

Il diritto di accesso Profili costituzionali e amministrativi (alla luce del novellato Titolo V Cost. e della legge n. 15 del 2005)

di Silvio Gambino

Sommario

1. *Principi generali della legge n. 15/2005 (di riforma della l. n. 241/90) in materia di accesso. Ambito di applicazione: amministrazioni statali (e degli enti pubblici nazionali), regioni ed enti locali. –*
2. *Confronti con la legislazione previgente, con particolare riferimento all'ambito di applicazione regionale e locale. La giurisprudenza amministrativa in materia. Principio di specialità e principio di generalità: rapporti fra la legge n. 142/90 e la l. n. 241/90. –*
3. *La nuova legge sul procedimento amministrativo alla luce del 'nuovo' sistema delle fonti normative e della 'nuova' architettura istituzionale delle regioni e degli enti autonomi della Repubblica (l. cost. 3/2001). Il diretto ancoraggio costituzionale dell'autonomia (statutaria e regolamentare) locale. La lettera p) dell'art. 117, II co., Cost. e il TUEL. Nuovi rapporti fra regolamenti locali e legge regionale. –*
4. *Il 'rispetto' della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e la garanzia statale dei 'livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali' come 'nuovi' limiti alla potestà legislativa delle regioni nella disciplina del procedimento e dell'accesso. –*
5. *Problematiche di coordinamento fra diritto di accesso (l. n. 15/2005) e diritto alla riservatezza (d.lgs. n. 196/2003). Il bilanciamento fra i due richiamati diritti nella giurisprudenza amministrativa. Necessità del diritto di difesa in riferimento alla riservatezza dei dati monetari e alla stabilità dei mercati finanziari: primi cenni problematici sulla recente sent. n. 32/2005 della Corte costituzionale.*

1. *Principi generali della legge n. 15/2005 (di riforma della l. n. 241/90) in materia di accesso. Ambito di applicazione: amministrazioni statali (e degli enti pubblici nazionali), regioni ed enti locali*

Nell'accostarsi alla nuova disciplina del diritto di accesso, accolta nella legge n. 15/2005 (di riforma della legge n. 241/90), s'impone, preliminarmente, di sottolineare come – accanto alla pressoché completa riscrittura del Capo V (Accesso ai documenti amministrativi) del previgente testo legislativo e alla significativa revisione/integrazione degli istituti amministrativi disciplinati dal previgente testo normativo – il legislatore di riforma abbia operato importanti scelte innovative in ogni ambito riguardato dal testo di riforma del procedimento amministrativo dei primi anni Novanta ⁽¹⁾. Ciò risulta particolarmente evidente con riferimento al diritto di accesso, che risulta completamente riformato.

Tuttavia, se per molti profili la nuova disciplina di riforma continua a presentarsi complessivamente poco organica ⁽²⁾, almeno se comparata con le soluzioni accolte, ad es. nell'ordinamento tedesco, fatti salvi i rilievi critici che altri autori hanno avanzato con riferimento a specifiche discipline, la stessa appare indubbiamente più adeguata a motivare quel convincente o-

(1) Per un'approfondita analisi della recente riforma operata con la legge n. 15 del 2005 si rimanda, tra gli altri, ad AA.VV., V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005; C. FRANCHINI, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Rimini, 2005; A. RICCIARDI, *La riforma del procedimento amministrativo*, Rimini, 2005; A.A.VV. (a cura di F. CARINGELLA, M.T. SEMPREVIVA), *Il procedimento amministrativo*, Milano, 2005; A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005; R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005.

(2) Tra gli altri, cfr. F. SATTA, *La riforma della legge n. 241 del 1990: dubbi e perplessità*, in *Speciale sulla riforma della legge n. 241 del 1990*, in <http://www.giustamm.it>; *Frammenti della riforma in itinere della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990)*, in Atti del Convegno tenutosi a Roma, Palazzo Spada, 3 giugno 2004; F. FRANCIARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche e integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in <http://www.giustamm.it>.

rientamento dottrinario (S. Cassese) che parlava della legge n. 241 come di una ‘terza costituzione’ del Paese, che segue nel tempo lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana. Tale tesi, naturalmente, si presentava come volutamente enfatica, ma non fino al punto da non potersi rimarcare come la stessa cogliesse nel segno, nel suo sottolineare la piena coerenza ai principi di eguaglianza dei soggetti del principio di partecipazione e di quello giustiziale (– l’Amministrazione che “dismette la spada e indossa la toga” – secondo la efficace immagine proposta da M. D’Alberti), già accolti nel testo costituzionale del ’48, sebbene rimasti per così dire compressi nella logica di una continuità amministrativa (dall’era napoleonica fino alle epoche successive) ed eccentrici rispetto alla stessa previsione costituzionale dei principi e del modello di democrazia partecipativa regionale/locale (su base elettiva e pertanto istituzionalmente partecipativa).

Con la nuova scelta operata dal legislatore di riforma, la ‘trasparenza’ e, più in generale, il principio di pubblicità dell’azione amministrativa cessano di essere finalità strettamente connesse alla garanzia dello svolgimento imparziale dell’attività amministrativa (e a quella dell’esercizio del diritto di accesso in capo a “chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”, *ex art. 22.1 della legge n. 241/90*, per quanto qui ci concerne), per essere elevati, con l’art. 1.1. della legge n. 15/2005, a “principio generale dell’attività amministrativa”, vincolante – oltre che per le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici nazionali – per le regioni e gli enti autonomi della Repubblica, unitamente al principio di legalità e “ai principi dell’ordinamento comunitario”⁽³⁾.

(3) Come sottolineato da R. PROIETTI, *Le novità in tema di procedimento e provvedimento*, supplemento al fascicolo n. 47/2005 di *Diritto & Giustizia*, 2005: “In realtà, si tratta di principi sostanzialmente coincidenti con quelli seguiti negli ordinamenti nazionali quali, ad esempio, quelli attinenti all’imparzialità, alla partecipazione, all’accesso, alla motivazione, alla risarcibilità dei danni prodotti dalla pubblica amministrazione, al termine di conclusione del procedimento”. Sono, al contrario, molto più innovativi alcuni principi che sono stati elaborati dalla Corte di giustizia, come il

Inoltre, mentre tali principi già operavano con la forza propria di principio generale dell'attività amministrativa nella previgente disciplina del procedimento amministrativo (ora più adeguatamente rubricata "norme generali sull'azione amministrativa") – in ciò qualificandosi come parametro interpretativo per le supreme Corti nella risoluzione delle possibili antinomie e comunque come criterio interpretativo legislativamente pre-determinato – gli stessi, riferiti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, si accompagnano ora con una più puntuale disciplina, di rango positivo, attinta alla novella costituzionale (ed in particolare agli artt. 117, c. 1, e alla lettera *m*) dell'art. 117, c. 2, Cost.).

L'art. 22, c. 2, della legge n. 15/2005, in questa ottica, stabilisce che l'accesso ai documenti amministrativi, "attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa [...] ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali⁽⁴⁾ che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai

principio di proporzionalità o di legittima aspettativa. Nella giurisprudenza interna, il principio di proporzionalità è stato considerato, inizialmente, come un criterio di interpretazione delle norme del Trattato (vedi T.A.R., Lazio, sez. III, 14 luglio 1999, n. 2155); in seguito, è stato riconosciuto come principio generale di diritto comunitario, di cui le istituzioni degli Stati membri devono tenere conto nell'esercizio del loro potere discrezionale (vedi, Cons. di Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1585). Sul punto, cfr. anche CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 85.

(4) Sulla questione dei diritti sociali nel novellato Tit. V Cost, cfr. almeno, fra gli altri, G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Il nuovo ordinamento regionale in Italia. Competenze e diritti*, Milano, 2003; A. RUGGERI, *Neo-regionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, 2001, n. 2; B. PEZZINI, *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione*, Milano, 2005; S. GAMBINO, *Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2003,1; S. GAMBINO, *Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparata*, in S. Gambino (a cura), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti*, Milano, 2003; C. PINELLI, *Sui 'Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali' (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.*, in *Diritto pubblico*, 2002, 3; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, n. 6.

sensi dell'art. 117, II co., lettera *m*) della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela".

Con tale articolato vengono innovativamente introdotte nell'ordinamento ⁽⁵⁾ norme volte ad operare sia nelle pubbliche amministrazioni statali, in generale, sia nelle regioni e negli enti locali; per questi ultimi livelli istituzionali di amministrazione, come si vedrà in seguito, sono previste ulteriori e chiare disposizioni normative.

Per quanto riguarda le prime, l'art. 29 della legge n. 15/2005 stabilisce che le nuove disposizioni "si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali", mentre per quanto riguarda la giustizia amministrativa – attribuita dal novellato testo costituzionale, ai sensi dell'art. 117, II co., lettera *l*) Cost., alla competenza esclusiva della legge statale – esse trovano applicazione in tutte le amministrazioni pubbliche.

Con riferimento alle regioni e agli enti locali, diversamente da quanto previsto nel previgente art. 29 della legge n. 241/90 – che, nel rispetto del criterio di competenza, statuiva la natura di principi generali dell'ordinamento giuridico in capo alle "materie disciplinate" da tale legge, vincolando nell'*an* (ma non nel *quomodo*) la conformazione della potestà legislativa regionale al relativo rispetto – il nuovo art. 29.2 della legge n. 15/2005 stabilisce che "le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle ri-

(5) Parte della dottrina ha sottolineato, in effetti, come la riforma della legge n. 241 del 1990 "aggiorna le disposizioni generali sull'azione amministrativa, adeguandole alle consistenti innovazioni intervenute negli ultimi anni. Innovazioni del sistema costituzionale e normativo, a partire dalla nuova forma di Stato ispirata al modello federale, introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001. Innovazioni del contesto culturale e sociale, nel quale è fortemente avanzata l'esigenza di amministrazioni più trasparenti, più efficienti, più rapide nelle decisioni, meno invadenti, più capaci di offrire servizi di buona qualità ai cittadini senza imporre eccessivi carichi tributari, burocratici e normativi" (così, F. BASSANINI, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa – D.d.l. 1281*, Relazione depositata il 20 marzo 2003, in <http://www.giustamm.it>).

spettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”.

La stessa legge (all'art. 32), comunque, fa salva la vigenza delle leggi regionali e degli statuti/regolamenti locali in materia fino all'entrata in vigore della nuova disciplina e al relativo adeguamento (qualora necessario per conformarlo alla nuova disciplina).

Approfondiremo in seguito, con maggiore puntualità, le questioni poste, nel relativo ambito di applicazione, dall'art. 22, c. 2., in materia di accesso nella sua natura di livello essenziale di prestazione da garantire in modo eguale su tutto il territorio (e fatta, comunque, salva la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela). Nel Capo VI (Disposizioni finali), e in particolare negli artt. 32 e 33 della legge n. 15/2005, con riferimento all'ambito di applicazione della (nuova) legge, si provvede alla disciplina del diritto intertemporale, facendosi obbligo per “ciascuna pubblica amministrazione”, nonché per le regioni e gli enti locali (ove necessario e comunque nel rispetto dell'autonomia costituzionale agli stessi riconosciuta), di conformare i propri ordinamenti (rispettivamente legislativi e regolamentari) ai principi sanciti nella nuova legislazione di riforma in materia di ‘norme generali sull'azione amministrativa’.

2. Confronti con la legislazione previgente, con particolare riferimento all'ambito di applicazione regionale e locale. La giurisprudenza amministrativa in materia. Principio di specialità e principio di generalità: rapporti fra la legge n. 142/90 e la l. n. 241/90

Per cogliere meglio i contenuti innovativi della nuova disciplina, occorre, tuttavia, richiamare, sia pure in breve, la disciplina previgente in materia di accesso e di procedimento amministrativo, sottolineando, al contempo, le complesse problema-

tiche poste dal rapporto tra la legge n. 142/90 (poi TUEL) e la legge n. 241/90, in termini di situazioni giuridiche garantite, nonché le soluzioni che ne ha offerto la dottrina⁽⁶⁾, nel suo sforzo di assicurare sistematicità ad ordinamenti che ne difettavano (e che sono stati ulteriormente complicati dalla successiva disciplina in materia di tutela della *privacy*, per come meglio vedremo). Ancorché non strettamente necessaria ai fini dell'analisi della nuova disciplina, tale trattazione consentirà una valutazione degli effetti sulla legislazione ordinaria della recente revisione costituzionale⁽⁷⁾ in materia di riparto della competenza legislativa fra Stato e regioni e delle connesse, innovative, modalità di garanzia degli interessi unitari su tutto il territorio.

Appare utile, così, richiamare le previgenti norme regolative del diritto di accesso interrogandosi sui criteri utilizzati nella ricerca della norma vigente⁽⁸⁾ (a fronte di una normativa speciale sancita con legge n. 142/90 e di una normativa generale sancita con legge n. 241/90 e con la legge n. 675/96), sulla que-

(6) Sul punto, tra gli altri, Q. LORELLI, *La legge n. 241/1990 nella legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 1/2000; LUCCA, *Rapporti tra la 241 e la 142 del 1990*, in <http://www.halley.it>, 24 febbraio 2005.

(7) Per una disamina più approfondita sulla riforma del Titolo V Cost., oltre ai contributi apparsi nella rivista *Le Regioni*, nell'ampia bibliografia, cfr. almeno, tra gli altri, AA.VV. (a cura di S. GAMBINO), *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2003; P. CARETTI, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità: scritti sulla riforma del titolo V della Costituzione*, Torino, 2003; T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il federalismo: normazione e amministrazione nella riforma del titolo V della Costituzione*, (Quaderni di Astrid), Bologna, 2004; S. GAMBINO (a cura di), *Il nuovo ordinamento regionale: competenze e diritti*, Milano, 2003; AA.VV. (a cura di S. Gambino, G. D'Ignazio), *Federalismo amministrativo e regioni*, Cosenza, 2002; S. CASSESE, *Dieci anni di riforme amministrative: un bilancio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, n. 5; F. CUOCOLO, *Principi fondamentali e legislazione concorrente dopo la riforma del titolo V, parte seconda, Costituzione*, in *Quaderni regionali*, 2003, n. 3; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006.

(8) Sul punto, fra i primi lucidi commenti alla legge n. 241 del 1990, G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti, Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991.

stione della vincolatività o meno per gli enti locali della disciplina stabilita con d.P.R. n. 352/92⁽⁹⁾ e sulle connesse garanzie giurisdizionali per il soggetto interessato. Quanto alla vincolatività di tali regolamenti nelle amministrazioni locali, già la legge n. 127/97, come si ricorderà, aveva risolto in via definitiva la questione, imponendo un termine per l'adozione degli stessi e, nella ipotesi di inerzia, stabilendo forme di controllo sostitutivo.

Iniziando dalla questione relativa ai soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso (ora ridefiniti in modo puntuale nella lettera *b*) e *c*) dell'art. 22 della legge n. 15/2005), occorre osservare, in materia di legittimazione attiva, che l'interesse del soggetto che richiede l'accesso, in accordo con gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa, doveva essere 'personale' e 'concreto'⁽¹⁰⁾.

La novellata disciplina della materia stabilisce, in tal senso, che l'interesse degli 'interessati' ("tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi", *ex* art. 22.1.*b*) deve ora avere natura di "interesse diretto, concreto, attuale"⁽¹¹⁾, aggiungendosi, all'art. 24.3, la disposizione (direm-

(9) Si ricorda ora la recente emanazione del "Regolamento in materia di accesso ai documenti amministrativi" (D.P.R. 12 aprile 2006, n.184), con il quale entra pienamente in vigore la nuova disciplina prevista dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, e con il quale, inoltre, si opera l'abrogazione del d.P.R. n. 352/1992. Tra le novità introdotte, un'importante previsione è contenuta nell'art. 3 del nuovo decreto, che pone a carico dell'amministrazione destinataria della richiesta di accesso l'obbligo di darne comunicazione ai controinteressati (da identificarsi nei soggetti che "dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza", *cf.* art. 22 l. n. 241/1990 novellata) mediante l'invio di copia a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento (o per via telematica per coloro che abbiano consentito a tale forma di comunicazione; sul punto, *cf.* anche G. TEODORI, *L'accesso agli atti 'on line'*, in *Comuni Italia*, 2004, f. 10, 33). Entro 10 giorni dalla ricezione di tale comunicazione, i controinteressati possono presentare opposizione alla richiesta di accesso inoltrata.

(10) Così nelle prime sentenze in materia. Fra le altre: T.A.R. Lazio, sez. I, 18 maggio 1993, n. 760; Cons. di Stato, sez. VI, 19 luglio 1994, n. 1243; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 1995, n. 158.

(11) "Secondo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di questo Consesso, e ora codificati anche dalla l. n. 15/2005 che, benché inapplicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*, assume valore di canone interpretativo della disciplina vi-

mo ulteriormente chiarificatrice) secondo cui “[...] non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni”⁽¹²⁾.

La prevalente giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato del tempo aveva sancito che non era riconosciuto titolo di accesso ai documenti amministrativi se non a quei soggetti che avessero un interesse giuridicamente rilevante⁽¹³⁾, con riferimento al bene da proteggere e alla stessa concretezza dell’interesse protetto; esso doveva essere riferito concretamente in termini di personalità e di concretezza dell’interesse tutelabile.

Sotto tale profilo, dunque, la novellata legislazione non fa che positivizzare orientamenti giurisprudenziali e dottrinari consolidati, come peraltro può dirsi, in via generale, per la positivizzazione delle originarie disposizioni in materia di procedi-

gente all’epoca della domanda di accesso proposta in data 16 marzo 2004: 1) la domanda di accesso deve avere un oggetto determinato o quanto meno determinabile, e non può essere generica; 2) la domanda di accesso deve riferirsi a specifici documenti e non può pertanto comportare la necessità di un’attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta; 3) la domanda di accesso deve essere finalizzata alla tutela di uno specifico interesse giuridico di cui il richiedente è portatore; 4) la domanda di accesso non può essere uno strumento di controllo generalizzato dell’operato della pubblica amministrazione ovvero del gestore di pubblico servizio nei cui confronti l’accesso viene esercitato; 5) la domanda di accesso non può essere un mezzo per compiere una indagine o un controllo ispettivo, cui sono ordinariamente preposti organi pubblici”. Con questa pronuncia, la Sezione VI di Palazzo Spada (sentenza 10.02.2006 n. 555) – confermando la sentenza n. 8325/2004 del T.A.R. Lazio - Roma, Sezione I, ha chiarito in che termini deve essere redatta l’istanza di accesso agli atti ed entro quali limiti essa può essere considerata legittima e, dunque, ammissibile.

(12) Così ribadito di recente anche dalla giurisprudenza. Fra l’altro: T.A.R. Lazio, sez. III, 17 maggio 2005, n. 3906; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 7 dicembre 2004, n. 18532. Si può sottolineare come la giurisprudenza, sin dalle sue prime pronunce in merito, abbia sempre teso ad escludere il ricorso al diritto di accesso alla stregua di “un’azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull’amministrazione” (così Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 1993, n. 1036; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 1996, n. 727).

(13) Nell’ampio panorama giurisprudenziale sul punto si segnalano, a mò di esempio, Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2004, n. 127; nella stessa direzione anche Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2003, n. 5034.

mento amministrativo, a partire dai primi anni del secolo scorso ma soprattutto a partire dagli anni Cinquanta (sulla base dei noti studi di Pastori⁽¹⁴⁾ e di Sandulli⁽¹⁵⁾).

È da osservare, a questo proposito, un salto logico nella stessa filosofia istituzionale dell'accesso di cui al d.P.R. n. 352/92⁽¹⁶⁾, rispetto alla filosofia dell'accesso disciplinata nell'art. 14 della legge n. 349/86⁽¹⁷⁾ (istitutiva del Ministero dell'ambiente) che assicura alle associazioni di tutela ambientale e, soprattutto, ai comitati relativi alla tutela di interessi diffusi il diritto di accedere ai procedimenti concernenti la tutela ambientale. Anche in questa fattispecie normativa era prevista una situazione giuridica protetta, con valenza più ampia rispetto a quella disciplinata dalla legge n. 241/90, che mirava, come si è visto, alla concretezza e alla personalità dell'interesse eventualmente leso. Nella legge n. 349/86, sono gli interessi diffusi che legittimano le associazioni ambientaliste (iscritte in un albo e seguendo un determinato procedimento) ad accedere agli atti e ai documenti in possesso dell'amministrazione per avere tutte le informazioni ritenute utili sullo stato dell'ambiente e sullo stato delle decisioni in materia. Si ricorda, comunque, che la disciplina specifica sull'"accesso alle informazioni in materia

(14) *La procedura amministrativa*, Milano, 1964.

(15) *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (rist. 1959).

(16) "Il d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 ha provveduto a disciplinare, con atto avente carattere di regolamento generale, le modalità di esercizio del diritto di accesso, valide per tutte le amministrazioni ai sensi dell'art. 24, n. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241; mentre nettamente distinto è il potere di individuare specifici atti sottratti all'accesso e di adottare misure organizzative – art. 24, n. 4, art. 22, n., 3 legge n. 241 del 1990; art. 1, n. 2, d.P.R., n. 352 del 1992 – compito rientrante nell'attività delle singole amministrazioni, la cui mancanza tuttavia non impedisce l'operatività dell'esercizio del diritto di accesso, salve le disposizioni transitorie per il rifiuto nell'anno in difetto di individuazione degli atti esclusi". Cfr. Cons. Stato, Sezione VI, 13 gennaio 1994, n. 2.

(17) Per un più approfondito esame della citata legge si segnalano, tra gli altri, *Introduzione alla l. 8 luglio 1986, n. 349*, in S. MAGLIA, M. SANTOLOCI (a cura di), *Il Codice dell'Ambiente*, Piacenza, 1990; G. MORANDI, *Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. giur. amb.*, 1992; S. MIRATE, *Diritto di accesso e informazione relativa all'ambiente: il Consiglio di Stato applica il d.lgs. 39/97*, in *Urb. e appalti*, 2001, n. 3.

ambientale” è oggi contenuta nel d.lgs. n. 39/1997, di attuazione della direttiva europea 90/313/CEE⁽¹⁸⁾.

Quanto alla posizione giuridica in cui si sostanzialmente si riferisce il diritto di accesso, esso era formalmente riferibile ad una situazione di diritto soggettivo pubblico⁽¹⁹⁾ e, come tale, la prevalente dottrina lo inquadrava fra i diritti civili⁽²⁰⁾ del soggetto. Non si

(18) La materia, in particolare nel 1998, è stata disciplinata dalla Convenzione di Aarhus (sul punto cfr. J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, n. 1, p. 27 ss.) sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico e sul ricorso alla giustizia in materia ambientale, ratificata dalla Repubblica italiana con l. 16 marzo 2001 n. 108 e vigente dal mese di ottobre 2001. La Convenzione, oltre ad ampliare l'ambito materiale della direttiva 90/313, ne precisa il quadro soggettivo, riconoscendo espressamente, per la prima volta nel diritto internazionale, il ruolo delle associazioni di protezione ambientale non governative ed il loro diritto ad accedere alle informazioni sullo stato dell'ambiente. È presumibile che tale normativa internazionale, ispirata ad un particolare *favor* per l'accessibilità delle informazioni ambientali, abbia influenzato la revisione della Direttiva n. 90/313/CEE conclusasi di recente con l'emanazione della nuova Direttiva 2003/4/CEE (*G.U.C.E.* del 14 febbraio 2003 n. 41). In realtà, si è precisato che “è opportuno, nell'interesse di una maggiore trasparenza, sostituire la direttiva 90/313/CEE anziché modificarla, in modo da fornire agli interessati un testo legislativo unico, chiaro e coerente” (direttiva 2003/4/CE – considerando 6).

(19) Peraltro, tale tesi sembra ormai consolidata in dottrina. Cfr. in tal senso I. FRANCO (2001), il quale afferma che il riconoscimento di un generale “diritto di accesso ai documenti amministrativi” a tutti coloro che vi abbiano interesse “per la tutela di situazioni rilevanti” porta a definire la posizione giuridica che nasce con l'art. 22 della legge n. 241 del 1990, come quella di un “diritto soggettivo pubblico”. A sostegno di questa tesi si richiamano anche le pronunce giurisprudenziali che, negli anni, hanno ribadito tale interpretazione; ad esempio, Cons. St. sez. IV, 11 giugno 1997, n. 643, oppure T.A.R. Toscana, sez. I, 26 marzo 1998, n. 103, ma anche T.A.R. Lombardia, Milano, 3 marzo 1998, n. 430.

(20) Cfr. R. SCARCIGLIA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Maggioli, 1994. Alla stessa soluzione era già pervenuto M. SANDULLI (1964), quando si era riferito alle ipotesi in cui i documenti amministrativi, formati o detenuti da pubblici uffici, venissero considerati in varia forma a disposizione di chi desiderasse conoscerli o, quanto meno, di chi avesse un interesse qualificato a tale conoscenza. In considerazione di ciò il diritto di accesso è da considerarsi un diritto civile in quanto l'amministrazione pubblica è tenuta a predisporre le strutture e i mezzi necessari a garantirne l'esercizio. Queste tesi trovano conforto anche nella sentenza del Consiglio di Stato n. 530 del 1993, la quale riconosce nel diritto di accesso una situazione giuridica potestativa che arricchisce la posizione del singolo nelle relazioni con il complesso degli apparati

trattava di un classico diritto di libertà negativa ma di una situazione giuridica pretensiva. Rispetto alle libertà classiche, infatti, i diritti civici se ne differenziano in modo significativo. Essi si rifanno a quella tipologia di diritti sociali che hanno di proprio e distintivo, rispetto alle libertà negative e agli altri diritti fondamentali dello Stato liberal-democratico, la considerazione secondo cui essi abbisognano di un intervento positivo del legislatore (specificativo della tutela costituzionale del diritto) e di un intervento organizzatorio e procedimentale delle pubbliche amministrazioni (per tradurre le previsioni legislative in posizioni ed in vantaggi fruibili in concreto dai destinatari del diritto).

Per comprendere meglio la natura giuridica di questo diritto sociale e la giustiziabilità della relativa posizione giuridica, bisognava pensare (per l'analisi della attuale riforma si vedrà meglio in seguito) che, accanto e oltre alla legge, era da prevedersi anche l'intervento di una amministrazione pubblica e questa doveva essere ispirata, secondo gli artt. 97 e 98 Cost., al buon andamento e all'imparzialità. La sua azione, pertanto, oltre che 'trasparente', doveva essere efficace ed efficiente ('buon andamento')⁽²¹⁾, cioè doveva portare ad evidenziare le posizioni di vantaggio riconosciute dalla norma di relazione in capo al soggetto destinatario finale della norma di tutela. Le pubbliche amministrazioni – includendo, naturalmente, quelle regionali e locali – rispetto all'esercizio di tale diritto non si trovavano, dunque, in una condizione tale da poter esercitare una discrezionalità totalmente svincolata.

Una domanda centrale riguardava, in materia, la questione dell'estensione (o meno) di tale disciplina alle regioni e agli enti locali. Come si ricorda, per le prime, lo stesso legislatore del-

pubblici; lo stesso viene definito come un diritto all'informazione qualificata, non come semplice diritto di prendere conoscenza degli atti amministrativi in relazione alla difesa di propri interessi giuridici, che va a compiere anche l'importante esigenza di imparzialità dell'azione amministrativa.

(21) Sull'esigenza di tutelare il buon andamento degli uffici degli enti locali in relazione al diritto di accesso ai documenti amministrativi, cfr. anche T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 26 gennaio 2006, n. 28.

la legge n. 241/90 aveva previsto le forme della conformazione dell'ordinamento regionale ai principi desumibili dalla legge stessa. Per gli enti locali, fatte salve le osservazioni già esposte, non vi era dubbio che tali principi si imponessero anche all'ente locale, in sede di esercizio della relativa autonomia statutaria e regolamentare.

Il legislatore di riforma previgente, cioè, faceva salva la potestà legislativa, e con essa l'autonomia costituzionalmente protetta delle regioni, in quanto, come recitava l'art. 24 della legge n. 241/90, le regioni a statuto ordinario e quelle a statuto speciale (sia pure attraverso diversa modalità che qui non affrontiamo) erano chiamate a regolare la materia nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute (che costituivano principio generale dell'ordinamento giuridico). Ciò significa che la legge n. 241/90 non poteva ritenersi, nel sistema delle fonti giuridiche, come mera legge di dettaglio; al contrario, essa operava sia come legge di dettaglio sia come legge contenente principi generali dell'ordinamento giuridico in materia di azione amministrativa⁽²²⁾. Da tale legge, cioè, sia il legislatore regionale sia l'interprete erano chiamati ad estrarre, oltre a disposizioni concrete, anche principi generali del diritto, come la certezza del procedimento, il principio della pubblicità, la trasparenza, il diritto all'informazione amministrativa, ecc., che erano (e sono tuttora, ma con modalità diverse di protezione), dunque, principi desumibili dalla legge n. 241/90, di cui il soggetto titolare poteva avvalersi in ogni grado di giudizio (fino alla Corte di Cassazione) in sede di impugnativa per violazione

(22) Come è affermato dallo stesso legislatore del 1990, precisamente all'art. 29 della legge 241. Anche la dottrina ha sempre sottolineato le importanti conseguenze nel nostro ordinamento di un tale disposto (cfr. in part. G. CORSO, F. TERESI, *op. cit.*, 1990); sul punto anche GESSA, *Commento al Capo V*, in *Prime Note*, 1990, p. 10. Anche il Consiglio di Stato aveva sottolineato in proposito come la qualifica di principi generali dell'ordinamento giuridico, dettata dall'art. 29, corrispondesse realmente alla sostanza delle disposizioni recate dalla legge n. 241 del 1990, "le quali tendono, effettivamente, ad offrire direttive e principi di carattere fondamentale per l'ordinamento giuridico nel suo complesso" (cfr. Cons. di Stato, Ad. Gen., parere del 17 febbraio 1987, n. 7).

di legge. Sotto questo profilo, dunque, la legge in esame disciplinava una normativa fortemente garantista. Le regioni e, *a fortiori*, gli enti locali si trovavano riguardati da una previsione secondo la quale le singole disposizioni della legge n. 241/90 operavano come principi generali dell'ordinamento giuridico⁽²³⁾.

Il passaggio successivo riguarda la questione della immediata operatività (o meno) delle disposizioni di dettaglio contenute nella legge n. 241/90 e quella della estensione (o meno) delle disposizioni della legge n. 241/90 a tutte le amministrazioni locali; si poneva, in altre parole, la questione dell'ambito di applicazione della legge, cioè dei destinatari della disciplina della legge n. 241/90.

In passato, si era già posta la questione della piena vigenza della legge n. 241/90 comprensiva della disciplina dell'accesso. La questione era stata risolta, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/90, con il rinvio della piena operatività del diritto di accesso al momento in cui fosse intervenuto il regolamento di disciplina dei casi esclusi dalla accessibilità dei soggetti in base ai beni giuridici protetti dalla legge. Successivi decreti convertiti in legge hanno, poi, prorogato i termini per l'emanazione di questo regolamento (nell'agosto 1994 scadevano formalmente i termini di legge per la piena vigenza dei contenuti delle disposizioni della legge n. 241/90; si può affermare, quindi, che, a partire dal 30 maggio 1994, dovesse parlarsi di piena operatività del diritto di accesso in tutte le amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle autonomistiche).

La giurisprudenza amministrativa, fino a questa data, si era posta la questione (sia con riferimento agli enti locali, ma soprattutto alle altre amministrazioni dello Stato) della vigenza o meno del diritto di accesso, ancorché in assenza della disciplina

(23) Come affermato anche dalla giurisprudenza dei primi anni '90, "L'art. 29, l. 7 agosto 1990 n. 241, è inequivocabile nel manifestare *l'intentio legislatoris* di rendere immediatamente applicabile, quanto meno, l'impianto di fondo di detta nuova disciplina alle regioni in attesa della normativa delle autonomie" (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 novembre 1993, n. 777; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 27 novembre 1991, n. 1313).

regolamentare di cui all'art. 24 della legge n. 241/90, assumendo che non si dovesse parlare di una piena vigenza in difetto di una disciplina regolamentare, in quanto l'art. 31 della legge n. 241/90 sanciva esplicitamente che "le norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui al capo V hanno effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui all'art. 24".

L'interpretazione prevalente della prima giurisprudenza amministrativa⁽²⁴⁾ in materia (TAR e Consiglio di Stato), però, si era orientata nel senso di ritenere che fino a quella data (30 maggio 1994) non si dovesse parlare di una piena legittimazione procedimentale del diritto di accesso in quanto mancava la disciplina regolamentare, che era fondamentale ai fini dell'esercizio di quello stesso diritto⁽²⁵⁾.

Traendo una prima conclusione relativamente al profilo della vigenza della norma, così, possiamo affermare che gli istituti giuridici relativi al diritto di accesso e alla qualificazione, nonché alla giustiziabilità delle posizioni giuridiche del soggetto, potevano dirsi pienamente operativi, sia che l'ente locale si fosse dotato di un apposito regolamento sull'accesso sia che non avesse adempiuto alla previsione della legge. Possiamo sottolineare, ulteriormente, tale orientamento rinviando ad alcuni passaggi argomentativi del Consiglio di Stato in materia di accesso

(24) Sul punto si segnala una corposa giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato, tesa a sottolineare come "La finalità dell'art. 31 della l. 7 agosto 1990 n. 241 è di differire l'applicazione della normativa sul diritto d'accesso ai documenti fino al momento in cui saranno definite sia le modalità di esercizio del diritto che l'ambito delle materie per le quali l'accesso è da escludere" (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 12 maggio 1993, n. 530; oppure, nella stessa direzione, T.A.R. Veneto, sez. I, 7 marzo 1992, n. 55, T.A.R. Sardegna, 21 marzo 1992, n. 278, Consiglio Stato, sez. IV, 21 novembre 1992, n. 969).

(25) Va precisato che la giurisprudenza si era preoccupato fin da subito di affermare che "se è vero che l'esercizio del diritto di accesso è subordinato all'emanazione dei decreti previsti dall'art. 24, l. 7 agosto 1990 n. 241, è pur vero che tale previa emanazione attiene al mero accesso previsto dagli artt. 22 ss. legge n. 241 cit. – e cioè quello posto in essere da chiunque dimostri di avere un interesse all'acquisizione o alla visione del documento – mentre essa non si riferisce all'accesso strumentale, consentito dalla legge medesima (artt. 7, 8, 9, e 10) ai soggetti interessati, cointeressati e controinteressati ad un procedimento amministrativo destinato ad incidere in qualche modo nella loro sfera giuridica" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 24 gennaio 1992, n. 70).

ai documenti amministrativi, con particolare riferimento ai casi di esclusione dell'accesso, dell'accesso partecipativo e di quello conoscitivo e, infine, delle problematiche concernenti il ricorso speciale introdotto dall'art. 25 della legge n. 241/90.

Prima di affrontare questo problema, tuttavia, il Consiglio di Stato si poneva un'altra questione relativa al soggetto legittimato ad esercitare il diritto di accesso. Nel rapporto fra legge n. 142/90 e legge n. 241/90, il supremo Giudice amministrativo si era preoccupato di identificare tale soggetto, che è il 'cittadino' nel primo caso (art. 7) e 'chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti' nella legge n. 241/90. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la norma recata dall'art. 22, c. 1, della legge n. 241/90, pur riconoscendo il diritto di accesso ai documenti amministrativi a "chiunque vi abbia interesse", non aveva introdotto alcun tipo di azione popolare ⁽²⁶⁾, dal momento che aveva ricollegato siffatto interesse all'esigenza di tutelare situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. In tal modo, il diritto in questione era stato configurato come pretesa strumentale per l'eventuale tutela di posizioni normativamente qualificate. Questa fu la prima risposta offerta dal Consiglio di Stato sulla questione del soggetto facultizzato a esercitare il diritto di accesso e sulla relativa legittimazione procedimentale.

Circa la piena operatività della norma giuridica del diritto di accesso anche negli enti locali, il relativo ordinamento, con la legge n. 142/90, già aveva disposto due norme specifiche a disciplina della materia sull'accesso: nella prima (art. 4, c. 2) si prevedeva che lo statuto disciplinasse "le forme dell'accesso" dei cittadini alle informazioni e ai procedimenti amministrativi; con la seconda previsione (art. 7, c. 3, e 4) si sanciva (e tuttora è sancito ai sensi del TUEL) il principio che tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale fossero pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge

(26) Quest'ultimo costituisce un passaggio molto importante, in quanto il Consiglio di Stato aveva escluso l'estensione di normative relative all'accesso procedimentale anche a figure sulla partecipazione politica in senso lato, cioè agli istituti di partecipazione di cui alla legge n. 142/90.

o effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del Sindaco, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza di persone, gruppi o imprese.

Da questo punto di vista, bisogna dire che la questione della piena operatività del diritto di accesso negli enti locali si inquadra (e tuttora si inquadra, nelle more degli adempimenti previsti dal novellato art. 29.2 della legge n. 15/2005) in una previa valutazione del rapporto tra le due leggi. In sede di interpretazione, non possiamo ritenere estensivamente applicabili le discipline previste dalla legge n. 241/90 agli enti locali, perché questa costituirebbe operazione formalmente non consentita in base ai criteri di risoluzione delle antinomie giuridiche che presidiano il sistema delle fonti per come disciplinato in questa fase.

Tali criteri forniscono i principi e i criteri per la risoluzione di tale questione interpretativa, in base ai quali la legge n. 142/90 ha natura di legge speciale, in quanto specificamente orientata a disciplinare la vita (e l'azione amministrativa e) democratica degli enti locali, nel mentre la legge n. 241/90 aveva (e ha) natura di legge generale, tant'è che nell'ordinamento operava (e tuttora opera) vuoi come legge dispositiva nel dettaglio che come legge contenente principi generali dell'ordinamento giuridico.

Alla luce del criterio della specialità, che caratterizza la prima delle due leggi (legge n. 142/90) e della generalità che caratterizza la seconda (legge n. 241/90), la dottrina e la teoria delle fonti ci dicono che non vi è un effetto abrogativo automatico di una legge, pur successiva nel tempo, come la legge n. 241/90, nei confronti di una legge antecedente nel tempo quando questa abbia natura speciale. Pertanto, non vi è un effetto abrogativo per così dire automatico ⁽²⁷⁾; dal che si deve assume-

(27) Anche la giurisprudenza ha sostenuto la soluzione diretta ad evitare un'abrogazione automatica; viene affermato, infatti, che "Il rapporto tra le due discipline, recate rispettivamente dall'art. 7, l. 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali e del capo quinto, l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo in materia di accesso ai documenti amministrativi – entrambe ispirate

re la legge n. 142/90 è una legge che rimane formalmente e pienamente vigente ⁽²⁸⁾ anche con riferimento al regime giuridico dell'accesso (solo la disciplina statale di attuazione della lettera *p*) dell'art. 117, c. 2, Cost., come si è già detto, renderà illegittime le disposizioni della legge n. 142, successivamente sussunte nel TUEL) ⁽²⁹⁾.

Ciò per più ragioni, ma certamente per quella secondo cui la legge n. 142/90 è una legge speciale che si qualifica come tale perché attualizza principi di garanzia dell'autonomia costituzionalmente protetta per gli enti locali, ai sensi degli artt. 5, 114, 128 (successivamente abrogato) della Costituzione. Dunque, i principi attualizzanti tali norme costituzionali trovano una peculiare tutela, anche se, dal punto di vista delle fonti, la legge n. 142/90 si presenta come una legge ordinaria, pariordinata alle altre leggi; essa, cioè, non è definibile né è astrattamente configurabile, nel suo regime giuridico, come legge 'organica', secondo la sistematica delle fonti di altri ordinamenti giuridici, come ad es. nella V Repubblica francese o nella Costituzione spagnola; come tale, dunque, essa non si presenta come formalmente sovraordinata alle altre leggi ordinarie.

Nonostante il regime stabilito nello stesso art. 1 della legge n. 142/90, deve dirsi, tuttavia, che tale norma non è stata sufficiente nell'evitare che le autonomie locali, nella disciplina normativa che le hanno fin qui riguardate, risultassero effica-

al comune intento di garantire in concreto la trasparenza dell'azione amministrativa – va posto non in termini di abrogazione, applicando, i principi della successione delle leggi nel tempo, bensì di coordinazione, con la conseguenza che le disposizioni del citato titolo quinto penetrano all'interno degli ordinamenti degli enti locali in tutte le ipotesi in cui nella disciplina di settore non si rinvengono appositi precetti che regolino la materia con carattere di specialità” (così T.A.R. Lazio, sez. II, 13 giugno 1995, n. 1044).

(28) Ciò è sostenuto anche dalla giurisprudenza quando si sostiene che “Il rapporto tra le due normative è, in ogni modo, da intendersi nel senso che i caratteri della legge sulle autonomie locali rimangono punti fermi, mentre gli istituti introdotti dalla legge 241 si estendono alla prima per completarla” (così T.A.R., Lazio, Sez. II, 3 maggio 1996, n. 1060).

(29) Fra gli altri, AA.VV. (a cura di Italia, Bassani), *Testo unico degli enti locali*, Milano, 2000; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 2006.

cemente protette dall'interferenza di leggi ordinarie che, al contrario, hanno finito, inevitabilmente si direbbe (quando si consideri la mancata protezione costituzionale delle autonomie locali), con il sovrapporsi, modificando e abrogando norme (espressamente o implicitamente), sulla disciplina sancita dalla legge n. 142/90.

Il legislatore aveva ritenuto di risolvere tale problema con l'art. 1, c. 3, della legge n. 142/90, per il quale, "ai sensi dell'art. 128 della Costituzione, le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai principi della presente legge, se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni". In qualche modo, il legislatore aveva ritenuto che una normativa così concepita potesse rinforzare la legge n. 142/90; tuttavia, alla luce della prassi legislativa, deve osservarsi che si può citare un numero incredibilmente alto di leggi intervenute successivamente che, senza adempiere a questo disposto abrogativo dei principi della legge n. 142/90, sono intervenute incidendo in modo significativo nell'autonomia dell'ente locale pur legislativamente e costituzionalmente protetta (sia pure nelle sole forme della previsione di una riserva di legge).

La legge n. 142/90 (poi abrogata dall'art. 274 del TUEL), nella sistematica delle fonti, pur potendo essere definita come una legge attuativa di principi costituzionali, così, non ha avuto una forza di per sé capace di resistere a leggi successive nel tempo che apparivano compressive dei principi in essa contenuti.

Una conseguenza ulteriore di tale lettura delle due richiamate leggi, da cui occorre partire nella ricerca del diritto vigente prima della attuale legge di riforma (del procedimento e dell'azione amministrativa), è che la lettura e l'interpretazione delle leggi deve essere fatta secondo un criterio di tipo sistematico⁽³⁰⁾.

(30) Come rilevato anche da Vandelli, in uno dei primi commenti sul tema, "non si può, tuttavia, risolvere la questione facendo riferimento solo al criterio della *lex specialis* o solo al criterio della successione delle leggi nel tempo" (cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali, Commento alla l. 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1990).

In base ad esso, la vigenza del diritto di accesso negli enti locali era da ritenersi pienamente operativa alla luce delle disposizioni della legge n. 142/90, con la osservazione che tutte le volte che disposizioni, ma soprattutto principi generali dell'ordinamento giuridico contenuti nella legge n. 241/90, disciplinassero situazioni giuridiche di maggior favore per il soggetto rispetto a quelle accordate dalla legge n. 142/90, queste dovevano ritenersi estese anche all'ordinamento degli enti locali⁽³¹⁾.

La conseguenza è che, nel far salvi i principi di specialità e di generalità, nonché il principio di maggior favore nei confronti dei soggetti, in ragione della operatività dei principi generali dell'ordinamento giuridico, l'interpretazione delle due leggi porta a ritenere che la disciplina generale del diritto di accesso, sancita dalla legge n. 241/90, implicasse un effetto abrogativo implicito della legge n. 142/90 nella materia in esame (quella dell'accesso); cioè, tutte le volte che la legge n. 241/90 conteneva una disciplina di espansione di tutele (sostanziali o procedurali) a favore del soggetto destinatario del diritto, ciò comportava una implicita abrogazione della normativa precedente⁽³²⁾ (legge n. 142/90). A tale regime interpretativo deve egualmente farsi riferimento per il rapporto fra la legge n. 142/90 e la legge n. 675/96 (ora sussunta, con le modifiche successive, nel

(31) Cfr. G. CORSO, F. TERESI, *op. cit.*, p. 34.

(32) Di recente è intervenuto sulla questione anche il Consiglio di Stato, affermando che "Il rapporto tra le discipline in materia di accesso recate rispettivamente dall'art. 10 d.lgs. n. 267 del 2000 sull'ordinamento delle autonomie locali (che ha riscritto l'art. 7, l. n. 142, del 1990) e dal capo quinto della l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo in materia di accesso ai documenti amministrativi, entrambe ispirate al comune intento di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, va posto in termini di coordinazione, con la conseguenza che le disposizioni del citato capo quinto penetrano all'interno degli ordinamenti degli enti locali in tutte le ipotesi in cui nella disciplina di settore non si rinvenivano appositi precetti che regolino la materia con carattere di specialità. L'art. 10 t.u. n. 267 del 2000 ha quindi introdotto una disposizione per gli enti locali che si pone semplicemente in termini integrativi rispetto a quella, di contenuto generale, di cui all'art. 22 l. n. 241 del 1990" (sent. n. 1969 del 7 aprile 2004, sez. V).

Codice in materia di protezione dei dati personali⁽³³⁾, adottato con d.lgs. n. 196/2003), almeno con riferimento all'accesso dei documenti amministrativi che non riguardino 'dati sensibili' (sul cui peculiare regime si dirà in seguito).

Per questa ragione, in sede di interpretazione delle norme in materia (legge n. 142/90 e succ. mod. e integr., legge n. 241/90 e succ. mod. e integr., legge n. 675/96 e succ. mod. e integr.), è da ritenersi (implicitamente) abrogata la norma relativa all'art. 7.4 della legge n. 142/90 (poi art. 10 del TUEL), nella parte in cui, per generale opinione della dottrina, la previsione dei soggetti legittimati nell'ambito degli enti locali ad esercitare il diritto di accesso risulta più ristretto rispetto alla situazione regolata in via generale dalla legge n. 241.

Scendendo maggiormente nel merito della questione, infatti, mentre la legge n. 142/90 riconosce titolo legittimante all'esercizio del diritto di accesso ai soli cittadini, singoli o associati, nell'ambito del comune o della provincia, la legge n. 241/90, intervenendo successivamente e operando come legge di principio di maggior favore, abroga questa disposizione della legge n. 142/90 nella parte in cui essa recita che il soggetto legittimato ad esercitare il diritto di accesso agli atti e ai documenti (al fine, come recita l'art. 22, di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e favorire lo sviluppo e lo svolgimento imparziale dell'amministrazione) è "chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti".

Una situazione da considerare con particolare attenzione, infine, sotto il profilo ora in analisi, è quella relativa alla inerzia in cui, fino al termine stabilito dalla legge n. 127/97, si ritrovavano molti enti locali nel dotarsi di regolamenti sull'accesso, nonché quella relativa ai contenuti del regolamento medesimo. Chiarita in via legislativa e in modo definitivo la questione della eventuale inerzia delle amministrazioni locali rispetto a tale adempimento, occorre osservare che tali regolamenti avevano

(33) Per una più approfondita analisi sulle disposizioni del Codice cfr., tra gli altri, E. GIANMARIO, R. ZALLONE, *Il nuovo codice della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Con la giurisprudenza del Garante*, Torino, 2004.

un contenuto essenziale, rispondente appunto alla interpretazione che ogni ente locale doveva fare della previsione normativa di cui all'art. 22.3 della legge n. 241/90, ove si stabiliva (e tuttora si stabilisce) che tutte le amministrazioni adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione della disposizione.

La responsabilità politico-istituzionale per l'adozione di siffatto regolamento, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 142/90, era di competenza del Consiglio comunale. Fino al momento in cui tale competenza non fosse stata esercitata dal Consiglio, il Sindaco, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 142/90, rimaneva il soggetto istituzionale sul quale l'ordinamento faceva ricadere la responsabilità primaria della garanzia dell'accesso da parte dei soggetti che ne facevano richiesta in modo motivato. In ogni caso, rimane confermato che la competenza di adottare i regolamenti, in quanto atti normativi generali dell'ente, attuativi della disciplina statutaria, costituiva competenza non delegabile, in forza dei principi e dei disposti della legge n. 142/90, del Consiglio comunale.

In tema di rapporti fra le due leggi in esame, occorre anche porsi la questione relativa ai contenuti necessari del regolamento sul diritto di accesso, atteso che in via formale il d.P.R. n. 352/92, alla luce della sistematica delle fonti vigente al tempo, non si applicava direttamente all'ordinamento delle autonomie locali.

È soltanto la legge n. 241/90 che aveva, per le ragioni già espresse, piena vigenza negli enti locali, mentre non può parlarsi di diretta applicabilità agli stessi del regolamento governativo che, evidentemente, attualizzava i principi della legge n. 241/90 per le altre amministrazioni pubbliche, non potendo un regolamento governativo, in base al criterio di competenza, imporsi direttamente alle autonomie locali. Come si è spesso ribadito, queste ultime si vedono attribuita dall'ordinamento la potestà statutaria e regolamentare di disciplina dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nell'ambito delle funzioni amministrative di competenza degli enti stessi.

3. *La nuova legge sul procedimento amministrativo alla luce del 'nuovo' sistema delle fonti normative e della 'nuova' architettura istituzionale delle regioni e degli enti autonomi della Repubblica (l. cost. n. 3/2001). Diretto ancoraggio costituzionale dell'autonomia (statutaria e regolamentare) locale. La lettera p) dell'art. 117, II co., Cost. e il TUEL. Nuovi rapporti fra regolamenti locali e legge regionale*

Prima di procedere oltre, in modo conclusivo sul punto in esame, si deve affermare che, dopo la revisione del Titolo V della Costituzione e a seguito della relativa, novellata, disciplina delle fonti e della loro allocazione a livello statale, regionale e locale, non trovano più applicazione le previgenti previsioni volte ad assicurare la operatività di discipline statali di natura *materialiter* 'organica' a livello regionale e locale ⁽³⁴⁾.

Questo deve affermarsi, in particolare, con riferimento alla materia disciplinata nella legge di riforma del procedimento amministrativo, che si qualificava appunto, espressamente, come legge di principi ⁽³⁵⁾ (generalmente dell'ordinamento giuridico) e in quanto tale destinata a prevalere, nella disciplina di maggiore favore di specifiche situazioni giuridiche, rispetto alle leggi speciali (legge n. 142/90), nella parte in cui le stesse disciplinano sia pure in modo parziale la stessa materia.

Il rispetto dell'autonomia legislativa regionale e di quella statutaria/regolamentare locale ⁽³⁶⁾, secondo le previsioni costi-

(34) Sul punto, tra gli altri, T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003; F. BASSANINI (a cura di), *Costituzione, una riforma sbagliata: il parere di sessantatré costituzionalisti*, Firenze, 2004; E.R. ACUÑA, *Lo Stato e le autonomie, le regioni nel nuovo titolo V della Costituzione: l'esperienza italiana a confronto con altri paesi*, Torino, 2003.

(35) Così anche M. BETZU, G. COINO, *La riforma della legge n. 241/1990*, in <http://www.costituzionalismo.it> (5 ottobre 2005), i quali sottolineano come "la legge n. 241/1990, a dispetto di quanto potrebbe ritenersi *prima facie*, è composta essenzialmente da principi, siano essi espressi direttamente nel testo o desumibili per interpretazione da quelle regole di cui costituiscono il referente principale".

(36) Sul punto è da segnalare una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili, n. 12868 del 16 giugno 2006), nella quale viene rivisitato il rapporto tra legge statale e statuto alla luce dei profondi cambiamenti intervenuti con la legge di

tuzionali previgenti alla revisione costituzionale del Titolo V, imponevano, per le regioni, una disciplina legislativa autonoma nelle forme ma vincolata nei contenuti all'obbligo della conformazione alle leggi statali di principio, e parimenti per gli enti locali una disciplina regolamentare e statutaria che, in verità, risultava ben più vincolata di quanto non lo fosse quella legislativa delle regioni⁽³⁷⁾.

Al fine di cogliere le innovazioni introdotte nella materia, che qui ci occupa, dalla revisione costituzionale (del Titolo V), pertanto, appare opportuno richiamare, in modo preliminare, i termini fondamentali della nuova architettura istituzionale della Repubblica e quindi affrontare, sempre con la dovuta sintesi, il nuovo sistema delle fonti per come disegnato dalla riforma costituzionale⁽³⁸⁾. Tale approccio sarà svolto con particolare attenzione alle autonomie locali, essendo quello della nuova potestà legislativa regionale già ampiamente trattato nell'analisi dottrina.

La nuova ripartizione della potestà legislativa fra legislazione esclusiva dello Stato, legislazione concorrente delle regioni – da esercitarsi da parte di queste ultime nel rispetto della determinazione dei principi fondamentali delle singole materie riservata alla legislazione dello Stato – e legislazione residuale/esclusiva delle regioni, in ragione di un mal definito ambito materiale delle competenze allocate costituzionalmente, come è noto, ha portato ad una giurisprudenza variegata e ormai conso-

riforma del Titolo V; per una più approfondita analisi sull'argomento si rimanda a F. LIBERATI, *L'autonomia statutaria degli enti locali alla luce di una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in <http://www.federalismi.it>.

(37) Si ricordino, sul punto, le delicate questioni interpretative poste dalla vigenza o meno, e dalla intensità di tale vigenza, del d.P.R. n. 352/1992 nell'ambito degli enti locali.

(38) La letteratura in materia è copiosa. Si vedano, tra i tanti, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa e regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223 ss.; A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime ed il modello originario a confronto*, Torino, 2002; P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2003; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006.

lidata del Giudice delle leggi, che ha valorizzato (in alcuni casi *ultra vires*, ma con argomentazioni pienamente convincenti, come può dirsi ad es. per la materia delle grandi opere e dei lavori pubblici) la natura di ‘materie-funzioni’ e quello del criterio fondato sulla natura dell’interesse, di volta in volta, riguardato dalla competenza oggetto di conflitto, affermando una giurisprudenza – ora nota come relativa a ‘competenze trasversali’⁽³⁹⁾ – nella quale si riconosce al legislatore statale la idoneità ad investire una pluralità di materie⁽⁴⁰⁾. Questo è il caso, ad es., delle materie di competenza esclusiva statale concernenti: i livelli essenziali, ai sensi dell’art. 117, c. 2, lettera *m*), Cost. (sent. n. 282/2002)⁽⁴¹⁾, l’ordinamento penale, ai sensi dell’art.

(39) Definite anche “titoli di legittimazione trasversale” da G.D. FALCON, *Il nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 5.

(40) Sul punto cfr. F.S. MARINI (“La Corte Costituzionale nel labirinto delle materie “trasversali”: dalla sent. 282 alla 407 del 2002”, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2951), il quale afferma che “prima della riforma le materie si caratterizzavano prevalentemente per la presenza di un ‘oggetto’ che poteva consistere in un bene, in un ente o in un istituto. Diversamente, nei nuovi elenchi costituzionali, oltre alle ‘materie oggetto’, possono ravvisarsi le ‘materie scopo’, che sono, appunto, trasversali, in quanto possono incidere su diversi oggetti con l’obiettivo di raggiungere la finalità costituzionalmente fissata. Si tratta, in sostanza, di materie che, ad un attento esame, possono essere individuate solo in termini finalistici, avendo riguardo non alle classi di fattispecie che devono costituire l’oggetto, ma agli scopi che sono chiamate a perseguire”. Sul punto si vedano pure le considerazioni di G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 461 ss. Da ultimo, cfr. anche il nostro *Riorganizzazione territoriale dello Stato e principio di sussidiarietà tra riforme costituzionali e legislative. Il caso italiano in prospettiva comparatistica*, in Atti Convegno “*Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*” (Ravenna, 4-6 maggio 2006, ora in corso di stampa), organizzato dal prof. G. Cimbalo.

(41) La giurisprudenza costituzionale sulle materie contenute nel novellato art. 117 della Cost. ha conosciuto un particolare sviluppo a partire dalla lettura fatta da parte del Giudice delle leggi della ‘determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali’. In particolare, in riferimento a quest’ultimi, la Corte, confermando in qualche modo quanto già rilevato in dottrina (cfr. D. ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Forum di Quderni costituzionali*) ha chiarito che “non si tratta di una materia in senso stretto”, ossia di un insieme di fattispecie predeterminabili in via interpretativa attraverso il riferimento ad un oggetto. Si tratterebbe, invece, di una “competenza del legislatore statale, idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme

117, c. 2, lettera *l*), Cost. (sent. n. 185/2004), le relazioni internazionali e con l'Unione europea, ai sensi dell'art. 117, II co., lettera *a*), Cost. (sent. n. 239/2004), le norme generali sull'istruzione, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lettera *n*), Cost. e la tutela dei beni culturali, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lettera *s*), Cost. (sent. n. 255/2004), della tutela della concorrenza (sent. n. 14/2004) ⁽⁴²⁾.

Rispetto alle recenti revisioni costituzionali italiane in materia territoriale (l.cost. n. 1/99 e l.cost. n. 3/2001), e, più in particolare, con riferimento al nuovo assetto istituzionale della 'Repubblica' – in una valutazione generale di tipo preliminare – può dirsi che, più che inventare (declamati ma inesistenti) modelli federali, le stesse devono più correttamente inquadrarsi come predisposizione di una sorta di 'archittrave' costituzionale, resa necessaria per assicurare armonia ad una serie di interventi legislativi, numerosi e frastagliati, che nell'ultimo decennio hanno interessato l'ordinamento delle autonomie locali e quello regionale, e che si sono susseguiti – fin dai primi anni Novanta – 'a segmenti' e ad intervalli fra loro molto ravvicinati.

Più che una riforma in senso formalmente federale, dunque, la revisione costituzionale costituisce poco altro che un ripensamento dell'intero sistema delle autonomie regionali-locali che coinvolge tutti i livelli istituzionali di governo. In tal senso, essa prevede una significativa valorizzazione sia dell'autonomia regionale che di quella locale (una sorta di "federalismo a tre gambe", come è stato bene detto).

A differenza delle precedenti riforme (soprattutto legislative), la riforma costituzionale costituisce piena e compiuta attuazione dei principi costituzionali relativi all'autonomia e al pluralismo. Tali principi, nelle nuove forme della valorizzazione

necessarie per garantire a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle" (fra le altre cfr. sul punto sent. n. 282 del 2002 e n. 407 del 2002).

(42) Per una chiara ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia cfr., fra gli altri, i contributi di A. RUGGERI, A. D'ATENA, A. ANZON, P. CAVALERI in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

ne della competenza legislativa sia delle regioni che della stessa autonomia normativa locale (statuti e regolamenti), inverano e innervano nella rete istituzionale dei poteri territoriali lo stesso principio democratico, con quelli allo stesso riconnessi dell'efficacia, della responsabilizzazione e della trasparenza dei pubblici poteri. A tale principio si è richiamato di recente anche il Giudice delle leggi nella sentenza n. 106 del 2002.

Tanto brevemente richiamato in via generale, occorre ora cogliere le diverse implicazioni sul 'sistema normativo' e istituzionale della nuova geometria istituzionale accolta nell'art. 114 Cost. La 'Repubblica', alla luce della revisione costituzionale, deve intendersi come ordinamento generale di cui lo Stato è parte e di cui le regioni, le province, le città metropolitane e i comuni sono componenti costitutive con pari dignità costituzionale.

Alla valorizzazione istituzionale e normativa degli "enti autonomi della Repubblica", tuttavia, la norma costituzionale, unitamente al tradizionale controllo sugli organi regionali (*ex art. 126 Cost.*), prevede come bilanciamento un nuovo (più penetrante?) controllo sostitutorio, affidato al Governo (*art. 120, c. 2, Cost.*), su tutti gli organi delle regioni e degli enti autonomi della Repubblica, benché nel rispetto delle procedure e dei principi di 'sussidiarietà' e di 'leale collaborazione' (*art. 120, c. 2, ult. periodo*) definiti dalla legge.

Rispetto a tale innovato quadro costituzionale, posto a tutela di beni costituzionali, quali, in particolare, l'unità giuridica o economica, nonché la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali, pare certo l'intento del legislatore di revisione di preservare, rimodulandolo, l'interesse nazionale e, pertanto, di garantire il principio, inviolabile, secondo cui la Repubblica è "una ed indivisibile" (*art. 5 Cost.*)⁽⁴³⁾.

(43) La dottrina, nei primi commenti successivi alla riforma, ritiene che la clausola dell'interesse generale è ancora rintracciabile nella nostra Costituzione richiamando, a tal proposito, diverse norme, alcune risalenti, altre introdotte *ex novo*. Alcuni autori ritengono che l'interesse nazionale sia insito nei principi di unità e indivisibilità consacrati nell'art. 5 Cost., in forza dei quali il Governo centrale potrebbe intervenire

Certo, la norma pone delicati problemi interpretativi quanto al contenuto delle ipotesi normative legittimanti il controllo sostitutorio. Il rischio di una lettura/interpretazione di tali controlli (art. 120 Cost.), relativo tanto alle potestà amministrative degli enti locali che a quelle legislative e amministrative delle regioni, potrebbe essere costituito da una (re)interpretazione (i-per)centralistica dell'interesse nazionale (formalmente soppresso ma ricomparso in più disposizioni, almeno in modo implicito), tale da pregiudicare le stesse aperture accolte negli artt. 114, 117, 118, 119 e 123 Cost., con riferimento alla pari dignità istituzionale delle regioni e degli enti autonomi costitutivi della Repubblica. Per ovviare a tale rischio e contrastare le letture 'continuiste' della riforma, che ne potrebbero eventualmente derivare, il nuovo testo costituzionale ha previsto il principio della 'sussidiarietà' e quello della leale collaborazione come vincoli da farsi valere specificamente nell'esercizio dei poteri sostitutori (di cui all'art. 120 Cost.). La titolarità di tale potere spetta al Governo (e non si comprende il perché di una simile scelta costituzionale) e in ciò si deve cogliere un evidente *quid novi* rispetto ai previgenti art. 117, c. 1, e 127 Cost. ⁽⁴⁴⁾.

ogniquale una normativa disomogenea, tra le varie regioni, rischiasse di compromettere le istanze unitarie. Altra dottrina ritiene che le esigenze di salvaguardia di interessi ultraregionali sarebbero insite nell'attribuzione della potestà legislativa in via esclusiva allo Stato in relazione a materie che, per la loro ampiezza, sono state definite 'competenze funzionali'. Si fa riferimento, in particolare alla lettera *m*) del comma 2 dell'art. 117 inerente alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Altri autori sostengono che il limite di legittimità dell'interesse nazionale riemergerebbe nel novellato art. 120 Cost., ove, al comma 2, si prevede che il Governo possa sostituirsi ad organi delle regioni e degli enti locali in determinate ipotesi, tra le quali, quelle del "pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica", ovvero "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica". Si ha la sensazione dunque che, eliminata la clausola generica dell'interesse nazionale, sono state introdotte espressioni che sembrano ancor più vaghe e suscettibili di trasformarsi in altrettanti motivi giustificativi per le "incursioni" dello Stato. Per una valida ricostruzione di tale problematiche, tra gli altri, cfr. anche W. NOCITO, *Dinamiche costituzionali ed esigenze unitarie. Il regionalismo italiano come 'federalismo incerto'*, Cosenza, 2005.

(44) Sul punto cfr. anche, fra gli altri, S. GAMBINO, *Riorganizzazione territoriale del-*

Tuttavia, se un cambiamento radicale di prospettiva si è determinato con la pari dignità costituzionale dei soggetti costitutivi della ‘Repubblica’, e se la revisione costituzionale omette di positivizzare esplicitamente l’interesse nazionale come limite generale imposto alle diverse potestà normative delle autonomie territoriali, la stessa affida alla legge ordinaria dello Stato la disciplina delle modalità e delle sedi nelle quali le esigenze unitarie (tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica), da una parte, e quelle autonomistiche, dall’altra, possono e devono trovare il necessario confronto e bilanciamento. Tale legge – come l’ultimo comma dell’art. 120 Cost. stabilisce – è competente a fissare le procedure “atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione”. Principi questi ultimi sempre più utilizzati dal Giudice delle leggi per risolvere le questioni di conflitto di attribuzione fra stato e regioni che le vengono sottoposte!

Per quanto riguarda le autonomie locali, più in particolare, è da dire che l’innovato quadro costituzionale non modifica l’assetto formale dei poteri normativi, di cui gli stessi sono titolari, limitandosi l’art. 114 Cost., c. 2, Cost. – rispetto al previgente art. 128 Cost. – ad assicurare la diretta garanzia costituzionale della potestà statutaria di tutti gli enti autonomi (a cui, tuttavia, non è ancora riconosciuto il potere di adire direttamente la Corte costituzionale per doglianze relative all’esercizio del potere costituzionalmente loro riconosciuto).

Lo statuto degli enti locali, dunque, anche a seguito della revisione costituzionale in esame, conserva la sua natura giuridica di atto amministrativo generale, ma lo stesso non trova più la sua fonte di legittimazione in una legge generale della Repubblica, che ne fissa i principi, bensì direttamente in Costituzione.

Sotto tale profilo, dunque, nelle parti non attinenti alla disci-

lo Stato e principio di sussidiarietà tra riforme costituzionali e legislative. Il caso italiano in una prospettiva comparatistica, Relazione al Convegno *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*, organizzato dall’Università di Bologna, Ravenna, 2006, 4/6 maggio.

plina delle materie di competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, c. 2, lettera *p*), Cost., il Testo Unico degli Enti locali, adottato con d.lgs. n. 267/2000, deve ritenersi viziato da incostituzionalità sopravvenuta, non rientrando nella competenza statale di intervenire in materia di ordinamento degli enti locali.

Tuttavia, per generale opinione della dottrina, e nel rispetto di quanto previsto espressamente nella l. n. 131/2003, lo stesso TUEL conserva la sua validità con riferimento alla legge regionale competente a disciplinare le parti dell'ordinamento locale che non rientrino nell'ambito della lettera *p*) dell'art. 117 Cost.; tale legge regionale (solo eventuale), tuttavia, non potrà che assumere la natura di mera legge di principi, escludendosi ogni ipotesi di legislazione regionale di dettaglio in materia.

In assenza di una nuova disciplina sulla base della legge statale attuativa della competenza esclusiva di cui all'art. 117, c. 2, lettera *p*), Cost., o della (già richiamata) legge regionale di principio, il TUEL – alla luce delle novellate disposizioni costituzionali – non può ritenersi riguardato da effetto abrogativo per illegittimità costituzionale sopravvenuta. Valgano in generale, per risolvere le eventuali antinomie giuridiche in materia, i criteri generali della successione delle leggi nel tempo e della forza abrogativa, che opera solo fra fonti pariordinate.

Pertanto, ne segue che, per il generale principio dell'auto-completamento dell'ordinamento giuridico, solo una eventuale sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, che ne sancisca l'incostituzionalità, o l'intervento del legislatore, rispettivamente nazionale e regionale, ognuno nell'ambito di sua competenza, può determinare l'effetto caducativo di una simile disciplina (TUEL), come di tutte le altre che siano riguardate dalla nuova ripartizione delle competenze fra Stato e regioni.

In tale ottica, s'impone anche di riflettere sulla seconda potestà normativa riconosciuta agli enti locali dall'art. 117, c. 6, nella parte in cui si prevede che "I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

La novellata disposizione costituzionale porta ad interrogar-

si, a tal fine, su un insieme di rapporti: quello fra statuti locali e regolamenti locali, quello fra legge regionale e regolamenti locali, quello fra regolamenti regionali e regolamenti locali, quello fra legge statale e regolamenti locali, e infine quello fra regolamenti statali e regolamenti regionali.

Quanto al primo rapporto, dalla revisione costituzionale non sembrano potersi ricavare cambiamenti sostanziali tali da modificare la natura dei regolamenti locali ⁽⁴⁵⁾. La loro natura giuridica resta quella degli atti amministrativi generali subordinati allo statuto, competente, nell'ambito della materia allo stesso residuo dalla legge statale (di cui alla lettera *p*) dell'art. 117, c. 2, Cost.), e dalle eventuali leggi regionali (di cui all'art. 117 Cost., c. 4, Cost.), a fissare le modalità di organizzazione dell'ente medesimo, e in particolare la disciplina dei rapporti fra gli organi di governo e fra questi e la burocrazia (dirigenza).

Eguale agevole appare la lettura dei rapporti fra regolamenti locali e legge statale, assunto che quest'ultima gode di una competenza esclusiva nella disciplina delle materie concernenti sia la legislazione elettorale, sia gli organi di governo, sia le funzioni fondamentali degli enti locali.

Tuttavia, un profilo di sicura discontinuità rispetto all'ordinamento precedente concerne i rapporti fra regolamenti locali e legge regionale; qui viene richiamato per le potenzialità eventualmente espansive di una legge regionale in materia di riforma del procedimento e di nuove modalità dell'azione amministrativa.

Come è noto, il previgente ordinamento assegnava all'esclusiva competenza della legge statale l'intera disciplina dell'ordinamento delle autonomie locali. Tale legge, al fine di assicurare l'autonomia prevista per tali enti territoriali, si qualificava come mera legge di principi, rimanendo preclusa alla stessa ogni di-

(45) Come afferma il Consiglio di Stato, "Va condivisa l'opinione secondo cui, anche al di là delle materie contemplate espressamente, la potestà regolamentare degli enti locali (sia pur nei limiti dettati dall'ordinamento) può spaziare oltre le materie contemplate espressamente, in considerazione della caratterizzazione degli enti locali come enti a fini generali (art. 3, comma 2, d.lgs. 267/2000) (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317).

sciplina di dettaglio, la cui competenza, pertanto, ricadeva nella materia statutaria. Tale tema non risulta scevro di aspetti problematici, quando si rifletta: 1) sull'incerta forza gerarchica della legge di principi, in un sistema normativo che non prevede leggi organiche (come nell'ordinamento francese) o leggi cosiddette 'di base' (come in quello spagnolo), con forza materiale e formale sovraordinata gerarchicamente alla fonte legislativa ordinaria; 2) sull'assenza di adeguate garanzie costituzionali dell'autonomia locale e delle sue fonti rispetto alla (non astratta) ipotizzabilità di ingerenza delle leggi statali e regionali, che si atteggino come disciplina di dettaglio su materie di competenza statutaria, in violazione dell'art. 1.3 del TUEL (e ora dell'art. 117, c. 4, Cost.).

Il nuovo riparto normativo disegnato dalla revisione costituzionale capovolge tale assetto, residuando alla legge statale, come si è già detto, i soli ambiti materiali di cui alla lettera *p*) dell'art. 117 Cost., c. 2, Cost. Ne consegue che, in ordine a tutte le altre componenti dell'ordinamento locale, è innovativamente 'riconosciuta' una competenza regionale di tipo residuale/esclusiva (sia legislativa che regolamentare), atteso che in sede di legislazione regionale concorrente manca ogni riferimento competenziale nella materia dell'ordinamento locale.

Problemi di rapporto e di connesse garanzie degli ambiti normativi, costituzionalmente assegnati, rispettivamente, alla potestà regolamentare delle regioni e degli enti locali, si pongono anche con riferimento alla sussistenza di competenza regolamentare regionale nella materia dello svolgimento di funzioni 'attribuite' agli enti locali.

In altri termini, a fronte della potestà regolamentare generale delle regioni, pare doversi individuare lo specifico ambito materiale della competenza regolamentare locale, ai sensi del c. 6 dell'art. 117 Cost., nella "organizzazione e (nel)lo svolgimento di funzioni loro (comuni, province, città metropolitane) attribuite", da intendersi come limitate al rilievo organizzatorio e funzionale interno all'ente medesimo, e particolarmente riferita ai rapporti interni fra organi, fra uffici e con la popolazione (rispettivamente di ogni singolo ente). Al contrario, in riferimento

ai rapporti esterni dell'ente, relativamente, dunque, ai rapporti inter-istituzionali, alla competenza statale può subentrare quella regolamentare della regione limitatamente alle materie di propria competenza.

Un'ultima conseguenza della riforma, riguardante la costituzionalizzazione dei poteri statutari e regolamentari locali, pare da individuarsi nella limitazione della potestà legislativa regionale ai soli principi relativi allo svolgimento delle funzioni proprie.

Pertanto, alla regione rimane preclusa ogni possibilità di disciplina di dettaglio, pena l'incostituzionalità per lesione della sfera di autonomia locale che, tuttavia, risulta accertabile mediante la sola via del ricorso incidentale di costituzionalità, non essendo state previste dalla revisione del testo costituzionale, come si è già ricordato, modalità di ricorso diretto alla Corte costituzionale da parte degli enti autonomi della Repubblica diversi dallo Stato e dalle regioni, benché la legge di attuazione del titolo V Cost. (legge n. 131/2003) abbia previsto, fra le sue disposizioni, l'azionabilità di tale ricorso da parte del Presidente della Giunta regionale, su impulso del Consiglio delle autonomie.

4. Il 'rispetto' della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e la garanzia statale dei 'livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali' come 'nuovi' limiti alla potestà legislativa delle regioni nella disciplina del procedimento e dell'accesso

Così essenzialmente ricostruito il novellato quadro costituzionale relativo ai rapporti fra fonti legislative statali, fonti legislative regionali e fonti statutarie/regolamenti locali, in una prima riflessione conclusiva, pare necessario sottolineare che le modalità istituzionali previste nei previgenti testi normativi in materia di accesso e di tutela della *privacy* devono essere adeguatamente riformulate per calarsi nel nuovo assetto costituzio-

nalizzato delle fonti ⁽⁴⁶⁾.

Il nuovo legislatore di riforma (legge n. 15/2005), sotto tale profilo, pare non essersi preoccupato di inseguire la impervia strada di individuare il parametro costituzionale della sua disciplina in una delle competenze accordate dal legislatore di revisione al novellato art. 117, c. 2, Cost.

Pur assumendo, come tuttavia non pare consentito, che la base costituzionale della legislazione di riforma possa cogliersi nella lettera g) dell'art. 117, c. 2, Cost. (Ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali) – in assenza di una competenza espressa riconosciuta alla legge statate nel disciplinare i principi generali dell'azione amministrativa e del procedimento amministrativo – rimane, comunque, che tale interpretazione non copre la competenza a dettare disposizioni valide anche per le regioni e per gli enti locali.

Pertanto, la strada che è apparsa più idonea, nel senso di assicurarsi una simile base legale ⁽⁴⁷⁾ – oltre a quella consentita dal principio di pubblicità elevato al rango di principio fondamentale dell'ordinamento comunitario (art. II-101, Diritto ad una buona amministrazione, nonché art. II-102, Diritto di accesso ai documenti, secondo il quale “ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto”) – è apparsa quella dell'art. 117, c. 1, Cost., cioè il rispetto della Costituzione (sussumendo in tal senso gli artt. 2, 3, 97 e 98 Cost.) e soprattutto quello accolto nell'art. 117, c. 2, lettera m), della Costituzione.

In tale ottica, la novellata disposizione di cui all'art. 22, c. 2, della legge n. 15/2005, nel raccordare l'accesso ai documenti amministrativi – quale principio generale dell'attività ammini-

(46) Sul punto cfr., tra gli altri, L. OLIVERI, *Il disegno di legge di riforma della legge 241/1990. Problemi di compatibilità con la riforma della Costituzione*, in <http://www.giustamm.it>.

(47) Su cui cfr., in particolare, G. Pastori, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 3, pp. 305-321.

strativa – alla finalità di favorire la partecipazione e a quella di assicurare la trasparenza e la imparzialità della stessa, *in unum* con tali finalità, fa assurgere l'intero contenuto della legge “di disciplina generale dell'azione amministrativa” al rango di principio costituzionale (di eguaglianza) e di diritto di partecipazione, da garantirsi su tutto il territorio nazionale a tutti i soggetti (‘interessati’ e ‘controinteressati’, ai sensi del nuovo art. 22 della l. n. 15/2005) nei loro contenuti essenziali delle prestazioni.

In quanto tali, essi risultano esigibili nelle forme proprie delle garanzie giurisdizionali accordate alle situazioni giuridiche perfette innanzi alla amministrazione, di volta in volta, competente a formare o detenere l'atto/documento e garantirne l'accesso (come, più in generale, deve dirsi per le altre previsioni della legge n. 15/2005).

Se dunque la competenza ad adottare tale legge non risiede in una delle competenze esclusive ora riconosciute alla legge statale ma nella natura di (svolgimento-attuazione) di un principio costituzionale e di uno comunitario, e se, parimenti, la stessa risulta assente nell'elenco costituzionale delle competenze regionali esercitabili a titolo concorrente (con le connesse garanzie di unitarietà ascrivibili ai principi fondamentali della materia riservati alla legge statale), se ne deve concludere che la competenza formale residua in capo alle regioni e agli enti locali, nel rispetto delle loro specifiche competenze, e con facoltà di “garantire livelli ulteriori di tutela”⁽⁴⁸⁾.

In assenza di una competenza formalmente stabilita, cioè, il legislatore statale di riforma ha individuato la sua competenza a disciplinare la materia del procedimento, dell'accesso e più in generale le norme generali sull'azione amministrativa nella previsione dell'art. 117, c. 1, Cost., che statuisce limiti alla potestà legislativa statale e a quella regionale individuandoli nel

(48) Sul punto, tra gli altri, cfr. anche M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, in <http://www.federalismi.it>, 2005, n. 5; BERTOLINI, *La disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, in <http://www.astridonline.it>.

rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Quanto a tale ultimo vincolo, in verità, più di una perplessità deve sottolinearsi, in ragione della considerazione secondo cui gli artt. II-101 e II-102 del 'Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa' non risultano ancora vigenti (lo diverranno qualora gli stati membri avranno proceduto alla prevista ratifica, nella misura minima prevista dal Trattato medesimo) e per la ulteriore ragione che la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee non pare essere ancora pervenuta (pur in presenza di forti sollecitazioni in tal senso) ad individuare in modo netto il parametro della tutela del diritto di accesso nel principio generale democratico, ricollegandolo piuttosto alla disciplina specifica adottata dalle istituzioni comunitarie (e non di tutte) in virtù del loro potere di autoorganizzazione.

Ciò tuttavia non ha impedito che le stesse istituzioni comunitarie recepissero tale giurisprudenza traducendola nel Regolamento (CE) n. 1049, del 30 maggio 2001, attuativo dell'art. 255 del TCE.

Risultano, pertanto, ancora senza risposta quei rilievi critici⁽⁴⁹⁾ che colgono nella giurisprudenza comunitaria "un atteggiamento per così dire bifronte; per alcuni versi innegabilmente teso ad ampliare le prerogative dei singoli nei confronti delle istituzioni comunitarie, per altri versi refrattario ad elevare quelle stesse prerogative al rango di principio generale del diritto comunitario, sì da estenderne l'esercizio non solo nei confronti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione ma in riferimento all'insieme degli organi che popolano il complesso apparato comunitario". Naturalmente, tale affermazione è destinata ad essere rivista a seguito della piena vigenza del richiamato art. II-102 del TC.

Quanto al secondo vincolo – quello del rispetto della Costituzione (l'art. 29.2 della legge n. 15/2005 recita espressamente:

(49) Sul punto cfr. G. GERBASI, *Diritto di accesso e giudice comunitario*, in S. GAMBINO, *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 275 ss.

“nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell’azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”) – esso appare in armonia con la potestà legislativa regionale residuale/esclusiva, limitandosi, nell’ottica della ‘trasversalità’ propria della materia relativa ai ‘livelli essenziali delle prestazioni’ – che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata del Giudice delle leggi, risulta idonea a “investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle e condizionarle” (sent. 282/2002) – a disciplinare quelle materie che sono attratte nella dimensione costituzionale (unitaria e sociale) del bene fondamentale oggetto di volta in volta di tutela.

Nella materia dell’accesso, ora in considerazione, la legge n. 15/2005, così, si limita a stabilire i limiti verso il basso e non quelli verso l’alto della legge regionale di disciplina della materia per conformarla ai principi della legge statale di riforma (“livelli ulteriori di garanzia”).

Quest’ultima, pertanto, non potrà che conformarsi alle previsioni della novellata disciplina (diritti di partecipazione, all’accesso, a conoscere i motivi dell’azione, ecc.) in ragione della considerazione secondo cui i diritti riguardati da tale riforma sono quelli di partecipazione e di garanzia verso l’azione amministrativa, che sono ascrivibili fra i diritti civili, i quali, insieme a quelli sociali, sono garantiti nei relativi ‘livelli essenziali’ (che non può mai significare ‘minimi’, trattandosi di situazioni giuridiche perfette sulla base di qualificazioni costituzionali espresse) dalla lettera *m*) della più volte richiamata disposizione costituzionale⁽⁵⁰⁾.

Il legislatore regionale, così, risulta condizionato nella sua potestà legislativa residuale anche dal rispetto dei vincoli co-

(50) Così anche V. CERULLI IRELLI, *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull’azione amministrativa in ambito processuale*, in *Astrid Rassegna*, 2005, n. 4.

munitari operanti in materia nonché dei vincoli (del rispetto) dei principi costituzionali di partecipazione e di democrazia amministrativa, individuati come livelli essenziali di prestazione essenziale da garantire, al di là dei quali rimane piena la potestà legislativa regionale di sviluppo della materia *de qua* nel senso ulteriormente garantistico.

Anche gli enti locali, nell'ambito della relativa competenza, vedono condizionata la potestà statutaria e regolamentare (loro riconosciuta dall'art. 114, c. 2, e dall'art. 117, c. 4, Cost.) dall'obbligo del "rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge", laddove per tali principi, in quanto ora assunti come principi di rango costituzionale, – sia pure la formulazione adottata appaia del tutto involuta – non pare potersi fare riferimento ai soli principi desumibili dalla medesima legge di riforma (come poteva affermarsi per il previgente testo della legge n. 241/90), ma alla stessa disciplina di dettaglio accolta nella legge di riforma (legge n. 15/2005).

La previsione delle regioni e degli enti locali fra i soggetti riguardati paritariamente dall'appena richiamato obbligo del 'rispetto del sistema costituzionale' nell'esercizio delle rispettive competenze (legislative e regolamentari), in una interpretazione dell'art. 117, VI co, Cost. che risulta affatto pacifica circa i limiti della potestà regolamentare degli enti locali con riferimento alla disciplina dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, portano anche a sottolineare una equiparazione delle due tipologie di istituzioni-enti (regioni ed enti locali) e con essa dei relativi procedimenti di cui sono titolari in quanto 'amministrazioni procedenti'.

In altri termini, ciò porta al riconoscimento pieno in capo agli enti locali della potestà regolamentare loro costituzionalmente riconosciuta, ivi compresa nell'ambito della disciplina dei procedimenti e della disciplina generale dell'azione amministrativa interna agli stessi, in tal modo limitandosi, nelle materie di rispettiva competenza, sia la potestà regolamentare dello Stato (nelle competenze di sua esclusiva pertinenza) che

quella delle regioni.

In capo allo Stato, come si è già ricordato, resta la sola competenza esclusiva in materia di giustizia amministrativa, ai sensi di quanto previsto dalla lettera l) dell'art. 117, c. 2, Cost., ora novellatamente disciplinata al capo IV bis e al nuovo art. 25 della l. n. 15/2005.

5. *Problematiche di coordinamento fra diritto di accesso (l. n. 15/2005) e diritto alla riservatezza (d.lgs. n. 196/2003). Bilanciamento fra i due richiamati diritti nella giurisprudenza amministrativa. Recessività del diritto di difesa in riferimento alla riservatezza dei dati monetari e alla stabilità dei mercati finanziari: primi cenni problematici sulla recente sent. n. 32/2005 della Corte costituzionale*

Un ultimo profilo sarà ora oggetto di considerazione, anche in ragione dei complessi e tuttora irrisolti problemi di coordinamento fra la novellata disciplina del diritto di accesso, in generale, – inclusiva delle disposizioni di disciplina (all'art. 24) delle ipotesi di esclusione dal diritto di accesso⁽⁵¹⁾ e di quelle relative (all'art. 24.6) alla disciplina regolamentare per i documenti amministrativi per i quali il Governo, con il regolamento n. 184 del 2006, adottato ai sensi dell'art. 17, c. 2, della legge n. 400/1988, può prevedere casi di sottrazione all'accesso – e la previsione di garanzia dell'accesso da parte dei richiedenti per i quali l'accesso ai documenti amministrativi costituisce conoscenza necessaria “per curare i propri interessi giuridici” (art. 24.7, legge n. 15/2005).

In tale disposizione, infatti, il legislatore di riforma, espressamente, prevede che “[...] nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60

(51) Sul punto cfr F. GARRI, *Esclusione del diritto di accesso*, in AA.VV. (a cura di V. ITALIA), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, p. 1040.

del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”⁽⁵²⁾.

A sua volta, il richiamato art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 (Dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale) stabilisce 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”.

Sotto il profilo del rapporto fra i due diritti⁽⁵³⁾, quello relativo all’accesso e quello relativo alla protezione dei dati personali⁽⁵⁴⁾ (dati cd. sensibili), il richiamato Codice stabilisce chiaramente, all’art. 59 (Accesso a documenti amministrativi), che “[...] fatto salvo quanto previsto dall’art. 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l’esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e

(52) In merito all’adeguamento della P.A. alle disposizioni del Codice sulla *privacy* si segnala che il Consiglio dei Ministri ha approvato, il 12 luglio 2005, un decreto legge di proroga del termine per adeguarsi alla disciplina sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari da parte dei soggetti pubblici. Le P.A. avrebbero dovuto adottare e rendere pubblici, entro il 15 maggio successivo, i regolamenti previsti dall’art. 20 del Codice della *privacy* sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari. Il decreto legge adottato differisce ora il termine al prossimo 31 luglio. Si tratta di un’ennesimo rinvio dei termini di adeguamento alle regole che la normativa sulla *privacy* prevede sin dal 1999. Il nuovo Codice della *privacy*, approvato con il d.lgs. 196/2003, aveva individuato la data limite per varare i regolamenti nel 30 settembre 2004, poi rinviato al 31 dicembre 2005 (d.l. 158/2004), quindi al 15 maggio 2006 (d.l. 51/2006), ed ora al 31 luglio 2006.

(53) Si segnala, tra gli altri, FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla legge 241/1990*, in <http://www.giustamm.it>; D’AURIA, *Trasparenza e segreto nell’amministrazione italiana*, in *Politica del diritto*, 1990, n. 1, p. 101.

(54) Sul punto si veda anche Cons. di Stato, 7 giugno 2006, Sez. VI.

giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico”.

Il novellato art. 24 della legge n. 15/2005 fissa i casi di esclusione dal diritto di accesso, individuandoli, oltre che nel previgente testo della legge n. 241/90, nella stessa formulazione accolta nel d.P.R. n. 352/1992 ed ora nel d.P.R. n. 184 del 2006.

La nuova disciplina, in modo almeno apparentemente immotivato (quando si rifletta soprattutto alla normativa speciale già prevista in materia, come nel caso dell'accesso agli atti pianificatori degli enti locali, secondo una legislazione risalente al tardo Ottocento, che è da ritenersi comunque non riguardata dalla attuale esclusione) presta il fianco a critiche, in particolare, per la esclusione (*ex art. 24.1.c*) dell'accesso nei confronti dell'attività “della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”, per i quali restano, comunque, ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Al contrario, l'esclusione dell'accesso relativo ai “procedimenti selettivi nei confronti di documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi” non pone problemi di particolare rilievo anche in ragione della giurisprudenza amministrativa già consolidata in materia⁽⁵⁵⁾; come pure non costituisce innovazione di pregio la previsione di esclusione nella materia relativa ai documenti coperti da segreto di Stato e a quella relativa ai procedimenti tributari.

Rimane, così, che la problematica più complessa appare tuttora quella relativa al rapporto fra diritto di accesso ai documenti amministrativi⁽⁵⁶⁾ (“la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”) e il diritto alla riservatezza di terzi, cui l'esercizio del medesimo diritto da

(55) T.A.R. Lazio, Roma, I, n. 308/2005.

(56) Sul punto, tra le altre, le osservazioni di G. VIRGA, in *www.giust.it*, 4 maggio 1999, nonché di F. CARINGELLA, in *Il foro italiano*, 1998, n. 12, parte III, p. 610 ss.

parte dei primi può in concreto arrecare pregiudizio ⁽⁵⁷⁾.

Giova qui ricordare come l'attuale legislatore di riforma, nella definizione positiva, *ex art. 22*, degli stessi "controinteressati" (individuati in tutti i soggetti già individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto che, dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza), non sembra aver spostato di molto la frontiera del rapporto fra i due diritti in gioco (quello all'accesso e quello alla riservatezza) al di là di quanto non avesse già stabilito la giurisprudenza amministrativa ⁽⁵⁸⁾.

(57) Così come resta incerta, al momento, la qualificazione della materia in termini diritto soggettivo o di interesse legittimo. Sul punto, un qualche chiarimento viene fornito dalle recentissime decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6 e 7 dell'aprile 2006. Si legge, in particolare nella decisione del C.d.S. n. 6/2006 che "la questione nondimeno è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'Adunanza plenaria, rinvenendosi nella giurisprudenza di questo Consiglio – insieme a pronunce in linea con la decisione suddetta – (V, 7 aprile 2004, n. 1669; V, 8 settembre 2003 n. 5034) decisioni che propendono per la configurabilità dell'accesso in termini di diritto soggettivo". La tesi del diritto soggettivo, invero, sembra avvalorata dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

(58) Si segnalano, tra le altre, anche le due seguenti pronunce tese a risolvere l'annosa questione del bilanciamento; "I documenti sanitari riguardano diritti essenziali delle persone, espressamente salvaguardati dalla l. 31 dicembre 1996 n. 675, che ne ha limitato la conoscenza dettando specifiche modalità di trattamento sulle quali non può riconoscersi la possibilità d'intervento da parte del giudice amministrativo fermo restando che è consentito l'accesso ai documenti medesimi qualora la conoscenza dei dati sia finalizzata alla tutela, in sede giudiziaria, di diritti di rango pari a quelli protetti" (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 luglio 2002, n. 3263); sempre nella stessa direzione afferma Consiglio Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1896, che "Nel bilanciamento di interessi che connota la disciplina del diritto di accesso, quest'ultimo prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente, salvo che non si tratti di dati personali (dati c.d. sensibili), cioè di atti idonei a rivelare l'origine razziale etnica, le convenzioni religiose, politiche, lo stato di salute o la vita sessuale di terzi, nel qual caso l'art. 16 comma 2 d.lgs. 11 maggio 1999 n. 135 (ora art. 60 d.lgs. n. 196 del 2003) prescrive che l'accesso è possibile *solo se il diritto che il richiedente deve far valere o difendere è di rango almeno pari a quello della persona cui si riferiscono i dati stessi*". In merito all'attività del Garante per la protezione dei dati personali, si veda, tra gli altri, il Provvedimento del Garante sui Dati Sanitari, *Provvedimento generale sui diritti di "pari rango"*, 9 luglio 2003. In dottrina, per una

Si possono individuare le linee giurisprudenziali fondamentali di tale bilanciamento in alcune sentenze a cui, fra le altre, ora si farà richiamo.

Il Consiglio di Stato in un ricorso giurisdizionale avente ad oggetto l'*actio ad exhibendum* ex art. 25 legge n. 241/1990, valutando la incerta natura di diritto soggettivo perfetto o di interesse legittimo dello stesso (in una ottica in cui, comunque, secondo l'Alta Corte, "affermare che una questione sia di diritto soggettivo anziché di interesse legittimo non significa attribuirle maggiore santità e rilievo"), assumeva che "[...] nel caso in cui la documentazione amministrativa, di cui sia richiesto l'accesso ai sensi dell'art. 24 della legge 7 agosto n. 241 e dell'art. 8 del d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, riguardi soggetti terzi, implicandone il diritto alla riservatezza con riferimento agli interessi epistolari, sanitari, professionali, finanziari, industriali e commerciali – per il quale spetta all'amministrazione l'apprezzamento di adeguate misure di tutela – i soggetti predetti sono controinteressati nei giudizi instaurati ai sensi dell'art. 25 legge n. 241" (corsivo nostro) e, più oltre, "[...] in sede di accesso ai documenti, il terzo cui la documentazione pertiene è legittimato ad impugnare il provvedimento di accoglimento dell'istanza di accesso che ritenga lesivo del suo diritto alla riservatezza o a contraddire alla pretesa di accesso azionata giudizialmente dal richiedente" ⁽⁵⁹⁾.

In Adunanza plenaria, lo stesso Consiglio di Stato affermava che "*Vanno considerati come controinteressati i soggetti determinati cui si riferiscono i documenti richiesti con la doman-*

concezione critica sul tema del bilanciamento, cfr. anche A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, n. 5, p. 494 ss., spec. p. 496.

(59) Sez. V, 1725, 2 dicembre 1998. Sul tema dell'*actio ad exhibendum*, si veda in giurisprudenza anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 27 marzo 2003, n. 3032, ove si consolida il principio secondo cui "l'esigenza di tutela dell'interesse giuridico di colui che richieda l'accesso ai documenti amministrativi fa prevalere detto diritto sulla contrapposta esigenza di riservatezza del terzo, entro i limiti tuttavia in cui sia necessario alla difesa di quell'interesse alla luce della norma primaria di cui all'art. 24 l. 7 agosto 1990, n. 241 [...]"

da di accesso [corsivo nostro] ⁽⁶⁰⁾. Tale principio si applica, altresì, quando sia impugnato un rifiuto di accesso a documenti riguardanti un soggetto determinato: la posizione formale di controinteressato sussiste anche quando col ricorso sia censurata l'inerzia della Amministrazione nell'adottare un provvedimento dal contenuto sfavorevole per un terzo e, a maggior ragione, qualora in sede giurisdizionale sia chiesto al giudice amministrativo di ordinare direttamente l'esibizione di documenti, in luogo dell'Amministrazione (o del concessionario di pubblico servizio) che non abbia provveduto sull'originaria istanza ⁽⁶¹⁾. Pertanto, chi ricorre al giudice amministrativo al fine di poter accedere a documenti amministrativi che coinvolgano aspetti di riservatezza di un altro soggetto, deve – a pena di inammissibilità – notificare il ricorso anche a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 21, primo comma, della legge n. 1034 del 1971 [...]. Deve pertanto ritenersi che il c.d. diritto di accesso abbia natura e consistenza di interesse legittimo e che il giudizio previsto dall'art. 25 della legge n. 241 del 1990 (salve le deroghe da esso espressamente previste) è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo”.

Tuttavia, è nella sentenza n. 59 che il Consiglio di Stato scioglie, diremmo nel modo più chiaro e netto, il dilemma relativo al contrattato rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza ⁽⁶²⁾, affermando che “[...] dopo l'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996, nel caso di richiesta di accesso ai documenti contenenti dati personali sensibili relativi a terzi posseduti da una pubblica amministrazione, *il diritto alla difesa prevale su quello della riservatezza solo se una posizione di legge espressamente consente al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta*” (corsivo nostro)

(60) Decisione 24 giugno 1999, n. 16.

(61) in merito agli aspetti processuali, ed ai poteri del difensore civico in materia di accesso dopo la legge n. 15 del 2005, cfr., da ultimo, A. SACCOMANNO, R. ROLLI, *Difesa civica e protezione dei diritti fondamentali*, in *Le Corti calabresi*, 2005, n. 2, p. 521 ss., spec. p. 550.

(62) Su cui cfr. le lucide osservazioni di G. VIRGA, in <http://www.giust.it>, 4 maggio 1999, nonché di F. CARINGELLA, in *Il foro italiano*, 1998, n. 12, parte III, 610 ss.

(⁶³).

Nella richiamata sentenza, il Consiglio di Stato osserva, parimenti, che “non costituisce ostacolo a tale conclusione la circostanza, messa a rilievo dalla sentenza appellata, che numerose disposizioni di legge consentono, ed in alcuni casi impongono, al datore di lavoro di conoscere, sia pure a mezzo di un medico designato, le condizioni di salute dei lavoratori. La tesi accolta non disconosce al datore di lavoro la possibilità di trattare dati personali sensibili dei lavoratori allorché la legge lo consenta, ma non comporta altresì che detti dati siano acquisiti, invece che attraverso le visite periodiche, rientranti nelle misure necessarie da adottare a difesa della salute dei lavoratori, mediante richiesta ad una pubblica amministrazione, la quale li detiene per finalità diverse e non risulta autorizzata espressamente dalla legge a comunicarli a privati”.

Tale ultima decisione non poteva non comportare riflessioni problematiche, ma anche amare, circa il bilanciamento operato dall’Alto giudice amministrativo nel senso di un grave sacrificio inferto al diritto di accesso rispetto a quello della riservatezza.

Più corretta ed equilibrata appariva la precedente lettura di tale bilanciamento operata dallo stesso giudice (⁶⁴) nel suo considerare i terzi coinvolti, aventi titolo alla tutela della riservatezza della documentazione amministrativa, come dei controinteressati che vanno necessariamente evocati in giudizio. D’altra parte, come è stato bene osservato, “[...] il diritto alla riservatezza non è un diritto che appartiene alla p.a., ma agli interessati ai quali i documenti contenenti dati sensibili si riferiscono [...] occorre quindi non solo affermare che gli interessati ai quali i dati si riferiscono sono controinteressati nel giudizio proposto avverso il diniego di rilascio dei documenti, ma occorre soprattutto individuare le procedure in forza delle quali, ancora prima del giudizio, gli interessati stessi siano in grado di fare valere le

(63) Sez. VI, 26 gennaio 1999.

(64) Sent. n. 1725, del 2 dicembre 1998.

proprie ragioni (e cioè il loro diritto alla riservatezza)”⁽⁶⁵⁾.

Tali procedure possono essere agevolmente individuate nella previsione della legge di riforma del procedimento relativa all’obbligo di avviso dell’inizio del procedimento ai soggetti direttamente riguardati ma anche a tutti coloro che dallo stesso possono subire un pregiudizio. È dunque in tale previsione di legge che può individuarsi nel vigente ordinamento la disciplina legislativa in base alla quale l’amministrazione adita potrà verificare, in concreto, la eventuale prevalenza del diritto alla riservatezza rispetto a quello di accesso.

A tale discutibile scelta di bilanciamento, accolta nella appena richiamata sentenza, in un interminabile e non risolto conflitto fra i due diritti in gioco, sembra provvedere il Tar Lombardia allorchè, sempre con riferimento al rapporto fra diritto di accesso e diritto alla *privacy*, assume che “[...] deve ritenersi prevalente il diritto di accesso su quello della riservatezza tutte le volte in cui siano in gioco interessi giuridicamente rilevanti per la cui difesa sia necessario conoscere l’attività amministrativa [...]. In materia di *privacy*, la legge 31 dicembre 1996, n. 675 non detta alcuna norma di coordinamento tra le due discipline, limitandosi, all’art. 43, a disporre che restano ferme le disposizioni in materia di accesso, lasciando in tal modo all’interprete il compito di delimitare di volta in volta i rispettivi confini. Il decreto legislativo 11 luglio 1999 n. 135, nel definire i principi generali in base ai quali i soggetti pubblici sono autorizzati a trattare dati sensibili o attinenti a particolari provvedimenti giudiziari, stabilisce, in particolare, all’art. 16, lettera c), che l’attività di accesso, svolta in conformità alla legge n. 241 ed alle norme di attuazione, è di rilevante interesse pubblico ai sensi dell’art. 22 della legge n. 675/96. *Ne deriva, in linea di principio, la legittimità dell’accesso anche a dati sensibili, spettando all’amministrazione, in sede regolamentare, in base alla nuova formulazione dell’art. 22, commi 3 bis e 4, specificare quali dati sensibili sono suscettibili di trattamento mediante*

(65) Cfr. G. VIRGA, in <http://www.giust.it>, 4 maggio 1999.

l'accesso” (corsivo nostro) ⁽⁶⁶⁾.

Se complessivamente, incerto e non certamente consolidato risultava il bilanciamento fra i due diritti secondo le letture che ne sono state fatte dai giudici amministrativi, l'attuale previsione della legge di riforma nella disciplina del rapporto fra le due richiamate situazioni giuridiche protette, nel fondo, non fa che reiterare tale disciplina, sancendo (art. 24, c. 7), con la introduzione di due avverbi (*comunque* e *strettamente*), l'obbligo in capo all'amministrazione di garantire il diritto di accesso per finalità connesse alla esigenza di difesa (cura e difesa dei propri interessi giuridici) e prevedendo, al contempo, con riferimento ai dati sensibili e a quelli giudiziari, una deroga a tale regime generale vincolata al limite dello “strettamente indispensabile”, e comunque nel rispetto dei termini sanciti dall'art. 60 del Codice sulla protezione dei dati personali.

Come si è già ricordato, tale ultima previsione stabilisce in capo all'amministrazione una verifica della concretezza e dell'attualità della situazione giuridica a base della richiesta di accesso e della relativa parificazione sostanziale con il diritto della personalità o di altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile dell'interessato. Un bilanciamento a cui fin qui il giudice amministrativo sembrava essere pervenuto, ma così non è stato, come si è poc'anzi sottolineato, e che lascerà le amministrazioni pubbliche in una situazione complessa e difficile. Ciò anche in ragione delle responsabilità dell'agente amministrativo che leda l'uno o l'altro interesse in gioco, i quali potranno avvalersi delle tutele giurisdizionali proprie di situazioni giuridiche perfette che, in quanto livelli essenziali di prestazioni si vedono ora riconosciuta la esigibilità propria dei diritti soggettivi perfetti e con essa le corrispondenti tutele inibitorie e risarcitorie. Una situazione – quest'ultima – che una recente, discutibile, pronuncia del Giudice delle leggi (sent. n. 32/2005) non fa

(66) Sez. II, sent. 23 giugno 2000, n. 4615, che richiama Cons. Stato, Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5. Nello stesso senso cfr. anche un recente sentenza del T.A.R. Molise, 7 febbraio 2005, n. 146, nonché T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 23 ottobre 2003, n. 2144.

che rendere ulteriormente complicata ⁽⁶⁷⁾.

Pur motivata con argomentazioni sostanzialmente processualistiche, che tuttavia nulla tolgono alla discutibilità della decisione resa nella questione di legittimità concernente una disposizione del d.lgs. n. 58/1998 divietante l'accesso (in materia di intermediazione finanziaria e di 'tutela della stabilità dei mercati finanziari'), si può sottolineare come, nella prima delle due richiamate pronunce, a scorrere l'intero 'considerato in diritto', la Corte riesce a non fare alcun riferimento alle previsioni di cui alla legge n. 241/90, rapportandosi alle sole previsioni della legge regolativa della materia *de qua*, nonché alle previsioni degli artt. 76 e 97 Cost., proprio in questa ultima disposizione costituzionale individuando il non irragionevole temperamento dell'interesse del singolo (impossibilitato ad accedere al provvedimento conclusivo del procedimento svolto dalla CONSOB) e le "garanzie delle quali l'attività di vigilanza deve essere circondata per risultare funzionale alle finalità cui essa è preordinata, sicché la disposizione censurata appare ispirata proprio ad un criterio di buon andamento dell'amministrazione e di imparzialità dell'azione amministrativa", da cui appunto ne discende, per il Giudice delle leggi, l'infondatezza della censura sollevata in riferimento all'art. 3 e all'art. 97 Cost.

Il diritto di difesa nel processo civile, almeno con riferimento alla tutela della riservatezza dei dati monetari e alla stabilità dei mercati finanziari, così, diviene recessivo, in tal modo operandosi, da parte della Corte, un bilanciamento che risulta indubbiamente 'sbilanciato' a favore della stabilità dei mercati

(67) "Dopo avere aperto uno spiraglio – come icasticamente ha sottolineato S. NICODEMO (in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 marzo 2005) – (la Corte) chiude la porta e impedisce [...] l'accesso".

Di tenore diverso risulta l'ultimo orientamento giurisprudenziale in materia; in esso la Corte (sent. n. 399/2006) riafferma il principio secondo cui "l'accesso ai documenti amministrativi attiene, di per sé, ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", confermando che non spetta "allo Stato dare attuazione alla direttiva comunitaria 2003/4/CE in materia di informazione ambientale, proprio perché sullo Stato incombe il dovere di fissare i livelli essenziali di tutela, validi per l'intero territorio nazionale".

(art. 47 Cost) e a disfavore del diritto di difesa (artt. 103 e 113 Cost.).

Se, in vigenza della novellata legge n. 241/90, questa è la prima decisione del Giudice delle leggi e se questo è il bilanciamento consentito dalla nuova previsione dell'art. 24, c. 7, della legge n. 15/2005 fra beni costituzionali di pari forza e valore, ci sarebbe forse solo da assumere che la stessa appare come una sorta di sentenza-monito al legislatore (pur senza esserlo formalmente) per richiamare che siamo tuttora in presenza di un vuoto normativo e che, pertanto, l'ordinamento abbisogna di nuove disposizioni di disciplina di tale equilibrio e del relativo bilanciamento⁽⁶⁸⁾.

Ritenere che l'amministrazione debba assumere tale responsabilità appare indubbiamente eccessivo, incongruo e foriero di responsabilità (personali e) istituzionali delle amministrazioni pubbliche. Appunto ciò di cui non si ha affatto bisogno.

(68) Di notevole rilievo, al fine di identificare una posizione qualificata in relazione del diritto di accesso, in giurisprudenza di recente, si veda T.A.R. Lazio – Roma sez. III – sentenza 30 marzo 2006, n. 2212. Nel caso di specie il concorrente ad una gara pubblica vanta un interesse qualificato all'accesso agli atti della procedura, a fronte del quale non può essergli opposto il diritto alla riservatezza degli altri partecipanti. Tale assunto innovativo viene giustificato “atteso che, con l'ammissione alla gara, la documentazione prodotta e l'offerta tecnico – progettuale presentata fuoriescono dalla sfera di dominio riservato della singola impresa per formare oggetto di valutazione comparativa”. Il principio è degno della massima considerazione in quanto il giudice amministrativo prosegue affermando che il concorrente “ha diritto di estrarre copia e non già solo di prendere mera visione di tutti gli atti della procedura medesima, ivi comprese le offerte tecniche ed economiche degli altri concorrenti”.