

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/11/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35627-il-diritto-di-accesso-dei-consiglieri-comunali>

Autori: Maddalena Cozzolino, Paolo Bertazzoli, Giuseppe De Luca

Il diritto di accesso dei consiglieri comunali

Il diritto di accesso dei consiglieri comunali

Indice

1. Il diritto di accesso dei consiglieri comunali:

- 1.1.** Inquadramento normativo e giuridico della fattispecie
- 1.2.** Oggetto
- 1.3.** Accesso agli atti delle società a partecipazione pubblica
- 1.4.** Rapporto con la riservatezza
 - 1.4.1.** Profili penali
- 1.5.** Rapporto con il diritto di accesso di cui alla L.241/90
- 1.6.** Modalità di esercizio e limiti

1. Il diritto di accesso dei consiglieri comunali.

1.1. Inquadramento normativo e giuridico della fattispecie.

A livello comunitario, nella risoluzione n. 81/89 del Consiglio d'Europa e nella "Dichiarazione sul diritto di accesso" allegata al trattato di Maastricht, ratificata con legge 3 novembre 1992, n. 454, già si rinviene la tutela del diritto di visione degli atti e all'informazione per l'esercizio del mandato da parte dei consiglieri comunali. Nell'ordinamento italiano, invece, la relativa disciplina viene introdotta con l'art. 24 dalla L.816/1985¹. Tale norma così recitava: “ *i consiglieri comunali 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*”. L' esercizio di tale diritto di informazione da parte dei consiglieri incontrava due ordini di limiti: l'uno relativo alla tipologia di atti conoscibili, l'altro relativo alle ragioni che legittimavano l'accesso. Infatti, erano accessibili solo i provvedimenti dell'Ente e gli atti a questi preparatori la cui conoscenza fosse strumentale allo svolgimento delle funzioni consiliari².

Successivamente la L. 142/90³ amplia notevolmente il novero dei documenti oggetto di accesso da parte dei consiglieri. In base al nuovo dettato normativo essi potevano

¹ Legge n. 816, 27 dicembre 1985, *Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali*.

² 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..

³ Art 31 co 5 L 142/1990.

accedere non solo ai provvedimenti dell'ente ed agli atti ad essi preparatori ma anche a qualsiasi documento ed informazione nonché a tutti gli elementi di conoscenza reperibili anche da fonti non documentali.

Anche il nesso di strumentalità appariva molto meno restrittivo che in passato. Infatti, sulla base della nuova normativa, per esercitare l'accesso bastava che i documenti oggetto dello stesso fossero semplicemente utili e non, come previsto in precedenza, necessari all'espletamento del mandato; è evidente che il concetto di utilità ricomprenda in sé quello di necessità.

La disciplina della L. 142/90 è stata recepita in maniera pressoché identica dall'art. 43 D. Lgs. 267/2000 che al secondo comma, infatti, dispone: “ *i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti all'osservanza del segreto nei casi specificamente determinati dalla legge*”.

E' chiaro che siamo in presenza di un diritto che è espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, ed in quanto tale è direttamente funzionale non ad un interesse individuale e personale del consigliere comunale, ma alla cura di un interesse pubblico connesso al mandato conferito⁴. Si tratta, quindi, di un “diritto pubblico funzionalizzato”⁵, che implica l'esercizio di facoltà finalizzate al pieno ed effettivo svolgimento delle funzioni del consiglio comunale ed è strumentale all'attuazione del generale potere di indirizzo e controllo politico amministrativo del consiglio medesimo⁶. Quest'ultimo è l'organo collegiale ed elettivo, espressione immediata e

⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005 n.5879 in Comuni d'Italia, 2005 , 3 ss.

⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n.4471 in Comuni d'Italia, 2005, 11.

⁶ Ministero dell'Interno – Parere del 12.05.2006, “Diritto di accesso alla documentazione amministrativa dell'Ente”, disponibile su: www.autonomie.interno.it

diretta della volontà popolare; è il luogo deputato al confronto e al dialogo politico diretto all'adozione delle principali scelte che incidono sulla vita della comunità.

Il consigliere comunale, quale rappresentante degli elettori, è incaricato di svolgere una funzione politica; per poter esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del consiglio e per promuovere nell'ambito del consiglio medesimo le iniziative politiche deve avere accesso a tutti gli atti ed informazioni che ritenga utili a tale scopo⁷. Attraverso l'accesso i consiglieri attraverso potranno così controllare e valutare, con piena cognizione, la correttezza e l'efficacia dell'operato della amministrazione⁸.

1.2. OGGETTO.

Il diritto d'accesso dei consiglieri comunali, secondo quanto previsto dal legislatore⁹, non è limitato agli atti qualificabili come documento amministrativo in senso stretto¹⁰ ma è esercitabile nei confronti di tutti gli atti e le informazioni in possesso dell'amministrazione, già acquisiti dal Comune¹¹ provenienti da qualsiasi organo comunale (Consiglio, Giunta, Sindaco, Dirigente, Responsabili degli uffici e servizi)¹², la cui conoscenza si riveli utile per un migliore espletamento del loro mandato elettorale¹³.

7 Consiglio di Stato, Sez. II - parere 26 gennaio 2005, n. 8525/2004 in www.giustizia-amministrativa.it.

8 RINALDI, MARIA IDA, *Note sul "diritto di accesso" dei consiglieri comunali*, in Giust. Amm., p. 8 ss.; LAUDISIO, NICOLA; LAUDISIO, MONICA (2009), *Il diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali*, in *Nuova Rassegna*, 1341ss.; BOMBARDELLI, MARCO (2008), *L'esercizio del diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2008 1111 ss.

9 Art 43 co2 dlgs 267/2000.

10 Si veda l'art22 della legge 241 del 1990.

11 Parere espresso dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nella seduta del 6 aprile 2012 in [www .commissione e accesso.it](http://www.commissione e accesso.it).

12 T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 16 marzo 2006, n. 3026; Parere del Cons. St. 17 dicembre 2003, n. 4849.

13 Cons.St., sezione V, sent. n. 5264/2007 e sent. n. 5020/2007.

Il "diritto all'informazione" del consigliere comunale, quindi, può anche concretarsi nella mera richiesta di informazioni, di atti preparatori non contenuti in documenti; questo perché, se lo scopo è quello di consentire al consigliere di ricostruire l'iter logico procedimentale attraverso il quale si formano gli atti dell'Ente e rendere possibile una valutazione della correttezza dell'operato dell'amministrazione, allora il diritto di accesso deve essere esteso anche agli atti preparatori, propedeutici alla emanazione del provvedimento finale¹⁴.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁵ l'accesso può anche consistere nella pretesa che gli uffici interpellati eseguano delle elaborazioni dei dati e delle informazioni in loro possesso, fermo restando i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza nel senso di non provocare per gli uffici un impegno sproporzionato alle capacità operative degli stessi ¹⁶.

In merito alla tipologia di atti e documenti richiesti, l'art. 43 TUEL, stabilendo che i consiglieri hanno diritto di ottenere tutte le notizie e le informazioni utili all'espletamento del proprio mandato, lascerebbe intendere che non vi siano settori o aspetti dell'attività comunale che possano essere negati all'accesso.

Stante quanto detto sopra, la dottrina e la giurisprudenza conformemente ritengono che il diritto di accesso del consigliere comunale non può essere limitato alle materie di competenza del consiglio a cui si riferiscono gli atti previsti dall'art. 42 TUEL; esso si estende, infatti, ad ogni elemento conoscitivo in possesso

¹⁴ Commissione per l'accesso agli atti amministrativi "L'accesso ai documenti amministrativi"- Volume 12 - disponibile su www.governo.it; Cons. St., sez. IV, 9 luglio 2002 n. 3825; Cons. St., sez. V, 4 luglio 1996 n. 820; Cons. St., Sez. VI, n. 22/99; Cons. St., Sez. V, n. 3253/00; Cons. St., sez. V, n. 4471/2005; Cons. St., sez. V, 166/08; Cons. St., sez. V, n. 2716/04; T.A.R. Toscana, n. 622/07.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n.4471 in www.giustiziamministrativa.it ; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5264 in www.giustizia amministrativa.it; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 23-11-2006, n. 3897 in Comuni d'Italia, 2007, 3, 2. Consiglio di Stato, Sez. V , 4471/2005 in Comuni d'Italia, 2005, 11 ; Consiglio di Stato, Sez. V 5879/2005 in Comuni d'Italia, 2005, 3.

¹⁶ Petrulli, Mario (2008), L'accesso ad informazioni non ancora contenute in atti al momento della richiesta da parte del consigliere comunale , in *Nuova Rassegna*, 626 ss;

dell'Amministrazione, utile per l'esercizio del suo munus, in tutte le sue possibili e potenziali applicazioni¹⁷.

Secondo un orientamento consolidato la richiesta di accesso può riguardare anche atti anteriori all'elezione del consigliere, relativi a procedimenti ormai conclusi. L'accesso del consigliere deve essere pertanto consentito sia quando le fattispecie relative ad affari già definiti siano ancora in grado di spiegare i loro effetti sul presente sia allorquando la loro conoscenza si riveli semplicemente utile alla per l'esercizio del diritto d'iniziativa dei consiglieri o, ancora, per la formulazione, da parte di costoro, di eventuali interrogazioni od altre istanze di sindacato ispettivo¹⁸.

Ai consiglieri “ *possono ben riuscire utili e necessari all'espletamento del mandato anche atti risalenti a pregressi periodi della vita amministrativa del comune giacché mandato non è avulso dall'intera vita dell'ente locale che, per sua natura, non si interrompe ad ogni legislatura*”¹⁹.

Nell'ambito del Comune dove ho svolto il tirocinio, le richieste di accesso, per la maggior parte provenienti da consiglieri di minoranza, avanzate e accolte conformemente agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti²⁰, hanno avuto ad oggetto **il Piano regolatore generale in corso di elaborazione, gli atti dello stesso una volta approvato, il libro mastro ed il libro giornale di cassa, le lettere di dimissioni** presentate da assessori, **l'elenco dei permessi di costruire e delle opere appaltate** relative a determinati periodi, **gli atti relativi alla valutazione dei dirigenti, il registro di protocollo generale.**

17 Consiglio di Stato, Sez. V, 5109/2000 in Foro Amm. 2000, 9; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, n. 2100/2003 in . www.giustizia-amministrativa.it..

18 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 2151/1997.

19 Tar Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 31 luglio 2007, n. 492 in www.giustizia-amministrativa.it.

20 T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, n. 1961/2006; T.A.R. Piemonte, n. 3324/2006 in www.giustizia-amministrativa.it; IL VIMINALE RISPONDE “I chiarimenti del ministero dell'Interno ai quesiti degli amministratori locali” - Il Sole 24 Ore - Guida agli Enti Locali N. 44 del 10/11/2007 , p.62; Cos. Stato, sez IV 4855/2006; Cons. Stato sez V, n. 5020/2007; Cons. Stato, sez. V, n.5264/2007; TAR Lombardia , sez.I n.1762/204; TAR Sardegna, sez.I, n.32/2008.(tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

Sono invece state respinte, generando non pochi contrasti, per ragioni di riservatezza, le richieste, più volte effettuate, aventi ad oggetto **pareri legali** acquisiti dall'Amministrazione prima di effettuare delle scelte; per questo specifico ambito si rinvia al paragrafo sul rapporto tra accesso e privacy.

Altro caso che ha generato non pochi conflitti in ambito comunale è stato rappresentato dalla richiesta, più volte fatta, di accedere alle **registrazione della adunanza del consiglio**. In tale ipotesi, conformemente all'orientamento giurisprudenziale prevalente, la registrazione è stata ritenuta inaccessibile, non potendosi qualificare come “documento” ai sensi dell'art. 22, co. 2 L. 241/90, in quanto, essendo effettuata ad esclusivo uso del segretario comunale, è assimilabile a semplici appunti non ancora tradotti in atti, alla stessa stregua del brogliaccio²¹.

Non sono, però, mancate pronunce ²² in netta antitesi con l'orientamento consolidato; è stato precisato che la registrazione sonora delle sedute consiliari è suscettibile di essere inclusa nella nozione di “documento amministrativo” visto che, ai sensi dell'art. 22 comma 1 lettera d) della L. 241/90, essa rileva ai fini dell'esercizio del diritto di accesso²³. A prescindere poi anche da questo dato, è stato sottolineato che il diritto di accesso dei consiglieri comunali non è strettamente limitato agli atti qualificabili come “documento amministrativo” in senso stretto, ma si estende ad ogni ulteriore “notizia” o “informazione” in possesso degli uffici che possa essere di utilità all'espletamento del mandato consiliare. Una volta effettuate “ *non si vede per quale ragione le registrazioni non debbano essere messe a disposizione dei membri del consiglio; nè si può negare che i consiglieri comunali abbiano un apprezzabile interesse ad avere accesso alle registrazioni, se non altro per poter verificare la*

²¹ TAR Campania, sez. II, n. 539/2012; TAR Lombardia, n. 1823/2003; TAR Veneto, sez. II n.60/2002;.

²² TAR Piemonte, sez. I, n. 563/2011; TAR Umbria, sez I, n.21/2009 in www.giustizia-amministrativa.it.

²³; Cons. Stato, sez. IV, 04.07.1996, n. 820; TAR Lombardia Milano, sez. III, 13 marzo 2009, n. 1914; TAR Umbria Perugia, sez. I, 30 gennaio 2009, n. 21; TAR Piemonte Torino, sez. II, 18 aprile 2006, n. 1862), tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

correttezza della verbalizzazione ufficiale, prima di approvarla; ma anche, e più in generale, per poter disporre nell'espletamento del proprio mandato di una documentazione più completa ed accurata".

Sono considerati inaccessibili i documenti non formati, né detenuti o detenuti solo occasionalmente dalla pubblica amministrazione.

1.3. Accesso agli atti delle società a partecipazione pubblica

L'art. 43 co 2 del TUEL dispone che i consiglieri possono accedere non solo agli atti e ai documenti posseduti dal comune, ma anche a quelli posseduti dalle loro aziende e dagli enti indipendenti.

L'azienda speciale è un soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale ed è con esso legata da vincoli (sul piano della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza), tali da farla ritenere, pur con accentuata autonomia, facente capo all'amministrazione comunale con conseguente accessibilità nei confronti dei suoi atti da parte dei consiglieri comunali.

Senza dubbio, non crea alcun problema l'istanza del consigliere diretta a conoscere atti e documenti detenuti da una società a totale partecipazione pubblica²⁴: il riferimento è alla figura del cosiddetto *in-house providing*. A tal proposito si è osservato che la natura di società di capitale non preclude l'esercizio del diritto di accesso da parte del consigliere comunale, visto che sia la connotazione del controllo analogo, che ricorre quando l'ente pubblico eserciti sulla società un controllo simile a quello esercitato sui propri servizi, sia la destinazione prevalente dell'attività ed il fatto che la proprietà della medesima è interamente imputabile al comune, rendono la società in house una *longa manu* della pubblica amministrazione. E', dunque, l'esercizio di attività certamente rientranti nella più generale attività dell'ente locale, che giustifica e legittima la richiesta di ostensione. Stesse argomentazioni possono essere addotte nel caso di società di capitali a partecipazione pubblica maggioritaria.

²⁴ Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7900, *cit.*

Sussistono, invece, contrastanti orientamenti giurisprudenziali sulla possibilità di qualificare come ente dipendente una società a partecipazione pubblica minoritaria. Da una parte ci sono alcune pronunce²⁵, che negano la qualifica di ente “dipendente” a società in cui l’ente detenga una quota del capitale sociale inferiore o pari al 50% con impossibilità di applicazione dell’art 43 co 2 TUEL.

Dall’altra c’è ne sono altre²⁶ secondo cui è consentito al Consigliere comunale esercitare l’accesso agli atti di una società partecipata dal comune anche in via minoritaria in quanto ai fini dell’esercizio della prerogativa consiliare è irrilevante la percentuale di partecipazione del comune alla società dovendo avere riguardo esclusivamente alla rilevanza pubblica dell’attività perseguita (*“ il versamento di denaro pubblico, in qualsiasi misura, fa sorgere un interesse patrimoniale da salvaguardare. L’attività della p.a. ancorchè privatistica è sempre finalizzata alla tutela ed al perseguimento di un interesse pubblico pertanto il diritto di accesso può sempre essere esercitato”*)²⁷.

Da ultimo il TAR Piemonte, conformemente a tale secondo indirizzo, ha ulteriormente precisato che il diritto di accesso dei consiglieri comunali si estende anche agli atti formati o stabilmente detenuti da tutte le aziende o enti partecipati dal comune, non richiedendosi che le stesse integrino la figura dell’*in-house providing*. Invero, quando il legislatore del TUEL del 2000 adoperava l’espressione “aziende o enti dipendenti” del Comune, non poteva riferirsi agli organismi *in house*, allora ancora sconosciuti. Non può trascurarsi che la *ratio* dell’estensione del diritto d’accesso dei consiglieri, operata dall’art. 43 del TUEL, anche nei confronti delle aziende o enti dipendenti del Comune, risiede nel fatto che tali aziende ed enti dipendenti sono quelli che gestiscono pubblici servizi locali. La figura della società

²⁵ Tar Toscana, sez. 2785/2005 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Cons. di St., sez. IV, 27 maggio 2003, n. 2938 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ TAR Lombardia, sent. 147/2007 in www.giustizia-amministrativa.it.

in house, pertanto, è solo uno dei possibili soggetti legittimati passivi della richiesta di accesso dei consiglieri, dovendo includere anche le società partecipate dal Comune che gestiscano servizi pubblici locali per conto dello stesso ente. L'accesso, in tal caso, non è consentito però indiscriminatamente per tutti gli atti delle società partecipate dall'ente pubblico ma solo a quelli riferibili all'esercizio delle funzioni del comune ed in quanto tali utili ai fini dell'espletamento del mandato.

Parte della dottrina²⁸, invece, sostiene che, riconoscendo ai consiglieri comunali, sulla base dell'art 43 co2 TUEL, dei poteri di accesso ed ispezione superiori e diversi da quelli riconosciuti dal codice civile, si generi una alterazione della disciplina civilistica che deroga a dei principi cardine della stessa. Sostiene, poi, che non possa garantirsi allo stesso consigliere, il diritto di controllare, di fatto, l'esercizio dell'attività di impresa senza creare una vera e propria ingerenza nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, risultando ciò contrastante con i principi societari in materia.

Nel caso di s.p.a., ad esempio, il legislatore ha delineato una netta prevalenza delle istanze di riservatezza ed efficienza dell'impresa sulle istanze conoscitive dei soci²⁹. Sulla base di ciò tale dottrina ne ha dedotto che un ente pubblico, anche se azionista di controllo, non possa godere di un diritto di informazione più ampio ed esteso rispetto a quello accordato agli azionisti dalla disciplina di diritto privato³⁰.

28G. ROMAGNOLI, Le società degli enti pubblici, problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme, in *Giur. Comm.*- 2006, p485; COLAPINTO, FILIPPO (2007), *L'accesso del consigliere comunale agli atti ed ai documenti di una società partecipata dal Comune: probabili scenari di un questione non ancora risolta*, in *il diritto processuale amministrativo*, 433 ss.; ABRIANI, NICCOLO', CELOTTO ALFONSO, (2005) *Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e doveri di amministratori e sindaci nelle società per azioni partecipate da Enti Locali*:primi appunti, in *Giust. Amm.*, 1279.

29L' art. 2381 c.c., dispone l'impossibilità per il singolo azionista di una s.p.a., pubblica o privata, o comunque a soggetti estranei agli organi di amministrazione e controllo, di interloquire o avere informazioni e documenti dagli amministratori;

L'art. 2422 c.c. attribuisce al socio azionista il diritto di esaminare e di ottenere estratti a proprie spese del libro dei soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari. Solo in sede di assemblea, e rispetto all'ordine del giorno, il socio può esercitare un diritto di informazione. Al di fuori di questo caso specifico è pacifico nelle società azionarie munite di organi di controllo i soci non hanno alcun diritto di ricevere dagli amministratori informazioni o notizie in merito allo svolgimento degli affari sociali.

30 G. Romagnoli, *op. cit.*, in *Giur. Comm.* - 2006, pag. 485, R. Papania (2007), Brevi riflessioni sul diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, p.924 ss..

Secondo l'indirizzo in parola deve quindi escludersi che ai consiglieri comunali possano attribuirsi poteri di accesso e di ispezione addirittura superiori a quelli riconosciuti dall'attuale normativa civilistica all'ente pubblico azionista e agli stessi consiglieri nominati dallo stesso ente all'interno degli organi di amministrazione della società; si creerebbe così una disparità di trattamento tra azionista pubblico e azionista privato ledendo, conseguentemente, il principio della parità di trattamento tra azionisti.

Nell'ipotesi in cui la società partecipata rivesta la forma di s.r.l., invece, l'accesso alle informazioni, conformemente alle previsioni civilistiche, è consentito unicamente ai soci e non già a chiunque abbia un interesse, sia pure connesso all'attività della società³¹; al socio che non partecipa all'amministrazione, in virtù della sua qualità, viene attribuito un ampio potere di controllo riguardante non solo i libri sociali ma tutti i documenti, le scritture contabili, i documenti fiscali e quelli relativi ai singoli affari, con il solo limite dell'estrazione di copia³². Pertanto il consigliere avrebbe titolo per l'esercizio dell'accesso ai documenti relativi alla gestione della società, in considerazione delle facoltà in tal senso riconosciute dal codice civile a tutti i soci.

Infatti, la citata dottrina ritiene che il diritto di accesso di cui all'art. 43 non può essere esercitato prescindendo completamente dal tessuto legislativo e normativo in cui si cala, in quanto le regole privatistiche non possono essere completamente sovvertite e pretermesse da una lettura indebitamente estensiva di una norma di fonte primaria. In altri termini, la norma di cui all'art. 43 TUEL non può alterare il complesso di equilibri e principi dettati dal codice civile a tutela delle società.

³¹ L' art. 2476 comma 2 del c.c. riconosce a tutti i soci "il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare ,anche tramite professionisti di propria fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione"

³²La Commissione per l'accesso presso la presidenza del Consiglio dei Ministri si è espressa in senso conforme sia con il parere 4 del 12.02.2007 che con il parere n. 3.10/2008;

1.4. I RAPPORTI TRA IL DIRITTO DI ACCESSO E LA RISERVATEZZA

Il diritto del consigliere ad ottenere tutte le informazioni utili all'espletamento del mandato non sembra incontrare alcuna limitazione neanche nella natura riservata dei documenti richiesti.

Mentre il legislatore ha disciplinato il conflitto tra accesso e riservatezza quando a richiedere l'ostensione sia un cittadino³³, nessuna indicazione esplicita ha fornito nell'ipotesi in cui sia il consigliere comunale a richiedere informazioni la cui conoscenza possa ledere l'interesse alla riservatezza di soggetti terzi.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario il diritto d'accesso del consigliere comunale, pieno ed incompressibile, non incontra alcuna limitazione neanche in caso di informazioni che abbiano una natura riservata essendo il consigliere vincolato all'osservanza del segreto nei casi specificamente determinati dalla legge³⁴. Di fronte all'interesse del consigliere di accedere agli atti utili all'espletamento del mandato, infatti, ogni altro interesse recede, ivi compresa la riservatezza di terzi, non essendo quest'ultimi neppure configurabili come controinteressati³⁵.

Ai consiglieri è precluso l'accesso unicamente a seguito dell'impenetrabilità di taluni segreti reali rispetto ai quali la segretezza, connessa alla qualifica rivestita dal consigliere, non costituisca un'idonea garanzia di non divulgazione delle relative informazioni³⁶.

³³ Art. 24 L. 241/1990.

³⁴ RUBULLOTTA, MARIANNA (2005), *Legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi: quali limiti per il consigliere comunale?*, in *Il Consiglio di Stato*, 1667 ss; In tal senso: Cons. St., sez. V, n. 4829/2011 in www.giustizia-amministrativa.it; Con. St., sez. V, n. 940/2000 in Cons. Stato 2000, I; Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716 in Foro Amm., 2004, 1416; Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7900, in Dir. Proc. Amm., 433 ss.

³⁵ Cons. St., sez. V, n. 5264/2007 in www.giustizia-amministrativa.it; A.N.U.S.C.A. – Associazione Nazionale Ufficiali di Stato Civile e Anagrafe - Circolare esplicativa della Prefettura UTG di Isernia - "Diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali e provinciali", disponibile su: www.anusca.it. 2010.

³⁶ V. Antonelli, E. D'Aristotele, C. Paolini, Guida 2012 per le autonomie locali, CEL, Volume I p. 452.

Il diritto di accesso e il diritto alla riservatezza sono entrambi interessi di rango primario, meritevoli di tutela e di bilanciamento da parte dell'ordinamento giuridico. In base all'art. 65 comma 4 lett. b del dlgs. 196/2003, l'accesso a dati sensibili da parte dei consiglieri è consentito quando sia strettamente necessario per la funzione di controllo, di indirizzo politico, di sindacato ispettivo degli stessi.

Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali³⁷ rinviene nel secondo comma dell'art. 43 TUEL una delle disposizioni che permettono di trattare dati ed informazioni per il perseguimento di finalità istituzionali.

Nell'ipotesi particolare in cui il consigliere comunale accede ad una banca dati, egli effettua un "trattamento dei dati", ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. p) del D.Lgs. 196/2003. Tale trattamento però, rimanendo all'interno del sistema organizzativo e procedimentale dell'Ente pubblico, fa sì che quest'ultimo resti l'unico titolare del trattamento dei dati. Discorso diverso, invece, nel caso in cui la banca dati venga duplicata; in tale circostanza, infatti, il trattamento lascia l'ambito dei sistemi di custodia, tutela e gestione predisposti dall'Ente pubblico titolare, per passare nella disponibilità del consigliere, il quale diviene il nuovo detentore della banca dati duplicata, comportando così il sorgere in capo al consigliere di tutti i doveri e gli adempimenti connessi alla detenzione³⁸.

Lo stesso Garante è poi intervenuto, con provvedimento del 12 Febbraio 2004, in riferimento all'accesso ai dati degli iscritti nelle anagrafi comunali della popolazione, precisando che tali dati non possono in alcun modo essere forniti a privati per scopi di propaganda elettorale, anche se il richiedente è un amministratore locale o il titolare di una carica elettiva³⁹.

³⁷ Garante per la protezione dei dati personali, decisione 9 giugno 1998 "Accesso ai documenti amministrativi - Accesso agli atti delle amministrazioni locali" - 20 maggio 1998 disponibile su: www.garanteprivacy.it

³⁸ Daniele Perotti "Le forme di accesso del consigliere comunale alle banche dati del Comune: profili di criticità" in Nuova Rassegna 2009, n. 4, p. 437-442.

³⁹ V. Antonelli, E. D'Aristotele, C. Paolini, op. cit., p. 452.

In caso di trattamento pubblico di dati personali, il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza devono essere temperati; l'art. 25 co 4 della legge 241 del 1990 prevede a tal proposito un coordinamento tra la Commissione per l'accesso ed il Garante per la protezione dei dati personali, attraverso il meccanismo della richiesta di parere obbligatorio, ma non vincolante. Perciò, nei ricorsi presentati innanzi alla Commissione può essere richiesto il parere al Garante; all'inverso, nel caso di ricorso presentato al Garante può essere richiesto il parere alla Commissione per l'accesso.

La Commissione svolge anche funzioni di organo consultivo rilasciando pareri alle Amministrazioni sulle richieste di accesso dei consiglieri comunali. Nel caso in cui tale richiesta consiliare abbia ad oggetto atti giudiziari, la Commissione si è espressa nel senso che sia necessario il parere del Garante.

Con riferimento al parere legale detenuto dalla pubblica amministrazione è stato precisato che esso, se richiamato da un atto amministrativo, ha natura endoprocedimentale e, pertanto, non può farsi rientrare nel segreto professionale di cui al D.P.C.M. n. 2001/1996, che disciplina l'accesso ai documenti dell'Avvocatura di Stato⁴⁰. Di conseguenza le limitazioni poste dal decreto non possono applicarsi in via analogica ai consiglieri comunali: essi hanno titolo ad accedere anche agli atti concernenti le vertenze in cui l'ente è coinvolto, nonché ai pareri legali richiesti dall'amministrazione comunale, onde prendere conoscenza ed intervenire a riguardo.

Diverso è il caso in cui il parere legale sia stato acquisito dall'Amministrazione per definire una strategia difensiva e conformare la propria azione ai criteri di legittimità ed opportunità⁴¹. E' stato, infatti, considerato legittimo il diniego alla relativa richiesta di accesso, considerato che i pareri legali, quando rientrano tra gli atti di

⁴⁰TAR Toscana, sez.II, n.622/2007.

⁴¹ Cons. St., sez. IV, n.6200/2003.

consulenza, non possono formare oggetto di accesso senza violare il segreto professionale dell'avvocato che li ha formulati e la privacy dell'ente che deve restare libero nell'acquistare i pareri che ritiene necessari alla formazione della propria corretta volontà⁴².

1.4.1. Profili penali.

Il diritto di accesso dei consiglieri comunali presenta anche risvolti penalistici. Un'eventuale violazione dell'unico limite, espressamente previsto dal legislatore, posto a carico del consigliere, di rispettare il segreto, potrebbe avere come conseguenza l'incorrere nel reato di cui all'art. 326 c.p.

A tal proposito sono individuabili due contrapposti orientamenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo⁴³ propende per la tesi secondo cui *“l'oggetto materiale del delitto di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) sono solo le notizie d'ufficio coperte da segreto e cioè quelle sottratte alla divulgazione in ogni tempo e luogo e nei confronti di chiunque per legge, per regolamento o dalla natura stessa della notizia che può recare danno all'amministrazione, ma non anche quelle indebitamente diffuse in violazione delle norme sul diritto di accesso agli atti della P.A. in quanto svelate a chi non è titolare di tale diritto o senza il rispetto delle modalità previste”*.

Ciò perché la legge 7 agosto 1990 n. 241, che racchiude la disciplina generale sull'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione, *“contiene soltanto la regolamentazione del relativo diritto e non anche di un parallelo obbligo di segretezza, disciplinando siffatto diritto unicamente in base all'interesse del richiedente, ovvero alla giustificazione addotta dallo stesso”*. In tale contesto è stato altresì precisato che non può estendersi ai consiglieri la disciplina sancita per gli impiegati civili dello Stato dall'art. 15 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, che impone a tale categoria l'obbligo del segreto di ufficio sui provvedimenti o operazioni

⁴² TAR Lombardia, sez. 12 Febbraio 2010, n. 17.

⁴³Cass. Pen, sez. VI, sent. n. 8201/2010 in CED Cassazione, 2009. Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 39706/2009, in CED Cassazione, 2009.

amministrative in corso o concluse, di cui sia venuto a conoscenza a causa delle funzioni.

Alla descritta corrente se ne contrappone un'altra secondo cui il contenuto dell'obbligo di segreto d'ufficio, la cui violazione è sanzionata dall'art. 326 c.p., non è limitato soltanto alle informazioni sottratte alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma si estende anche alle informazioni la cui diffusione sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, perchè effettuata senza il rispetto delle modalità previste, ovvero nei confronti di soggetti non titolari del relativo diritto⁴⁴.

In base a tale indirizzo la rilevazione da parte del consigliere delle informazioni acquisite esercitando il diritto d'accesso, sembrerebbe punibile ex art 326c.p. Ad oggi, tuttavia, non si è giunti a nessun definitivo arresto giurisprudenziale sull'argomento.

1.5. Rapporto con la legge 241/90.

L'accesso di cui agli artt. 22 ss. della L. n. 241 del 1990 differisce dall'accesso del consigliere comunale di cui all'art. 43 del TUEL per natura, finalità ed oggetto.

Il primo, esplicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità, riconducibile all'art.97 Cost., è un istituto che consente ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti, al fine di poter predisporre la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese⁴⁵, mentre il secondo, espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività⁴⁶, 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 Comune⁴⁷.

⁴⁴Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent., n. 11001/2009, in CED Cassazione, 2009; Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 30148/2007, in CED Cassazione, 2007; Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 7483/1998, in CED Cassazione, 1998.

⁴⁵ R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, V ed., p 735e ss..

⁴⁶ Cons. St., sez. V, n. 976/1994 in For. Amm, 2004.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, n. 4855/2006 in www.giustizia-amministrativa.it.

L'accesso dei privati⁴⁸, presuppone un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, strumentale al documento di cui è chiesta l'ostensione⁴⁹. Viene, infatti, richiesto che l'atto sia motivato, al fine di consentire all'Amministrazione di valutare l'effettiva sussistenza in capo all'istante dell'interesse giuridicamente rilevante che lo legittima all'esercizio dell'accesso⁵⁰.

I consiglieri, invece, titolari del diritto di accesso "*muneris causa*", non hanno alcun onere di motivare la relativa richiesta, in quanto l'interesse è insito nella necessità di esercitare adeguatamente il proprio mandato⁵¹. Opinando diversamente sarebbe introdotto una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato del consigliere comunale⁵².

Mentre per i privati l'accesso, riferito solo ai documenti rientranti nella nozione di cui all'art. 22 co1lett.d), è dal legislatore soggetto ad una serie di limiti tassativi finalizzati alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali e prioritari senza che residui alcun margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione⁵³; per i consiglieri l'accesso, indirizzabile verso qualunque informazione, documento o atto,

48 R. GAROFOLI, G. FERRARI op.cit., 523 ss; CARINGELLA, FRANCESCO, (2011), *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica

49 Consiglio di Stato, Sez. V, Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5873; PEDACI, *Brevi note sul concetto di situazione giuridicamente rilevante nell'ambito del diritto di accesso*, in Nuova Rass. 2007, 67.

50 Qualora la richiesta non fosse adeguatamente motivata legittimamente l'Amministrazione potrebbe negare l'accesso, in tal senso cfr. TAR Lazio Sez. I ter, 28 gennaio 2008, n. 594 in www.giustizia-amministrativa.it.

51 M. Lucca, "Diritto di accesso agli atti da parte dei consiglieri comunali e provinciali" in Comuni di Italia n9/07.

52 Tessaro, Diritto di accesso: una nuova puntata sulla natura, La Gazzetta degli enti locali, 9 Maggio 2006.

53 Art. 24, comma 1. L. 241/1990 "sono esclusi dal diritto di accesso: i documenti coperti da segreto di Stato, i procedimenti tributari; atti normativi, generali, di pianificazione e di programmazione; i procedimenti selettivi in relazione a documenti contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale di terzi".

pubblico o privato, detenuto dall'Amministrazione, non è soggetto alle regole procedurali e ai limiti di contenuto della L. 241/90.

In ultimo, relativamente al rapporto tra riservatezza e accesso, per i privati, il principio generale che si ricava è quello del contemperamento tra le due esigenze, ovvero ammettere l'accesso con criteri e modalità tali da non frustrare l'esigenza di riservatezza⁵⁴; di fronte, invece, all'interesse del consigliere di accedere agli atti utili all'espletamento del mandato ogni altro interesse recede, ivi compresa la riservatezza di terzi, essendo il consigliere tenuto al segreto nei casi determinati dalla legge.

1.6. Modalità di esercizio e limiti.

I consiglieri, come già precisato, non devono addurre alcuna motivazione alla richiesta di accesso, visto che al riguardo, vi è una presunzione legislativa che quanto richiesto sia necessario per l'espletamento del loro mandato amministrativo⁵⁵. Siamo dinanzi ad un diritto assai ampio, rispetto al quale gli uffici non possono pretendere di esercitare alcun tipo di controllo sulle richieste avanzate, perché ciò determinerebbe, una inedita ingerenza nelle modalità di svolgimento del mandato amministrativo⁵⁶.

Si aggiunga che la norma attributiva del potere richiede un requisito per l'esercizio dell'accesso: l'utilità. La giurisprudenza unanimemente interpreta tale concetto in maniera estensiva, nel senso che da esso non deriva alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri bensì ne discende l'estensione a qualunque documento amministrativo, informazione ritenuto dall'istante utile per l'espletamento del mandato.

⁵⁴ LIPARI, *Riservatezza e accesso ai documenti: le questioni aperte*, in *Il Corr. Del merito*, 2007, 1333;
FLAMMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: convivenza possibile?*, in *Ragiusan*, 2006, 265.

⁵⁵ Cons. St., V sez., n. 4471/2005 in *Comuni d'Italia*, 2005.

⁵⁶ Cons. St., V sez., n. 5870/ 2005 in *Comuni d'Italia*, 2005.

Il diritto in questione, di ampissima portata, incontra dei limiti, precisati alla stessa giurisprudenza, relativi alla forma e alla modalità di esercizio, volti a “disciplinare l’accesso indiscriminato agli atti del comune”⁵⁷.

Infatti, conformemente a tale orientamento, il consigliere interessato deve, in primis, evidenziare il suo status; deve, poi, formulare le richieste in modo specifico e chiaro indicando in maniera dettagliata gli estremi identificativi degli atti che intende conoscere o, qualora siano ignoti tali estremi, individuare gli elementi che ne consentano l’identificazione⁵⁸. Si aggiunga che il consigliere con le sue istanze, da avanzare non oltre i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, non può abusare del diritto di informazione riconosciutogli, per perseguire interessi personali o per scopi meramente emulativi diretti ad intralciare il funzionamento degli uffici comunali⁵⁹. Ovviamente la sussistenza di tali caratteri deve essere vagliata attentamente e approfonditamente in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazioni al diritto stesso.

I giudici, conformemente alle osservazioni di cui sopra, hanno ritenuto legittimo il diniego di accesso quando la relativa richiesta venga fatta, ad esempio, o per acquisire della documentazione palesemente non attinente al mandato, inutile all’attività di controllo e vigilanza sull’operato degli organi in quanto diretta o a soddisfare un interesse personale⁶⁰, o per porre in essere strategie ostruzionistiche o di paralisi dell’attività amministrativa attraverso istanze che comportino un eccessivo

⁵⁷ TAR Sardegna, sez. I, n. 32/2008 in Comuni d’Italia, 2008.

⁵⁸ Cons. St. sez. V, n. 4471/05; Cons. St., sez.V, 5020/2007; Con. Stato, sez. V, 6742/2007, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. stato, Sez. V, n. 6293/2002 in Foro Amministrativo, 2002, p. 495.

⁵⁹ Cons. St. sez. V, n. 4471/05; Cons. St. sez. IV, n. 4855/2006; tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ TAR Calabria Catanzaro, sez. II, sent. 27 novembre 2008, n. 1535.

ed ingiustificato appesantimento per gli uffici comunali, o per esercitare un sindacato generalizzato sull'attività dell'amministrazione⁶¹.

A tal proposito occorre segnalare la posizione della Corte dei Conti, espressa in due pronunce. Nella prima ha sostenuto che, essendo la norma sull'accesso chiara ed inequivocabile, l'eventuale diniego illegittimo configurerebbe un comportamento caratterizzato da colpa grave e, qualora da esso derivi la condanna del comune al pagamento delle relative spese di giudizio, sussisterebbe una responsabilità amministrativa⁶²; nella seconda ha precisato che una "situazione di danno ingiusto" potrebbe sussistere ove risultasse effettivamente dimostrato che il diritto di accesso sia stato esercitato in contrasto con la previsione di legge, essendo i documenti acquisiti non utili alle finalità del suo mandato.⁶³

Infine altro aspetto da considerare riguarda l'impossibilità di addebitare il costo della copia e i diritti di visura e di ricerca al consigliere comunale che chieda di prendere visione di atti o documenti, in quanto l'esercizio del diritto di accesso attiene non al soddisfacimento di un interesse individuale e privato, bensì alla funzione pubblica di cui il richiedente è portatore⁶⁴. A tal proposito in una nota del Ministero dell'Interno⁶⁵ viene affermata da un lato l'esigenza che le Pubbliche Amministrazioni curino gli adempimenti a loro carico, dotandosi di tutte le risorse umane e strumentali necessari all'assolvimento dei loro compiti e al fine di garantire

61 FERRARI G., *Limiti al diritto di accesso ai documenti da parte dei consiglieri comunali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 2, 182.

62 C. Conti, Regione Umbria, sez. Giurisdizionale, 5 giugno 1997, n. 284; Cons. St., n. 1893/2001, in *Foro Amm.*, 2001, 846.

63 Corte dei Conti sez. Liguria, n. 1/2004.

64 Cons. St., sez. V, 8 settembre 1994, n. 976; T.A.R. Puglia, 10 agosto 1999, n. 676.

65 Nota del Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale per le Autonomie Prot. n. 15900/545/L.142/1 Bis/ 5.10 /n2005/12013/222 EE.LL.;

il diritto di accesso dei consiglieri⁶⁶; dall'altro il *“generale dovere della pubblica amministrazione di ispirare la propria attività al principio di economicità incombe non solo sugli uffici tenuti a provvedere ma anche sui soggetti che richiedono prestazioni amministrative i quali, se appartenenti alla stessa amministrazione sono tenuti, cooperando lealmente tra loro, a modulare le proprie richieste in modo da contemperare i diversi interessi”*⁶⁷.

Maddalena Cozzolino, Paolo Bertazzoli, Giuseppe De Luca (Segretari comunali)

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, n. 2716 del 2004; Massimiliano, Spagnuolo, in “L’accesso agli atti di pianificazione urbanistica da parte del consigliere comunale” in Nuova Rassegna 2008 n. 8 pagg. 960-966.

⁶⁷ Parere della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dd 10 dicembre 2002

