazione, sono risolte dai T.A.R. facendo riferimento alle norme della legge n. 241/1990"; in proposito vedasi V. Fox, *Il diritto all'informazione ambientale*, in "www.lexitalia.it", la quale cita la giurisprudenza del T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 9.4.1991, n. 118 e del T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 20.2.1992, n. 78.

(6) Sul "carattere eccezionale" di questa disciplina, "rispetto alla regola generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo" si veda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2003, n. 816.

materie dell'urbanistica e dell'edilizia si confonderebbero con l'ambiente, in contraddizione con una linea evolutiva della legislazione nazionale che ha portato a distinguere (articolo 117, commi secondo e terzo, della Costituzione nel testo sostituito dall'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, come materia attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato, dal Governo del territorio, affidato alla legislazione concorrente". Secondo il Consiglio di Stato sarebbe stato possibile ricondurre la materia nell'ambito della disciplina del d.lgs. n. 39/1997 solo se, nella richiesta d'accesso, si fosse più precisamente definito l'oggetto ponendo l'accento "sulle misure che incidono o possono incidere negativamente sulle predette attività ambientali", specificando il nesso concreto dal quale fosse stato possibile desumere l'incidenza concreta della misura amministrativa (concessione edilizia) sui valori giuridici considerati dall'art. 2 del decreto in questione.

Invece, la fondamentale sentenza della Corte Costituzionale 26 luglio 2002, n. 407, ha ben sottolineato come, nell'ambito delle competenze tracciate a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, la tutela dell'ambiente è da considerare non come una materia, in senso tecnico, quanto, piuttosto, un valore costituzionalmente protetto e trasversale, con conseguente riconoscimento della competenza legislativa concorrente regionale, riaprendo così le "frontiere" della materia-bene oggetto di tutela.

Sempre diversamente dal prefato orientamento del Consiglio di Stato, si segnala (in materia di emissioni elettromagnetiche, ma con argomentazioni riferibili anche all'ambiente) il T.A.R. Veneto, sez. III, 28 ottobre 2002, n. 6118 il quale ha ritenuto che le nozioni di ambiente ed urbanistica possono considerarsi pressoché equivalenti: "l'urbanistica, infatti, intesa come assetto del territorio, risulta, nella sua stessa essenza, una disciplina che interferisce con tutti gli interessi particolari che sul territorio stesso necessariamente si localizzano, come quelli concernenti la difesa nazionale, quelli commerciali, industriali, via via fino ai vari interessi privati. Naturalmente tra questi interessi vi è anche la tutela dell'ambiente".

Si tratta, ad ogni evidenza, di diritti (di informazione e di accesso) che non sono solamente propedeutici ad un diritto di difesa, ma che risultano essere decisamente funzionalizzati alla migliore prevenzione e protezione ambientale, ovvero sia per dare garanzia alla tutela dell'ambiente (ed evitare pregiudizio alla salute umana), sia come strumento di prevenzione.

In pratica le attività-sfere sussumibili nel (*rectius*, pro-mananti dal) concetto di cui trattasi sono:

a) di conoscenza dello stato e delle attività, anche *in itinere*, *in parte qua*;

b) di controllo diffuso sui beni ambientali;

c) di partecipazione, non solo per la redazione dei programmi, ma anche per le più opportune decisioni.

Il diritto *de quo* (categorizzato come "soggettivo pubblico") è da considerarsi strumentale rispetto al cosiddetto diritto all'ambiente la cui latitudine, com'è noto, risulta essere amplissima oltre che trasversale.

In prima conclusione sembra quindi assumere assoluta rilevanza discriminante il bene ambiente.

Il diritto all'informazione e all'accesso ambientale nel sistema dei valori e degli interessi

Quel che qui rileva è la tutela (si badi: *globale*) dei beni pubblici universali (ovvero del patrimonio universale che diventa patrimonio giuridico) e che impone degli standard comuni nell'ambito dell'ordinamento giuridico globale, al fine di garantire parità di trattamento e di strumenti per tutti. E non si tratta – certo riduttivamente – della realizzazione di un sistema cooperativo di mercato comune, ma, soprattutto "dal punto di vista giuridico, di una comunità di diritto nel senso pieno dell'espansione" (7).

Quale è allora il diritto alla differenza o quali sono gli ambiti che vengono ad essere per così dire "riservati" al diritto nazionale nel confronto tra le diverse intensità di tutela?

Ecco che il primo compito dell'interprete è quello di accertare se il sistema dei valori e degli interessi (dei danti richiamati principi) sia integrabile e omogeneo con il sistema dei valori e degli interessi espressi in ambito domestico oltre che comunitario.

Va tenuto presente che la scala dei valori sottesi ai principi non è solo economica, cioè per una economia di mercato (intesa come una sorta di – fallace – ordine spontaneo) e per la concorrenza (intesa come una neutralità negli strumenti di politica economica), bensì quivi emer-

(7) TESAURO G., *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 32-33, il quale così prosegue: "Tale Comunità è caratterizzata da un insieme di regole e da un meccanismo di controllo sulla piena e puntuale tutela dei diritti cui sono sottoposti in eguale misura gli Stati membri, le istituzioni comunitarie ed i singoli; ed ha come protagonisti principali proprio i singoli, destinatari sostanziali delle regole. Ruolo centrale ha il mercato comune, che tuttavia, lungi dall'essere solo la dimensione economica e mercantile della Comunità, è un ambito in cui trovano riconoscimento, ed appunto tutela, non solo le libertà economiche fondamentali (degli scambi e di concorrenza), ma con esse l'insieme delle istanze che sono il patrimonio essenziale delle moderne e più evolute democrazie: promozione di lavoro, dell'ambiente, delle aree sfavorite, delle persone in quanto tali, in particolare donne e giovani".

gono forti elementi solidaristici che militano per una piena funzione di garanzia e di tutela della persona e dei diritti individuali, senza però dimenticare anche il principio di uguaglianza sostanziale.

Allora le prime (più preziose) domande sono: dove trovano un limite questi fondamentali valori e diritti? E, ancora, qual è il grado di protezione di cui godono questi valori e diritti (8)? E, nel confronto (*rectius*, bilanciamento) tra diversi valori e diritti quale tra essi risulta essere soccombente?

In questo quadro di considerazioni risulta pacifica l'affermazione secondo la quale il novello diritto di accesso e di informazione ambientale è la cartina di tornasole di una nuova relazione giuridica tra il "chiunque" e la autorità pubblica relativamente a (ed eccoci al cuore del problema) dei beni che però non sono della pubblica amministrazione (9), bensì di tutti (*uti cives*) in quanto universali.

Tant'è che le norme per così dire ... *parrocchiali*, come ricaduta di quelle comunitarie, nel rafforzamento della tutela dei beni *de quibus*, prevedono l'estensione soggettiva (dove la "desoggettivazione") e la non necessità di motivazione (dove la a-motivazione), ovvero una posizione soggettiva che risulta essere assai più ampia rispetto ad altre norme quali la legge n. 241 del 1990.

Prima (sommara) ricostruzione del diritto

Allora, quale risulta essere il riferimento (e la discrezionalità) per il bilanciamento tra il diritto di accesso (10) e di informazione ambientale e quello della privacy?

Come accade anche per altri istituti dove la fattispecie identificativa o delimitativa viene ad essere meglio definita, con una lettura di ciò che ad essa si contrappone o che limita o che viene esclusa, anche qui occorre andare ad analizzare le *esenzioni* al fine di meglio comprendere l'effettività di un siffatto diritto (eversivo) all'accesso e alla informazione ambientale. All'art. 4, par. 2, della direttiva 2003/4/Ce del 28.1.2003 troviamo le seguenti (macro) limitazioni (11):

(8) Il che significa la diversità di situazioni soggettive protette.
(9) Anche la proprietà privata viene costituzionalmente limitata e funzionalizzata all'interesse pubblico, il quale interesse riguarda la preservazione e il godimento di beni comuni. Ma questo è un altro, complesso, tema sul quale ci riserviamo di prossimamente intervenire.

(10) Dove peraltro il diritto di accesso è stato considerato rientrare tra i "diritti civili e sociali" di cui all'art. 117, lett. m), della Costituzione; in proposito si veda la sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938.

(11) Il precedente art. 4 del d.lgs. n. 39/1997 stabiliva che la p.a. poteva sottrarre all'accesso le informazioni relative al-

- a) di riservatezza per le informazioni commerciali e industriali;
- b) di riservatezza sulle deliberazioni di autorità pubbliche, relazioni internazionali, ordine e sicurezza pubblica, inchieste e investigazioni, ecc.;
- c) di riservatezza sugli schedari personali o di dati.

La prefata direttiva 2003/4/Cee ha espressamente previsto che i motivi di rifiuto debbano essere interpretati in modo restrittivo, tenuto conto – si badi – caso per caso, dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione. Inoltre, la nuova direttiva prevede che l'accesso possa essere negato qualora si tratti:

- a) di garantire lo svolgimento di procedimenti giudiziari tali da offrire, ad ogni persona, la possibilità di avere un processo equo o alla possibilità per l'autorità pubblica di svolgere indagini di carattere penale o disciplinare;
- b) di tutelare chi abbia fornito spontaneamente delle informazioni richieste, senza che sussista alcun obbligo legale reale o potenziale in tal senso, a meno che la persona interessata abbia acconsentito alla divulgazione delle informazioni in questione.

Sulla prevalenza del diritto di accesso rispetto alla tutela della privacy, la giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge n. 241/1990 aveva riconosciuto la prevalenza al primo (12).

Attualmente, la giurisprudenza è costante nel ritenere che, in un paese democratico, il diritto di accesso vada sempre garantito; né vale la preoccupazione addotta dalla p.a. circa l'eventuale attività di ritorsione del richiedente nei confronti del terzo denunciante, conseguente all'accesso ai dati identificativi di quest'ultimo, in quanto è stato rilevato che tali eventuali attività illecite non

l'ambiente qualora, dalla loro divulgazione, possano derivare danni all'ambiente stesso o in quanto suscettibili di produrre un pregiudizio concreto e attuale ai seguenti interessi: a) la riservatezza delle deliberazioni delle autorità pubbliche, le relazioni internazionali e le attività necessarie alla difesa nazionale; b) l'ordine e la sicurezza pubblici; c) questioni che sono in discussione, sotto inchiesta, ivi comprese le inchieste disciplinari, o oggetto di un'azione investigativa preliminare, o che lo siano state; d) la riservatezza commerciale ed industriale, ivi compresa la proprietà industriale; e) la riservatezza dei dati o schedari personali; f) il materiale fornito da terzi senza che questi siano giuridicamente tenuti a fornirlo. L'accesso alle informazioni, inoltre, poteva essere rifiutato o limitato quando la richiesta comporta la trasmissione di documenti o dati incompleti o di atti interni, ovvero quando la generica formulazione della stessa non consente l'individuazione dei dati da mettere a disposizione.

(12) Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 1993, n. 1036; Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 1996, n. 1604.

potranno sfuggire alla giustizia (13). Né d'altro canto, la p.a. può negare l'accesso ai dati riguardanti terzi denunciati adducendo la necessità di ottenere un nulla osta da parte della Procura della Repubblica; in quanto già contenuti in fascicoli di procedimenti penali, infatti, l'onere di ottenere tale nulla osta è della pubblica amministrazione a cui è rivolta l'istanza di accesso e non di chi esercita tale diritto (14). Questi ultimi orientamenti si riallacciano direttamente al diritto di difesa dell'interessato, conformemente alle indicazioni espresse dalla Corte Costituzionale con sentenza 3 novembre 2000, n. 460.

Quanto poi alla soluzione proposta da taluni di omettere, nel consentire l'accesso, i dati personali riguardanti i terzi, il giudice amministrativo (15) si è espresso in senso favorevole solo nell'ipotesi in cui la loro conoscenza non sia essenziale ai fini della tutela della situazione giuridicamente rilevante, che ha legittimato l'esercizio del diritto da parte del richiedente.

La nuova direttiva 2003/4/Cee ha chiarito che in ordine alla tutela della riservatezza dei dati personali e/o dossier riguardanti una persona fisica, l'accesso possa essere respinto qualora tale persona non abbia acconsentito alla divulgazione dell'informazione al pubblico, laddove detta riservatezza sia prevista dal diritto nazionale o comunitario, il che ci riporta:

- a) alla effettiva e diffusa tutela ambientale;
- b) alla globalità di questa tutela, al di là del dato normativo *domestico*;
- c) alla verifica dei limiti (esenzioni, esclusioni, eccetera) di questi diritti siffattamente intesi, a fronte dei diritti personalissimi ancorché non positivizzati dall'ordinamento;
- d) alla prevalenza *in parte qua*, in caso di incertezza o dubbi, delle fonti comunitarie rispetto a quelle nazionali.

I recenti indirizzi del Garante per la protezione dei dati personali e il diritto all'accesso e all'informazione ambientale

La delibera del Garante per la protezione dei dati personali n. 17 del 19 aprile 2007 (in *G.U.* n. 120 del 25 maggio 2007) prende "in specifica considerazione solo questioni riguardanti la pubblicazione e diffusione di atti e documenti" al fine "di garantire un'elevata tutela dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto al trattamento

dei dati personali" i quali elementi ridondando nei diritti degli interessati comunque devono essere rispettati. In tal senso (anche per autolimitare discrezionalità *a boomerang* per l'apparato dell'amministrazione) deve disciplinare il tutto (regolamento o legge), anche se l'ente locale dovrebbe, dopo una previa attività di valutazione, caso per caso, degli interessi in ballo, considerare il principio di necessità, e poi quello di proporzionalità (si veda anche l'invocabilità del principio di pertinenza e non eccedenza).

E qui ritornano i concetti agitati in esordio e la particolarità degli interessi tutelati, anzi del bene tutelato dalla normativa settoriale, ovvero dell'oggetto "ambiente", il quale, come la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare (16), è un "valore costituzionale trasversale" (17), investente altre materie. E tanto corrisponde anche all'orientamento globale, in particolare quello comunitario espresso soprattutto grazie al contributo della Corte di Giustizia.

E non è un caso che con il disegno di legge di riforma della carta fondamentale si sia nuovamente alimentato il dibattito sulla nuova definizione di ambiente; mentre in Europa il dibattito è tra una definizione ampia di ambiente ed una più limitata, in Italia la nuova versione proposta dell'art. 9 Cost. era la seguente: "La repubblica tutela l'ambiente naturale, il paesaggio e il patrimonio artistico della nazione".

Evidentemente, la questione riguarda la portata del termine "ambiente naturale" che assume una valenza parziale (18); difatti parte del mondo politico e ambientali-

(16) È soprattutto dalla metà degli anni '80 che la Corte Costituzionale afferma "la natura giuridica della tutela dell'ambiente come valore fondamentale della collettività e dell'ordinamento".

(17) Così nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 407 del 10-26 luglio 2002 e n. 536 del 20 dicembre 2002. La sentenza 407/2002 (pubblicata sulla *G.U.* del 31.7.2002, n. 30) riguardava la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia 23 ottobre 2001, n. 19 (Norme in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti) in riferimento all'articolo 117, comma 2, lettere h) ed s) della Costituzione, nonché agli artt. 8, 9, 15, 18, 21 e 28 del decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 334 (Attuazione della direttiva 96/82/Ce relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose), ed all'art. 72 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59). Ed il medesimo valore *trasversale* è stato ribadito anche dalla sentenza della Corte Costituzionale, 28 marzo 2003, n. 96, sulla quale vedasi il commento di MASERA S.R., in "Urbanistica e Appalti", n. 10/2003, pp. 1.155 e ss., oltre a quello di PIEROBON A., in "Prime Note", *Arial*, n. 6/2003.

(18) "Tale qualificazione rende evidente come non siano ancora maturi i tempi per capire la complessità (e non più solo

(13) Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 1998, n. 923.

(14) Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 30 giugno 1998, n. 187; Cons. Stato, 13 luglio 1998, n. 1091.

(15) T.A.R. Lazio, sez. III, 4 settembre 1995, n. 1483.

sta considera restrittiva questa definizione (19).

Un altro aspetto da evidenziare è che il diritto ambientale per essere “effettivo” deve avere un contenuto di esigibilità, di possibile coercitività, non potendo considerarsi un diritto esortativo: quindi il diritto ambientale è stato vieppiù connotato dall’aspetto normativo autoritativo-cogente che ha trovato un amplificatore in varie iniziative normative sia nazionali che comunitarie, oltre che nell’ambito giuridico e culturale “globale”.

Con siffatta latitudine del concetto di “ambiente” verrebbero ad essere travolti i “limiti” di materia come fin qui segnalati dalla nostra giurisprudenza, con una in-dubbia riespansione del diritto *de quo*.

Con riferimento ai criteri amministrativi da seguirsi (e prima ancora da adottarsi) anche alla luce delle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, una lettura teleologica, evolutiva e sistematica del termine “ambiente”, è fondato ritenere che debbano trovare applicazione le soluzioni casistiche già vigenti nel diritto ambientale, in particolare per quello dei rifiuti. Il che significa che non si tratta solo di svolgere quella importantissima e delicatissima attività di comparazione e di bilanciamento dei diversi diritti e valori dove quello superstito o prevalente porta all’affermazione dell’uno o dell’altro diritto; ma che le singole scelte e decisioni devono avvenire avendo a riferimento anzitutto la tutela (globale non domestica) del bene ambientale in quanto diritto sociale e fondamentale, che risulta essere di una maggiore intensità rispetto ad altri beni tutelati, fatte salve le limitazioni (che dischiudono altre problematiche) di cui alle “esenzioni” della direttiva 2003/4/Ce o all’incisione di diritti che sono ultronei o inutili ai fini della tutela di cui trattasi (20).

la complessità) dell’ambiente. Infatti, le componenti ambientali hanno effetto solo se e in quanto sono inscindibili poiché esse sono in relazione alla vita. In tal modo, dunque, l’intervento del diritto si ripropone come assolutamente parziale rispetto all’ambiente, perché si confondono ancora le risorse naturali con l’ambiente. Una concezione parcellizzata di ambiente, dunque, che ad esempio non consentirà all’ambiente urbano (offeso da rumori ed emissioni) di trovare tutela nella riforma in discussione. Analogo movimento di idee si registra in Francia dove è imminente l’ingresso del diritto all’ambiente nella Costituzione inserendolo tra i diritti dello Stato e dei cittadini. Si tratta di un concetto dirompente, assai più ampio e dalle più vaste implicazioni poiché (a differenza della vaga ipotesi nazionale) colloca l’ambiente tra i diritti soggettivi suscettibili di essere fatti valere *erga omnes*; così Ficco P., *La tutela dell’ambiente verso la garanzia costituzionale*, in “Il Sole 24 Ore”, 30.9.2003. (19) Anzi, per *correggere* il testo veniva chiesto di introdurre la “tutela dell’ambiente” senza ulteriori specificazioni, con un esplicito riferimento alla promozione dello sviluppo sostenibile. (20) Il che conferma la natura casistica delle soluzioni.

Prime conclusioni non conclusive

- a) Agiamo in un ambito globale dove la tutela ambientale, assieme ad altri beni, trova linfa in principi costituzionalizzati di rango anche sovranazionale;
- b) è l’effettività e l’intensità di questi principi che deve essere garantita alla società civile, ovvero al singolo, in quanto esse costituiscono salde fondamenta della visione futura della costruzione comunitaria;
- c) il bene dell’ambiente da faro intermittente è divampato in luce inondante anche altri settori, per così dire *bruciacciando* molti (invero veteri) concetti che ora vanno ricostituiti, non semplicemente e pigramente ammassati nei magazzini dei concetti pronti all’uso, certo non utili per la dinamica-osmosi concettuale in atto;
- d) l’ambiente rientra a pieno titolo nei diritti solidaristici, com’è noto incentivanti, non limitanti i soggetti come invece avviene per altri diritti (esempio quelli mercantili);
- e) nel complesso di siffatta dinamica ordinamentale, solo in presenza di chiari limiti positivamente accoglibili, il diritto all’informazione e all’accesso ambientale può essere non sacrificato, ma compresso;
- f) in ogni caso i limiti accolti dal nostro ordinamento domestico per contrastare la forza delle tutele apprestate al bene ambiente devono essere avviluppati nella trama dei valori costituzionali in tal guisa da poter eccipirsi, tramite l’intervento della Corte Costituzionale, la non attuabilità o la non importabilità delle fonti comunitarie;
- g) anche le fonti comunitarie saranno oggetto di continua evoluzione, soprattutto ad opera della Corte di Giustizia, talché le pronunce dei nostri giudici nazionali dovranno essere contestualizzate in questo nuovo scenario e non fannullosamente lette come semplice scrutinio di legittimità di leggi sorte su assetti culturali e giuridici non intonati a queste nuove esigenze;
- h) diversamente, ovvero non ravvisandosi il dianzi cennato intreccio con i valori costituzionali italiani, anche quanto viene presupposto nella disciplina della privacy è condannato ad essere ridimensionato, se non travolto, dalla superiore tutela dei beni ambientali;
- i) occorre quindi rassegnarsi ad una lettura casistica, ad affrontare ogni vicenda con soluzioni caso per caso, basandosi sulle fonti regolamentari e legislative, dando preferenza – per quanto si è accennato – ad una interpretazione di favore del diritto all’informazione e all’accesso ambientale.

L'impiego delle tecnologie informatiche nella tutela della privacy

di **Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito**
e **Francesca Sacchi**

Com'è noto, con l'introduzione del codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003, anche detto "codice della privacy"), il legislatore non si è limitato ad una mera opera di risistemazione della precedente normativa, ma ha anche introdotto importanti innovazioni di cui una parte rilevante è rappresentata dalle norme riguardanti le amministrazioni pubbliche, ivi compresi gli enti locali.

Infatti, sotto il vigore della precedente legge n. 675/1996, si definivano i principi speciali applicabili alle pubbliche amministrazioni nell'ambito di un solo articolo, l'art. 27 rubricato "Trattamento da parte dei soggetti pubblici". Per contro, il codice della privacy dedica alla stessa materia intere sezioni facendo tesoro, tra l'altro, dei molti pareri ed interpretazioni forniti dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, successivamente recepiti dal legislatore che li ha trasposti in norme giuridiche.

In particolare, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha emanato, il 19 aprile 2007, una delibera contenente le "Linee guida in materia di trattamento dei dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali", al fine precipuo di dare risposta alle molteplici istanze provenienti da soggetti privati e pubblici rispetto al trattamento dei dati personali effettuato dagli enti locali in occasione delle attività connesse alla pubblicazione e diffusione di atti e documenti in loro possesso.

La presente delibera si propone l'obiettivo di individuare un quadro unitario di misure ed accorgimenti ritenuti necessari ed opportuni al fine di fornire orientamenti utili per cittadini ed amministrazioni interessate che pubblicizzino – attraverso la diffusione di at-

ti e documenti – la propria attività istituzionale, lasciando al tempo stesso impregiudicati gli obblighi per i medesimi enti di attuare la disciplina sul diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi (1) e del distinto diritto di accesso ai dati personali, già oggetto di molteplici provvedimenti del Garante (2).

In particolare, l'impiego di nuove tecnologie da parte degli enti pubblici, che senza dubbio rappresenta un utile e veloce strumento per la diffusione di atti e documenti, pone tuttavia l'esigenza di stabilire efficacemente le specifiche modalità di divulgazione qualora i documenti stessi contengano "dati personali", a partire dai cosiddetti "dati identificativi", sino ad arrivare ai delicatissimi "dati sensibili o giudiziari" (3).

A tal fine, la delibera in esame stabilisce che gli enti locali possano "trattare" i dati personali senza necessità di ottenere preventivamente il consenso dell'interessato – salvo che si tratti di soggetti privati ovvero di enti pubblici economici – esclusivamente per fini istituzionali e nel rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 163/2003, nonché di tutte le disposizioni di legge e di regolamento vigenti in materia, fermo restando l'obbligo di predisporre adeguate informative sul trattamen-

(1) Il diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi è disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990 e dal d.P.R. n. 184/2006 e successive integrazioni e modifiche.

(2) Cfr. note del Garante pubblicate in www.garanteprivacy.it, in data 29 maggio 1998 (doc. web n. 41055), 26 ottobre 1998 (doc. web n. 30951), 2 agosto 1999 (doc. web n. 1096700), 2 settembre 1999 (doc. web n. 1092322), 17 febbraio 2000 (doc. web n. 38969) e 23 maggio 2000 (doc. web n. 40229); v. anche, ivi, i provv. 17 gennaio 2001 (doc. web n. 41031), 27 febbraio 2002 (doc. web n. 1063639), 9 dicembre 2003 (doc. web n. 1054649), 10 novembre 2004 (doc. web n. 1116068) e 6 aprile 2006 (doc. web n. 1269403).

(3) Per comprendere cosa si intenda per "dato personale" ai sensi del codice della privacy, si rinvia all'art. 4, lett. b), d.lgs. n. 196/2003.

to dei dati da fornire ai relativi interessati e di mantenimento di tutte quelle misure anche minime volte ad assicurare l'integrità di dati e sistemi (4).

Qualora, per contro, si tratti di attività di "diffusione", vale a dire di "pubblicazione" e "divulgazione" di atti e documenti che consenta la conoscenza di dati personali da parte di un numero indeterminato di cittadini, il Garante pone una serie di limiti e regole.

In primo luogo, tale attività sarà legittima solo se espressamente consentita da una norma di legge o di regolamento.

In secondo luogo, il Garante impone il rispetto del c.d. "principio di necessità"; in virtù di tale principio, l'ente pubblico che si accinga a divulgare atti e/o documenti contenenti dati personali, è preventivamente chiamato a valutare:

- se la finalità di trasparenza e di comunicazione possa essere perseguita senza divulgare tali dati ovvero, in caso di risposta negativa;
- se possa omettersi, all'interno degli atti e/o documenti in questione, il riferimento ai dati personali in modo da temperare l'esigenza di trasparenza e di comunicazione delle amministrazioni pubbliche con il diritto dei cittadini alla tutela dei propri dati personali. Nel caso in cui anche la seguente valutazione abbia esito negativo, il Garante impone all'ente pubblico il dovere di rispettare il c.d. "principio di proporzionalità", vale a dire che "i tipi di dati e il genere di operazioni svolte per pubblicarli e diffonderli devono essere pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità perseguite" (5).

Se poi la diffusione ha ad oggetto atti e/o documenti contenenti "dati sensibili o giudiziari", la divulgazione è consentita, in virtù della natura estremamente delicata di tali dati, solo se "è realmente indispensabile" (6) ovvero se "l'ente ha adottato il regolamento in materia previsto dal codice (cfr. artt. 20, comma 2, 21, comma 2 e 181, comma 1, lett. a)) su parere conforme del Garante" e tale regolamento sia conforme agli schemi tipo predisposti dall'Associazione nazionale dei comuni italiani (Anci), dall'Unione nazionale comuni comunità enti montani (Uncem) e dall'Unione delle province d'Italia (Upi) rispettivamente per i comuni, le comunità montane e le province. Potranno avvalersi di tali schemi tipo anche gli enti loca-

li non specificamente menzionati, come ad esempio le unioni di comuni ovvero le comunità isolate o di arcipelago (7).

Il Garante ha tenuto inoltre a specificare che "pubblicità", "accessibilità" e "diffusione", lungi dall'essere concetti oggettivi (8), esprimono, per utilizzare le sue parole, "sempre un'identica situazione", ragion per cui è attribuito agli enti interessati il compito di temperare, di volta in volta, l'esigenza di tutela dei dati personali con la necessità di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, predisponendo, a seconda delle circostanze, "accorgimenti di tipo diverso per rispettare i diritti degli interessati" anche dunque superando le prescrizioni contenute nella delibera in esame. Ciò non vale invece per la pubblicità di atti e documenti in possesso delle amministrazioni comunali e provinciali, tutti "pubblici" per espressa disposizione di legge e le cui modalità di pubblicazione sono determinate sempre con legge, salvo le ipotesi di documenti ritenuti "riservati" dalla legge stessa.

Per quanto concerne l'"impiego di tecniche informatiche e telematiche" disciplinato all'art. 5 della delibera in esame, vale la pena di ricordare che l'art. 3 del codice in materia di protezione dei dati personali – il quale, al momento in cui è stato emanato, ha rappresentato una novità in senso assoluto rispetto alla precedente disciplina di diritto italiano nonché di derivazione comunitaria (direttiva n. 95/46 sulla tutela dei dati personali) (9) – non disciplinava il trattamento dei dati personali se non indirettamente, imponendo dei vincoli molto forti all'impostazione dei programmi e dei sistemi informativi. Infatti, la norma sanciva che i programmi ed i sistemi informativi stessi dovessero essere configurati in modo da ridurre al minimo l'utilizzazione dei dati personali, al punto da escludere completamente il trattamento quando lo stesso scopo potesse essere raggiunto attraverso il trattamento di dati anonimi o comunque di dati idonei ad impedire l'identificazione dell'interessato. Il disposto dell'art. 3 rappresentava dunque un'evidente rottura rispetto agli obblighi previsti dalla direttiva comunitaria n. 45/96, la quale in più punti sanciva e precisava il principio della libera circolazione dei dati personali (10).

(4) Cfr. art. 11 della delibera.

(5) Cfr. art. 3, comma 6, della delibera in esame.

(6) Il "principio di necessità", valevole in caso di diffusione di "dati personali" *tout court*, diviene il "principio di indispensabilità" in caso di divulgazione di "dati sensibili o giudiziari".

(7) Cfr. art. 3, comma 7, della delibera.

(8) Si veda, in proposito, l'art. 4 della delibera.

(9) La quale rappresenta, assieme all'introduzione nel nostro ordinamento del sistema creato con il trattato di Schengen, uno dei motivi per i quali il legislatore italiano ha dovuto introdurre nell'ordinamento una normativa in tema di tutela della privacy.

(10) Si veda al riguardo l'art. 1, comma 2, direttiva 95/46 Ce.

Tornando all'art. 5 della delibera, l'impiego di tecnologie informatiche e telematiche rappresenta senz'altro un nuovo ed efficace "strumento" di diffusione di atti e documenti amministrativi; ed infatti, al comma 2 dell'art. 5 in esame, il Garante raccomanda agli enti pubblici di "fare, opportunamente, largo uso di nuove tecnologie che facilitino la conoscenza da parte dei cittadini, tenuto conto anche del diritto all'utilizzo nei loro confronti delle tecnologie telematiche (art. 3 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale)", nonché "di valorizzare l'utilizzo di reti civiche e telematiche per mettere a disposizione dei cittadini atti e documenti contenenti dati personali" a fini di interesse generale, tuttavia mantenendo sempre "un approccio equilibrato e meditato".

Va da sé, infatti, che nel caso di diffusione di atti e/o documenti amministrativi mediante sistemi informatici, il rischio di violazione della disciplina posta a tutela del trattamento dei dati personali sia latente. A tal fine il Garante, coerentemente a quanto affermato nell'art. 4 della delibera sopra esposto, richiama il dovere degli enti di tener sempre in conto le "finalità sottostanti alla trasparenza" nonché le "diverse situazioni personali". Dopo aver richiamato i principi ispiratori della subietta materia, il Garante si preoccupa di fornire alcuni consigli pratici agli enti pubblici che si accingano a diffondere atti e documenti *on line*: "laddove la finalità da perseguire riguardi prevalentemente solo una o alcune categorie di persone, andrebbero previste forme di accesso in rete selezionato, attribuendo agli interessati una chiave personale (username e password; n. di protocollo o altri estremi identificativi di una pratica forniti dall'ente agli aventi diritto)". Così, nel caso in cui un'amministrazione pubblica indica un pubblico concorso, se potranno senz'altro essere interamente pubblicate le informazioni contenute nel provvedimento d'indizione del concorso stesso ovvero d'approvazione delle graduatorie, diversamente dovrebbe dirsi qualora l'indicazione riguardi elaborati, verbali, valutazioni, documentazioni personali comprovanti il possesso titoli, ovvero, in una parola, "dati personali"; in tal caso, infatti, l'accesso nelle sezioni del sito di riferimento dovrà essere consentito dall'ente interessato attraverso una selezione d'utenza del tipo sopra indicato (cfr. art. 5 della delibera).

Accorgimenti analoghi, esemplifica la delibera, "andrebbero previsti, a seconda dei casi, con riferimento alle graduatorie relative al riconoscimento di autorizzazioni, agevolazioni, benefici ed iniziative a vantaggio di categorie di cittadini (es., procedure per am-

mettere minori ad asili nido, per assegnare alloggi di edilizia residenziale pubblica, per valutare domande di mobilità o rilasciare autorizzazioni e concessioni edilizie)".

Parimenti dedicato all'eventualità di utilizzo di nuove tecnologie da parte degli enti locali al fine di diffondere propri atti e documenti è l'art. 9 della delibera.

In tale articolo il Garante, dopo aver opportunamente richiamato gli artt. 50 ss. del d.lgs. n. 82/2005 - c.d. "codice dell'amministrazione digitale", che rappresenta uno dei pilastri su cui si fonda la disciplina riguardante l'utilizzo di reti telematiche da parte delle amministrazioni pubbliche nello svolgimento delle proprie funzioni, ivi comprese le attività di trattamento e divulgazione di "dati personali" e che per ciò stesso non ammette deroga alcuna -, prende atto della circostanza che "alcune disposizioni di legge o di regolamento dispongono la necessaria messa a disposizione di determinati atti e documenti sul sito web dell'ente locale" (come, ad esempio, nel caso sopra accennato, della necessaria diffusione *on line* di tutte le disposizioni amministrative riguardanti l'"organizzazione degli uffici") e che di rado la legge stabilisca un termine finale alla scadenza del quale l'accesso alla pagine web venga in qualche modo limitato.

"I dati così messi a disposizione di un numero indefinito di persone sono consultabili da molteplici luoghi e in qualsiasi momento. Il loro «carattere ubiquitario» è valorizzato dal crescente accesso ad internet. Attraverso i motori interni ed esterni di ricerca può essere ricostruito unitariamente un numero ingente di dati riferiti a soggetti individuati, più o meno aggiornati e di natura differente".

Per far fronte a tale pregiudizievole circostanza, in quanto "decorsi determinati periodi di tempo, la diffusione tramite siti web di tali dati può comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti degli interessati specie se si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le loro finalità" ed allo scopo, dunque, di salvaguardare i diritti degli interessati, la delibera dispone che l'ente, con proprio regolamento, stabilisca "congrui" periodi di tempo in cui mantenere in rete determinati documenti contenenti dati personali, decorsi i quali gli stessi dati potrebbero sì rimanere in rete, ma essere consultabili solo a partire dal sito dell'ente stesso e non più attraverso motori di ricerca esterni.

Nel prosieguo (11) vengono indicati particolari accor-

(11) Ci si riferisce all'art. 10 della delibera.

gimenti da applicare in situazioni in cui, per espressa disposizione di legge, l'esigenza di trasparenza dell'attività amministrativa non può essere in alcun modo sacrificata in nome della tutela dei dati personali degli interessati. In tal caso, il Garante tende a contemperare i due contrapposti interessi, ponendo dei limiti in merito al contenuto degli atti che l'amministrazione si accinge obbligatoriamente a diffondere.

Il Garante per la protezione dei dati personali si è inoltre preoccupato di dettare accorgimenti utili in materia di pubblicazione delle delibere di province e comuni mediante affissione all'albo pretorio, non tralasciando tuttavia di fare cenno al rapporto tra tale forma di diffusione di documenti amministrativi ed una loro possibile divulgazione *on line* (di cui si dirà a breve).

Premesso che la pubblicazione delle deliberazioni all'albo pretorio rappresenta per l'ente locale un obbligo – in quanto la pubblicazione di tutte le delibere deve avvenire mediante materiale affissione all'albo stesso nella sede dell'ente per 15 giorni consecutivi, salvo diversa disposizione di legge – la necessità di far riferimento a tali accorgimenti diviene ancor più pregnante.

A tal fine, l'art. 6 della delibera si incarica di precisare che:

- l'amministrazione deve rispettare “il richiamato principio di pertinenza e non eccedenza (o, se i dati sono sensibili o giudiziari, di indispensabilità) rispetto alle finalità perseguite con i singoli atti”;
- “la circostanza secondo la quale tutte le deliberazioni sono pubblicate deve indurre l'amministrazione comunale a valutare con estrema attenzione le stesse tecniche di redazione delle deliberazioni e dei loro allegati. Ciò, soprattutto, quando vengono in considerazione informazioni sensibili”.

Per quanto concerne il rapporto tra questa forma “obbligata” di pubblicità delle deliberazioni degli enti provinciali e comunali e la diversa nonché facoltativa diffusione di tali atti sul sito web degli enti stessi, viene precisato come l'obbligatorietà dell'affissione delle delibere all'albo pretorio non sia di per sé una forma di “autorizzazione” ma neppure un “ostacolo” alla pubblicazione degli stessi contenuti sul web; la diffusione degli stessi in Internet è infatti possibile, ma alla condizione che ciò avvenga “sulla base di una valutazione responsabile ed attenta ai richiamati principi e limiti”.

La medesima regola non vale, ovviamente, per la diffusione *on line* dell'avviso indicante l'avvenuta affissione della deliberazione all'albo pretorio e la ragione pare evidente: in tal caso il contenuto della pubblicazione

non avrà ad oggetto “dati personali” e non potrà conseguentemente porsi in contrasto con la normativa posta a loro tutela.

Inoltre, fermo restando il divieto di “diffondere dati idonei a rivelare lo stato di salute degli interessati”, nella delibera si precisa che “occorre una specifica valutazione per selezionare le informazioni sensibili o a carattere giudiziario che possono essere diffuse” (12).

All'art. 8 della delibera, il Garante torna ad affrontare in termini generali il complesso rapporto tra il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e la tutela dei dati personali, a prescindere dallo strumento a tal fine utilizzato.

In primis si ricorda agli enti locali che l'emanazione del regolamento autorizzato dal d.lgs. 267/2000 in tema di diritto d'accesso alle informazioni, di cui è in possesso l'amministrazione, dovrebbe rappresentare una buona occasione al fine di “definire organicamente la propria politica in tema di trasparenza, in rapporto alle diverse procedure amministrative, alle distinte esigenze di trasparenza da perseguire e al genere di mezzi di diffusione utilizzati, anche in Internet”, fermi restando, tuttavia, gli eventuali limiti, cautele e modalità previsti da norme di settore. Ciò vale in particolare per:

- gli elenchi degli iscritti nell'anagrafe della popolazione residente, i quali vengono rilasciati esclusivamente ad amministrazioni pubbliche che ne facciano motivata richiesta e per esclusivo uso di pubblica utilità (cfr. artt. 33 e 34 d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223);
- gli estratti degli atti dello stato civile, che sono rilasciati soltanto quando ne sia fatta espressa richiesta da parte di chi vi abbia interesse ed altresì qualora il rilascio non sia vietato dalla legge (cfr. artt. 106 ss., d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396);
- le pubblicazioni matrimoniali, le quali devono rimanere affisse presso la porta della casa comunale per almeno otto giorni (cfr. artt. 55 ss. d.P.R. n. 396/2000);
- l'organizzazione degli uffici, in quanto, nello specifico, l'organigramma, l'articolazione degli uffici, le attribuzioni e l'organizzazione di ciascuna unità, corredati dai nominativi dei dirigenti responsabili, nonché l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive devono essere riportati necessariamente nei siti delle pubbliche amministrazioni (cfr. art. 54, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82);
- gli elenchi nominativi dei contribuenti che hanno presentato la dichiarazione dei redditi o che esercitano imprese commerciali, arti e professioni, i quali so-

(12) Cfr. art. 6, ultimo comma, della delibera.

Modalità operative

di Roberto Morello

La pubblica amministrazione ha l'obbligo di aggiornare il proprio sito secondo le seguenti direttive:

- garantire i requisiti di accessibilità e usabilità previsti dalla legge Stanca 4/2004;

- inserire i dati pubblici previsti dall'art. 54 del d.lgs. n. 82/2005.

Il comune pertanto, qualora non l'avesse già fatto, dovrà fare in modo che ogni pagina del portale aderisca ai parametri di usabilità del W3C (*World Wide Web Consortium*).

Risolti i problemi di natura grafica, le problematiche legate alla pubblicazione dei dati personali e sensibili dei cittadini sul sito web di un comune sono di due tipi: l'accesso ai dati da parte del cittadino e la sicurezza dei dati stessi.

Come riportato dal Garante, vi è una sostanziale differenza tra "pubblicità", "accessibilità" e "diffusione" del dato, e la discriminante è data dalla natura del documento che si inserisce nel portale.

La prima decisione che il comune deve prendere è quella legata alla nomina del responsabile del trattamento dei dati finalizzata alla pubblicazione dei documenti nel sito internet. Infatti è questa la figura preposta alla valutazione sia delle informazioni contenute nel documento che della sezione all'interno del sito nella quale tale documento deve essere disponibile.

A tal proposito il d.lgs. n. 82/2005 prevede all'art. 13 la formazione informatica dei dipendenti pubblici, importante perché l'attività di "mossis" all'interno dei documenti deve essere effettuata manualmente dal personale dell'ente.

Tutti i documenti pubblicati devono utilizzare il formato pdf (*portable document format*) per garantire la portabilità tra i vari sistemi operativi e tra le diverse versioni degli editor di testo.

Ad oggi quasi tutti gli enti utilizzano un meccanismo per la costruzione ed il mantenimento del sito di tipo CMS (*Content Management System*), ossia portali dedicati ai contenuti. Ogni ufficio viene addestrato per la gestione della propria sezione (inserimento documenti, foto, ecc.), e quindi in questo caso ogni ufficio deve tenere presente i principi di necessità e proporzionalità previsti dagli artt. 3 e 11 del d.lgs. n. 196/2003.

L'art. 50 del d.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005 prevede la fruizione e la riutilizzo di un'informazione da parte di un privato o di un'altra pubblica amministrazione.

In questo caso l'accesso alla banca dati del comune deve necessariamente avvenire utilizzando la credenziale di autenticazione (utente e password) rilasciata dall'ente al cittadino previa richiesta.

L'accesso deve essere di tipo condizionato, cioè il cittadino può accedere solo ad aree a lui riservate e tale accesso deve essere monitorato attraverso sistemi di monitoraggio del traffico della rete.

L'accesso deve essere garantito da un protocollo di sicurezza (ad esempio di tipo SSL-*Secure Sockets Layer*) che oscuri le attività svolte dall'utente.

Che i dati siano disposti su un server locale oppure che il comune si avvalga di un provider esterno, è fondamentale garantire sempre la riservatezza, l'integrità e la disponibilità del dato oltre ovviamente alla sicurezza da intrusioni provenienti dall'esterno.

In entrambi i casi è opportuna la presenza di un SGSI (Sistema di Gestione della Sicurezza dell'Informazione) a garanzia di un costante controllo sul dato.

Lo standard internazionale sulla sicurezza delle informazioni è rappresentato dalla certificazione ISO 27001:2005 che introduce l'ISMS (*Information Security management System*); i 134 controlli su cui si basano le linee guida possono aiutare l'ente a definire e gestire l'intero processo sulla sicurezza delle informazioni.

no depositati per la durata di un anno presso i comuni interessati, ai fini della consultazione da parte di chiunque;

- i compensi e le retribuzioni degli amministratori delle società partecipate direttamente o indirettamente dallo Stato, dei dirigenti con incarico conferito ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché dei consulenti, membri di commissioni e di collegi e dei titolari di qualsivoglia incarico corrisposto dallo Stato, da enti pubblici o da società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa che devono essere resi noti attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato (cfr. art. 1, comma 593, l. 27 dicembre 2006, n. 296, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato");
- il rilascio del permesso di costruire, i dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e delle relative ordinanze di sospensione nonché i provvedimenti di sospensione dei lavori e di annullamento del permesso di costruire che sono resi noti al pubblico mediante affissione all'albo pretorio del comune (cfr. artt. 20, comma 7, 31, comma 7, e 39 comma 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 recante il "testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia").

In definitiva, il rapporto tra il principio di trasparenza dell'attività degli enti locali e la tutela dei dati personali è estremamente complesso, perché occorre trovare un punto di equilibrio tra due fondamentali ed inevitabilmente confliggenti esigenze; in questo quadro, è auspicabile che le linee guida dettate dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, nella fase di loro concreta applicazione possano rivelarsi un utile *vademecum*, consentendo agli enti locali di utilizzare comodi strumenti telematici senza incorrere, al tempo stesso, in rallentamenti ed inefficienze dovute all'illecita diffusione di dati personali.

Programma competitività e innovazione: il sostegno alla politica in materia di TIC

di Maria Gina Mussini

La revisione della Strategia di Lisbona, avvenuta nel corso del 2005, ha comportato un maggiore impegno dell'Unione europea nella promozione dell'innovazione e della competitività, entrambi strumenti che favoriscono la crescita economica, l'occupazione e lo sviluppo sostenibile del mercato interno.

La Commissione europea ha lanciato una consultazione pubblica sull'argomento che ha portato all'elaborazione e all'adozione di un Programma in tema di competitività e innovazione (CIP). Questa nuova iniziativa, che interessa il periodo 2007-2013, comprende tre principali programmi specifici: il programma per l'innovazione e l'imprenditorialità; il programma di sostegno alla politica in materia di Tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC); il programma Energia Intelligente - Europa (EIE).

Per quanto riguarda il programma di sostegno alla politica in materia di TIC, esso ha una triplice finalità: sviluppare lo spazio unico europeo dell'informazione e rafforzare il mercato interno dei prodotti e dei servizi basati sulle TIC; stimolare l'innovazione, incoraggiando una più ampia adozione delle nuove tecnologie e maggiori investimenti in queste tecnologie; creare una società dell'informazione aperta a tutti, sviluppare servizi più efficienti ed efficaci in settori d'interesse generale e migliorare la qualità della vita.

Il programma ha uno stanziamento complessivo di 730 milioni di euro e riprende gli obiettivi dei programmi comunitari di finanziamento eTen, Modinis, eContent. Lo scorso giugno, la Commissione europea ha lancia-

to il primo bando all'interno di questa iniziativa. Esso prevede quattro settori di intervento.

Il primo riguarda la promozione di servizi di eGovernment efficienti ed interoperabili, con particolare riferimento: alla diffusione degli appalti pubblici elettronici (eProcurement) nell'intero territorio dell'Unione europea; al riconoscimento delle identità elettroniche (eIDs) a livello europeo; al sostegno alle soluzioni innovative per servizi di eGovernment efficienti ed inclusivi; alla condivisione di esperienze in merito all'adozione di servizi di eGovernment innovativi.

Il secondo ambito di intervento fa riferimento alle TIC volte a favorire l'accessibilità, a migliorare le condizioni delle persone anziane e l'integrazione sociale. In particolare, sono previste azioni nel campo dei sistemi digitali audiovisivi e accessibili e delle tecnologie per la terza età, nonché la condivisione di esperienze sulle tecnologie per l'inclusione sociale.

Il terzo settore definito dal bando riguarda le TIC per lo sviluppo di servizi sanitari interoperabili e sostenibili. In questo caso, due sono i campi di intervento principali: l'introduzione di servizi di eHealth (sanità elettronica) a livello europeo, con lo scopo di promuovere cure continuative; la condivisione di esperienze relative all'eHealth.

Infine, il programma prevede altri temi definiti "orizzontali", ovvero: la condivisione di esperienze in merito alle iniziative basate sulle TIC, indirizzate alle piccole e medie imprese (PMI); la promozione della crescita sostenibile; la sensibilizzazione verso il tema delle auto intelligenti; la diffusione delle infrastrutture tecnologiche per la tutela della privacy.

A seconda dei settori di intervento, il bando prevede la

possibilità di realizzare tre distinte tipologie di azioni: i progetti pilota di tipo A; i progetti pilota di tipo B; le reti tematiche.

I primi vengono sviluppati partendo da iniziative realizzate a livello nazionale, regionale o locale negli Stati membri o nei Paesi candidati, rendendole interoperabili e integrandole con soluzioni innovative basate sulle TIC. Per questo tipo di progetti, della durata massima di 36 mesi, il contributo erogato dalla Commissione europea copre fino al 50% dei costi totali del progetto, per un importo compreso fra i 5 e i 10 milioni di euro. Per quanto riguarda i progetti pilota di tipo B, essi intendono promuovere l'adozione di servizi e prodotti innovativi basati sulle TIC indirizzati a cittadini, amministrazioni e imprese. Si tratta di iniziative che fanno seguito a progetti di ricerca o a prototipi. I progetti pilota di tipo B devono avere una durata compresa fra i 24 e i 36 mesi e vengono finanziati fino al 50% dei costi totali del progetto, per un importo compreso fra i 2 e i 3 milioni di euro.

Infine, le reti tematiche hanno l'obiettivo di riunire

operatori interessati a scambiare esperienze e conoscenze su uno specifico tema, così da identificare nuove modalità di adozione di soluzioni basate sulle Tecnologie dell'informazione e della comunicazione. All'interno delle reti vengono promossi gruppi di lavoro, workshop e scambi di buone pratiche. Le reti tematiche devono avere una durata compresa fra i 18 e i 36 mesi e vengono finanziate attraverso importi forfetari. Indicativamente, ad ogni rete vengono assegnati dai 300.000 ai 500.000 euro.

Destinatari dell'iniziativa sono le persone giuridiche aventi sede negli Stati membri. I Paesi candidati all'adesione (Croazia, Ex Repubblica jugoslava di Macedonia e Turchia), SEE (Islanda, Liechtenstein, Norvegia), gli Stati balcanici e i Paesi terzi possono prendere parte al programma, qualora stipulino i relativi accordi di partecipazione.

Scadenza: 23.10.2007

Fonte: Sito internet della DG Società dell'informazione

Memoscadenze dei principali bandi di finanziamento comunitari

Settori d'intervento	Titolo del bando	Scadenze
Cittadinanza europea	Gemellaggi tra città e reti tematiche tra città gemellate	Per il periodo 2007-2008: 1.12.2007; 1.2.2008; 1.4.2008; 1.6.2008; 1.9.2008; 1.12.2008 (a seconda del tipo di azione)
Politiche giovanili	Gioventù in azione	ogni anno; 1° febbraio; 1° aprile; 1° giugno; 1° settembre; 1° novembre; (a seconda del tipo di azione)
Società dell'informazione	Sostegno alla politica in materia di TIC	23.10.2007

Regolamento per la disciplina dell'informazione sull'attività comunale

di Eva Contino

Com'è noto, il 1990 può definirsi l'anno della svolta in materia di trasparenza dell'attività amministrativa. A pochi mesi di distanza l'una dall'altra prima la legge 142 per gli enti locali e poi la legge 241 per tutte le amministrazioni introducono una disciplina fortemente orientata a tutelare il cittadino che con esse entra in contatto – sia per soddisfare un proprio bisogno che per difendere la propria sfera da un pregiudizio che reputa ingiusto – prevedendo istituti fondamentali quali il responsabile del procedimento, il diritto di partecipazione al procedimento, il diritto di accesso ai documenti amministrativi; in altri termini, grazie a queste norme il privato viene messo in condizione di conoscere, condizionare, controllare l'azione amministrativa.

Da allora fiumi di inchiostro sono stati versati sull'istituto dell'accesso: sulla sua natura giuridica, sulla sua portata, sulle modalità del suo esercizio e specialmente sui suoi limiti, in contrapposizione al diritto alla riservatezza.

In ogni caso, comunque, parlare del rapporto tra accesso e privacy si traduceva, in sostanza, nell'analisi delle richieste di accesso provenienti dai cittadini che, di fatto, per esercitare questo "diritto alla trasparenza" dovevano, letteralmente "salire le scale del municipio", rivolgersi all'addetto e compilare formale istanza specificando generalità, il documento che si intendeva ottenere e, soprattutto, l'interesse concreto ed attuale sotteso alla richiesta medesima.

Tutto questo sul presupposto che i documenti amministrativi, così come definiti dall'art. 22 della l. 241/1990, fossero "al sicuro", custoditi negli uffici comunali, e che chiunque volesse conoscerli dovesse in qualche modo bussare alla porta dell'amministrazione e far valere il proprio diritto.

Dopo quasi vent'anni però il diritto alla riservatezza deve confrontarsi con nemici, se vogliamo, molto più insidiosi del singolo che si presenta davanti all'impiegato comunale per esercitare l'accesso: le nuove tecnologie.

Quasi tutti gli enti infatti hanno sviluppato il proprio sito internet istituzionale – con un vero e proprio boom nell'ultimo quinquennio – e lo utilizzano per rendere facilmente accessibili agli utenti del *world wide web* le informazioni relative all'attività amministrativa. Il risultato è, di fatto, un'attività di diffusione di determinati dati,

ossia, secondo quanto recita l'art. 4 del d.lgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali, "il darne conoscenza (...) a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione". Tutti i navigatori, infatti, da casa o da ovunque esista la possibilità di connettersi alla rete, potranno comodamente visionare, memorizzare, stampare i documenti contenuti nel sito.

E (forse) nella mania di rendere il proprio sito sempre più accattivante e ricco di informazioni, e la propria attività sempre più "trasparente", può capitare che qualche pubblica amministrazione abbia *esagerato*, trasformando un'intenzione virtuosa in una condotta involontariamente pregiudizievole per alcuni cittadini titolari di dati personali. Sulla base di alcune segnalazioni infatti il Garante della privacy ha sentito il dovere di intervenire sull'argomento con alcune linee guida, contenenti interessanti indicazioni, concetti, riflessioni, raccomandazioni che ciascuno ente potrà far proprie e sviluppare attraverso l'adozione di un regolamento che, si badi, è cosa distinta dal regolamento sull'accesso, perché riguarda qualcosa di diverso: il diritto all'informazione, che se pure è consacrato all'interno della medesima previsione (art. 10 d.lgs. n. 267/2000), ha ben altri presupposti, scopi e limiti.

L'accesso è infatti previsto e disciplinato nell'ottica di perseguire i principi di trasparenza e partecipazione con riferimento alla posizione di soggetti specifici, che nei confronti dell'amministrazione vantano una posizione qualificata e diversificata rispetto alla massa indifferenziata degli altri cittadini: un interesse diretto, concreto, attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso (art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990). È cioè un diritto che consente al suo titolare di interloquire con la p.a. sia nel momento procedimentale, con l'apporto di dati conoscitivi utili all'istruttoria, sia nel momento successivo, per reagire contro un atto che egli reputa pregiudizievole. I limiti al diritto di accesso sono collegati alla natura dei documenti (atti riservati per natura, ad esempio coperti da segreto di Stato) o al concorrente diritto alla riservatezza di persone ed imprese titolari dei dati oggetto dell'accesso, rispetto al quale

ogni scelta dovrà essere compiuta attraverso la tecnica del "bilanciamento degli interessi", elaborata dalla giurisprudenza.

È quindi evidente che il diritto all'informazione è cosa molto diversa: è connesso anch'esso con il principio di trasparenza, ma riferito alla generalità dei cittadini ed al loro rapporto *generico* con la pubblica amministrazione come erogatrice di funzioni e servizi pubblici, e dunque non presuppone la titolarità di alcun interesse diretto, concreto ed attuale; in conseguenza di questo i limiti che incontra nello scontro con il diritto alla riservatezza dei terzi sono in qualche modo più ampi, poiché ad esso non accede alcuna posizione giuridica soggettiva differenziata da opporre in un'ipotetica operazione di bilanciamento di interessi.

C'è di più: l'esercizio del diritto di accesso si sostanzia in una "comunicazione" di dati, cioè, secondo il t.u. sulla privacy (d.lgs. n. 196/2003) nel dare conoscenza degli stessi "ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, da parte del titolare, responsabile o incaricato del trattamento, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione". L'esercizio del diritto di informazione, invece, consiste per sua natura nella diffusione dei dati, ossia nel dare conoscenza degli stessi "a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione". L'informazione quindi è un'attività preziosa per la collettività ma nel contempo particolarmente delicata, perché rivolta necessariamente proprio alla collettività, ovvero ad un numero di soggetti indeterminato ed indeterminabile.

E fare buona informazione, ovvero informazione rispettosa dei diritti altrui, non passa solo attraverso il prudente apprezzamento di quali dati pubblicare e di come pubblicarli, ma coinvolge, più a monte, anche la tecnica con cui redigere i provvedimenti e gli strumenti informatici per consentire l'accesso ai documenti da parte degli utenti della rete. Tutto questo per assicurare al cittadino una conoscenza immediata e semplice dell'attività amministrativa che però si concili con il diritto di quei soggetti che, spesso loro malgrado, sono *protagonisti* di tali informazioni, ad esserle per il tempo e con le modalità strettamente indispensabili, per poi essere "dimenticati" e tornare, così, ad un rassicurante anonimato.

Oggetto: Approvazione del Regolamento per la disciplina dell'informazione sull'attività comunale

Delibera di C.C. n. ... del ...

IL CONSIGLIO COMUNALE

RICHIAMATO l'art. 10 del d.lgs. n. 267/2000 il quale dispone, tra l'altro, che il comune, attraverso la propria attività regolamentare "... assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione";

RICHIAMATO il d.lgs. n. 82/2005 "Codice dell'amministrazione digitale", il quale all'art. 2, comma 1, dispone che "Lo Stato, le regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione" ed all'art. 50, comma 1, recita: "I dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati; restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico";

VISTO inoltre il d.lgs. n. 196/2003 "Codice in materia di protezione dei dati personali";

VISTA la l. n. 241/1990 ed in particolare gli artt. 22 e ss. in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi;

ATTESO CHE il Comune di..., oltre a gestire il proprio albo pretorio, pubblica un notiziario con cadenza... intitolato... ed è titolare di una rete civica denominata..., dove sono inseriti atti, provvedimenti ed informazioni relative alle attività istituzionali dell'ente;

RITENUTO CHE il diritto all'informazione sia distinto dal diritto di accesso ai documenti amministrativi in quanto:

- ha diversi presupposti, non richiedendo nell'utente un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata;
- si traduce nella diffusione di determinati dati, ossia l'ostensione ad un numero indeterminato di soggetti, mentre il diritto di accesso si sostanzia in una comunicazione del dato ad uno o più soggetti determinati;
- presenta limiti diversi, in rapporto con il diritto alla riservatezza dei terzi;

RITENUTO necessario disciplinare questa attività di informazione al fine di renderla compatibile con il diritto alla riservatezza dei titolari dei dati personali eventualmente contenuti nei documenti pubblicati o diffusi;

VISTE le linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali, emanate dal garante per la protezione dei dati personali con delibera n. 17 del 19.4.2007;

VISTA la bozza di regolamento allegata *sub A*);



ACQUISITO il parere favorevole in ordine alla regolarità tecnica ai sensi dell'art. 49 d.lgs. n. 267/2000;

ATTESO CHE la presente proposta di deliberazione è stata esaminata con esito favorevole dalla competente commissione consiliare in data...

UDITA la relazione del sindaco/assessore competente (*omissis*);

UDITO il dibattito svoltosi (*omissis*);

VISTO l'esito della votazione tenutasi, e segnatamente:

- votanti: ...
- voti favorevoli: ...
- voti contrari: ...
- astenuti: ...

DELIBERA

Di approvare il regolamento per la disciplina dell'informazione sull'attività comunale, nel testo che si allega *sub A*) alla presente deliberazione.

Allegato A)

Regolamento per la disciplina dell'informazione sull'attività comunale

Articolo 1 – Oggetto del regolamento

Il presente regolamento disciplina i modi, le forme ed i limiti con i quali il Comune di... assicura il diritto ai cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 267/2000.

Per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi resta fermo quanto stabilito dalla l. n. 241/1990 e dal regolamento comunale per l'accesso ai documenti amministrativi.

Articolo 2 – Principi e modalità

Il Comune di..., nella formazione e nella divulgazione delle informazioni relative alla propria attività, si organizza in modo da assicurare ai dati diffusi:

- 1) chiarezza;
- 2) sicurezza;
- 3) completezza;
- 4) continuo aggiornamento;
- 5) accessibilità tramite gli strumenti informatici, nel rispetto del presente regolamento;
- 6) compatibilità con il diritto alla riservatezza dei dati personali, in particolare di quelli giudiziari e sensibili, conformemente ai principi di pertinenza, non eccedenza, temporaneità ed indispensabilità rispetto alle finalità perseguite, stabiliti dal codice sul trattamento dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003).

L'informazione sull'attività comunale si realizza attraverso la pubblicazione di dati, documenti, atti all'albo pretorio, sul sito internet comunale (rete civica), sul notiziario comunale.

Restano ferme le norme che attribuiscono determinati effetti giuridici alla pubblicazione di un provvedimento all'albo o sul sito internet comunale (pubblicità costitutiva o pubblicità-notizia).

Il diritto all'informazione è infatti cosa diversa dal diritto di accesso, spettante a soggetti titolari di una posizione qualificata e differenziata, ossia di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso (art. 22, comma 1, lett. b), l. 241/1990). Il diritto all'informazione spetta a tutti i cittadini e si attua attraverso la diffusione (ossia nell'attività volta a dare conoscenza di un dato ad un numero indeterminato ed indeterminabile di persone) di notizie. È evidente quindi che esso, nel suo rapporto con il diritto alla riservatezza dei titolari delle notizie, incontra limiti diversi rispetto al diritto di accesso, che genera comunque un *conflitto* tra due posizioni giuridiche specifiche e particolari.

La pubblicazione all'albo resta comunque un adempimento richiesto per bandi, concorsi, selezioni, oltre che un elemento integrativo dell'efficacia delle deliberazioni di giunta e di consiglio (artt. 124 e 134, comma 3, del t.u.e.l.).

Articolo 3 – Diffusione delle informazioni attraverso l'Albo comunale

Il Comune di... provvede alla pubblicazione all'albo di atti e provvedimenti nei casi e con le modalità previste dalla legge e dai regolamenti.

Gli atti ed i provvedimenti destinati ad essere pubblicati all'albo comunale sono redatti limitando il contenuto relativo a dati personali nella misura minima indispensabile alla finalità da raggiungere.

In particolare gli stessi possono contenere dati sensibili o giudiziari solo se strettamente indispensabili e solo se essi siano pertinenti al contenuto del provvedimento e non eccedenti rispetto al fine che con esso si intende perseguire. In ogni caso i dati concernenti lo stato di salute e la vita sessuale non possono essere contenuti in atti destinati ad essere pubblicati all'albo comunale.

In particolare gli atti che approvano graduatorie di qualsiasi natura si limitano a riportare i nominativi dei soggetti collocati in graduatoria, ivi comprese le date di nascita, ed il relativo punteggio complessivo attribuito a ciascun candidato.

Le altre informazioni, anche relative a punteggi parziali o intermedi o recanti le motivazioni dell'attribuzione degli stessi ovvero dati sensibili o giudiziari sono conservate agli atti degli uffici competenti e non sono materialmente allegate al provvedimento pubblicato. Alle stesse sarà consentito l'accesso da parte dei soggetti portatori di un interesse giuridicamente rilevante come previsto dall'art. 22 della l. n. 241/1990.

Ad esempio i verbali delle commissioni di gara e concorso, le tabelle contenenti punteggi parziali utili alla stesura di una graduatoria ecc. potranno essere semplicemente tenute agli atti dell'ufficio competente, e rese disponibili unicamente a coloro che facciano motivata richiesta di accesso agli atti ai sensi dell'art. 22, l. n. 241/1990.

Articolo 4 – Diffusione delle informazioni attraverso il sito internet dell'amministrazione

Al fine di assicurare un'ampia, efficace ed efficiente divulgazione delle informazioni concernenti le attività istituzionali del comune, è istituita la rete civica comunale, che garantisce la diffusione delle stesse attraverso internet.

Tale divulgazione non pregiudica l'esercizio del diritto di accesso da parte degli aventi diritto con riferimento ai medesimi documenti ed a quelli agli stessi correlati.

Infatti, proprio sulla base della diversità tra gli istituti dell'accesso e dell'informazione, non si ritiene sia possibile negare l'accesso al documento cartaceo con il pretesto che lo stesso è consultabile in internet.

Articolo 5 – Gestione della rete civica

La giunta comunale, nella determinazione delle articolazioni della struttura comunale, individua quella cui affidare la gestione dei contenuti e degli adempimenti connessi alla gestione della rete civica.

A tale scopo il dirigente preposto alla struttura competente si avvale dei dipendenti comunali e, ove manchino adeguate professionalità, di collaboratori esterni qualificati, attraverso apposito incarico che attribuisca loro la veste di incaricato del trattamento dei dati personali.

Resta ferma la responsabilità di coloro che comunicano all'incaricato i documenti da inserire nel sito internet qualora conferiscano dati inesatti, incompleti, non aggiornati o pregiudizievoli per il diritto alla riservatezza di terzi.

Si tratta dei dati istituzionali e di quei provvedimenti che, per la loro generalità ed astrattezza (regolamenti, ecc.) non hanno potenzialità lesiva sotto il profilo del diritto alla riservatezza.

Articolo 6 – Informazioni accessibili attraverso la rete civica

Devono essere rese accessibili attraverso il sito internet del comune le seguenti informazioni, comprensive di quelle previste dall'art. 54 del d.lgs. n. 82/2005:

- 1) i dati relativi ai soggetti che ricoprono la carica di sindaco, assessore comunale, consigliere comunale o che sono membri di altri organi e commissioni comunali, insieme alle informazioni necessarie per contattarli (sede, orari di ricevimento, recapiti telefonici, indirizzi di posta elettronica, ecc.);
- 2) l'organigramma, l'articolazione degli uffici, le attribuzioni e l'organizzazione di ciascun ufficio anche di livello dirigenziale non generale, i nomi dei dirigenti responsabili dei singoli uffici, nonché il settore dell'ordinamento giuridico riferibile all'attività da essi svolta, corredati dai documenti anche normativi di riferimento;
- 3) lo statuto ed i regolamenti comunali vigenti;
- 4) l'elenco delle tipologie di procedimento svolte da ciascun ufficio di livello dirigenziale non generale, il termine per la conclusione di ciascun procedimento ed ogni altro termine procedimentale, il nome del responsabile e l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del



provvedimento finale, come individuati ai sensi degli articoli 2, 4 e 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

- 5) le scadenze e le modalità di adempimento dei procedimenti individuati ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241;
- 6) l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive, specificando anche se si tratta di una casella di posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68;
- 7) le pubblicazioni di cui all'articolo 26 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché i messaggi di informazione e di comunicazione previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150;
- 8) le informazioni necessarie per fruire dei servizi comunali o ad assolvere gli obblighi tributari nei confronti dell'ente, con la relativa modulistica;
- 9) tutti i bandi di gara, di concorso, gli avvisi di selezione;
- 10) l'albo delle associazioni comunali;
- 11) altre informazioni di pubblica utilità, *links* a siti istituzionali, informazioni di carattere turistico, culturale, ambientale, ecc.;
- 12) tutti gli altri dati la cui pubblicazione in via telematica è obbligatoria secondo disposizioni di legge o di regolamento.

I dati di cui al presente articolo sono fruibili in rete in modo permanente, gratuitamente e senza necessità di autenticazione informatica, e vanno mantenuti costantemente aggiornati.

Saranno inoltre pubblicati nel sito internet comunale:

- 1) il testo delle deliberazioni del consiglio comunale e della giunta comunale, contestualmente alla loro pubblicazione sull'albo pretorio. Una volta scaduti i termini di pubblicazione all'albo, tali documenti saranno mantenuti all'interno del sito ma saranno sottratte all'individuabilità attraverso i comuni motori di ricerca esterni, potendo essere consultati soltanto attraverso un motore di ricerca interno al sito;
- 2) i risultati dei bandi, delle selezioni, dei concorsi di cui al comma 1, n. 9); saranno riportati unicamente i nominativi dei soggetti collocati in graduatoria con il relativo punteggio, e rimarranno consultabili per 60 giorni;
- 3) l'avviso della pubblicazione all'albo comunale dei dati relativi al rilascio dei permessi di costruire, dei dati relativi agli immobili ed alle opere realizzate abusivamente, dei provvedimenti di sospensione lavori e di annullamento dei permessi di costruire, ai sensi del d.P.R. n. 380/2001;
- 4) l'albo dei beneficiari di provvidenze di natura economica nel precedente anno solare, ai sensi del d.P.R. n. 118/2000, indicante in modo criptato le generalità del beneficiario e la disposizione sulla base della quale hanno avuto luogo le erogazioni. Non sono ammesse

Si tratta di un termine correlato all'impugnabilità del provvedimento.

Si vedano gli artt. 20, comma 7, 31, comma 7, e 39, comma 5, del d.P.R. n. 380/2001.

La temporaneità dell'accessibilità a determinati dati attraverso il sito o, più limitatamente, attraverso un comune motore di ricerca esterno – rimanendo possibile cioè la ricerca degli stessi attraverso un motore di ricerca interno al sito – è connessa a quello che il garante della privacy ha, in modo suggestivo, definito “diritto all'oblio”. Infatti secondo l'Autorità la possibilità per l'utente della rete di reperire una determinata notizia attraverso i più comuni motori di ricerca esterni *in perpetuo*, ossia senza un limite temporale, sottopone il titolare del dato ad un sacrificio sproporzionato dei suoi diritti, una volta che siano state raggiunte le finalità connesse al trattamento dei dati.

La vicenda dalla quale questa elaborazione trae origine riguarda una sanzione comminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti di una ditta per pubblicità ingannevole. Tale sanzione era stata pubblicata sul sito internet dell'Autorità, in ossequio ad una disposizione di legge. La ditta tuttavia, a distanza di anni, aveva verificato che, ricercando il proprio nome attraverso i comuni motori di ricerca, il riferimento alla sanzione appariva ancora, accanto a tutte le altre informazioni pubblicitarie da lei diffuse attraverso la rete. Ritenendo che il riferimento non fosse più attuale e, anzi, pregiudizievole poiché abbinava in modo perpetuo l'attività commerciale alla sanzione ricevuta per un singolo comportamento e per di più risalente molto indietro nel tempo, la ditta chiedeva che a quella pubblicazione si potesse accedere non più attraverso qualsiasi motore di ricerca ma solo attraverso quello, specifico, interno al sito dell'Autorità che aveva irrogato la sanzione.

Il garante per la privacy ha ritenuto che questa modalità di conoscibilità attraverso il sito internet fosse più ragionevole nei confronti del soggetto, che altrimenti avrebbe subito un sacrificio sproporzionato da una pubblicazione “senza fine” di provvedimenti risalenti nel tempo, in quanto assicurava un equilibrio tra la necessità dell'autorità di trattare determinati dati e gli interessi del titolare.

indicazioni ulteriori. Anche per queste informazioni vanno utilizzate tecnologie che non ne consentano l'individuabilità attraverso i comuni motori di ricerca esterni.

Non sono pubblicabili nel sito comunale gli atti anagrafici, dello stato civile, le liste elettorali.

Articolo 7 – Accesso al sito attraverso autenticazione

Il comune può pubblicare sul proprio sito internet anche documenti relativi a specifici procedimenti. In tal caso l'accesso agli stessi tramite la rete è consentito unicamente agli interessati attraverso l'attribuzione di una chiave di accesso personale con validità temporale predeterminata, allo scopo di agevolare per gli aventi diritto l'esercizio del diritto di accesso ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990.

Articolo 8 – Conformità del sito alle necessità dei cittadini diversamente abili

È tutelato e garantito, altresì, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici del Comune di... da parte dei cittadini diversamente abili in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione e secondo il principio di universalità di accesso al web definito nelle linee guida sull'accessibilità dei siti web del Consorzio mondiale del web (W3C). A tale scopo il sito internet comunale è costruito in conformità di quanto previsto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 4, "Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici" e dal relativo regolamento di attuazione approvato con d.P.R. n. 75/2005.

Articolo 9 – Sicurezza e inalterabilità dei dati pubblicati

Il comune garantisce ai dati pubblicati sul sito caratteristiche di sicurezza ed inviolabilità conformi alle misure previste dagli artt. 31 e ss. d.lgs. n. 196/2003 e dall'art. 51 del d.lgs. n. 82/2005.

In particolare qualsiasi documento dovrà essere scaricabile dall'utente privato in un formato tale da impedire qualsiasi alterazione del medesimo, fatta eccezione unicamente per la modulistica per la quale si consente la compilazione in via informatica.

Articolo 10 – Informazioni accessibili attraverso il Notiziario comunale ed altre pubblicazioni

Fatte salve le norme sulla stampa (l. n. 47/1948), sulla comunicazione istituzionale (l. n. 150/2000) e sulla deontologia giornalistica, le informazioni contenute nel notiziario comunale e nelle altre pubblicazioni effettuate dal comune possono contenere dati personali di soggetti terzi solo ove la diffusione degli stessi sia prevista da una norma di legge o di regolamento e sia strettamente indispensabile; in ogni caso va assicurata la completezza, l'esattezza e la non eccedenza dei dati rispetto al fine perseguito.

Pur se i dati relativi all'attribuzione di contributi economici non possono essere considerati, a rigore, "dati sensibili", possono essere definiti, come argomenta il T.A.R. Veneto, sez. I, 1938/2007, "dati parasensibili", in quanto identificanti uno stato di bisogno o di disagio e quindi coinvolgenti la dignità delle persone. Questo anche in ossequio alla definizione che l'Organizzazione mondiale della sanità ha dato dello "stato di salute", che concerne non solo il benessere fisico ma anche quello psichico e sociale. Questi dati quindi postulano l'adozione di cautele idonee a tutelare la dignità degli interessati anche nel corso degli stessi procedimenti finalizzati a sovvenire ai loro bisogni economici. L'espressione dei nominativi in modo criptato (ad es. con un codice numerico) è una di queste cautele, atteso che la *ratio* della norma disciplinante l'albo dei beneficiari è senz'altro quella di far conoscere l'entità dei contributi erogati complessivamente ed eventualmente la loro suddivisione per categorie, e non certo additare casi specifici.

L'accesso tramite autenticazione è una tecnologia che agevola il titolare di un diritto specifico, connesso ad una posizione differenziata rispetto alla generalità delle persone. Si fa riferimento ai verbali di un concorso pubblico, di una gara d'appalto, ecc., per i quali i concorrenti (che avrebbero diritto di accesso agli atti) possono essere forniti di una password con validità temporale limitata. Lo stesso può avvenire con riferimento a coloro che richiedono un permesso di costruire, con riferimento ai dati indicanti l'*iter* della pratica (parere della Commissione edilizia, ecc.).

Si tratta in pratica di costruire un sito internet tenendo conto dei possibili tipi e gradi di disabilità dei potenziali utenti ed utilizzando quindi determinate tecniche: ad esempio evitare immagini in movimento, alcune combinazioni di colori, caratteri troppo piccoli, fornire indicazioni chiare sui meccanismi di navigazione, offrire anche un contenuto audio, ecc.

Ad esempio in formato pdf o qualunque altro formato che non consenta all'utente di modificare il contenuto del file scaricato.

**Articolo 11 – Divieto di diffusione di dati sensibili e giudiziari**

Non possono essere in ogni caso diffusi attraverso il sito internet comunale, il notiziario comunale o altre pubblicazioni effettuate dal comune dati sensibili o giudiziari. Resta impregiudicato il diritto di accesso agli stessi da parte di soggetti portatori di un interesse diretto, concreto ed attuale ai sensi dell'art. 22 l. n. 241/1990; i dati relativi allo stato di salute ed alla vita sessuale inoltre sono accessibili solo da parte dei soggetti portatori di un interesse di pari rango ai sensi dell'art. 60 del d.lgs.n. 196/2003.

I c.d. “dati supersensibili”, cioè dotati, tra quelli sensibili, di tutele ulteriori in quanto connessi con i diritti fondamentali della persona.

Articolo 12 – Entrata in vigore

Il presente regolamento sarà pubblicato all'albo comunale e sul sito internet del comune, ed entrerà in vigore contestualmente all'esecutività della delibera che lo approva. Il comune avrà 30 giorni di tempo per adeguare il contenuto del proprio sito internet alle previsioni contenute nel presente regolamento.

Il caso

La nomina del difensore civico deve essere comparativa e motivata?

La sentenza: T.A.R. Calabria, 8 febbraio 2007, n. 133

La decisione: *Il T.A.R. ha risposto affermativamente.*

I consiglieri di minoranza di un comune impugnano la nomina a difensore civico fatta dal consiglio comunale perché la stessa è stata effettuata senza la previa pubblicazione dell'avviso pubblico disposte dal regolamento che prescriveva il rispetto puntuale di una serie di adempimenti.

Motivo principale di doglianza è la circostanza che il provvedimento di nomina del difensore civico implica una scelta di carattere comparativo, secondo i principi di imparzialità e buon andamento.

Nel costituirsi l'amministrazione ha eccepito che, al contrario, la scelta deve essere effettuata in base a criteri eminentemente fiduciari e che i consiglieri di minoranza non erano legittimati ad agire.

Il collegio ha osservato che l'art. 11 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 attribuisce al difensore civico, la cui istituzione è facoltativa da parte degli enti locali, compiti di "garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione" locale. D'altra parte il più recente dibattito sull'*ombudsman* vede nel difensore civico un organismo preposto a svolgere, oltre ad una funzione di *advocacy*, cioè di difesa tecnica degli amministrati, anche un ruolo di mediazione e quasi di tramite tra governanti e governati, al fine di superare le frequenti incomprensioni e favorire una partecipazione attiva e concreta dei cittadini alla vita pubblico-amministrativa dell'ente (T.A.R. Toscana, sez. I, 25.1.2005, n. 275); trattasi di una figura che non stipula un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, ma la cui nomina trae origine dal conferimento di un incarico pubblico a termine, e che non viene a trovarsi in rapporto di subordinazione gerarchica rispetto ad altri organi della pubblica amministrazione, assumendo dunque le proprie determinazioni in completa autonomia.

Per assicurare una adeguata efficacia della difesa civica, si richiede in chi va a ricoprire tale carica un sufficiente bagaglio di nozioni tecnico-giuridiche, specificatamente di tipo amministrativo; tuttavia l'aspetto relativo al possesso di una competenza giuridico-amministrativa, ancorché rilevante, non può ritenersi, nell'ottica di un difensore civico inteso quale autorità di garanzia extragiudiziale dei diritti umani degli amministrati, decisivo o comunque assorbente.

In ordine alla eccezione di difetto di legittimazione dei ricorrenti, il collegio ha richiamato la giurisprudenza, pure citata dall'amministrazione resistente, secondo la quale i consiglieri comunali dissenzienti non avrebbero un interesse protetto e differenziato all'impugnazione delle deliberazioni dell'organismo del quale fanno parte; ciò perché il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente e non è possibile riconoscere al componente di un organismo collegiale la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assunte dal plesso di appartenenza, risultando altrimenti alterati i principi della collegialità dell'organo deliberante e del rispetto,

Rubrica a cura di

Euro P.A.

SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Prodotti, tecnologie e servizi per la Pubblica Amministrazione

Fiera di Rimini

EuroP.A. è l'unico

appuntamento nazionale

interamente dedicato al mondo

delle Autonomie Locali, il punto

di incontro della P.A. Centrale

con la P.A. Locale

ed il luogo in cui le Aziende

ed i Consulenti incontrano

il grande mercato della Pubblica

Amministrazione.

EuroP.A. offre una ricca

rassegna espositiva e un articolato

programma di convegni e seminari

gratuiti per apprendere, confrontare

esperienze e conoscere strumenti

per "creare" innovazione

nelle Autonomie Locali.

www.euro-pa.it

da parte della minoranza, della volontà della maggioranza regolarmente formatasi, le cui deliberazioni sono imputabili all'organo unitariamente considerato. Tuttavia, con riguardo alla fattispecie per cui è ricorso, appare meritevole di condivisione quell'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, 9.10.2006, n. 6005) che in tempi recentissimi, proprio con riguardo a delibere di designazione del difensore civico, ne ha ammesso l'impugnabilità anche da parte dei soggetti che non hanno conseguito la nomina, oltre che ad opera dei consiglieri comunali ed in particolare dei consiglieri dissenzienti, in quanto titolari del *munus* alla nomina. In una fattispecie concernente la presunta illegittimità di una deliberazione di nomina del difensore civico poiché alla relativa votazione aveva partecipato, senza astenersi, un consigliere legato al difensore civico da un rapporto di parentela, i giudici di appello hanno escluso che possano considerarsi controinteressati i consiglieri che hanno partecipato alla delibera ed il cui voto l'ha resa invalida, mentre hanno espressamente affermato la legittimazione all'impugnazione dei consiglieri comunali, in particolare di quelli dissenzienti, oltre che dei soggetti che non hanno conseguito la nomina.

Pertanto, indipendentemente dalla valutazione se sussista un interesse qualificato derivante dal pregiudizio arrecato alle prerogative proprie dell'organo consiliare, l'eccezione del difetto di legittimazione degli odierni ricorrenti non è stata ritenuta meritevole di pregio.

Altro aspetto decisamente rilevante evidenziato dalla sentenza in esame è costituito dalla natura dell'organo del difensore civico.

È noto che il difensore civico sub-regionale, la cui istituzione è stata prevista dall'art. 8 della legge n. 142 del 1990 sulle autonomie locali ricevendo per molto tempo tiepida accoglienza negli ordinamenti locali, pur essendo, come del resto i difensori civici regionali e delle province autonome di cui all'art. 16 della legge n. 127 del 1997, modificata dalla legge n. 191 del 1998, differente dall'omologo introdotto in Svezia nel 1809 e propagatosi poi negli altri Paesi scandinavi, non ha perduto negli ordinamenti nostrani contemporanei il carattere di organo fiduciario dell'assemblea che lo ha eletto (Cons. Stato, sez. V, 26.4.2005, n. 1910).

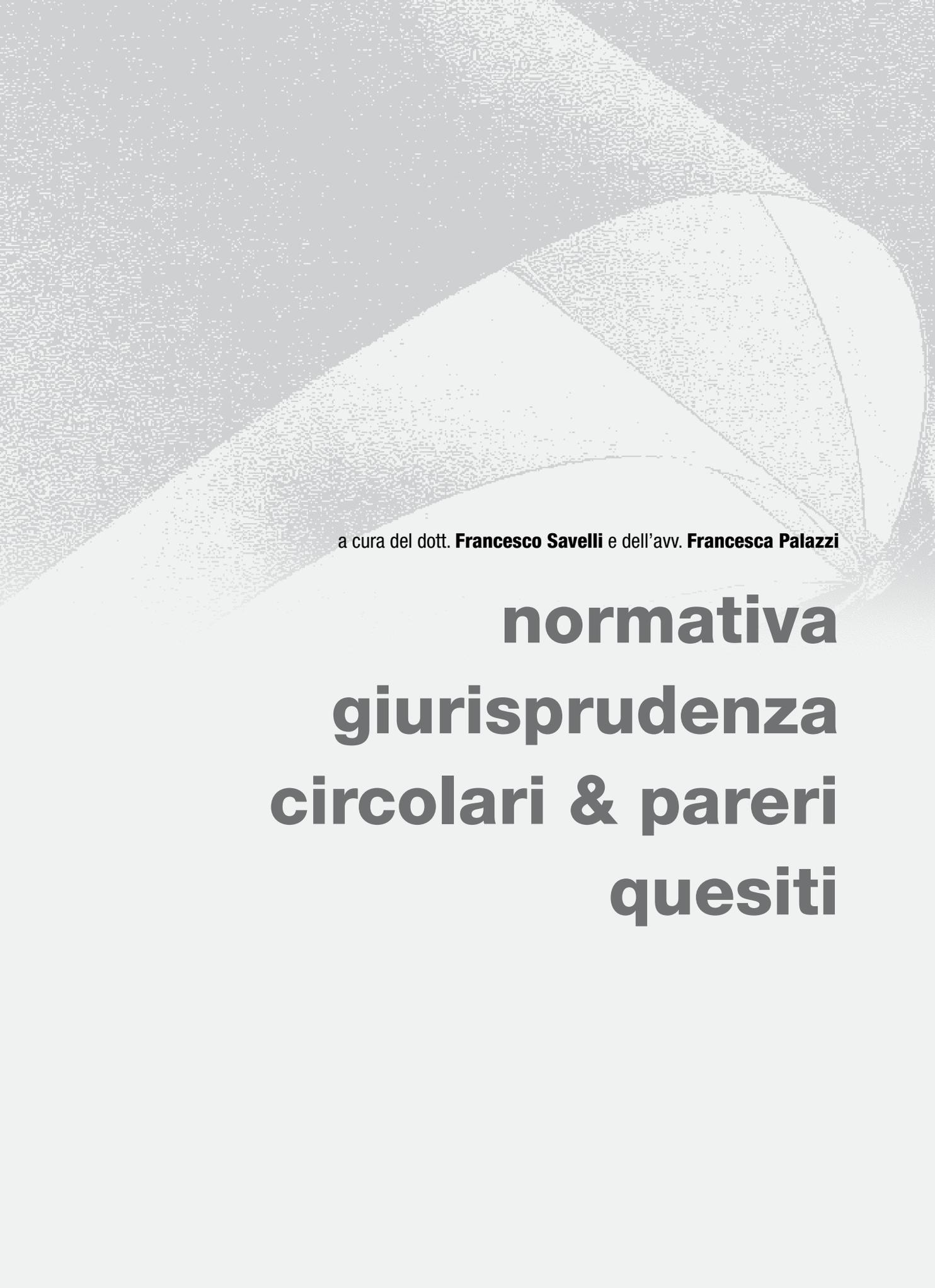
Se è dunque incontrovertibile che il provvedimento di nomina del difensore civico si fonda su un rapporto di tipo fiduciario, deve tuttavia convenirsi che la natura fiduciaria del rapporto non dispensa l'amministrazione procedente dall'obbligo di esplicitare, nella parte motiva del provvedimento di nomina, le ragioni che l'hanno indotta a privilegiare, tra più candidati ritenuti idonei, un aspirante all'incarico rispetto agli altri (T.A.R. Piemonte, sez. I, 12.10.2005, n. 2902); ciò anche alla stregua dei principi sia di buon andamento e di imparzialità cui deve informarsi l'azione am-

ministrativa ex art. 97 Cost., sia di trasparenza quali disciplinati dall'art. 1 della recente legge n. 15 del 2005.

L'assolvimento dell'obbligo di motivazione non comporta, peraltro, che l'amministrazione debba procedere a una rigorosa comparazione tra i requisiti dei singoli candidati, come si imporrebbe nel caso di un procedimento di tipo concorsuale. È invece necessario che l'amministrazione evidenzi compiutamente la coerenza dei requisiti dell'aspirante rispetto ai contenuti dell'incarico, al grado di preparazione professionale che il suo assolvimento comporta e alle garanzie di imparzialità che esso richiede, tanto più se il difensore civico, come sovente accade, nell'espletamento della propria attività istituzionale su tutto ciò che è collocabile nel concetto di *maladministration* deve esprimere pareri in ordine a questioni di non secondaria entità nella vita degli enti locali, con inevitabili significative responsabilità. Nella fattispecie il collegio ha rilevato che il comune aveva previsto che la designazione dovesse avvenire tra persone che per preparazione ed esperienza dessero ampia garanzia di indipendenza, probità e competenza giuridico-amministrativa occorrenti per l'espletamento dell'incarico e comprovabili dal possesso di uno specifico diploma di laurea (art. 59 dello statuto); siffatta individuazione dei requisiti professionali e morali, dei quali il difensore civico deve essere in possesso, determina evidentemente una limitazione alla discrezionalità della scelta da parte dell'amministrazione. La lettura di tale disposizione induce in definitiva a ritenere che la scelta del difensore civico non può sostanzarsi, come viceversa avvenuto con la deliberazione impugnata, in un atto politico svincolato da ogni obbligo di motivazione e che si limiti a dare atto dell'esito della votazione intervenuta a seguito di un dibattito vivace ma di natura esclusivamente politica.

Al contrario, proprio perché la scelta riguarda un soggetto che assicuri una particolare competenza, deve aver luogo dopo che l'amministrazione abbia preso in esame i titoli e l'esperienza vantati dagli aspiranti (sul punto, proprio in tema di designazione di un difensore civico, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 3.3.2005, n. 388), operandosi una scelta che assicuri la rispondenza della nomina ai requisiti indicati dallo Statuto.

Non può essere legittima una scelta operata "al buio", cioè sui soli nominativi dei candidati: il comune è tenuto insomma a dare contezza nella motivazione del provvedimento del percorso logico che conduce alla scelta dell'uno o dell'altro candidato; ciò perché l'obbligo di motivazione è imposto a presidio della trasparenza e del controllo circa la legalità dell'azione amministrativa in relazione a tutti i provvedimenti, salvo quelli espressamente esclusi dalla normativa sul procedimento amministrativo, tra i quali non rientra di certo quello impugnato.



a cura del dott. **Francesco Savelli** e dell'avv. **Francesca Palazzi**

**normativa
giurisprudenza
circolari & pareri
quesiti**

normativa

G.U. DAL 1° AL 31 LUGLIO 2007

Decreto-legge 2 luglio 2007, n. 81

Disposizioni urgenti in materia finanziaria
(G.U. del 2 luglio 2007, n. 151)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 31 maggio 2007

Differimento, per l'anno 2007, dei termini di presentazione delle dichiarazioni dei redditi dell'Irap, dell'Iva e dei redditi modello 730/2007

(G.U. del 2 luglio 2007, n. 151)

Circolare Ministero dell'economia e delle finanze 22 giugno 2007, n. 6301

Non applicabilità delle delegazioni di pagamento alle operazioni in derivati concluse da enti territoriali. Circolare esplicativa
(G.U. del 2 luglio 2007, n. 151)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 aprile 2007

Linee guida per l'attuazione delle disposizioni contenute nell'articolo 1, commi da 404 a 416, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)

(G.U. del 3 luglio 2007, n. 152)

Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 marzo 2007

Applicazione dell'articolo 1, comma 593, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007), in tema di retribuzione di incarichi conferiti da amministrazioni dello Stato, enti pubblici e società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa
(G.U. del 3 luglio 2007, n. 152)

Comunicato Corte dei conti

Comunicato di rettifica relativo alla deliberazione 4 giugno 2007, riguardante le linee guida cui devono attenersi, ai sensi dell'articolo 1, commi 166 e 167, della legge 23

dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), gli organi di revisione economico-finanziaria degli enti locali nella predisposizione della relazione sul rendiconto della gestione 2006 e relativi questionari. (Deliberazione della sezione delle autonomie n. 5/AUT/2007)

(G.U. del 3 luglio 2007, n. 152)

Comunicato Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni

C.c.n.l. di interpretazione autentica dell'articolo 23 del C.c.n.l. del personale del comparto regioni-aa.ll. del 14 settembre 2000
(G.U. del 3 luglio 2007, n. 152)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 giugno 2007

Decentramento delle funzioni catastali ai comuni, ai sensi dell'articolo 1, comma 197, della legge 27 dicembre 2006, n. 296
(G.U. del 5 luglio 2007, n. 154)

Provvedimento Conferenza unificata 14 giugno 2007

Accordo tra il Ministro della pubblica istruzione, il Ministro delle politiche per la famiglia, il Ministro della solidarietà sociale, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, le province, i comuni e le comunità montane, per la promozione di un'offerta educativa integrativa e sperimentale per i bambini dai due ai tre anni. Accordo ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. (Repertorio atti n. 44/CU)

(G.U. del 6 luglio 2007, n. 155)

Provvedimento Conferenza unificata 14 giugno 2007

Intesa tra il Ministro delle politiche per la famiglia, di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, il Ministro della soli-

darietà sociale ed il Ministro per i diritti e le pari opportunità, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, le province, i comuni e le comunità montane, attuativa dell'articolo 1, comma 1259, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per la assegnazione di una parte delle somme destinate alla realizzazione di un piano straordinario di intervento per lo sviluppo del sistema territoriale dei servizi educativi al finanziamento dell'accordo stipulato in pari data per la realizzazione di un'offerta educativa integrativa e sperimentale per i bambini da due a tre anni, a norma dell'articolo 1, comma 630, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131. (Repertorio atti n. 48/CU)

(G.U. del 6 luglio 2007, n. 155)

Legge 5 luglio 2007, n. 87

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 11 maggio 2007, n. 61, recante interventi straordinari per superare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e per garantire l'esercizio dei propri poteri agli enti ordinariamente competenti

(G.U. del 7 luglio 2007, n. 156)

Determinazione Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 29 marzo 2007

Applicazione dell'articolo 2, comma 2, dell'ò.P.C.M. n. 3274 del 20 marzo 2003 nel caso di progetti approvati prima dell'entrata in vigore del decreto ministeriale 14 settembre 2005. (Determinazione n. 3/2007)
(G.U. del 10 luglio 2007, n. 158)

Determinazione Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 30 maggio 2007

Contenzioso in fase di esecuzione: Accor-

do bonario. (Determinazione n. 5/2007)
(G.U. del 10 luglio 2007, n. 158)

Comunicato Presidenza del Consiglio dei Ministri

Comunicato concernente il referendum popolare per il distacco dei Comuni di Montecopiolo e Sassofeltrio dalla Regione Marche e la loro aggregazione alla Regione Emilia-Romagna, a norma dell'articolo 132, secondo comma, della Costituzione
(G.U. del 10 luglio 2007, n. 158)

Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 luglio 2007

Modalità per la predisposizione della legge finanziaria
(G.U. dell'11 luglio 2007, n. 159)

Decreto Ministero dell'università e della ricerca 22 maggio 2007

Procedure e modalità per la presentazione dei progetti e per l'erogazione dei finanziamenti relativi agli interventi per alloggi e residenze per studenti universitari, di cui alla legge 14 novembre 2000, n. 338
(G.U. dell'11 luglio 2007, n. 159)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 3 luglio 2007

Tasso di riferimento determinato per il periodo 1° luglio 31 dicembre 2007, relativamente alle operazioni a tasso variabile, effettuate dagli enti locali, ai sensi dei decreti-legge 1° luglio 1986, n. 318, 31 agosto 1987, n. 359 e 2 marzo 1989, n. 66, nonché della legge 11 marzo 1988, n. 67
(G.U. del 12 luglio 2007, n. 160)

Direttiva Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della funzione pubblica 30 aprile 2007

Applicazione dei commi 519, 520, 529 e 940 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per l'anno 2007), in materia di stabilizzazione e proroga dei contratti a tempo determinato, nonché di riserve in favore di soggetti con incarichi di collaborazione. (Direttiva n. 7)
(G.U. del 13 luglio 2007, n. 161)

Deliberazione Garante per la protezione dei dati personali 14 giugno 2007

Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico
(Suppl. ord. n. 159 alla G.U. del 13 luglio 2007, n. 161)

Decreto legislativo 11 luglio 2007, n. 94

Attuazione della direttiva 2006/7/Ce, concernente la gestione delle acque di balneazione, nella parte relativa all'ossigeno disciolto
(G.U. del 16 luglio 2007, n. 163)

Deliberazione Autorità per l'energia elettrica e il gas 27 giugno 2007

Disciplina in materia di accesso ai dati di base per la formulazione di proposte commerciali inerenti la fornitura di energia elettrica e/o di gas naturale. (Deliberazione n. 157/2007)
(Suppl. ord. n. 161, alla G.U. del 17 luglio 2007, n. 164)

Comunicato Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione

Proroga dei termini previsti dall'"Avviso per il cofinanziamento di progetti proposti dalle Alleanze locali per l'innovazione (Ali)"
(G.U. del 20 luglio 2007, n. 167)

Comunicato Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione

Proroga dei termini previsti dall'"Avviso per la realizzazione dei progetti di riuso"
(G.U. del 20 luglio 2007, n. 167)

Decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 2007, n. 103

Regolamento recante riordino dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza e del Centro nazionale di documentazione e di analisi per l'infanzia, a norma dell'articolo 29 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248
(G.U. del 23 luglio 2007, n. 169)

Decreto Ministero della salute 3 luglio 2007

Disciplina concernente le deroghe alle caratteristiche di qualità delle acque destinate al consumo umano che possono essere disposte dalla Regione Campania
(G.U. del 23 luglio 2007, n. 169)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 maggio 2007

Approvazione del Programma statistico nazionale 2007-2009
(Suppl. ord. n. 166 alla G.U. del 24 luglio 2007, n. 170)

Decreto Ministero della pubblica istruzione 16 luglio 2007

Ripartizione dei finanziamenti a favore delle regioni, per l'attivazione dei piani di edilizia scolastica, di cui alla legge 11 gennaio 1996, n. 23, per il triennio 2007/2009
(G.U. del 26 luglio 2007, n. 172)

Comunicato Ministero dell'economia e delle finanze

Avviso di adozione da parte dei comuni delle aliquote Ici 2007
(G.U. del 26 luglio 2007, n. 172)

Direttiva Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della funzione pubblica 23 maggio 2007

Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche
(G.U. del 27 luglio 2007, n. 173)

Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 13 luglio 2007

Legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), commi 725 e seguenti: Disposizioni in tema di compensi, numero e nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali
(G.U. del 27 luglio 2007, n. 173)

Deliberazione Camera dei deputati 25 luglio 2007

Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali
(G.U. del 28 luglio 2007, n. 174)

giurisprudenza

Corte Costituzionale 7 giugno 2007, n. 179

1. Enti locali – Controlli della Corte dei conti – Art. 1, commi da 166 a 169, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) – Nuovo tipo di controllo finalizzato a garantire la stabilità dei bilanci e il rispetto del patto di stabilità interno – Natura – Individuazione

2. Finanza pubblica – Controlli – Potere del legislatore di assegnare alla corte dei conti nuove forme di controllo – Sussiste – limiti

3. Enti locali – Controlli della Corte dei conti – Art. 1, commi da 166 a 169, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza

1. Le norme di cui all'art. 1, commi da 166 a 169, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006) introducono un nuovo tipo di controllo affidato alla Corte dei conti, dichiaratamente finalizzato ad assicurare, in vista della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, la sana gestione finanziaria degli enti locali, nonché il rispetto, da parte di questi ultimi, del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento posto dall'ultimo comma dell'art. 119 Cost. Nella sua configurazione, questa nuova forma di controllo sviluppa il quadro delle misure necessarie per garantire la stabilità dei bilanci ed il rispetto del patto di stabilità interno, prescritti dall'art. 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3). Infatti è evidente che, a detti fini, oltre al controllo sulla gestione in senso stretto, che ha ad oggetto l'azione amministrativa e serve ad assicura-

re che l'uso delle risorse avvenga nel modo più efficace, più economico e più efficiente, occorre avere riguardo anche all'aspetto, particolarmente rilevante nell'ambito del fenomeno finanziario considerato nel suo complesso, che attiene alla allocazione delle risorse e, quindi, alla struttura ed alla gestione del bilancio. Tale controllo, che è ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, ha la caratteristica, in una prospettiva non più statica (com'era il tradizionale controllo di legalità-regolarità), ma dinamica, di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo alla adozione di effettive misure correttive. Ne consegue che esso assume anche i caratteri propri del controllo sulla gestione in senso stretto e concorre, insieme a quest'ultimo, alla formazione di una visione unitaria della finanza pubblica, ai fini della tutela dell'equilibrio finanziario e di osservanza del patto di stabilità interno, che la Corte dei conti può garantire (sentenza n. 267 del 2006). Si deve peraltro sottolineare la natura collaborativa del controllo disciplinato dalle norme impugnate, che si limita alla segnalazione all'ente controllato delle rilevate disfunzioni e rimette all'ente stesso l'adozione delle misure necessarie: c'è, dunque, una netta separazione tra la funzione di controllo della Corte dei conti e l'attività amministrativa degli enti, che sono sottoposti al controllo stesso. Né può dirsi che la vigilanza sull'adozione delle misure necessarie da parte degli enti interessati implichi un'invasione delle competenze amministrative di questi ultimi, poiché l'attività di vigilanza, limitatamente ai fini suddetti, è indispensabile per l'effettività del controllo stesso.

2. Il legislatore è libero di assegnare alla Corte dei conti qualsiasi altra forma di controllo, purché questo abbia un suo fondamento costituzionale. La sussistenza di detto fondamento è confor-

tata, in primo luogo, dall'art. 100 della Costituzione, il quale assegna alla Corte dei conti il controllo successivo sulla gestione del bilancio, come controllo esterno ed imparziale. Infatti, se è vero che, al momento dell'emanazione della Costituzione, per indicare l'intera finanza pubblica non poteva non farsi riferimento al bilancio dello Stato, è altrettanto vero che oggi tale dizione deve intendersi riferita non solo al bilancio dello Stato, ma anche a quello di tutti gli altri enti pubblici che costituiscono, nel loro insieme, il bilancio della finanza pubblica allargata. Sono inoltre da richiamare al fine suddetto oltre all'art. 81 Cost., che pone il principio indefettibile dell'equilibrio di bilancio, anche gli articoli 97, primo comma, 28 e 119, ultimo comma, Cost.

3. Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 166 a 169, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006), sollevate, in riferimento all'art. 60 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), dalla Regione Friuli-Venezia Giulia. Il controllo previsto dai commi citati, risulta dettato da esigenze di tutela dell'unità economica della Repubblica e di coordinamento della finanza pubblica, ed è finalizzato (nel quadro del controllo disciplinato dalla legge n. 131 del 2003), con funzione collaborativa, alla tempestiva segnalazione agli enti interessati di situazioni inerenti agli equilibri di bilancio, per l'adozione delle necessarie misure correttive.

Corte Costituzionale 23 maggio 2007, n. 171

Enti locali – Sindaco – Cause di incan-

didabilità – Art. 7, comma 1, lett. a), d.l. 29 marzo 2004, n. 80 (Disposizioni urgenti in materia di enti locali), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2004, n. 140 – Illegittimità costituzionale – Va dichiarata – Ragioni

Va dichiarata – in riferimento all'art. 77, secondo comma, della Costituzione – l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lett. a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80 (Disposizioni urgenti in materia di enti locali), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2004, n. 140 – che ha escluso dal novero delle cause ostative alla candidatura la condanna definitiva per il delitto di peculato d'uso –, considerato che tale norma si connota per la sua evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita. La stessa relazione al disegno di legge di conversione del decreto n. 80 del 2004, nella parte relativa all'art. 7, enuncia come ragione della modifica apportata agli artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 267 del 2000 l'eliminazione della discrasia che esisteva tra le cause di sospensione previste dall'art. 58 e quelle di decadenza dalla carica previste dall'art. 59, discrasia che, peraltro, si era verificata fin dal 1999. Questa affermazione giustifica la modifica, ma non rende ragione dell'esistenza della necessità ed urgenza di intervenire sulla norma. L'utilizzazione del decreto-legge – e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. – non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta.

Corte di Cassazione, sezione civile, sez. I, 5 giugno 2007, n. 13181

Enti locali – Sindaco – Divieto del terzo mandato consecutivo – Candidatura “non immediatamente successiva allo scadere del secondo mandato di sindaco” – Non opera

Il divieto di terzo mandato sindacale consecutivo, sancito dall'art. 51 del t.u.e.l., non opera nel caso di terza candidatura “non immediatamente successiva allo scadere del secondo mandato di sindaco”, perché intervallata da una precedente tornata elettorale, cui quel candidato non si era presentato e che era poi risultata nulla per mancato raggiungimento del *quorum* dei votanti. Nel testo della disposizione richiamata – per cui “chi ha ricoperto per due mandati consecutivi la carica di sindaco non è, allo scadere del secondo mandato, immediatamente rieleggibile alle medesime cariche” –, l'ambito di operatività del divieto è puntualmente ed univocamente chiarito, nel senso della sua correlazione ad una sequenza temporale, dalla compresenza, oltreché dell'avverbio “immediatamente” (già di per sé sufficiente ad escludere il permanere dell'ineleggibilità oltre la tornata elettorale successiva alla conclusione del secondo mandato), anche della incidentale (rafforzativa) “allo scadere del secondo mandato”, che non lascia alcun margine di dubbio interpretativo in ordine alla circostanza che per le elezioni diverse da quelle immediatamente successive alla scadenza del mandato non operi più la causa di ineleggibilità.

co”, perché intervallata da una precedente tornata elettorale, cui quel candidato non si era presentato e che era poi risultata nulla per mancato raggiungimento del *quorum* dei votanti. Nel testo della disposizione richiamata – per cui “chi ha ricoperto per due mandati consecutivi la carica di sindaco non è, allo scadere del secondo mandato, immediatamente rieleggibile alle medesime cariche” –, l'ambito di operatività del divieto è puntualmente ed univocamente chiarito, nel senso della sua correlazione ad una sequenza temporale, dalla compresenza, oltreché dell'avverbio “immediatamente” (già di per sé sufficiente ad escludere il permanere dell'ineleggibilità oltre la tornata elettorale successiva alla conclusione del secondo mandato), anche della incidentale (rafforzativa) “allo scadere del secondo mandato”, che non lascia alcun margine di dubbio interpretativo in ordine alla circostanza che per le elezioni diverse da quelle immediatamente successive alla scadenza del mandato non operi più la causa di ineleggibilità.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 12 giugno 2007, n. 3137

1. Consiglieri comunali – Dimissioni – Prive di alcuno dei requisiti formali – Regolarizzazione – Ammissibilità

2. Consiglieri comunali – Dimissioni collettive ultra dimidium – Mancato raggiungimento dell'effetto dissolutorio – Dimissioni rese conformemente ai requisiti di legge prescritti – Validità

3. Consiglieri comunali – Dimissioni collettive ultra dimidium – Mancato raggiungimento dell'effetto dissolutorio – Surrogazione del consigliere le cui dimissioni devono ritenersi pienamente efficaci – Legittimità

1. Se è vero che l'art. 38, comma 8, del d.lgs. n. 267 del 2000 dispone che le dimissioni, una volta protocollate, sono irrevocabili, non necessitano di presa d'atto e sono immediatamente efficaci, ciò tuttavia non significa che esse non possano essere regolarizzate, se prive di alcuno dei requisiti di forma prescritti. Ciò perché quanto affermato più volte dalla giurisprudenza circa l'impossibilità di disporre dell'atto di dimissioni una volta protocollato, si riferisce evidentemente agli atti di disposizione degli effetti, co-

me l'ipotesi della revoca e più in generale tutti i casi in cui il consigliere dimissionario intenda subordinare le proprie dimissioni a condizioni o termini. Devono, pertanto, considerarsi regolari e perfettamente efficaci le dimissioni del consigliere comunale che, lungi dal disporre delle proprie dimissioni già rassegnate, si sia, invece, semplicemente limitato a sanare un vizio di forma che ne avrebbe inficiato la regolarità (presentandosi, nella stessa giornata in cui venivano rassegnate le dimissioni dalla maggioranza dei consiglieri comunali, presso la segreteria del comune ai fini dell'accertamento delle sue generalità e dell'autenticazione della sottoscrizione).

2. La circostanza che le dimissioni di un consigliere comunale siano state presentate congiuntamente ad altri allo scopo, dichiarato o presunto, di provocare lo scioglimento del consiglio, ai sensi dell'art. 141 t.u.e.l., non è idonea ad incidere sulla validità ed efficacia dell'atto medesimo, in caso di mancato raggiungimento dello scopo. L'atto di dimissioni dalla carica di consigliere comunale si configura, infatti, come *actus legitimus*, ossia una manifestazione di volontà, ritualmente esternata, rivolta a determinare l'uscita del dichiarante dall'organo assembleare del comune, non sottoponibile né a condizione né a termine, cosicché nessun rilievo può riconoscersi allo scopo perseguito dai dimissionari di creare le condizioni per lo scioglimento del consiglio comunale. L'effetto dissolutorio è, del resto, un elemento che resta ben distinto rispetto all'atto di dimissioni *ultra dimidium*, che non può in alcun modo esser fatto rientrare nel suo oggetto, con la conseguenza che, se tale effetto non si realizza (ad es., perché taluni dei singoli atti di rinuncia all'incarico siano nulli) le dimissioni rese conformemente ai requisiti di legge prescritti restano valide ed efficaci.

3. È legittima la deliberazione con la quale il consiglio comunale ha provveduto alla surrogazione del consigliere comunale considerato dimissionario a seguito di presentazione di dimissioni collettive autenticate, tuttavia, solo con riferimento ad esso; le dimissioni *ultra dimidium* non convergono in un unico atto, né possono essere considerate singolarmente efficaci soltanto ove sia raggiunto l'effetto previsto dall'art. 141 d.lgs. 267/2000.

Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2946

1. Contratti della p.a. - Appalti - Bando di gara - Modalità di presentazione delle offerte - Formalità di chiusura e sigillatura delle buste - Fattispecie

2. Contratti della p.a. - Appalti - Bando di gara - Cause di esclusione - Interpretazione - Criteri

1. Le formalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto con una pubblica amministrazione, o con ente comunque soggetto alla disciplina sull'evidenza pubblica, sono generalmente imposte dai bandi di gara a garanzia dell'autenticità della provenienza della busta e del suo contenuto (1) al fine di assicurare la *par condicio* fra i concorrenti, in funzione dell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione. In particolare, norme come quella che richiede espressamente che la busta sia "a pena di esclusione, sigillata e controfirmata su tutti i lembi di chiusura" non appaiono scevere da margini di incertezza, in particolare sull'accezione che deve essere attribuita all'inciso "lembo di chiusura". Al riguardo, per "lembo di chiusura" di una busta deve intendersi il lembo aperto costituente l'imboccatura della busta stessa e soggetto ad operazione di chiusura a sé stante, sicché è sufficiente che l'adempimento formale imposto al concorrente venga limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante. Tale modalità di sigillatura del plico, utilizzata dall'impresa vincitrice, non pregiudica la segretezza dell'offerta. Di conseguenza l'impresa stessa ha correttamente e adeguatamente assolto all'obbligo imposto dal bando, avendo apposto il sigillo e la controfirma solo sul lembo aperto di una busta c.d. "a sacchetto" senza l'ulteriore sigillatura sul lembo originariamente incollato dal fabbricante della busta medesima.

2. Nelle pubbliche gare, le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, devono essere interpretate coerentemente al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche. Nel caso, cioè, di incertezza in ordine all'interpretazione di una clausola del ban-

do di gara riguardante specifici adempimenti per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, ad essa deve essere attribuito il significato più favorevole all'ammissione alla gara stessa, stante lo specifico interesse dell'amministrazione al più ampio confronto possibile tra le offerte (2).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1222.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; T.A.R. Sardegna, 13 gennaio 1998, n. 11.

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 3 luglio 2007, n. 5980

1. Concorsi pubblici - Commissari di concorso - Cause di incompatibilità - Sussistenza - Condizioni

2. Concorsi pubblici - Prove scritte - principio dell'anonimato - Dicitura "brutta copia" apposta sull'elaborato - Segno di riconoscimento - Esclusione

3. Concorsi pubblici - Prove scritte - Principio dell'anonimato - Numerazione delle pagine dell'elaborato - Segno di riconoscimento - Esclusione

1. Non ogni forma di collaborazione scientifica o professionale tra commissario di concorso e candidato al medesimo concorso è causa di incompatibilità e quindi di astensione, tale obbligo sorgendo esclusivamente nell'ipotesi di una comunanza di interessi economici o di vita tra i due soggetti tale da far ingenerare il sospetto che il candidato sia giudicato non in base a risultanze oggettive della procedura, ma in virtù di conoscenza personale con il commissario (1).

2. La scritta "brutta copia" sull'elaborato consegnato alla Commissione giudicatrice dal candidato ad un pubblico concorso non costituisce concreto segno di riconoscimento, ma ha lo scopo di rendere immediatamente percepibile la versione definitiva del compito anche al fine di agevolare la correzione da parte della stessa Commissione (cfr. *ex multis* nei termini T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 11 maggio 2006, n. 1698). Ed infatti l'idoneità del segno/simbolo a fungere da elemento di identificazione dell'autore dell'elaborato scritto in una procedura concorsuale per accesso a pubblico impiego - ove è pre-

scritto l'anonimato - va ravvisata in relazione al carattere oggettivamente distintivo e anomalo; e tale estremo non sussiste in presenza della semplice dicitura "brutta copia" apposta su un foglio al fine di distinguerlo dalla versione definitiva dell'elaborato (2).

3. L'idoneità del segno/simbolo a fungere da elemento di identificazione dell'autore dell'elaborato scritto in una procedura concorsuale va ravvisata in concreto in relazione al carattere oggettivamente anomalo; e l'anomalia, con la conseguente riconoscibilità, non è ravvisabile per la semplice numerazione delle pagine dell'elaborato, per esigenze di ordine nella loro successione (3).

(1) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 11 maggio 2005, n. 3853.

(2) Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 10 aprile 2002, n. 972.

(3) Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 10 aprile 2002, n. 967.

T.A.R. Veneto, sez. I, 25 giugno 2007, n. 2033

1. Enti locali - Consiglieri comunali - Delibera consiliare di approvazione del bilancio di previsione - Contestazione relativa alla omessa discussione e votazione di emendamenti - Legittimazione al ricorso - Sussiste

2. Enti locali - Bilancio annuale di previsione - Schema predisposto dalla giunta comunale - Proposizione di emendamenti da parte dei consiglieri comunali - Atto di "recepimento" della giunta e trasmissione al consiglio unitamente al bilancio annuale di previsione - Illegittimità

1. Sussiste la legittimazione del consigliere comunale ad impugnare la delibera consiliare di approvazione del bilancio di previsione nel caso in cui la contestazione ricada sull'omessa discussione e votazione degli emendamenti da lui presentati; contestazione che, indubitabilmente, attiene al rispetto delle prerogative che attengono al mandato del quale il consigliere comunale è stato investito per volontà espressa dal corpo elettorale (1).

2. Ove le disposizioni del regolamento di contabilità del comune mantengono ben ferma la distinzione - già, del resto, prefigurata dallo stesso dettato legi-

slativo di cui all'art. 174 del d.lgs. n. 267 del 2000 – tra il procedimento finalizzato all'approvazione e alla presentazione in consiglio, da parte della giunta comunale, dello schema di bilancio annuale di previsione, della relazione revisionale e programmatica e dello schema di bilancio pluriennale, e il parallelo procedimento finalizzato alla presentazione, da parte dei consiglieri comunali, di emendamenti alla proposta giuntalesca, questi ultimi, sebbene necessitino ai fini della loro ammissibilità, dei pareri dell'organo di revisione, del responsabile del servizio finanziario e del segretario comunale, non devono essere anche "recepiti" dalla giunta comunale e trasmessi a cura di quest'ultima al consiglio unitamente al bilancio annuale di previsione, alla relazione revisionale e programmatica e dello schema di bilancio pluriennale. Tale atto di "recepimento" risulta, all'evidenza, illegittimo proprio in quanto non contemplato dal regolamento comunale di contabilità; né potrebbe essere altrimenti, posto che con il suo modus operandi la giunta comunale ha conseguito l'illegittimo scopo di *blindare* la reiezione degli emendamenti medesimi abbinando questi ultimi allo stesso documento contabile e sottraendosi, quindi, mediante la loro implicita reiezione conseguente all'approvazione dell'intero atto contabile, ad ogni discussione al riguardo.

(1) Cfr. al riguardo Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 358 laddove afferma che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive, con la conseguenza che i conflitti interorganici, all'interno di uno stesso ente trovano composizione in via amministrativa, ad esempio nella forma della mozione di sfiducia nei confronti della giunta municipale sottoscritta da un gruppo qualificato di consiglieri comunali; tale principio, peraltro, non trova – per l'appunto – applicazione in tutte le ipotesi in cui vengono in rilievo atti che incidono direttamente sullo *jus ad officium* e, quindi su un diritto spettante alla persona investita della relativa carica: in tali particolari evenienze va riconosciuta ai consiglieri comunali e provinciali una propria legittimazione ad impugnare gli atti dell'amministrazione locale: cfr. al riguardo, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 1990, n. 696.

**T.A.R. Toscana, sez. II,
22 giugno 2007, n. 916**

Enti locali – Personale – Procedure selettive – Selezione verticale di personale interno – Partecipanti – Diritto di accesso agli atti della commissione e alla documentazione presentata da ciascun concorrente a corredo della propria domanda – Sussiste

Il soggetto partecipante alla selezione verticale di personale interno indetta dal comune ha un interesse giuridicamente rilevante alla conoscenza sia degli atti della commissione sia della documentazione presentata da ciascun concorrente a corredo della propria domanda, considerato che il diritto di prendere visione e trarre copia della documentazione per la tutela dei suoi interessi non può recedere per l'esigenza di tutelare la riservatezza dei dati dei singoli partecipanti alla selezione medesima, la cui posizione deve essere necessariamente e singolarmente esaminata dalla commissione.

**T.A.R. Emilia-Romagna, Parma,
20 giugno 2007, n. 367**

Strumenti urbanistici – Piani regolatori generali – Varianti generali – Ricorso giurisdizionale – Notifica solo al comune – Mancata evocazione in giudizio dell'ente (provincia) che ha approvato la variante – Inammissibilità

Le disposizioni dei piani regolatori generali sono suscettibili di cognizione da parte del giudice amministrativo solo se censurate a mezzo di ricorso notificato tanto al comune quanto all'ente che ha approvato il piano, sia esso la regione o la provincia (1); si tratta infatti di atti complessi risultanti dal concorso di volontà di entrambi gli enti, che vanno di conseguenza considerati come autorità emananti, e pertanto contraddittori necessari. Inoltre, quando un provvedimento si presenta imputabile ad una pluralità di amministrazioni, la completezza del contraddittorio è necessaria *ab initio*, non operando la norma – circoscritta al caso dei controinteressati – che consente la notificazione del ricorso ad uno solo dei soggetti che ne hanno titolo e la successiva integrazione del contraddittorio nei confronti dei restanti sogget-

ti; tutte le autorità emananti, in altri termini, vanno immediatamente evocate in giudizio, a pena di inammissibilità della domanda giudiziale (2). Ne consegue la inammissibilità, per difetto di contraddittorio, del ricorso per l'annullamento della variante al piano regolatore generale notificato unicamente al comune, mentre non è stato evocato in giudizio l'ente (provincia) che ha approvato la variante generale al piano.

(1) Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367 e 19 maggio 1998, n. 616; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 6 novembre 2006, n. 2875; T.A.R. Marche, sez. I, 14 febbraio 2007, n. 37.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 agosto 2002, n. 4245.

**T.A.R. Abruzzo, L'Aquila,
6 giugno 2007, n. 288**

1. Enti locali – Assenza o impedimento del sindaco – Vicesindaco – Poteri – Supplenza generale che si estende a tutti gli atti propri del sindaco – Ordinanza contingibile e urgente sottoscritta dal vicesindaco – Omessa indicazione del legittimo impedimento del sindaco o di delega specifica – Irrilevanza
2. Procedimento amministrativo – Ordinanze contingibili e urgenti – Obbligo di preventivo avviso di avvio del procedimento – Non sussiste

1. Ove il vicesindaco abbia sottoscritto un'ordinanza contingibile e urgente, l'omessa indicazione del legittimo impedimento del sindaco o di una delega specifica, o delle sottese motivazioni non configurano il vizio di incompetenza, per la circostanza che il vice sindaco sostituisce il sindaco in caso di assenza o di impedimento con una supplenza generale che si estende a tutti gli atti propri di quest'ultimo.

2. In considerazione della finalità delle ordinanze contingibili e urgenti, volte alla rimozione immediata di una situazione di pericolo per l'incolumità pubblica, deve ritenersi insussistente l'obbligo di preventivo avviso di avvio del procedimento; tali ordinanze devono ritenersi legittime, in forza del principio della prevalenza dell'interesse pubblico, in presenza della manifestata e motivata urgenza.

circolari & pareri

Ministero dell'interno

Amministratori degli enti locali – Vice-sindaco – Poteri

Al Ministero degli interni è stato chiesto se il vicesindaco che subentra nella reggenza dell'ente al sindaco dichiarato decaduto può nominare i nuovi assessori in sostituzione a quelli in carica.

La risposta del Ministero è stata la seguente:

“Il Ministero dell'interno, con circolare n. 7 del 6 settembre 2001, nel recepire l'orientamento del Consiglio di Stato sui poteri del vicesindaco investito di funzioni vicarie, ha riconosciuto al vicesindaco tutti i poteri spettanti al titolare, compreso il potere di revocare e nominare gli assessori, in ossequio al principio della continuità nell'azione amministrativa dell'ente locale. In ordine alla dichiarazione di decadenza del sindaco, ai fini dell'avvio della procedura di scioglimento del consiglio comunale, ai sensi dell'art. 141, comma 1, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000, deve naturalmente farsi esclusivo riferimento alla data in cui il relativo accertamento giudiziario diventa incontrovertibile.

Ministero dell'interno

Consiglieri comunali – Accesso agli uffici comunali – Modalità

Al Ministero dell'interno è stato chiesto di chiarire quali sono le modalità di accesso agli uffici comunali da parte dei consiglieri comunali.

In risposta, il suddetto Ministero ha rappresentato quanto segue:

“Il secondo comma dell'art. 50 del t.u.e.l. riconosce al sindaco il compito di sovrintendere al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti.

Tale articolo consente di ritenere il sindaco organo competente a disciplinare le modalità di accesso agli uffici comunali, nelle forme più opportune e meno gravose per gli uffici, ciò in virtù del ri-

conosciuto e generale dovere della pubblica amministrazione di ispirare la propria attività al principio di economicità, al fine di contemperare l'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione con il diritto, riconosciuto dall'art. 77 della Costituzione, di ogni cittadino chiamato a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali ad espletare il mandato, disponendo del tempo, dei servizi e delle risorse necessari.

Va anche considerato che il sindaco può delegare, come sovente avviene, agli assessori l'esercizio di determinate funzioni, stante l'impossibilità per lo stesso di provvedere in via diretta e personale a tutti gli adempimenti, pubblici e privati, connessi alla carica, pur restando in capo al delegante doveri di controllo, di sorveglianza e di direttiva sullo svolgimento delle attività oggetto di delega oltre al potere-dovere di revocare la delega nel caso in cui il preposto non operi correttamente (cfr. Cass. pen., III, 29.5.1996, n. 775). Nel caso di delega ad un assessore dell'esercizio della funzione relativa alla sovrintendenza del funzionamento dei servizi e degli uffici, potrebbe in particolare essere previsto che le relative scelte organizzative siano trattate ed assunte collegialmente in seno alla giunta comunale di cui l'assessore-delegato è membro”.

Ministero dell'interno

Consiglio comunale – Seduta di insediamento – Convalida degli eletti – Procedimento – Modalità

Al Ministero dell'interno sono stati chiesti chiarimenti sulle modalità da seguire per procedere alla convalida degli eletti nella prima seduta di insediamento del consiglio comunale.

Il Ministero ha dato la seguente risposta: “Secondo l'orientamento consolidato del Ministero dell'interno la legge collega

automaticamente all'atto di accettazione della carica assessorile l'effetto estintivo della qualità di consigliere.

Ne consegue che, nella prima seduta d'insediamento del consiglio, non potranno essere convocati quei consiglieri che hanno perso automaticamente lo status per effetto della nomina ad assessore, ai sensi dell'art. 64, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000.

Diverse considerazioni vanno invece formulate in merito alla procedura di sostituzione dei consiglieri decaduti.

L'orientamento del Ministero dell'interno sull'effetto automatico della sostituzione trovava fondamento nella giurisprudenza formatasi sull'art. 25 della legge 81/1993.

Più recentemente il Consiglio di Stato, con sentenza n. 279/05, ha posto l'accento sulla necessità che, non solo in occasione delle surroghe, ma anche delle sostituzioni, venga adottata dagli organi collegiali di appartenenza una specifica delibera, con la connessa convalida dei consiglieri subentrati. A tal proposito, viene esplicitato il principio che “la stessa convalida, cui a norma dell'art. 41 del d.lgs. n. 267/2000 è necessario procedere prima di ogni altro adempimento nella seduta del consiglio immediatamente dopo le elezioni, si svolge nei soli confronti dei candidati proclamati eletti: quelli cioè che abbiano ottenuto le maggioranze prescritte dagli artt. 71 e 72 del d.lgs. n. 267/2000 per acquisire il diritto al seggio da assegnare alla rispettiva lista di appartenenza. In assenza della proclamazione di “candidato eletto” all'esito dello scrutinio, analogo diritto non è attribuibile ai candidati non eletti, che sono, pertanto, ammessi a surrogare o sostituire quelli eletti solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 45 del d.lgs. n. 267/2000 e previo provvedimento consiliare.”

Da tali enunciazioni del Supremo consesso, a cui il Ministero dell'interno si è con-

formato, ne consegue, per quanto attiene agli adempimenti della prima seduta, che l'ordine del giorno dovrà prevedere, come primo punto, la convalida dei consiglieri proclamati eletti, che sono gli unici legittimati a formare il quorum sia strutturale che funzionale, esclusi pertanto quelli cessati dalla carica per l'accettazione della nomina assessorile.

Svoltosi detto adempimento, il consiglio procederà, con il secondo punto all'ordine del giorno, alla sostituzione dei consiglieri decaduti.

Agli scrutinati non eletti, chiamati a subentrare per legge, dovrà essere comunicato l'avviso di convocazione del consiglio comunale, fermo restando che solo con la delibera di sostituzione di quelli cessati per effetto dell'accettazione della carica assessorile e la conseguente convalida, risulteranno investiti della carica consiliare e concorreranno a ricostituire il plenum assembleare".

Ministero dell'interno

Enti locali - Comunità montane - Presidente - Uso della fascia tricolore - Normativa

Alla domanda quale è la normativa di riferimento per il corretto uso della fascia tricolore da parte del presidente della comunità montana, il Ministero dell'interno ha così risposto:

"L'articolo 50, comma 12, del t.u.e.l. n. 267/2000 dispone che distintivo del Sindaco è la fascia tricolore con lo stemma della Repubblica e lo stemma del comune, da portarsi a tracolla.

Analoga disciplina normativa è ripetuta nel testo unico citato per il presidente della provincia ma non per il presidente della comunità montana. Nel dedurre dallo spirito della norma che la fascia, proprio in quanto dotata di specifica tipologia formale, sia un distintivo proprio del titolare della carica pubblica rivestita, è da ritenere, da un lato, che la stessa non possa essere indistintamente usata da altri soggetti, dall'altro, che la predetta finalità distintiva non sarebbe adeguatamente assolta se l'ordinamento demandasse all'esclusiva autonomia normativa degli en-

ti locali la previsione di caratteristiche differenziate per il distintivo che contraddistingue il proprio rappresentante.

In assenza di specifica previsione di legge, pertanto, l'istituzione di un distintivo anche per il presidente della comunità montana può essere prevista solo sulla base di apposite intese o accordi che ne garantiscano l'uniformità".

Ministero dell'interno

Vicesindaco e membro del consiglio di una società partecipata a capitale pubblico - Ipotesi di incompatibilità - Condizione

Al Ministero dell'interno è stato chiesto se sussiste incompatibilità tra la carica da un sindaco a membro del consiglio di una società partecipata a capitale pubblico.

Al riguardo, il succitato Ministero ha rappresentato quanto segue:

"Sulla questione è intervenuta una innovazione normativa, ampiamente divulgata con circolare del Ministero dell'interno del 22 settembre 2005, n. 7/2005-UCO.

L'innovazione legislativa, infatti, con il decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, coordinato con le modifiche introdotte dalla legge di conversione 17 agosto 2005, n. 160, all'art. 14-*decies*, lettera b), pur confermando la *ratio* di prevenire una potenziale conflittualità dei contrapposti interessi da gestire, ha posto una presunzione in base alla quale non può più ritenersi sussistente il conflitto nel caso in cui la partecipazione del comune alla società sia inferiore al 20% del capitale.

Qualora, pertanto, la quota di partecipazione del comune alla società sia inferiore al 20%, non si configura per il vicesindaco l'ipotesi di incompatibilità prevista dall'art. 63, comma 1, n. 1, del decreto legislativo n. 267/2000, secondo la modifica legislativa apportata".

quesiti

Comune - Spese di personale - Ammontare annuo - Calcolo - Trattamento economico del segretario - Va considerato - Limiti

QUESITO Tra le spese del personale che, ai sensi dell'art. 1, comma 562, della legge 296/2006 (legge finanziaria 2007), non devono superare il corrispondente ammontare di quelle sostenute per il medesimo titolo nell'anno 2004, deve essere inclusa anche quella relativa al trattamento economico del segretario comunale?

RISPOSTA L'art. 1, comma 562, della legge n. 296/2006 prevede che: "Per gli enti non sottoposti alle regole del patto di stabilità interno, le spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'Irap, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, non devono superare il corrispondente ammontare dell'anno 2004... *omissis*".

Nel tessuto ordinamentale dell'ente locale, così come definito dal d.lgs. 267/2000, la presenza del segretario costituisce attuazione di un preciso obbligo di legge (art. 97, comma 1, del t.u. 267/2000).

Per l'effetto il segretario comunale e provinciale costituisce una figura professionale unica ed infungibile nella struttura organizzativa ed amministrativa del comune o della provincia.

Ne consegue che l'ente locale non può non prevedere, in bilancio, la copertura finanziaria di quanto, contrattualmente, dovuto per il relativo trattamento economico fondamentale.

Tale figura, tuttavia, pur essendo obbligatoriamente presente in tutti gli enti non è più omogenea ma può, invece, assumere diverse configurazioni in relazione alle diverse situazioni in cui può trovarsi ad operare.

In relazione alla diversità di funzioni ed incarichi speciali che il segretario può svolgere, limitati all'ente locale in cui presta servizio, può derivare per l'ente stesso un incremento dei costi, relativo a quelle voci del trattamento economico, eventuali e variabili, riconducibili a scelte discrezionali dell'ente, operate in sede di contrattazione decentrata individuale fra segretario ed ente locale.

Si fa riferimento, ad esempio, all'indennità di

direttore generale, qualora al segretario venga attribuito tale incarico ai sensi dell'art. 108 del t.u. 267/2000, la cui misura è determinata, così come previsto dall'art. 44 del C.c.n.l. del 16.5.2001, dall'ente nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della propria capacità di spesa.

Analogamente, accade per la maggiorazione della retribuzione di posizione, di cui all'art. 41, comma 4, del citato C.c.n.l. che può essere riconosciuta dall'ente locale, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, secondo le condizioni, criteri e parametri di riferimento individuati in sede di contrattazione decentrata integrativa nazionale.

Da quanto rappresentato, ne consegue che anche il trattamento economico del segretario rientra tra le spese di personale per cui, ai sensi della norma sopra indicata, è possibile operare un contenimento ma solo limitatamente a quelle voci, eventuali e variabili, rimesse a scelte discrezionali dell'ente, con esclusione delle voci relative al trattamento economico fondamentale dovuto in forza del contratto collettivo nazionale di lavoro.

Contratti della p.a. – Servizi – Concessione – Durata – Normativa

QUESITO *A seguito dell'aggiudicazione di una gara per l'affidamento del servizio di costruzione e gestione della rete di distribuzione del gas metano, è stata stipulata, nel 2000, la relativa concessione, che prevede una durata di 29 anni, al termine della quale gli impianti saranno trasferiti al comune a titolo gratuito. Essendo però intervenuto, di poco precedendo la stipula, il d.lgs. 23.5.2000, n. 164, alla luce della durata massima di dodici anni fissata sia dall'art. 14 che dall'art. 15 del d.lgs. 164 citato, si chiede se la durata della concessione resti fissata in 29 anni o venga ridotta a 12 e, in questa seconda ipotesi, se la riduzione sia automatica oppure occorra predisporre atti specifici e quali.*

RISPOSTA Il termine di dodici anni previsto dall'art. 14 citato si intende imperativo, essendo la norma emanata in attuazione della direttiva comunitaria 98/39/Ce in tema di liberalizzazione del mercato interno del gas naturale.

A norma di legge, una disposizione impe-

rativa sostituisce automaticamente le disposizioni incompatibili, di conseguenza riducendo la durata della concessione indipendentemente dalla volontà degli stipulanti.

Non sussiste quindi la necessità di modificare la concessione, eventualmente solo l'opportunità di valutare se intervenire sull'equilibrio economico della stessa a seguito di una riduzione temporale così cospicua.

Ente locale – Commissione comunale di vigilanza – Nomina – Modalità

QUESITO *Essendo intenzionati a nominare la Commissione comunale vigilanza locali di pubblico spettacolo siamo a richiedere di indicarci a quale comune poter riferirsi per acquisire gli atti di nomina ed il relativo regolamento di funzionamento.*

RISPOSTA Non è possibile in questa sede indicare un comune al quale "ispirarsi" per la predisposizione degli atti richiesti. Per la nomina, il dirigente del settore deve chiedere il nominativo del/dei rappresentanti ai vari organismi individuati dall'art. 141-bis del regolamento di esecuzione del t.u.l.p.s. e poi recepirli in un provvedimento formale a firma del sindaco. In internet si trovano numerosi esempi di regolamento, che si consiglia comunque di personalizzare, previa apposita disamina nelle prime sedute della commissione stessa.

Tributi locali – Imposta di scopo – Istituzione – Modalità

QUESITO *Da parte di un comune è stato chiesto se sia possibile istituire già a decorrere dall'anno in corso l'imposta di scopo o se l'eventuale regolamento approvato quest'anno entra in vigore il prossimo anno.*

RISPOSTA L'imposta di scopo, disciplinata dai commi da 145 a 151 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, può essere istituita dai comuni già a decorrere dal 1° gennaio 2007.

Lo strumento con cui operare è, naturalmente, il regolamento, che deve essere adottato ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446.

Riguardo all'entrata in vigore delle disposizioni anche il regolamento dell'imposta di scopo non sfugge alla regola ge-

nerale sancita dall'art. 53, comma 16, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, in base alla quale: il termine per deliberare le aliquote e le tariffe dei tributi locali e per approvare i regolamenti relativi alle entrate degli enti locali è stabilito entro la data fissata da norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione; i regolamenti sulle entrate, anche se approvati successivamente all'inizio dell'esercizio, purché entro il termine per la deliberazione del bilancio di previsione, hanno effetto dal 1° gennaio dell'anno di riferimento.

Pertanto, se il regolamento che disciplina l'imposta di scopo è adottato entro il termine per la deliberazione del bilancio di previsione, questo ha effetto per l'intero anno di imposizione, in quanto le sue norme retroagiscono al 1° gennaio dell'anno di riferimento.

A tal proposito a nulla vale il richiamo all'art. 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente che sancisce l'irretroattività delle norme tributarie, in quanto detta retroattività è autorizzata nel caso di specie proprio da una norma avente valore legislativo.

Tributi locali – Nuovi redditi catastali – effetti fiscali ai fini Ici

QUESITO *Quanto stabilito dal d.l. 262/2006, art. 2 comma 34 è da ritenersi valido anche per l'Ici? Cioè i nuovi redditi catastali attribuiti ai terreni producono effetti fiscali già dal 1° gennaio 2006 anche per l'imposta comunale immobili e quindi i contribuenti devono presentare un ravvedimento operoso o la norma vale solo per l'Irpef? Le associazioni di categoria sostengono che per quanto riguarda l'Ici i nuovi redditi entrano in vigore dal 1° gennaio 2007.*

RISPOSTA In riferimento al quesito posto si fa presente che sugli effetti fiscali ai fini Ici dei nuovi redditi dominicali determinati a norma dell'art. 2, commi 33 e 34, del d.l. n. 262/2006, si è recentemente pronunciato l'Ufficio federalismo del dipartimento politiche fiscali con la circolare n. 1/DPF del 5 giugno 2007. In detta circolare è stato affermato che ai fini Ici i nuovi redditi dominicali producono effetti a decorrere dal 1° gennaio 2007.

Dpef, comuni preoccupati

I comuni "hanno contribuito a un sostanziale risanamento e al mantenimento del patto di stabilità" ma "sono penalizzati dalle soluzioni contenute nel Dpef per il risanamento della finanza pubblica". Esprime "forte preoccupazione" l'Anci, nel corso di una audizione in Senato svolta il 17 luglio scorso, per gli "aspetti problematici" contenuti in un documento che "non fornisce adeguate e concrete soluzioni in merito". Per questo motivo l'Anci "rivolgerà particolare attenzione alle modalità con cui tali obiettivi verranno tradotti in termini di misure economiche e finanziarie per i comuni italiani;

soprattutto in merito al coinvolgimento di questi nella individuazione delle strategie di politica economica". Ciò in quanto si ritiene che "la attiva partecipazione degli enti locali sia indispensabile per costruire e realizzare efficaci politiche di risanamento e sviluppo per il Paese". In merito alle regole del patto di stabilità interno, il Dpef "pur riconoscendo l'esistenza di alcuni elementi di criticità, non offre soluzioni concrete, accennando in modo generico ad una sua prossima revisione nell'ambito di un più generale riordino della finanza degli enti territoriali, a partire però dall'anno

2008". L'Anci su questo fronte propone quindi "l'immediata revisione delle regole del patto di stabilità interno, in modo che il meccanismo con il quale è stato concepito sia più aderente alla dinamiche di controllo del deficit fissate dagli accordi di Maastricht". In questo quadro, "nel rispetto delle regole fissate con il trattato di Maastricht, la soluzione alternativa immediatamente percorribile potrebbe essere l'adozione di una regola molto vicina a quella applicata per i conti europei, adattata alle specificità della finanza comunale, attraverso la condivisione dettagliata con gli enti locali".

Impianti sportivi, costi sulle società

"I costi relativi alla messa in sicurezza degli stadi devono essere a carico delle società sportive, non devono gravare sulle amministrazioni comunali". Così il Presidente ha commentato in occasione dell'incontro che si è tenuto l'11 luglio scorso a Roma, con la delegazione della Commissione Sport Anci guidata dal responsabile nazionale Roberto Pella. "Non è giusto - ha detto Petrucci - che le spese di gestione degli impianti sportivi siano attribuite ai comuni, sono le società di calcio che traggono profitti da essi e che utilizzano gli stadi per tutta la settimana". Nel suo intervento, il presidente del Coni ha poi espresso la pie-

na disponibilità a siglare con l'Anci un protocollo d'intesa che servirà anche a consolidare lo stretto rapporto di sinergia e collaborazione tra il Comitato olimpico nazionale italiano e i comuni, "un rapporto - ha detto - che ha sempre fatto storia". "Il protocollo d'intesa tra l'Anci e il Coni - ha aggiunto Roberto Pella - oltre ad evidenziare l'importante ruolo dei comuni nell'ambito sportivo servirà anche a diffondere nell'opinione pubblica un messaggio forte di uno sport sano e aperto a tutti, per dare un nuovo impulso all'attività sportiva nel nostro Paese".

Cooperazione, attivato un database

Dal 1° giugno è attivo More (*Matching Opportunities For Regions In Europe*), un database *on line* sulla cooperazione transnazionale e transfrontaliera creato dal Consiglio d'Europa col contributo finanziario del Pore, con l'obiettivo di facilitare e incrementare la cooperazione tra autonomie locali. Lo rende noto l'Anci spiegando che More vuole essere uno strumento di lavoro utile per comuni, province, regioni, ma anche per soggetti privati del territorio che intendono trovare partner per progetti di cooperazione o che desiderano acquistare informazioni su progetti già realizzati in altre regioni d'Europa, scambiarsi informazioni e *best practices*. Le informazioni dovranno essere inserite nel database dalle stesse collettività locali e territoriali interessate; una volta iscritte, le stesse potranno fruire gratuitamente delle informazioni presenti su More. A tal fine il Consiglio d'Europa pubblicherà l'esistenza del sito e la possibilità di iscriversi. Per iscrizioni e informazioni www.pore.it.

Catasto, confermate le tappe per il decentramento

Si è riunita il 25 luglio scorso la cabina di regia Governo, Anci e Agenzia del territorio. All'ordine del giorno l'esame dello stato di attuazione del decentramento del catasto ai comuni, previsto dal protocollo d'intesa sottoscritto da Agenzia del territorio e Anci, del 17 luglio 2007. Il Presidente Alfiero Grandi e il capofila dell'Anci, il Sindaco Flavio Zanonato, hanno unanimemente confermato, nel corso della riunione, la validità, in ogni sua parte, del testo del d.P.C.M., pubblicato il 5 luglio 2007 sulla *Gazzetta Ufficiale*, che ha avviato la procedura di decentramento

ai comuni, che hanno tempo fino al prossimo 3 ottobre per far conoscere, all'Agenzia del territorio, le loro decisioni sulle diverse opzioni di decentramento. La cabina di regia ha dato mandato agli uffici legislativi di Finanze e Anci di predisporre tutte le opportune iniziative, anche giudiziarie, a tutela, in ogni sua parte, del d.P.C.M. Per favorire le decisioni dei comuni, dopo la firma del previsto protocollo Agenzia del territorio/Anci, che consente di insediare i comitati regionali paritetici e quello centrale, questi organismi si riuniranno per provvedere a indi-

viduare le territorialità per i comuni che potranno esercitare i poteri decentrati solo in forma associata. Agenzia e Anci continueranno a collaborare per affrontare e risolvere tutti i problemi attuativi. Su mandato della cabina di regia, inoltre, sarà predisposto lo schema di d.P.C.M. che dovrà dare attuazione pratica al decentramento delle risorse umane e materiali dopo le decisioni dei comuni in materia di decentramento che, come è noto, potranno decidere nei 90 giorni previsti, oppure entro la fine del 2009 come seconda ed ultima possibilità.

Dalla C.dd.pp. 180 mln per Roma

Il Consiglio di amministrazione della Cassa depositi e prestiti, presieduto da Alfonso Iozzo, nella seduta del 25 luglio, nell'ambito della Gestione separata, ha approvato una serie di finanziamenti ad enti pubblici, territoriali e non territoriali. Tra i primi, il Comune di Roma con complessivi 180 milioni di euro (sotto forma di mutui di tipo ordinario e flessibile), destinati, tra l'altro, al potenziamento della Metro A e la realizzazione di parcheggi di scambio. Nell'ambito della Gestione ordinaria, il Consiglio ha invece autorizzato finanziamenti sia su base *project finance*, sia *corporate*, per progetti del valore complessivo di oltre 500 milioni di euro. Le operazioni riguardano i settori infrastrutturale, idrico e del trattamento dei rifiuti.

Boc e Bop, aggiornate le tabelle

Completata la procedura per il riversamento agli enti territoriali dell'imposta sostitutiva sui proventi dei titoli obbligazionari emessi ai sensi degli articoli 35 e 37 della legge 23 dicembre 1994, n. 724. Con risoluzione n. 27/E del 7 febbraio 2006, per rendere possibile il versamento è stato istituito il codice tributo "1241". L'Agenzia delle entrate, al fine di consentire l'individuazione dell'ente territoriale emittente, ha poi associato tale codice tributo ai codici degli enti riportati nella "Tabella T3 - Codici degli enti territoriali emittenti prestiti obbligazionari", reperibile in formato elettronico sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it. Per operare il riversamento dell'imposta in

parola alla Provincia di Forlì-Cesena (FC) e al Comune di Carrara (B832), adesso, la risoluzione n. 182/E del 24 luglio 2007 aggiorna la tabella T3 con il codice provinciale "00FC" e con il codice comunale "B832". I soggetti tenuti al versamento dell'imposta sostitutiva devono inserire l'apposito codice nella sezione erario, nel campo "rateazione/regione/provincia", in corrispondenza dell'indicazione del codice tributo 1241, esponendo l'importo versato esclusivamente nella colonna "importi a debito" e riportando nel campo "anno di riferimento" l'anno d'imposta cui si riferisce il versamento, espresso nella forma "AAAA".

News in tempo reale sul mondo della p.a. locale

Ogni giorno su www.lagazzettadeglientilocali.it

Un sistema informatico per la giustizia amministrativa

La giustizia amministrativa avrà un suo sistema informatico, che permetterà la digitalizzazione degli atti e la gestione telematica dei provvedimenti giudiziari: Nsiga, il Nuovo sistema informativo della giustizia amministrativa. Il tutto per un valore di circa 12 mln di euro. L'intesa è stata presentata a Palazzo Vidoni con la firma di un protocollo tra il Ministro per le riforme, Luigi Nicolais, e il Presidente del Consiglio di Stato, Mario Egidio Schinaia. "Complessivamente per il sistema Nsiga sono a disposizione 12 milioni di euro: il Consiglio di Stato si impegna con 3 milioni annuali per i prossimi 3 anni, mentre il Governo ha stanziato altri 3 milioni, non escludendo però la disponibilità di altre risorse in futuro", ha spiegato il Ministro Nicolais. Il nuovo sistema è in esercizio già presso i T.A.R. di Aosta,

Ancona, Genova, L'Aquila, Latina, Brescia e Trieste, ma come ha aggiunto ancora il Ministro, "si va avanti rapidamente e la copertura di tutte le sedi sarà completata entro il 2009". "La giustizia amministrativa – per il Presidente del Consiglio di Stato, Mario Egidio Schinaia – deve puntare tutto sull'informatizzazione, non solo come strumento tecnologico, ma soprattutto come strumento di trasparenza". Elemento fondamentale del sistema Nsiga è, come spiega ancora Schinaia, "l'attivazione di un punto unico d'accesso, un'unica struttura tecnico-organizzativa in grado di fornire agli utenti esterni i servizi che permetteranno la connessione al sistema e la completa interoperabilità fra le varie parti". Il sistema servirà anche a rendere virtuali gli archivi, eliminando così gli arretrati.

Bologna, incrocio di dati anti-evasione

Per la prima volta in Italia le banche dati di un comune e della Guardia di finanza si sono incrociati e, dopo una selezione a caccia dei casi più probabili di evasione Irpef ed Ici su fabbricati rurali, sono riusciti a stanare 103 evasori facendo leva anche sul loro senso civico visto che quasi tutti, rispondendo a un questionario, hanno ammesso le irregolarità. Merito del protocollo siglato un anno fa dal Comune di Bologna e dalle Fiamme gialle che, sulla base di quanto emerso fino a fine luglio, permetterà il recupero di oltre tre milioni di Irpef e 280 mila di Ici. Sotto la lente d'ingrandimento sono finiti gli immobili rurali del territorio comunale (complessivamente sono circa 1.400, contro gli oltre 51 mila in provincia) che, nonostante siano censiti nel catasto come "fabbricati rurali", di fatto non lo sono (in genere sono villette di pregio). Così una volta incrociati i dati dei due enti (cartografie catastali e comunali, foto fatte in loco, ecc.) e analizzati i risultati ottenuti, sono stati inviati 490 questionari ad altrettanti proprietari di fabbricati dichiarati "rurali". Finora in 119 hanno risposto: di questi 103 (l'86%) sono risultati non in regola con la normativa fiscale e per 72 di loro sono state avviate le procedure per il recupero del denaro. Agli evasori scoperti toccherà pagare anche una sanzione, che va dal 100 al 200% del valore dell'imposta, simile a quella prevista per chi non ha risposto al questionario. E la collaborazione comune-GdF potrebbe estendersi presto all'accertamento delle violazioni sul pagamento delle tasse sui rifiuti.

Un programma per diffondere l'e-learning

L'insegnamento a distanza, l'*e-Learning*, sta mettendo radici anche nella pubblica amministrazione locale per qualificare la formazione del personale mediante le nuove tecnologie digitali. Per questo il Cnipa ha varato uno specifico programma per la diffusione dell'*e-Learning*, ammettendo al co-finanziamento, di 2 milioni di euro, i dieci progetti (dei 14 in gara), presentati dalla Provincia autonoma di Trento e dalle Regioni Piemonte, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Toscana, Abruzzo, Marche, Lazio, Campania e Sicilia. In tale ambito, il Presidente del Cnipa, Livio Zoffoli, ed i rappresentanti delle Regioni Emilia-Romagna, Toscana, Piemonte e Friuli-Venezia Giulia, hanno

appena sottoscritto le prime quattro convenzioni relative ai rispettivi progetti. Con l'Emilia-Romagna decollerà il progetto "eLGA", che prevede un investimento complessivo di 800 mila euro, di cui 260 mila co-finanziati dal Cnipa; con la Toscana verrà realizzato il programma di formazione a distanza "FORE e-Gov", per una spesa di un milione di euro, di cui 280 mila co-finanziati; con il Piemonte decollerà "Formare per innovare", con un investimento di 400 mila euro, di cui 140 mila stanziati dal Cnipa; infine con il Friuli-Venezia Giulia viene messo in cantiere il programma "Sifol", che richiede 1,142 milioni di euro, di cui 310 mila erogati dal Cnipa.

Appalti, via al decreto correttivo

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il 27 luglio in via definitiva il secondo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, messo a punto dal Ministero delle infrastrutture. “Con questa approvazione – ha dichiarato al termine della riunione il Ministro delle infrastrutture, Antonio Di Pietro – proseguiamo il processo di correzione e integrazione del codice, introducendo importanti elementi di trasparenza ed efficienza nel settore degli appalti. Questo secondo decreto correttivo risponde a diverse esigenze; aprire maggiormente il mercato dei contratti pubblici ad una concorrenza effettiva tra gli operatori economici, potenziare gli strumenti di trasparenza delle procedure, accentuando le occasioni di verificabilità della legittimità della condotta sia degli operatori economici, sia delle stazioni appaltanti, snellire le procedure”. “In particolare – ha spiegato Di Pietro – abbiamo recepito il vento di modernizzazione e apertura dei mercati che viene dall’Europa, ma mitigandolo con le necessarie cautele e prudenze imposte dalla peculiare situazione italiana, caratterizzata da un mercato ad alto rischio di infiltrazioni criminali. Per questo motivo abbiamo recepito la procedura negoziata, ma eliminando le fattispecie più a rischio”. “Rispetto alla trasparenza – ha concluso il Ministro – sono da mettere in evidenza le norme più stringenti sul sistema di qualificazione, che consentiranno una progressiva uscita dal mercato delle opere pubbliche

di quelle imprese e Soa meno trasparenti. Per quanto riguarda le grandi opere, è da mettere in rilievo la possibilità di monitorare i flussi finanziari, nonché l’obbligo di denuncia di eventuali tentativi di estorsione per le imprese che si aggiudicano gli appalti. Fondamentali poi le previsioni per la tutela del lavoro, sia in termini di sicurezza nei cantieri, sia in termini di garanzia retributiva e contributiva a favore dei lavoratori”.

Ipt, aumenti retroattivi

Gli aumenti dell’Ipt, l’imposta provinciale di trascrizione che le province fanno pagare per registrare gli autoveicoli nel Pra, sono retroattivi. Se gli enti locali hanno deliberato entro il 30 aprile 2007 (data che quest’anno ha rappresentato il termine ultimo per l’approvazione del bilancio di previsione) di aumentare il tributo, le nuove aliquote verranno comunque applicate dal 1° gennaio. Ciò perché all’imposta provinciale di trascrizione si applica la regola generale dettata per tutte le imposte dal comma 169 della finanziaria 2007. A chiarirlo è una nota (prot. n. 20957/2007/Uff) del dipartimento politiche fiscali, ufficio federalismo fiscale, del Mineconomia indirizzata all’Unione delle province italiane.

Emergenza incendi, legge inapplicata in un comune su 4

“In Italia manca una adeguata applicazione della legge quadro sugli incendi (legge 21 novembre 2000, n. 353), che prevede il blocco dei terreni colpiti da incendi dolosi, sui quali non ci può essere variazione di destinazione d’uso, per almeno 15 anni. È una legge precisa ed efficace, che assegna proprio ai comuni il presidio del territorio nonché la mappatura dei terreni colpiti, ed è volta ad evitare successive speculazioni sui territori disastriati dagli incendi. Ma si tratta d’una legge troppo spesso disattesa”. È quanto ha detto il Sottosegretario all’ambiente Laura Marchetti al termine della riunione tenutasi a fine luglio, in piena emergenza incendi, presso la Prefettura di Bari. “Dove la legge quadro è stata applicata – ha proseguito – sono state ottenute drastiche riduzioni del fenomeno, il problema è che solo un quarto dei comuni italiani l’ha resa operativa. Ecco perché come Ministero abbiamo chiesto sanzioni forti ai comuni riluttanti ad applicarla”. Quanto alle strategie di lotta agli incendi Marchetti ha chiesto con forza “maggiori stanziamenti, costanti nel tempo, già dalla prossima finanziaria”, nonché “un ruolo più importante delle aree protette e in modo particolare dei Parchi nazionali, che devono rappresentare dei veri e propri *presidi* per la tutela e la salvaguardia della natura”.