

Note sul “diritto di accesso” dei consiglieri comunali*

di

Maria Ida Rinaldi

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La ritrovata autonomia dell'ente Comune - 3. La figura del consigliere comunale. - 4. Diritto di informazione e diritto di accesso. - 5. Diritto di informazione e riservatezza. - 6. I principali orientamenti della giurisprudenza.

1. Del diritto di accesso la dottrina ha ampiamente indagato le origini, la natura giuridica e i limiti, iscrivendolo all'interno della relazione sempre meno autoritaria che caratterizza l'agire della pubblica amministrazione¹.

Minore attenzione è stata invece dedicata al c.d. “diritto di accesso dei consiglieri comunali”, che, del diritto di accesso *tout court*, condivide, a ben vedere, solo la denominazione, trattandosi di posizione giuridica tutt'affatto diversa.

Lo scopo di queste note è appunto quello di far luce, anche traendo spunto dai più recenti orientamenti giurisprudenziali, sull'effettivo atteggiarsi di questa posizione giuridica, al fine di fugare l'equivoca ma ricorrente assimilazione dei due istituti.

Il diritto di accesso è uno dei principi dell'azione amministrativa, emanazione diretta del principio di trasparenza². Non vi è tuttavia concordia sulla natura giuridica di questa posizione

¹ * Per brevità nel corso delle note si parlerà di consiglieri comunali, ma il discorso può essere riferito anche ai consiglieri provinciali, che sotto questo e altri profili godono dello stesso trattamento giuridico riservato ai consiglieri comunali.

¹ La bibliografia in tema di diritto di accesso è ormai vastissima. Senza pretesa di completezza, si ritiene tuttavia doveroso rinviare a: I.F. CARAMAZZA, P. PALMIERI, *Documentazione e documento*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1994; C.E. GALLO, S. FOA', *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, I, Torino, 2000, 1; M.A. SANDULLI, *Accesso ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1; M. OCCHIENA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario dir. pubbl.*, I, Milano, 2006, 57; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1; L. LAMBERTI, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, 685 ss., Torino, 2005; G. ARENA – M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi* in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 409; G. PALEOLOGO, *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 8; F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 206; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso?*, in *Dir. amm.*, 1995, 315; F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 56. Per una sintetica ricostruzione della progressivo abbandono del principio del segreto verso quello della trasparenza dell'azione amministrativa: I.F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 941. Particolare attenzione agli aspetti comparatistici si rinviene nello scritto di M. D'ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. dir. Pubbl.*, 2000, 1.

² Riferisce limpidamente di tale derivazione G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1, il quale considera il diritto di accesso uno degli strumenti con cui si attua il principio di trasparenza con la finalità principale di assicurare lo svolgimento imparziale dell'azione amministrativa: “Considerando il ruolo «arbitrale» ma non neutrale svolto dall'amministrazione durante la definizione del fine pubblico nell'ambito del procedimento si comprende meglio perché il legislatore ha posto la trasparenza dell'attività che si svolge durante tale procedimento come fine primario del diritto di accesso (senza distinguere fra accesso infra ed extraprocedimentale), chiarendo contemporaneamente che l'obiettivo secondario cui si mira grazie alla trasparenza è lo «svolgimento imparziale» dell'attività procedimentale.”. Sottolinea il cambiamento epocale introdotto nella tradizione amministrativa italiana dall'art. 22 della legge 241/90, anche I. F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

giuridica soggettiva³, pur essendo indiscusso il ruolo che riveste nell'ambito dell'agire imparziale della pubblica amministrazione⁴.

1995, 941. L'Autore ricostruisce il lento passaggio dal principio del segreto a quello della trasparenza ricordando tra l'altro come nel nostro ordinamento il segreto amministrativo fosse: "... garanzia secondo una tradizionale dottrina cinica e pragmatica, modellata sugli schemi francesi, non solo di «tranquillità del funzionario» ma anche di efficacia dell'azione amministrativa"... dal momento che, secondo questa impostazione, l'autorità della pubblica amministrazione si afferma proprio nella misura in cui il cittadino è tenuto a distanza. Dello stesso tenore anche le osservazioni riportate da A. ANZON, *Segreto (segreto d'ufficio – dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1: "Il segreto amministrativo, secondo la tesi ormai classica di M. Weber, è la «scoperta specifica» della moderna burocrazia, lo strumento mediante il quale essa, monopolizzando il proprio sapere professionale, accresce e consolida la propria posizione di potenza (...). Indubbiamente questa impostazione è quella che più si attaglia ad una concezione della burocrazia pubblica come sistema chiuso, separato e contrapposto rispetto la società civile."

³ Non si intende in questa sede ripercorrere l'intero dibattito che ha interessato la giurisprudenza e la dottrina fin dalla introduzione dell'istituto nel 1990. Basterà semplicemente rammentare che la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato se nel 1999 sposava l'indirizzo dottrinale che sosteneva fosse, quello all'accesso, un interesse legittimo (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. decisione n. 16 del 1999, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2000, 148 con commento di C. CACCIAVILLANI), nel 2006, con le decisioni nn. 6 e 7, mutando drasticamente orientamento, ha viceversa affermato che: "La tesi del diritto soggettivo risulta corroborata – come sottolineato anche in dottrina – dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione (art. 22, co. 2, legge n. 241, come modificato dalla legge n. 15 del 2005) e dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva di questo giudice (art. 25, comma 5, della legge n. 241, come modificato dalla legge n. 80 del 2005).

Non sembra peraltro, che nella specie, rivesta utilità ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso, prendere posizione in ordine alla natura della posizione soggettiva coinvolta.

L'accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente in tale contesto, che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto.

Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi).

Il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione, con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata. In altre parole, la natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati.

Sotto tale punto di vista, il giudizio a struttura impugnatoria consente alla tutela giurisdizionale dell'accesso di assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante e, al contempo, quell'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che si è visto essere pertinenti ai rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa." In dottrina si registrano analoghe perplessità; per la qualificazione dell'accesso all'interno dei diritti soggettivi si vedano: L. LAMBERTI, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 685, in particolare 692; C.E. GALLO, S. FOA', *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, I, Torino, 2000, 1, in particolare 5. Sostengono si tratti invece di interesse legittimo: M. OCCHIENA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario dir. pubbl.*, I, Milano, 2006, 57, in particolare 62; M.A. SANDULLI, *Accesso ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1, in particolare 11.

⁴ Sul punto concorda pressoché tutta la dottrina; si veda C.E. GALLO, S. FOA', *op. cit.*, 4, ed anche G. ARENA, *op. cit.*, 2.

Il diritto di accesso, come è noto, è stato codificato in via generale dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990⁵ al termine di un tormentato iter legislativo che aveva visto procedere due separati disegni di legge, dedicati rispettivamente al procedimento amministrativo in generale e all'accesso ai documenti amministrativi, poi congiunti in un'unica proposta normativa durante la fase di approvazione. Il testo normativo, completo con i necessari regolamenti di attuazione, ha subito poi delle rilevanti incisioni ad opera delle recenti leggi nn. 15 e 80 del 2005.

La citata legge 241/90, legge generale sul procedimento amministrativo, a seguito delle modifiche introdotte nel 2005, riconosce il diritto di accesso a soggetti portatori di un interesse *“diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso”*⁶. La legittimazione all'accesso è riconosciuta pertanto solo a chi possiede un interesse di immediata rilevanza a conoscere il documento, perché a quel documento si ricollega una situazione giuridicamente qualificata, sulla cui natura, però, il legislatore si guarda bene dal pronunciarsi⁷. Quel che è certo è che non è stata accolta l'impostazione di Nigro⁸ che mirava ad attribuire al diritto di accesso una legittimazione diffusa in qualità di vera e propria azione popolare.

Dopo oltre un quindicennio dalla sua codificazione nel diritto positivo, peraltro, l'istituto dell'accesso non è stato ancora del tutto *“assimilato”* dal *“sistema pubblica amministrazione”*, come testimoniato dal dibattito, non ancora sopito, che attribuisce all'accesso ora natura di diritto soggettivo ora di interesse legittimo. Prova più evidente dell'ambivalenza di vedute è fornita dalla stessa giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, a distanza di meno di dieci anni, ha mutato radicalmente orientamento, passando dalla qualificazione dell'accesso come interesse legittimo a quella di diritto soggettivo.

In questo quadro di fondo, l'intento di queste note non è, tuttavia, quello di tratteggiare una ricostruzione della disciplina generale in materia di diritto di accesso, quanto quello di verificare se ed in che misura la normativa dettata per il diritto di accesso negli artt. 22 e seguenti della legge 241/90, sia riferibile anche al *“diritto di accesso”* del consigliere comunale previsto nell'art. 43 del T.U. 267/2000. A tal fine è utile raffrontare la posizione giuridica del consigliere comunale che richiede informazioni su atti e attività dell'ente Comune, con quella attribuita in generale al cittadino interessato dall'azione amministrativa, di cui al capo V della citata legge sul procedimento amministrativo.

5

Come è noto esistono degli antecedenti normativi alla legge del 1990 pur se di portata settoriale: si pensi all'art. 25 della legge n. 816/1985 ed ancora prima all'art. 62 del T.U. Com. Prov. del 1934, poi seguite e ampliate dall'art. 7 della legge 142/90, che consentivano ai cittadini di prendere visione ed estrarre copia di tutte le delibere comunali e provinciali, ed ancora all'art. 31 della legge 1150/1942, come modificato dall'art. 10 della legge 765/1967 in materia urbanistica.

⁶ Prima delle modifiche introdotte dall'art. 15 della legge 15/2005, il testo dell'art. 22 era il seguente *“Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge”*.

⁷ Critiche sotto questo profilo le considerazioni di L. LAMBERTI, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 700 *“...per tal via, il legislatore rinuncia alla elaborazione di una disciplina legislativa di immediata e diretta applicazione, per approdare ad una formula che, per la concreta realizzazione del diritto di accesso, postula una attività della P.A. non limitata alla materiale applicazione ma estesa ad una analisi circa la ricorrenza di requisiti e condizioni e perciò di non facile esecuzione e tale da rendere probabile la verifica giudiziaria”*.

⁸ Come noto, infatti, l'intento della Commissione Nigro era quello di introdurre nell'ordinamento un diritto di accesso consentito a tutti nelle forme di vera e propria azione popolare, come previsto nell'ambito degli enti locali dall'art. 7 della legge 142/90, oggi art. 10 del D.L.vo 267/2000.

2. Il Comune, ente pubblico territoriale a carattere esponenziale⁹, ha visto recentemente riaffermata e potenziata la propria autonomia. Oggi le funzioni riconosciute e attribuite a questo ente sono accresciute nel numero e mutate quanto alla loro giustificazione sostanziale.

In questa ottica, è stata fondamentale la legge n. 142/1990, con la quale è culminato il processo di affievolimento del modello di organizzazione amministrativa di tipo uniforme recepito nel 1934 con il Testo Unico delle leggi Comune e Provincia¹⁰. Un modello uniforme¹¹ delineato compiutamente nel Regio Decreto 3 marzo 1934 n. 383 che non poteva certamente dirsi in linea con l'impianto costituzionale adottato negli anni successivi, ed in particolare con il principio di autonomia degli enti territoriali. Principio che venne consacrato nella Carta Costituzionale, proprio a voler sottolineare che tali enti sono forniti di autodeterminazione nelle scelte di natura politica, ovverosia del massimo grado di libertà possibile all'interno di una organizzazione unitaria, seppur policentrica¹².

E' proprio dalla concreta attuazione del principio autonomistico di matrice costituzionale che derivano l'attribuzione della potestà statutaria, prima nella legislazione ordinaria e poi confermata e garantita a livello costituzionale¹³, nonché il sistema di elezione diretta del sindaco. Quest'ultima modifica ha impresso un notevole rafforzamento al principio di autogoverno,

⁹ Come sinteticamente riporta F.G. SCOCA in *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 321, gli enti pubblici locali sono "enti esponenziali della collettività stanziata sul loro territorio; sono cioè esponenti di un gruppo (sociologicamente inteso) il cui criterio di coesione è dato dal luogo ove si svolge la vita dei suoi membri...l'ente esponenziale è, di conseguenza, per sua natura un ente con finalità generali."

¹⁰ In effetti il modello di organizzazione di comuni e province delineato nel R.D. 4/02/1915 n. 148 e nel R.D. n. 383 del 3/03/1934 è il medesimo per tutti gli enti i quali, privati di qualsiasi autonomia, finivano per avere una organizzazione identica nonostante le macroscopiche differenze, nel rispetto del principio di uguaglianza formale, ma con patente violazione del principio di uguaglianza sostanziale. Come sintetizzato anche da: L. VANDELLI, R. SCARCIGLIA, *Comune (Riforma IV)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1995, 8 "Anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 142/1990, con il riconoscimento a comuni (e province) di autonomia statutaria, un rigido criterio di uniformità caratterizzava gli enti locali territoriali. A questo modello corrispondeva una tradizionale estensione della disciplina legislativa alla globalità degli aspetti della organizzazione e del funzionamento dei comuni."

¹¹ Sulla uniformità del modello organizzativo degli enti locali e sul progressivo affermarsi di strutture differenziate, si rinvia a: D. D'ORSOGNA, *Note su uguaglianza e differenza nella disciplina delle autonomie territoriali*, Relazione al convegno di Copanello (30 giugno-1 luglio 2006) su *Principi generali del diritto amministrativo e autonomie territoriali*; MERLONI F., *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2002; 413; ID., *La ricerca scientifica tra autonomia e indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione*, in *Ist. del federalismo*, 2002, 797; ID., *L'inutile riforma del TUEL: per una legge generale sulle Autonomie Locali*, in CLEMENTE di SAN LUCA G. (a cura di), *Nodi problematici e prospettive di riforma del Testo Unico degli Enti Locali*, Torino, 2006; CARLONI E., *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; PIOGGIA A., *I principi come limite dell'organizzazione degli enti locali*, Relazione al convegno di Copanello (30 giugno-1 luglio 2006) su *Principi generali del diritto amministrativo e autonomie territoriali*.

¹² Illuminante sotto questo profilo il richiamo operato da L. VANDELLI, R. SCARCIGLIA, *op. cit.*, 1, dell'intervento dell'On. Ruini nei *Resoconti Assemblea Costituente*, 17.7.1947, 5890 dal quale si evince che la scelta «enti autonomi» in luogo di «enti autarchici» non è stata casuale, ma frutto di attenta analisi, dal momento che con il termine «enti autarchici territoriali» si sarebbe diminuita la forza di tali enti.

¹³ Già la legge 142/90 aveva impresso un deciso mutamento rispetto alla legislazione previgente nel senso di una chiara affermazione della autonomia statutaria come affermato nell'art. 2 (oggi articolo 3 del D.L.vo 267/2000) che recita: "1. Le comunità locali, ordinate in comuni e province, sono autonome. 2. Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo. 3.... 4. I comuni e le province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa ed amministrativa,..." In questo contesto, decisivo è stato il processo di riforma in senso federalistico del nostro ordinamento che ha portato allo sviluppo ed esaltazione del principio autonomistico nelle forme del riconoscimento espresso, nell'art. 114 della Carta Costituzionale, della autonomia statutaria. Trova così piena attuazione uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento sancito nell'art. 5 della Costituzione, ovverosia il riconoscimento e l'attuazione della plurisoggettività all'interno della unità ordinamentale.

attribuendo direttamente ai cittadini residenti nella circoscrizione comunale il compito di eleggere il massimo rappresentante dell'ente, la cui nomina per l'innanzi era stato appannaggio dei consiglieri comunali¹⁴.

E' in questo mutato contesto istituzionale, caratterizzato dal progressivo inveroamento del principio autonomistico, che deve collocarsi lo studio delle prerogative esercitate dal consigliere comunale, ed in particolare del "*diritto di ottenere dagli uffici ...tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato*"¹⁵.

Il consigliere è la persona fisica incardinata all'interno del Consiglio Comunale, che è organo collegiale competente all'adozione degli atti che stanno alla base dell'esistenza stessa dell'ente Comune. La centralità del ruolo rivestito da questo organo si spiega agevolmente se si riflette sul fatto che il Consiglio è organo elettivo, espressione quindi della volontà popolare e dunque la sede più idonea a dar vita al dibattito politico da porsi alla base di ogni scelta vitale per l'ente¹⁶. E' per questa ragione che tra gli atti di competenza del Consiglio troviamo, tra gli altri, gli atti di pianificazione urbanistica, edilizia e commerciale; gli atti con cui si dispone delle risorse finanziarie, o se ne verifica a consuntivo l'utilizzo; gli atti con i quali si decidono dismissioni o incrementi patrimoniali; gli atti con cui si assumono le scelte in ordine alle modalità di gestione dei servizi da offrire alla collettività¹⁷.

¹⁴ L'art. 34, comma 1, della legge 142/90 prevedeva, prima della modifica introdotta dall'art. 16 della legge 81/1993, che il sindaco e il presidente della Provincia fossero eletti, alla prima adunanza, dal rispettivo consiglio nel suo seno.

¹⁵ Art. 43, comma 2, D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267.

¹⁶ Sul procedimento elettorale come principale forma di legittimazione del potere, si rinvia a A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1981, 450 e 451 "... ricordiamo come la principale fonte di legittimazione del potere statale sia costituita, negli Stati a governo parlamentare, dalle elezioni politiche, tramite cui si attua il principio rappresentativo che informa di sé l'intera organizzazione del potere".

¹⁷ L'art. 42 D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267, che ripete senza sostanziali mutamenti quanto previsto nell'art. 32 della legge 142/90, è rubricato "Attribuzioni dei consigli" e recita: "1. Il consiglio è l'organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo. 2. Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: a) statuti dell'ente e delle aziende speciali, regolamenti salva l'ipotesi di cui all'art. 48, comma 3, criteri generali in materia di ordinamento degli uffici e dei servizi; b) programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali e elenco annuale dei lavori pubblici, bilanci annuali e pluriennale e relative variazioni, rendiconto, piani territoriali ed urbanistici, programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, eventuali deroghe ad essi, pareri da rendere per dette materie; c) convenzioni tra i comuni e quelle tra i comuni e provincia, costituzione e modificazione di forme associative; d) istituzione, compiti e norme sul funzionamento degli organismi di decentramento e di partecipazione; e) organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione; f) istituzione e ordinamento dei tributi, con esclusione della determinazione delle relative aliquote; disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni dei servizi; g) indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza; h) contrazione di mutui a aperture di credito non previste espressamente in atti fondamentali del consiglio ed emissione di prestiti obbligazionari; i) spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo; l) acquisti e alienazioni immobiliari, relative permutate, appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che comunque non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari; m) definizione degli indirizzi per la nomina e la designazione di rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni, nonché nomina dei rappresentanti del consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge. 3 Il consiglio, nei modi disciplinati dallo statuto, partecipa altresì alla definizione, all'adeguamento e alla verifica periodica dell'attuazione delle linee programmatiche da parte del sindaco o del presidente della provincia e dei singoli assessori...".

Se queste sono, in sintesi, le principali competenze del Consiglio Comunale¹⁸, è evidente che ampio e corposo è il mandato che i consiglieri sono chiamati ad assolvere. A tal fine riveste importanza centrale la conoscenza delle circostanze e dei fatti che di ogni decisione costituiscono irrinunciabile presupposto.

Sulla base di queste premesse vanno analizzate la portata e i limiti del “diritto di accesso” dei consiglieri comunali, che, più correttamente, è bene qualificare come *diritto di informazione*¹⁹, il

¹⁸ Per una analitica disamina delle modalità di costituzione e funzionamento, nonché delle competenze del consiglio comunale si vedano: E. DE MARCO, *Comune*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 256; L. VANDELLI, R. SCARCIGLIA, *Comune (Riforma IV)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1995; C.M. IACCARINO, *Consiglio comunale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 184.

¹⁹ Il diritto di informazione ha nel nostro ordinamento matrice costituzionale, trovando fondamento nell'art. 21 della Costituzione. Tuttavia, quando si parla di diritto di informazione, emerge immediatamente la divaricazione tra lato attivo e lato passivo del diritto, ovvero la posizione soggettiva di chi diffonde notizie ed informazioni, *id est* libertà di manifestazione del pensiero, contrapposta a quella di chi tali notizie dovrebbe essere libero di ricevere e ricercare. Ora, avendo la nostra Costituzione garantito specificamente il diritto all'informazione intesa in senso attivo, si pone il problema di quale tutela appronti l'ordinamento al diritto all'informazione intesa in senso passivo; sembrerebbe infatti da un lato che tale pretesa sia sfornita di azionabilità data l'indeterminatezza dei destinatari, ma, d'altro canto, “l'indifferenza per la posizione dell'utente dei servizi informativi è costituzionalmente insostenibile”, come rilevato da C. CHIOLA, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989. Anche A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 472, distingue “il duplice ordine di situazioni soggettive connesso sia all'attività acquisitiva di conoscenze («l'informarsi») sia al comportamento attivo di espressione («l'informare»).” sottolineando che “Nel vigente ordinamento, soltanto questo ultimo comportamento riceve una espressa garanzia costituzionale (art. 21 Cost.) e, per precisione di nomenclatura, si è proposto di individuarlo con una formula diversa e cioè: libertà di espressione.” Per quanto attiene invece all'attività di “informarsi”, questa viene ricostruita dall'autore citato come vera e propria precondizione per la formazione dell'opinione pubblica e per la sopravvivenza dei principi costituzionali a fondamento dello stesso sistema democratico. E' proprio questo suo “carattere strumentale” rispetto alla realizzazione di principi costituzionali a costituire il fondamento giuridico, anch'esso di livello costituzionale seppure implicito, a tale libertà vista come “diritto di informazione”. Contenuto ed oggetto di tale diritto sarebbero allora la possibilità di porre in essere tutte quelle attività di ricerca ritenute necessarie e dirette verso le varie fonti di informazione, e ciò in quanto la “...garanzia costituzionale...sembra tutelare più la possibilità di svolgere un'attività conoscitiva che non la pretesa di ottenere una determinata notizia”, come sostenuto da A. LOIODICE, *op. cit.*, 477. Se dunque nel nostro sistema il principio di libertà di informarsi si traduce nel diritto a ricercare le informazioni, il limite a tale diritto può derivare solo dalla necessità di salvaguardare altri valori e principi costituzionali: “Tale limite presenta una sua peculiarità in quanto rivela una complessità oggettiva e soggettiva, nel senso che individua contemporaneamente: le sfere di notizie non acquisibili dalla generalità e l'ambito dei soggetti che vi possono accedere.”, ID, *op. cit.*, 485. Ed ancora, per spiegare più chiaramente la portata dei limiti alla libertà di informazione, si sostiene che: “L'esercizio della libertà consente di acquisire una «conoscenza», che è suscettibile di porsi come causa di tutta una serie, più o meno prevedibile, di «comportamenti»; se, tra questi ultimi, alcuni si rivelassero lesivi di determinati «interessi», (che l'adempimento dei «doveri costituzionali» vieta invece di danneggiare) non si può escludere che la Costituzione legittimi una normativa idonea a salvaguardare i medesimi; normativa che, peraltro, può articolarsi sia in disposizioni repressive (che vietano il comportamento lesivo) sia in disposizioni preventive (che eliminano le cause dei comportamenti)... la disciplina dei segreti svolge una funzione preventiva, nel senso che tende ad eliminare l'acquisizione di quelle conoscenze che sono suscettibili di causare comportamenti lesivi degli interessi tutelati dalla previsione dei doveri costituzionali. Si esclude così che l'informazione possa esplicare la sua potenzialità verso direzioni dannose per il sistema. Siffatto criterio, che identifica il limite sotto il profilo oggettivo ne determina anche l'ambito soggettivo perché consente di individuare i soggetti legittimati a conoscere, in altri termini, esso si sviluppa in una duplice prospettiva: in primo luogo, le sfere di segreto o di riservatezza che non siano collegate agli interessi citati non si giustificano e non possono limitare la libertà in esame; in secondo luogo, sul piano soggettivo, la preclusione di conoscenza tra determinati soggetti non è legittima, se il collegamento interesse-soggetti non giustifica la probabilità di un comportamento dannoso determinabile dalla causa conoscitiva che s'intende precludere.”, ID, *op. cit.*, 485, 486. Sostanzialmente analoghe su questo punto, le considerazioni di A. ANZON, *op. cit.*, 2, per la quale la Carta Costituzionale: “lungi dal legittimare una generalizzata esigenza di segreto dell'attività degli apparati amministrativi, impliciti, all'opposto, un

cui esercizio è strumentale all'acquisizione di quella conoscenza funzionale ad un adeguato e consapevole svolgimento del mandato elettorale.

3. L'analisi della portata e dei limiti del diritto all'informazione del consigliere comunale, richiede un breve inquadramento della figura cui tale diritto è attribuito.

Il consigliere comunale è persona fisica che compone l'organo collettivo Consiglio Comunale. Il rapporto di servizio che si instaura con l'ente Comune è di tipo onorario²⁰ e l'incardinamento nell'ufficio, mediante l'atto di investitura, avviene al momento della proclamazione degli eletti. E' proprio a partire da questo momento che può dirsi costituito tanto il rapporto di servizio quanto il rapporto di ufficio, ed è pertanto con la proclamazione degli eletti che sono concretamente azionabili tutte le prerogative connesse alla posizione ricoperta.

Tra queste si colloca anche il diritto di ottenere notizie ed informazioni utili all'espletamento del mandato, altrimenti detto "diritto di accesso dei consiglieri comunali", previsto nell'art. 43, comma 2 del D.l.vo 267/2000, recante il Testo Unico in materia di enti locali, che recita: "*I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del Comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie ed informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.*"

La norma è contenuta in un Testo Unico che ha carattere novativo, ma che sul punto ribadisce quanto già previsto nell'art. 31 della legge 142/90. Tuttavia, il vero antecedente della norma in questione si rinviene nell'art. 24 della legge 27 dicembre 1985 n. 816. Tale disposizione, rubricata: "*Esercizio delle funzioni consiliari*", recitava: "*1. I consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato. 2. Nei comuni con popolazione superiore ai 250.000 abitanti e nelle province, per l'esercizio delle funzioni sono assicurate idonee strutture fornite ai gruppi consiliari costituiti a norma di regolamento*".

E' quindi a partire dal 1985 che viene per la prima volta affermato positivamente un vero e proprio diritto di informazione a favore dei consiglieri comunali che, come attenta dottrina ha sottolineato, costituiva una autentica novità rispetto alla disciplina anteriore.²¹

generale principio di conoscibilità all'esterno dei dossiers amministrativi (...) In presenza di questo principio, eventuali deroghe o eccezioni - e cioè eventuali ipotesi di segreto - devono considerarsi ammissibili soltanto ove trovino sicuro fondamento in altre norme costituzionali e nei limiti in cui si rivelino indispensabili per garantire altri interessi e beni anch'essi costituzionalmente protetti."

²⁰ Sul punto si rinvia a: S. TERRANOVA, *Funzionario (dir. pubbl)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 280; L. GIAMPAOLINO, *Funzionario pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 55; G. VACIRCA, *Funzionario*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; G. MIELE, *Funzionario pubblico*, in *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1957, 684; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 218; M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, XI e XII.

²¹ Il riferimento è a G. PASTORI, *I diritti di informazione di cui alla legge n. 816/1985 e la loro attuazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, III, 1988, 581 e ss., in particolare 582. La disciplina previgente, contenuta nei Testi Unici n. 148 del 1915 all'art. 127 e n. 383 del 1934 all'art. 278, prevedevano infatti rispettivamente: "I Consigli comunali non possono deliberare se non interviene la metà del numero dei consiglieri assegnati al Comune; però, alla seconda convocazione, che avrà luogo in altro giorno, le deliberazioni sono valide purché intervengano almeno quattro membri. Nel caso che siano introdotte proposte, le quali non erano comprese nell'ordine di prima convocazione, queste non possono essere poste in deliberazione se non 24 ore dopo averne dato avviso a tutti i consiglieri.", e, l'art. 278: "Nessuna proposta può essere sottoposta a deliberazione di un collegio amministrativo deliberante o consultivo, se non sia stata compresa nell'ordine del giorno e, salvo casi di urgenza, se gli atti relativi non siano stati messi a disposizione dei membri del collegio almeno ventiquattro ore prima."

Informazione che, nel caso di specie, costituisce oggetto di una posizione giuridica distinta e differenziata, avente la consistenza di “diritto”, attribuita ad un soggetto in virtù delle funzioni ricoperte. Posizione quindi che, seppur in generale trova scaturigine nell’art. 21 della Costituzione, appare tuttavia individualizzata e parte integrante del patrimonio giuridico del singolo consigliere.

Nella normativa del 1985 il diritto in questione appare limitato da due ordini di fattori: l’uno relativo alla tipologia degli atti conoscibili, l’altro in relazione alle ragioni per cui le informazioni possono essere richieste. L’art. 24 afferma infatti testualmente che si deve trattare di informazioni “*necessarie per l’effettivo esercizio delle funzioni consiliari*” e che a tal fine si può prendere visione dei provvedimenti dell’ente e dei loro atti preparatori.

In buona sostanza appare chiaro che gli atti sono conoscibili se si tratta di provvedimenti dell’ente, o a questi preparatori, e la loro conoscenza sia strumentale allo svolgimento delle funzioni consiliari.

Se dunque siamo di fronte ad un primo generale riconoscimento del diritto di informazione dei consiglieri comunali, questo tuttavia appare limitato ai soli “*provvedimenti dell’ente e loro atti preparatori*” e, sotto il profilo funzionale, alla strumentalità che gli atti richiesti devono rivestire rispetto alle funzioni svolte dal consiglio.

Raffrontando quindi la disciplina del 1985 con quella introdotta nel 1990, è evidente che vi è stato un notevole ampliamento dell’oggetto del diritto di informazione: questa infatti non è più limitata alla visione dei provvedimenti dell’ente e loro atti preparatori, ma ha una portata ben più ampia. La richiesta di notizie e informazioni implica, infatti, una estensione che va al di là dei meri provvedimenti dell’ente, potendo riguardare qualsiasi documento detenuto dall’ente, come anche elementi di conoscenza reperibili da fonti non documentali, comprese persino attività di elaborazione di dati.

Anche sotto il profilo della strumentalità della richiesta, oggi tale nesso appare più blando che nel passato, essendo esso limitato alla generica utilità delle notizie rispetto al mandato elettorale.

Le modifiche introdotte sono senza dubbio rilevanti e riconducibili ad almeno due principi fondamentali²²: quello di trasparenza e quello della rilevanza funzionale di tutto l’agire pubblico, rilevanza non più limitata ai singoli atti amministrativi, ma estesa all’intera attività dell’ente²³.

L’esegesi degli antecedenti normativi dell’art. 43 è estremamente utile per la comprensione dei problemi con cui oggi, sotto altro profilo, si confrontano dottrina e giurisprudenza, primo fra tutti il problema del rapporto tra il diritto di informazione dei consiglieri comunali e il diritto di accesso (azionabile solo in presenza di specifica legittimazione)²⁴, ed ancora la compatibilità tra tutela della riservatezza e il suddetto diritto di informazione.

4. Mentre il diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss. della legge 241/90, ha come scopo quello di consentire ai cittadini la conoscenza di documenti formati o in possesso della pubblica amministrazione, al fine di tutelare le posizioni giuridiche soggettive eventualmente lese

²²Tra i principi fondamentali dell’agire pubblico merita particolare attenzione quello di efficienza declinato nel duplice profilo di ragionevolezza degli strumenti utilizzati e di funzionalità nell’organizzazione. Sul punto è utile rinviare a G.M. SALERNO, *L’efficienza dei poteri pubblici nei principi dell’ordinamento costituzionale*, Torino, 1999.

²³ Per il passaggio da una visione dell’attività amministrativa non più considerata sotto il limitato profilo dei singoli provvedimenti, e relativi procedimenti, ma piuttosto caratterizzata dalla rilevanza complessiva della attività, intesa quale autonoma fattispecie, è d’obbligo il riferimento a F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, Milano, 2002.

²⁴ E’ questa infatti la delimitazione dei soggetti legittimati all’accesso come ora definiti nell’art. 22 della legge 241/90 a seguito della novella introdotta con la legge 15/2005.

nell'espletamento dell'azione amministrativa²⁵, quello del consigliere è un diritto ad ottenere "informazioni" strumentali ed utili all'espletamento del mandato politico.

Quest'ultima, pertanto, è una prerogativa direttamente connessa allo *status* di consigliere comunale, che solo sul piano terminologico e forse strutturale (ma non anche funzionale) può essere accostata alla posizione giuridica vantata dai cittadini richiedenti l'accesso agli atti della pubblica amministrazione.

Innanzitutto, la posizione giuridica del consigliere richiedente informazioni è pacificamente ascrivibile al novero dei diritti²⁶, trattandosi di strumento a garanzia della concreta esplicazione di una funzione pubblica, senza che al riguardo si siano manifestati dubbi di sorta²⁷. Si tratta infatti di una prerogativa che l'ordinamento attribuisce al consigliere comunale in virtù della funzione rivestita, e che va a comporre, insieme a tutti gli altri diritti, il corredo delle situazioni giuridiche attive che caratterizzano la funzione di consigliere comunale²⁸ in qualità di rappresentante della collettività.

Diversa è invece la genesi e la natura del "diritto" d'accesso riconosciuto ai cittadini: in questo caso, infatti, si tratta di una situazione strumentale rispetto ad un bene della vita finale coinvolto nell'azione amministrativa; di qui le incertezze in ordine alla natura giuridica di tale posizione²⁹.

Quel che è certo è che tale ultimo dibattito non tocca la posizione giuridica vantata dal consigliere comunale che ha senza dubbio consistenza di diritto soggettivo e risponde ad una funzione di tipo pubblicistico. Da ciò deriva l'impossibilità di applicare *sic et simpliciter* al diritto di informazione del consigliere comunale la disciplina dettata dagli articoli 22 e seguenti della legge 241/90.

Il consigliere comunale è il rappresentante degli elettori, incaricato di svolgere una funzione (politica) rispetto alla quale il diritto di informazione si pone come una delle posizioni che vanno a comporre il quadro delle facoltà a lui attribuite proprio per rendere effettiva tale funzione³⁰. Funzione garantita direttamente dall'articolo 51 della Carta Costituzionale e il cui esercizio costituisce la principale modalità attuativa del principio autonomistico, valorizzato anche dalla recente riforma del Titolo V della Costituzione.

L'analisi della natura giuridica della prerogativa consiliare all'ottenimento di notizie e informazioni, e la evidenziazione dei suoi addentellati costituzionali, si pone come *prius* logico

²⁵ Sulle recenti modifiche introdotte alla nozione di "interessato" e sulla sua legittimazione all'accesso, si rinvia a L. LAMBERTI, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 685.

²⁶ Si vedano in particolare: C.E. GALLO - S. FOA', *op. cit.*, 11; M.A. SANDULLI, *op. cit.*.

²⁷ Come è invece accaduto per il diritto di accesso, la cui natura giuridica è stata, ed è, ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

²⁸ G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

²⁹ Cfr. le fondamentali pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 6 e 7 del 2006 già citate *supra* in nota n. 3.

³⁰ Sulle prerogative consiliari e loro limiti si rinvia a: M. GIUSTOZZI, *Il consigliere comunale: status, poteri, diritti e doveri*, in *Nuova Rass.*, 1996, 1572; A. SAVO AMODIO, *Il diritto di accesso agli atti degli enti locali*, in *Foro Amm.*, 1990, 2974; C. MIGNONE, P. VIPIANA, P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, I, Torino, 1993, 336; G. ROMEO, *Commento all'art. 31 della legge 142/90*, in *Le autonomie locali*, a cura di V. ITALIA, M. BASSANI, II, Milano, 1990, 519; A. PONTI, *Il diritto di accesso dei consiglieri comunali*, in *Nuova Rass.*, 2001, 1746; C. ROMEI, T. ROMEI, *Il diritto di accesso del consigliere comunale*, in *Nuova Rass.*, 2003, 172. Da ultimo, per una attenta disamina del diritto di informazione dei consiglieri comunali con particolare riferimento alle società partecipate dal comune si rinvia a: F. COLAPINTO, *L'accesso del consigliere comunale agli atti e ai documenti di una società partecipata dal comune: probabili scenari di una questione non ancora risolta*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 452 ss..

rispetto alla soluzione dell'altro problema che sempre più spesso è portato all'attenzione dei giudici: il rapporto tra riservatezza e diritto di informazione.

Non è questa la sede per trattare in linea generale della riservatezza e della sua tutela giurisdizionale. Ciò che si intende sottolineare è, invece, come tale tutela si atteggi rispetto al diritto di informazione dei consiglieri comunali, verificando se e in quale misura siffatto diritto trovi un limite nella disciplina legislativa dettata a tutela della privacy.

La dottrina si è occupata ampiamente del conflitto tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi e la tutela della riservatezza³¹, ma le conclusioni raggiunte e le indagini effettuate non possono assumersi come valide anche per la fattispecie del diritto di informazione dei consiglieri comunali, e ciò innanzitutto per il fatto che ben diversa è la natura giuridica ed il contenuto delle due posizioni giuridiche.

Come è noto il legislatore ha emanato una normativa per tutelare il diritto alla riservatezza fin dal 1996 con la legge n. 675, trasfusa poi nel c.d. "Codice della privacy" adottato con D.L.vo 196/2003. La disciplina in questione mira a regolamentare ed arginare quel particolare pericolo di violazione dei diritti della persona legato alla tendenza tipica delle moderne società industriali di accumulare dati che, nel complesso, giungono a tratteggiare il profilo dei singoli individui. Profilo utilizzato poi per le più diverse finalità: si pensi alla attività giornalistica, oppure alla promozione e commercializzazione di prodotti. Il rischio potrebbe infatti essere quello di perdere le tracce sul flusso delle informazioni che ci riguardano, insieme al diritto di autodeterminarsi in piena libertà, senza subire influenze o discriminazioni in base all'immagine che altri hanno costruito, attingendo alle suddette informazioni³².

Ai limitati fini della nostra analisi, occorre indagare quale sia il rapporto tra la prerogativa consiliare all'informazione quando questa, benché utile all'espletamento del mandato, attinga a dati personali, siano essi giudiziari, sensibili o "supersensibili"³³, per i quali il citato D.L.vo 196/2003 appronta una tutela specifica.

Mentre infatti il legislatore si è preoccupato di disciplinare tale conflitto quando è coinvolto il cittadino richiedente l'accesso a norma dell'art. 22 della legge 241/90, nessuna indicazione esplicita è fornita, invece, per l'ipotesi in cui sia il consigliere comunale a richiedere informazioni che possono confliggere con la riservatezza di terzi.

³¹ Sulla tematica concernente il difficile temperamento tra diritto di accesso e tutela della riservatezza la bibliografia è ormai molto vasta. Senza pretesa di completezza si ritiene doveroso rinviare a: G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società della informazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, 1994, 63 ss.; S.TARULLO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto*, in *Jus*, 1996, 209 ss.; M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430 ss.; da ultimo si veda anche il recente contributo di G. BACOSI, *Accesso e privacy prima e dopo la legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, nel quale si riconduce il rapporto tra diritto di accesso e tutela della privacy al paradigma regola-eccezione, facendo altresì il punto sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

³² Sul punto è d'obbligo rinviare a: G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl. Agg.*, I, Torino, 2000, 476 ss.. L'autore ricostruisce la lenta evoluzione del concetto di riservatezza da "diritto ad essere lasciati soli" e dunque diretto alla protezione della propria intimità rispetto alle intromissioni esterne, verso una tutela molto più ampia che ricomprende quei diritti tradizionalmente considerati contigui alla riservatezza quali il diritto al proprio decoro, al nome, alla propria immagine, all'onore, alla rispettabilità, alla reputazione. "Il riconoscimento del diritto alla riservatezza passa quindi attraverso il principio di uguaglianza sostanziale, per ricollegarsi alla tutela della libertà personale.", ID, *op. cit.*, 481.

³³ L'aggettivo "supersensibile" è utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare alcuni tra i dati sensibili cui è attribuita dal legislatore tutela rafforzata. Si tratta dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale di un individuo rispetto ai quali, come si evince dall'articolato del D.L.vo 196/2003, è approntata tutela per moltissimi aspetti nettamente superiore rispetto ai meri dati sensibili. Si pensi, solo per fare un esempio, all'art. 60, in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi, o all'art. 22, comma 7, in materie di regole da seguirsi per il trattamento dati ad opera di soggetti pubblici.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, l'art. 8 del regolamento 352/1992, adottato in attuazione dell'art. 24 della legge 241/90, e non abrogato dal successivo dpr 184/2006, esclude l'accesso nel caso in cui “*i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari ancorché relativi dati siano forniti all'amministrazione degli stessi soggetti cui si riferiscono. Deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici.*” Quando però l'accesso attenga a dati personali appartenenti alla sottocategoria dei dati giudiziari, sensibili o supersensibili, il combinato disposto dalla stessa legge 241/90, come modificata dalla legge 15/2005, e dal D.L.vo 196/2003, introduce una ulteriore limitazione prevedendo che i dati sensibili e giudiziari possano essere rivelati nei limiti in cui sia “*strettamente indispensabile*” per la tutela dei propri interessi giuridici, mentre per i dati supersensibili, occorre effettuare preliminarmente una ponderazione tra il bene tutelato mediante la riservatezza dei dati e quello che viceversa non può ottenere tutela se non mediante il disvelamento dei medesimi dati.

Nessuna disciplina è stata invece dettata per il caso in cui sia il consigliere comunale a chiedere informazioni e documenti che possano incidere sui dati personali di terzi, compromettendo dunque la loro riservatezza.

5. Si rende pertanto necessaria un'interpretazione sistematica della normativa.

Il consigliere comunale, in ragione della funzione da lui svolta in qualità di rappresentante politico, assume su di sé la duplice natura di funzionario onorario incardinato nell'organizzazione amministrativa e di rappresentante politico.

In quanto funzionario onorario si può affermare che egli sia legato all'ente in base ad un vero e proprio rapporto di servizio, seppur a titolo onorario. In altre parole si tratta di un soggetto che fa parte integrante dell'apparato burocratico dell'ente e pertanto potrà conoscere tutti i documenti e i dati nella misura in cui gli stessi circolano senza restrizioni all'interno della struttura organizzativa dell'ente³⁴. D'altronde, se si riflette sul fatto che, per svolgere il loro ufficio, i dipendenti pubblici addetti a determinate mansioni necessariamente vengono a conoscere dati personali, sensibili e “supersensibili”, non può pensarsi di vietare tale conoscenza al consigliere che di tale notizie necessita per lo svolgimento del suo mandato elettorale. Il consigliere non deve infatti essere considerato un *extraneus*, ma piuttosto un *intranus* rispetto all'organizzazione burocratica dell'ente di appartenenza. Inoltre, stante la peculiarità della funzione svolta, si può ben comprendere perché il consigliere, a differenza dei dipendenti incardinati in uno specifico ufficio, possa avere conoscenza di dati di qualunque tipo e indipendentemente dall'ufficio presso cui gli stessi sono detenuti o trattati. Il *munus* svolto dal consigliere è infatti di portata tale da richiedere la disponibilità di notizie e informazioni riguardanti la totalità delle attività svolte dall'ente, senza che possa essere posta alcuna limitazione in ordine alla ripartizione di attività e di unità organizzative, che rileverà invece tutte le volte che si voglia indagare sulla legittimità della divulgazione di dati tra dipendenti dello stesso ente, ma addetti ad uffici diversi.

In materia di circolazione dei dati all'interno del medesimo ente pubblico, la disciplina contenuta nel D.l.vo 196/2003 in materia di tutela della *privacy* non fornisce alcuna indicazione. Tale normativa, infatti, regola come e per quali finalità alla pubblica amministrazione è consentito “il trattamento” dei dati personali provenienti dall'esterno della stessa struttura

³⁴ Sul punto si rinvia a A. ANZON, *op. cit.*, 5, dove vengono riportati i principali riferimenti normativi contenenti discipline restrittive per la circolazione delle informazioni all'interno dello stesso ente o apparato amministrativo.

dell'ente pubblico, ma nessuna restrizione è prevista in relazione alla circolazione di tali dati all'interno dell'apparato.

Se si esaminano gli articoli dal 18 al 22 del citato decreto, contenuti nel Capo II, contenente “*Regole ulteriori per i soggetti pubblici*”, si evince che essi si limitano ad autorizzare la pubblica amministrazione alla acquisizione dei dati personali indispensabili per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, senza la necessità del consenso dell'interessato, e pur in assenza di una espressa previsione di legge.

Più restrittiva è la disciplina prevista per l'acquisizione dei dati sensibili e giudiziari: questi possono essere trattati solo dietro espressa previsione di legge, o, per i soli dati giudiziari, autorizzazione del Garante, dove siano precisate le finalità di rilevante interesse pubblico³⁵ perseguite e il tipo di dato acquisibile, nonché le operazioni consentite.

Una eccezione è tuttavia posta dall'art. 22, comma 6, che prevede una restrizione alla circolazione dei dati operante anche all'interno della struttura organizzativa dell'ente. Stabilisce, infatti, la citata disposizione che i dati sensibili e giudiziari contenuti in elenchi elettronici, e quelli “supersensibili”, pur se contenuti in elenchi o archivi non elettronici, siano resi “*temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità*”.

E' evidente che la figura dell’“*autorizzato ad accedere*” rompe la monoliticità della pubblica amministrazione, finora riguardata sempre e solo unitariamente quale “titolare” del trattamento, introducendo delle limitazioni anche all'interno della stessa struttura organizzativa dell'ente. Ciò confermerebbe, argomentando *a contrariis*, che la circolazione sia libera all'interno della organizzazione dell'amministrazione titolare del trattamento, mentre laddove il legislatore abbia voluto limitare la circolazione “interna” dei dati, sono state adottate apposite previsioni di legge in tale direzione.

Tuttavia una tale argomentazione è smentita alla luce dei principi di interpretazione sistematica. Se è vero che *ubi lex dixit...*, non si può però trascurare che l'intero impianto della disciplina in oggetto deve essere riguardato alla luce dei principi generali enunciati negli articoli 1 e ss. del decreto. In particolare, merita di essere sottolineato che lo scopo precipuo che la disciplina mira a raggiungere, come enunciato nell'art. 2 del D.L.vo 196/2003, è quello per cui: “*il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali. Il trattamento dei dati personali è disciplinato assicurando un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà di cui al comma 1...*”.

E' evidente allora che, mancando una espressa limitazione alla circolazione del dato personale all'interno della struttura complessa in cui si articola il titolare del trattamento – pubblica amministrazione, siffatta limitazione si ricava comunque dal sistema, dovendosi evitare la circolazione quando questa non sia strettamente necessaria al raggiungimento dei fini istituzionali per i quali il trattamento è consentito, adottando quindi tutte le cautele necessarie al fine di limitare il più possibile il numero dei soggetti adibiti al trattamento del dato, specie quando questo appartiene alla categoria dei dati sensibili o giudiziari.

³⁵ L'art. 20 del D.L.vo 196/2003, rubricato “Principi applicabili al trattamento dei dati sensibili” prevede una disciplina ben più restrittiva per il caso in cui il trattamento riguardi dati sensibili rispetto a quanto previsto nell'art. 18 che contiene invece “Principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici”. Nel caso di dati sensibili, infatti, non basta il perseguimento delle finalità istituzionali a consentire il trattamento, essendo invece indispensabile che vi sia una legge che espressamente lo autorizzi e vi siano finalità di rilevante interesse pubblico da perseguire. Tra tali finalità di rilevante interesse pubblico è ricompresa anche l'attività volta a garantire l'accesso ai documenti amministrativi, che quindi è attività tendenzialmente consentita, pur con i limiti fissati dal legislatore negli articoli 59 e 60 D.L.vo 196/2003.

Tutto ciò dovrebbe concretizzarsi nell'adozione di misure organizzative interne all'ente che garantiscano il perseguimento dei fini istituzionali, ma allo stesso tempo assicurino il massimo rispetto dei valori tutelati, limitando in concreto nella misura strettamente indispensabile la circolazione del dato e prediligendo, quando possibile, l'uso dello stesso in forma anonima.

Le considerazioni fin qui svolte, e relative conclusioni, sono parziali: esse sono infatti tratte considerando il consigliere comunale unicamente sotto il profilo del rapporto di servizio che lo lega all'ente e che dunque, in una certa misura lo rende soggetto *intranseus*, non diverso dagli altri soggetti che compongono la struttura burocratica dell'ente.

Se invece si guardi al consigliere comunale non solo e non tanto come ad un funzionario onorario, quanto come rappresentante politico, le conclusioni da assumere sono differenti.

Occorre infatti considerare la peculiarità della funzione pubblica istituzionale che il consigliere è chiamato ad assolvere: ci si riferisce a quella funzione di rappresentanza politica, che, come anticipato all'inizio di queste note, costituisce il fondamento e la ragione giustificativa del suo ruolo. Ruolo che si concretizza nell'esprimere scelte di natura politica, ovverosia la più significativa espressione dell'autonomia di cui può essere dotato un ente pur all'interno dell'unitario ordinamento della Repubblica. Questa autonomia, come già ricordato, è stata viepiù valorizzata a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, con la conseguenza che si è venuto a potenziare il ruolo e funzione di quei soggetti che all'interno dell'ente Comune a tale autonomia concretamente danno vita: i consiglieri comunali.

Se dunque si pone mente a questa funzione, si comprende come e perché i consiglieri siano dotati di quel diritto di informazione, per essi specificamente contemplato nell'art. 43 del D.L.vo 267/2000, che ha ad oggetto la conoscenza di dati e informazioni in misura certamente più ampia rispetto a quanto sarebbe possibile se si riguardasse al consigliere solo in base al fatto che lo stesso è funzionario onorario.

L'informazione cui il consigliere ha diritto è qualcosa di più ampio del semplice accesso ai documenti amministrativi, potendo riguardare qualunque tipo di atto, e potendo altresì richiedere una certa attività di elaborazione del dato da parte degli uffici destinatari della richiesta.

Quid iuris se il consigliere, nell'esercizio del suo diritto di informazione, chiede di conoscere documenti in cui siano contenuti dati personali o addirittura giudiziari, sensibili e persino "supersensibili"? Fino a che punto può spingersi il suo diritto di informazione?

A questo interrogativo si può rispondere solo se si tengono nella dovuta considerazione le osservazioni che sono state anticipate in merito alla natura e fondamento di tale prerogativa.

Se infatti il diritto di informazione del consigliere comunale ricava la sua matrice costituzionale primariamente dalla libertà di "informarsi"³⁶, esso tuttavia ha un altro addentellato nella Carta Costituzionale, che gli deriva proprio dall'essere questa una prerogativa assolutamente necessaria a garantire quella funzione di autodeterminazione nella scelta politica in cui si esaurisce il mandato elettorale e nella quale, al contempo, si concretizza l'esercizio dell'autonomia dell'ente comune, anch'essa di matrice costituzionale.

La duplice matrice costituzionalistica del diritto in questione, non conduce, tuttavia, ad assegnare allo stesso una automatica prevalenza rispetto a tutti i possibili casi di conflitto che tale diritto può trovarsi a fronteggiare. Proprio quella dei dati personali è una tutela che deriva direttamente dall'art. 2 della Carta Costituzionale, essendo diretta emanazione del principio di

³⁶ cfr A. LOIODICE, *op. cit.*

inviolabilità della persona umana riguardata nella sua totalità, comprendente non solo l'integrità psico-fisica, ma anche quella di coscienza³⁷.

Il conflitto tra questi principi tutelati a livello costituzionale, impone quindi la ricerca di un componimento che è ottimale tutte le volte in cui l'applicazione di un principio non determina la violazione di quello contrapposto³⁸, come nel caso in cui la richiesta di informazioni da parte del consigliere può essere soddisfatta fornendo notizie in forma anonima, senza il riferimento ai dati identificativi di un soggetto³⁹. In questo modo il diritto di informazione trova pieno soddisfacimento, senza che vi sia alcuna compromissione della riservatezza di terzi.

Ben più complesso è il problema quando la richiesta di informazione implica il disvelamento di dati personali che siano però sensibili e/o giudiziari. In questo caso sarà necessario indagare a fondo quel limite al diritto di informazione, posto nello stesso art. 43 del D.L.vo 267/2000, relativo al nesso di utilità tra l'informazione richiesta e l'assolvimento del mandato elettorale. In buona sostanza è proprio in questi casi che diventa di vitale importanza valorizzare il limite funzionale posto dal legislatore ordinario alla prerogativa consiliare, limite che impone al consigliere una doverosa ed articolata motivazione che dia conto in modo estremamente rigoroso e dettagliato, specie quando si tratti di dati sensibili, "supersensibili" e giudiziari, del nesso di utilità tra l'assolvimento del mandato elettorale e la conoscenza del dato personale, cioè del dato in forma non anonima.

A ciò si deve poi aggiungere l'altra tutela, estrema ed "esterna" rispetto alla sfera di controllo della stessa pubblica amministrazione: tutte le notizie ed informazioni ricevute dal consigliere sono destinate a rimanere riservate, essendo questi comunque tenuto al segreto, a norma del combinato disposto dagli articoli 326 del codice penale⁴⁰ e 15 del D.P.R. 3/1957⁴¹.

³⁷ Sul punto si vedano le considerazioni di G. BUSIA, *op. cit.*, 481, ed anche G. ARENA, *La tutela cit.*, 89: "La nostra Costituzione, nell'affermare che la libertà personale è inviolabile, lascia aperta la strada ad una interpretazione evolutiva di tale concetto che, superando la configurazione tradizionale della libertà personale come libertà puramente fisica, tenga conto dei danni all'integrità personale che possono essere arrecati con mezzi immateriali."

³⁸ In argomento cfr. in generale G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³⁹ Per "dato identificativo" si intende, a norma dell'art. 4, comma 1, lettera c) del D.L.vo: "i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato".

⁴⁰ Sotto il profilo penalistico, è utile rinviare all'analisi compiuta da M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002, 229 ss., in particolare 237 e 238, in base alla quale si può affermare che il consigliere comunale deve essere considerato un pubblico ufficiale, a norma dell'art. 357 cod. pen., con la conseguenza che egli potrà essere soggetto attivo dei reati contro la pubblica amministrazione quando commessi da pubblici ufficiali, secondo le previsioni del Capo I, Titolo II, Libro II del codice penale. Fra essi, la fattispecie che rileva ai fini della nostra indagine, è quella prevista nel citato art. 326 del codice penale rubricato: "Rivelazione e utilizzazione di segreti di ufficio". (Per una dettagliata analisi della fattispecie penale si rinvia a: C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2001, 652 ss.)

La norma in questione sanziona la fattispecie del pubblico ufficiale che rivela, o utilizza traendone profitto, fatti o notizie destinate a rimanere segrete e conosciute a seguito della violazione dei doveri o dell'abuso dei poteri legati alla sua funzione. La fattispecie penale tuttavia, per poter essere compresa nella sua portata precettiva, necessita di essere integrata mediante il rinvio a fonti di natura extrapenale per chiarire quali siano le "notizie di ufficio le quali debbano rimanere segrete" e in quali casi si verifichi la violazione dei doveri inerenti le funzioni. Ora, come si può facilmente intuire, l'abbandono del principio della segretezza in favore di quello della conoscibilità degli atti amministrativi operato con la legge 241/90, ha evidentemente inciso profondamente sulla delimitazione ai fini penali delle notizie che "debbono rimanere segrete". Tale delimitazione deriva infatti dall'art. 15 del T.U. sugli Impiegati civili dello Stato, adottato con D.P.R. 3/1957, come modificato ad opera dell'art. 28 della legge 241/90 che, nel testo novellato, sancisce l'obbligo di mantenere il segreto su tutti i fatti e le notizie di cui si è avuta conoscenza in ragione del proprio ufficio e che non siano ostensibili in virtù della normativa che garantisce l'accesso ai documenti amministrativi. In buona sostanza può essere divulgato solo ciò che è già considerato "accessibile" sulla base della disciplina dettata dagli articoli 22 e ss della legge 241/90.

Ecco allora che se ad essere considerato è il diritto di informazione non in quanto tale, ma inscindibilmente legato al dovere del segreto che ad esso si accompagna, e riguardato alla luce dei limiti funzionali che lo caratterizzano, appare chiaro che la coesistenza dei due diritti è possibile. Al consigliere sarà quindi consentito avere notizie ed informazioni anche quando queste rivestano il carattere di dato personale, giudiziario, sensibile o “supersensibile”, fermo restando il limite interno della utilità al mandato e quello esterno del dovere di segretezza, oltre naturalmente il limite assoluto, impenetrabile anche per la funzione politica, del segreto penalmente tutelato⁴².

Sul limite interno al dovere di informazione occorre soffermarsi.

Se è vero che la soluzione abbozzata garantisce la soddisfazione del diritto di informazione del consigliere comunale senza compromissione, e quindi nel sostanziale rispetto del diritto alla riservatezza dei terzi, non si può tacere del fatto che la posizione giuridica vantata dal consigliere comunale in tanto può essere esercitata in quanto sia osservato l'unico limite funzionale cui il legislatore la subordina. In verità parlare di *utilità*⁴³ significa introdurre un parametro talmente vago da consentire un esercizio senza limiti, tanto che la giurisprudenza interpreta tale riferimento non come limite ma, al contrario, come garanzia di un campo riservato di azione⁴⁴ entro il quale non è consentito alcun sindacato da parte dell'amministrazione comunale. Eppure, come già intuito tempo addietro da un illustre studioso⁴⁵, è proprio dalla valorizzazione di questo limite, e dalla considerazione della sanzione penale cui è connessa la violazione del segreto di ufficio, che si ottiene una armoniosa soddisfazione tanto del diritto di informazione del consigliere comunale quanto del diritto alla riservatezza dei terzi.

6. La difficile armonizzazione tra diritto alla riservatezza e diritto alla informazione è stato il banco di prova con il quale la giurisprudenza si è con maggior frequenza confrontata.

In generale la lettura degli arresti giurisprudenziali mostra come nel corso del tempo sia maturata una sempre maggiore consapevolezza della autonomia del diritto di informazione dei consiglieri comunali rispetto alla disciplina generale dell'accesso ai documenti amministrativi.

Senza addentrarci in questa sede sui dubbi che una fattispecie così designata possa davvero rispettare il principio di tassatività delle norme penali, (sul punto è utile rinviare a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 41), quel che è certo è che il consigliere comunale, in qualità di funzionario onorario, è tenuto al segreto di ufficio e quindi non potrà divulgare le notizie ottenute, a meno che queste non siano di per sé ostensibili in base alla normativa generale sull'accesso ai documenti, e in caso di violazione, essendo egli un pubblico ufficiale, verrà ad essere integrata la fattispecie di reato di cui all'art. 326 cod. pen..

⁴¹ L'art. 15 del T.U. contenente lo statuto degli impiegati civili della Stato, adottato con D.P.R. n. 3/1957, come modificato dall'art. 28 della legge n. 241/1990, recita: (Segreto d'ufficio) “L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni al di fuori dell'ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento.”.

⁴² Sulla impenetrabilità del segreto penalmente tutelato si veda *infra* nel paragrafo successivo.

⁴³ L'art. 24 della legge n. 816/1985, considerato l'antecedente storico dell'art. 31 della legge 142/90, prevedeva in un'ottica maggiormente restrittiva, che i consiglieri comunali “per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati, nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato”. Rispetto all'attuale art. 43 del T.U. 267/2000, in cui è stato trasfuso l'art. 31 della legge 142/90, che parla invece di notizie e informazioni “utili” all'espletamento del mandato, è evidente che vi è stato un ampliamento del raggio di conoscibilità garantito al consigliere, dal momento che il concetto di “utilità” ricomprende e travalica quello di “necessità”.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2004, n. 7900 in *Dir. proc. amm.*, 433 ss; Cons. Stato, V, 2 settembre 2005 n. 4471 in *Dir. proc. amm.*, 433 ss.; Cons. Stato, V, 20 ottobre 2005, n. 5879 in *Dir. proc. amm.*, 433 ss..

⁴⁵ Cfr. G. PASTORI, *op. cit.*, in particolare 587 e 588.

Questo passaggio è facilmente osservabile confrontando le pronunce degli anni '90 con quelle più recenti. In queste ultime viene particolarmente sottolineata l'autonomia dei due istituti: *“Il diritto (soggettivo pubblico) codificato da tali disposizioni⁴⁶ – come è possibile evincere dalla chiara litera legis – è espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, ed in quanto tale è direttamente funzionale non tanto ad un interesse personale del consigliere comunale o provinciale, quanto alla cura di un interesse pubblico connesso al mandato conferito (...). Il diritto di accesso riconosciuto ai rappresentanti del corpo elettorale comunale, pertanto, ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi che è riconosciuto a tutti i cittadini (...) come pure, in termini più generali, a chiunque sia portatore di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»⁴⁷, ed ancora “ ... tra l'accesso dei soggetti interessati di cui agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e l'accesso del consigliere comunale di cui all'articolo 43 del decreto legislativo n. 267 del 2000 (...) sussiste una profonda differenza: il primo è un istituto che consente ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti, al fine di poter predisporre la tutela del e proprie posizioni soggettive eventualmente lese, mentre il secondo è un istituto giuridico posto al fine di consentire al consigliere comunale di poter esercitare il proprio mandato, verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali decisionali del comune.”⁴⁸.*

Parallelamente alla emersione della netta distinzione tra i due istituti, è predicata, senza esitazioni, anche la natura di diritto soggettivo pubblico in capo al consigliere comunale: *“Ed invero, l'articolo 43 del decreto legislativo n. 267/2000 riconosce ai consiglieri comunali (e provinciali), per l'utile espletamento delle loro mandato, un latissimo «diritto all'informazione» a cui si contrappone il puntuale obbligo di uffici... di fornire ai richiedenti «tutte le notizie e le informazioni in loro possesso». Siffatta situazione giuridica, quantunque individualizzata in capo a ciascun consigliere, presenta la sostanza di un diritto soggettivo pubblico funzionalizzato, ovvero implica l'esercizio di facoltà finalizzate al pieno effettivo svolgimento delle funzioni assegnate direttamente al consiglio comunale; l'informazione in discorso è, dunque, strumentale all'attuazione del generale potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo ascrivito a tale supremo organo di governo dell'ente locale”^{49 50}.*

⁴⁶ Il riferimento è all'art. 43 del T.U. 267/2000

⁴⁷ cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 5879 del 20.10.2005

⁴⁸ cfr. Cons. Stato, IV, sent. n. 4855 del 21.08.2006 in www.giustizia-amministrativa.it. Analoghe affermazioni si rinvencono anche in Cons. Stato, V, sent. n. 7900 del 9.12.2004 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2004, 3566

⁴⁹ cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 4471/2005 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Sulla categoria dei diritti soggettivi pubblici è indispensabile rinviare a: E. CASETTA, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti e doveri dei cittadini*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960; S. ROMANO, *I diritti pubblici soggettivi*, in *Trattato Vittorio Emanuele Orlando*, I, 1897, ora pubblicati in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 2003, 1 ss.. Per una ricostruzione storica delle origini e dello sviluppo di questa teoria e delle sue origini intimamente legate all'autoritarismo costituzionale, si rinvia a: A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, XI, 1989. Questo autore traccia limpidamente il legame tra la concezione assolutistica dello Stato e della sovranità con l'idea che i diritti del singolo individuo siano “derivati” dal sovrano o dallo Stato-persona. Ripercorrendo le teorie di Hobbes, Gerber e Jellinek, si dimostra la storicità della teoria dei diritti pubblici soggettivi, la cui nascita e sopravvivenza è intimamente legata all'idea che “...i rapporti tra lo Stato e cittadini come rapporti interpersonali in cui la persona-Stato, non solo vanta un generale potere di dominazione sui cittadini ma è anche l'autore e il soggetto delle leggi, alla cui osservanza, al massimo, si «auto-obbliga» senza poterne esser vincolato da altri...”. In questa ottica è evidente che è negata qualunque dimensione sociale come sfera di autonoma rilevanza giuridica in quanto riassorbita in quella pubblica-statale, con il risultato che si delineano due distinte tipologie di rapporti giuridici: gli uni paritari, se ed in quanto limitati al diritto privato, e gli altri “diseguali” in quanto intercorrenti tra l'autorità statale e i singoli cittadini, ai quali lo Stato potrà allora “concedere” qualche potere, nelle forme appunto del diritto pubblico soggettivo. Di qui si spiega come nel novero di tali diritti fossero ricompresi, secondo la nota ripartizione proposta da Jellinek e quasi integralmente ripresa da Romano, i diritti della personalità (detti anche fondamentali), di prestazione e funzionali. E' proprio all'interno dei diritti “funzionali”, che hanno per oggetto l'investitura di pubbliche funzioni e l'esercizio dei poteri ad esse connessi, che si collocherebbe il diritto di

Di particolare interesse si rivela poi lo studio delle pronunce che si sono occupate specificamente di verificare il contemperamento tra questa posizione giuridica soggettiva, ascritta al novero dei diritti soggettivi di matrice pubblicistica, con le problematiche concernenti la tutela della riservatezza ed i segreti “qualificati”, in quanto assistiti anche da tutela penale.

Per quanto riguarda il diritto alla riservatezza, la giurisprudenza afferma costantemente la prevalenza del diritto all’informazione sulla tutela della riservatezza, sottolineando come la natura giuridica e la funzionalizzazione della prerogativa consiliare rispetto al corretto esercizio della funzione politica, non possono trovare limitazione nella tutela della riservatezza di terzi, tanto più che il consigliere è comunque tenuto al segreto. Tuttavia non si rinviene una approfondita analisi della problematica, specie in considerazione del fatto che differenti sono le tipologie di dati personali che possono venire in rilievo. E così le pronunce giurisprudenziali affermano genericamente che: “*A fronte di tale diritto soggettivo pubblico recede, pertanto, ogni altro interesse, ivi inclusa la riservatezza di eventuali controinteressati...*”⁵¹. Ed ancora “*... il diritto di avere dall’ente tutte le informazioni che siano utili all’espletamento del mandato non incontra alcuna limitazione derivante dalla loro natura riservata, in quanto il consigliere è vincolato all’osservanza del segreto.*”⁵².

Viceversa, per quanto attiene al conflitto tra diritto all’informazione del consigliere comunale e tutela dei segreti penalmente tutelati diversi da quelli d’ufficio, quali il segreto di Stato o quello professionale, la giurisprudenza è univocamente orientata nel senso di garantire prevalenza alla tutela di questi ultimi: “*... l’accesso ai documenti del consigliere comunale, ritenuto prevalente anche su segreto professionale, assumerebbe una portata oggettiva più ampia di quella riconosciuta ai cittadini ed ai titolari di posizioni giuridiche differenziate (pure comprensive di situazioni protette a livello costituzionale). Il mandato politico-amministrativo affidato al consigliere esprime certamente il principio democratico dell’autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, ma, nell’attuale contesto normativo, non può autorizzare un privilegio così marcato, a scapito degli altri soggetti interessati a conoscenza dei documenti amministrativi e con sacrificio degli interessi tutelati dalla normativa sul segreto.*”⁵³.

Molto più numerose sono le pronunce che si occupano di definire i limiti entro i quali tale diritto di informazione può essere esercitato. In sintesi si può affermare che è costante il richiamo alla necessità che la richiesta di informazioni indichi in modo non generico i documenti che si intendono visionare⁵⁴, e talvolta si rivengono, accanto all’apposizione di limiti che potremmo definire estrinseci, anche pronunce che affermano la necessità di rispettare i principi di ragionevolezza⁵⁵ e ribadiscono che il diritto all’informazione non può essere utilizzato per fini personali né per scopi emulativi, ma deve essere utile all’espletamento del mandato consiliare⁵⁶. Accanto a queste timide affermazioni, quasi apodittiche, della necessità

informazione spettante ai consiglieri comunali, in quanto prerogativa collegata all’esercizio del mandato politico. Tuttavia si ritiene di poter condividere quanto sostenuto dallo stesso Baldassarre quando afferma che la teoria dei diritti pubblici soggettivi è intimamente legata ad un certo ciclo storico e pertanto deve considerarsi esaurita insieme a tale ciclo. In definitiva si può sostenere che quegli stessi diritti oggetto, secondo questa impostazione teorica, di concessione statale, devono oggi ritenersi ricompresi nel novero dei diritti fondamentali, sociali e politici oggi garantiti dalla Costituzione. Condivide sostanzialmente questa impostazione anche G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

⁵¹ cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 4471/2005 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵² cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 5879/2005 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵³ cfr. Cons. Stato, V, sent. su ricorso 9686/2000, e di analogo tenore anche Tar Veneto, sez. I, sent. n. 489 del 30.03.1995, in *Foro Amm. TAR*, 1995, 1638

⁵⁴ cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 730 del 27.06.1994 in *Foro Amm. CdS*, 1994, 1444; Cons. Stato, V, sent. n. 976 del 8.09.1994 in *Cons. Stato*, 1994, 1217; Cons. Stato, V, sent. n. 6293/2002 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁵ Cons. Stato, V, sent. n. 4471/05 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁶ Cons. Stato, IV, sent. n. 4855/2006 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, sez. Salerno, I, sent. n. 3897/2006 in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si sottolinea che nessun ostacolo può essere frapposto

del “buon uso” della prerogativa conferita, è costantemente e con forza ribadito che nessun sindacato può essere esercitato dagli apparati amministrativi dell’ente sulla utilità della richiesta di informazioni rispetto al mandato consiliare.

Se dunque viene offerta una tutela ampia e insindacabile alla prerogativa consiliare, per garantire la quale è richiamata la necessità che gli enti adottino le opportune misure organizzative, sporadici sono i richiami ai limiti funzionali ed intrinseci che pure la legge pone a siffatto diritto. E così solo in qualche pronuncia è valorizzato il requisito della “*utilità al mandato*” che pure costituisce l’unico limite funzionale interno all’esercizio del diritto dei consiglieri, mentre perlopiù tale espressione è intesa in chiave garantista ed estensiva⁵⁷.

Il timore che mediante il sindacato sull’utilità del diritto di informazione rispetto al mandato elettorale, l’apparato burocratico finisca per “sovrastare” e porre condizioni all’esercizio della funzione politica⁵⁸, ha indotto la giurisprudenza assumere una posizione quantomai cauta. Tuttavia è proprio mediante la valorizzazione di questo limite che si potrebbero risolvere quei conflitti tra la prerogativa consiliare e la riservatezza dei terzi quando a venire in rilievo non sono dati semplicemente personali, ma piuttosto quella particolare categoria di dati definiti sensibili, giudiziari e “supersensibili”. Queste categorie di dati personali sono forniti di una tutela più incisiva, come si è cercato di dimostrare, e pertanto rispetto alle esigenze di informazione affermate dai consiglieri comunali si imporrebbe la necessità di adottare modalità di divulgazione che garantiscano l’anonimato o, se ciò non fosse sufficiente,

all’esercizio di questa prerogativa consiliare a condizione che: “i documenti e le informazioni richiesti siano pertinenti all’esercizio del mandato e che egli (il consigliere) se ne avvalga a tale fine.” Ed ancora Cons. Stato, V, sent. n. 4471/2005 in www.giustizia-amministrativa.it sottolinea che: “... il consigliere comunale non può abusare del diritto all’informazione riconosciutogli dall’ordinamento piegandone le finalità a scopi meramente emulativi od aggravando eccessivamente, con richieste non contenute entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la corretta funzionalità amministrativa dell’ente civico...”. Ed infine TAR Veneto, sez. II, sent. n. 770/2005 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁷ Cfr. le pronunce citate *supra* nella nota 39.

⁵⁸ Timore espressamente manifestato in Cons. Stato, V, sent. n. 4471/2005 in www.giustizia-amministrativa.it: “...la struttura burocratica comunale, da oggetto del controllo riservato al Consiglio, si ergerebbe paradossalmente ad «arbitro» - per di più senza alcuna investitura democratica- delle forme di esercizio delle potestà pubbliche proprie dell’organo deputato all’individuazione ed al miglior perseguimento dei fini della collettività civica”. Sulle problematiche concernenti il difficile rapporto tra burocrazia e politica, interessanti sono le considerazioni di D. SORACE, *Politici e burocrati nell’amministrazione locale*, in *Democrazia e diritto*, 1976, 783 ss., il quale, anticipando il dibattito che sfocerà poi nell’adozione del noto sistema di separazione tra attività politica di definizione degli obiettivi e attività burocratica di attuazione e gestione di siffatti obiettivi, evidenzia quanto siano consistenti e reali i pericoli di commistione tra le due competenze: “...l’amministratore «politico» ha il compito di rilevare e interpretare con il concorso degli altri cittadini liberamente associati al partito cui appartiene, (...) i bisogni da soddisfare e quindi gli interessi da proteggere o da sacrificare. Questo è il «materiale» che deve costituire poi l’oggetto di una elaborazione da parte dell’apparato burocratico che approfondisca l’effettiva consistenza di certi bisogni e l’effettiva compatibilità della loro soddisfazione con quella di altri bisogni (e in particolare di quegli altri che un determinato orientamento politico ritiene preminenti) e che si risolva, tenendo conto di tutto ciò, in proposte circa i modi di provvedere. Modi sui quali la decisione finale spetta comunque al politico come delegato della collettività. Ma se questa è la distinzione, chiaro è anche come questa decisione finale non possa certo considerarsi imputabile soltanto a chi decide ma anche necessariamente a chi compie l’elaborazione che si è detta.”. Ed ancora: “Insomma l’attività burocratica è in buona misura attività politica e, senza eccessive forzature, si potrebbe dire non che tecnici e politici sono tutti dei «tecnici» ma caso mai che sono tutti dei «politici»”. Problema quindi che secondo l’autore non può “essere sciolto accentuando gli elementi di dominio dei politici sui burocrati al fine di assicurare in tal modo la fedeltà ai primi dei secondi: gli elementi attraverso cui può realizzarsi la prevaricazione dei secondi sui primi non sono infatti tali da poter essere neutralizzati in tal modo non foss’altro che perché di tale prevaricazione i primi potrebbero addirittura non accorgersi.”.

richiederebbero una attenta valutazione dell'esistenza del nesso di utilità rispetto all'espletamento del mandato consiliare, fermo restando, lo si ribadisce, il dovere di segretezza penalmente sanzionato sulle informazioni così apprese.