

Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e profili di rilevanza amministrativa e penale del diniego

di Domenico Cesaro

Sommario

1. Articolo 43 T.U.E.L. Considerazioni preliminari su genesi ed evoluzione sistematica della norma; 2. Natura ed ampiezza del diritto di accesso dei consiglieri; 3. Art. 43 TUEL e art. 22 l. 241/90. Il differente oggetto del diritto di accesso; 4. Modalità di esercizio e forme di tutela del diritto di accesso;

1. Articolo 43 T.U.E.L. Considerazioni preliminari su genesi ed evoluzione sistematica della norma

L'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 (*Diritti dei consiglieri*)¹ del T.U.E.L., sancisce il diritto dei

consiglieri comunali e provinciali ad ottenere dagli uffici, nonché dalle loro aziende² ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato, con il solo vincolo del segreto nei casi specificamente determinati dalla legge³.

¹ Art. 43 (*Diritti dei consiglieri*):

1. I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di iniziativa su ogni questione sottoposta alla deliberazione del consiglio. Hanno inoltre il diritto di chiedere la convocazione del consiglio secondo le modalità dettate dall'art. 39, comma 2, e di presentare interrogazioni e mozioni.

2. I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere **dagli uffici**, rispettivamente, **del comune** e della provincia, **nonché dalle loro aziende** ed enti dipendenti, **tutte le notizie e le informazioni in loro possesso**, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

3. Il sindaco o il presidente della provincia o gli assessori da essi delegati rispondono, entro 30 giorni, alle interrogazioni e ad ogni altra istanza di sindacato ispettivo presentata dai consiglieri. Le modalità della presentazione di tali atti e delle relative risposte sono disciplinate dallo statuto e dal regolamento consiliare.

4. Lo statuto stabilisce i casi di decadenza per la mancata partecipazione alle sedute e le relative procedure, garantendo il diritto del consigliere a far valere le cause giustificative.

² La disposizione in esame rende qualche perplessità nell'utilizzo, da parte del legislatore, del termine «aziende». Tale espressione, corroborata anche dalle diverse decisioni del Consiglio di Stato in materia, va, senza dubbio, interpretata nel senso di attribuire al consigliere comunale il diritto di ottenere tutte le informazioni, utili all'espletamento del loro mandato, anche dalle società partecipate dallo stesso comune o dagli enti dipendenti (cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 20/10/2005, n. 5879).

³ In guisa da escludersi *a priori* quel pericolo di diffusione di informazioni riservate, potenzialmente riconnesso alla conoscenza delle stesse da parte di chi a tale segreto, al contrario, non risulta vincolato. Sotto tale aspetto, all'amministrazione è richiesta una difficile opera di mediazione tra interesse alla traspa-

L'istituto in questione, in vero, non rappresenta una novità del Testo unico del 2000, ma rinviene il proprio antecedente sistematico nella previsione di cui all'art. 24 della L. 816 del 1985 (in tema di 'Esercizio delle funzioni consiliari'), il quale già aveva previsto che "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".

Nella prima formulazione della norma, quindi, l'ampiezza dei poteri e delle facoltà ostensive connesse allo *status* di consigliere comunale o provinciale risultava in qualche misura più limitato rispetto a quanto attualmente consentito dal Testo unico del 2000 (e, prima ancora, dall'art. 31, co. 5 della L. 241 del 1990, che aveva modificato in parte i contorni dell'istituto, conferendogli la sua caratterizzazione attuale). La corretta portata di tale diritto rappresenta un tema di rilevante attualità atteso che la casistica giudiziale

renza dell'attività amministrativa e diritto dei singoli a non subire intrusioni nella sfera della privacy, diritto che ha trovato, inizialmente, specifica disciplina e tutela nella legge n. 675/1996 e successive modificazioni ed integrazioni, poi confluita nel T.U. di cui al d.lgs. n. 196/2003, e, con specifico riferimento al trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici, dal d.lgs. 11 maggio 1999, n. 135. Le Pubbliche Amministrazioni (tra cui i comuni) hanno l'obbligo di indicare, con apposito regolamento, le categorie di atti sottratti all'accesso per la tutela dell'interesse (tra l'altro) della riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, con la sola esclusione della mera ostensione, peraltro senza estrazione di copia, degli atti la cui conoscenza sia indispensabile per ragioni sostanzialmente di giustizia.

degli ultimi anni lascia trasparire una certa refrattarietà degli organi esecutivi locali (e, in particolar modo, comunali), a consentire una completa e trasparente visione del proprio operato da parte dei titolari della funzione di indirizzo e controllo politico, come è testimoniato dal nutrito contenzioso pendente *in subiecta materia* innanzi ai giudici amministrativi, nonché dal sempre maggior ricorso all'autorità giudiziaria penale per la violazione dell'art 328 comma 2° c.p. Tuttavia, se è vero che in ambito amministrativo l'eventuale ostacolo all'*actio ad exhibendum* trova ampia tutela⁴, ciò non è altrettanto vero in ambito penale.

Occorre osservare, in primo luogo, che il diritto di accesso riconosciuto ai rappresentanti del corpo elettorale comunale ha una *ratio* diversa da quella che contraddistingue l'ulteriore diritto di accesso agli atti ed ai documenti amministrativi che è riconosciuto, non solo ai consiglieri comunali o provinciali, ma a tutti i cittadini (art. 10 - Diritto di accesso e di informazione - d.lgs. n. 267/2000 applicabile agli atti degli enti locali) come pure, in termini più generali, a chiunque sia portatore di «un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, in riferimento ai documenti amministrativi detenuti anche da amministrazioni diverse dai comuni e dalle province (art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990,

⁴ Il Consiglio di Stato ha sancito che il diritto previsto dall'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 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 e, quindi, alla funzione di rappresentanza della collettività. (cfr. *Consiglio Stato Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879*).

n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; art. 2, D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352). Invero, la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato costituisce, al tempo stesso, il presupposto legittimante l'accesso e il fattore che ne delimita la portata. Le disposizioni richiamate, infatti, collegano l'accesso a tutto ciò che può essere effettivamente funzionale allo svolgimento dei compiti del singolo consigliere comunale e provinciale e alla sua partecipazione alla vita politico-amministrativa dell'ente.

2. Natura ed ampiezza del diritto di accesso dei consiglieri

Il diritto⁵ dei consiglieri comunali e provinciali di accedere agli atti dell'ente locale, previsto

⁵ Le difficoltà di inquadramento dell'accesso nell'ambito della dicotomica distinzione, presente nel nostro ordinamento (anche costituzionale: cfr. art. 24 Cost.), tra diritti soggettivi e interessi legittimi, ben riflette le difficoltà ed i dubbi che accompagnano, in linea generale, ancora tale distinzione. Non vi è dubbio, infatti, che le norme che disciplinano l'accesso sembrano essere delle norme tipicamente di azione; il che farebbe propendere per l'inquadramento dell'accesso nell'ambito degli interessi legittimi. Tuttavia, specie a seguito della emanazione della disciplina regolamentare, l'attività svolta in materia dalla p.a. non sembra affatto discrezionale, ma è da ritenere prevalentemente (se non esclusivamente) vincolata, essendo l'accesso sempre ammesso (ovviamente nella ricorrenza dei necessari presupposti), tranne i casi in cui esso sia espressamente vietato; onde, sotto questo profilo, dovrebbe ritenersi che l'accesso ha natura di diritto soggettivo. Infine, nel caso in cui sia stato negato l'accesso, con la relativa azione avverso il diniego sembra che venga lamentato in concreto il cattivo uso del potere e non già la sua carenza; onde, sotto questo terzo profilo, sembrerebbe doversi nuovamente propendere per la configurabilità dell'accesso in termini di interesse legittimo. Affermare comunque che l'accesso agli atti costituisce un interesse legittimo non comporta una diminuzione della impor-

dall'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 (v. in prec. l'art. 24, legge n. 816 del 1985 e l'art. 31, comma 5, legge n. 142 del 1990) - come è possibile evincere dalla chiara *littera legis* - è espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività e, 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. I consiglieri hanno un incondizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale. Gli uffici comunali non hanno il potere di sindacare il nesso intercorrente tra l'oggetto delle richieste di informazione avanzate da un consigliere comunale e le modalità di esercizio del "*munus*" da questi espletato⁶.

tanza di tale posizione giuridica soggettiva; vero è che, tradizionalmente, l'interesse legittimo è considerato come una specie di ombra del diritto soggettivo, una posizione giuridica soggettiva strumentale e comunque riflessa; ma tale concezione ancestrale dell'interesse legittimo va ormai completamente rivista, anche alla stregua della disciplina positiva del c.d. «diritto» di accesso.

⁶ L'art. 43 d.lgs. n. 267 del 2000 riconosce ai consiglieri, per l'utile espletamento del loro mandato, un latissimo "diritto all'informazione" a cui si contrappone il puntuale obbligo degli uffici "rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti" di fornire ai richiedenti "tutte le notizie e le informazioni in loro possesso". L'interesse del consigliere comunale ad ottenere determinate in-

Questo orientamento è confermato dalla giurisprudenza, che ha avuto occasione di precisare che il consigliere può accedere non solo ai «documenti» formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza ma, in genere, a qualsiasi «notizia» o «informazione» utili ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari. Ha osservato, in particolare, la giurisprudenza amministrativa⁷ che la natura di società di capitale non preclude l'esercizio del diritto di accesso da parte del consigliere comunale, atteso che la proprietà della medesima è imputabile al Comune; dalla partecipazione pubblica discende l'esercizio di attività certamente rientranti nella più generale attività dell'ente locale, che giustifica e legittima quindi la richiesta documentazione. La tesi opposta, infatti, porterebbe all'assurda conclusione che basterebbe mutare forma di gestione del servizio per sottrarre l'esercizio dello stesso servizio al controllo consiliare. Dottrina e giurisprudenza, dopo un iniziale contrasto tra i fautori della tesi privatistica⁸ e quelli della tesi pubblicistica⁹, si sono orientate nel senso di escludere che la semplice veste formale di società per azioni sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici¹⁰.

formazioni o copia di specifici atti detenuti dall'amministrazione civica non si presta, pertanto, ad alcuno scrutinio di merito da parte degli uffici interpellati in quanto, sul piano oggettivo, esso ha la medesima latitudine dei compiti di indirizzo e controllo riservati al Consiglio comunale - al cui svolgimento è funzionale - (Consiglio Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471).

⁷ Cons. Stato, Sez. V, 20/10/2005, n. 5879.

⁸ cfr., ex multis, Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989

⁹ cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498

¹⁰ Seppur al diverso fine di giustificare la permanenza del controllo della Corte dei conti sulle società per

È noto che la disciplina comunitaria non aderisce ad una nozione formale di ente pubblico, ma accoglie un concetto sostanziale di organismo di diritto pubblico. L'art. 2 della direttiva della Commissione europea n. 80/723/CEE del 25 giugno 1980 (sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche) stabilisce che per impresa pubblica si intende ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante e che per poteri pubblici si devono intendere lo Stato e gli altri enti territoriali. Pertanto, elemento caratterizzante della nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria è l'influenza dominante dei pubblici poteri; invece si prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente.

3. Art. 43 TUEL e art. 22 l. 241/90. Il differente oggetto del diritto di accesso

Il diritto di accesso dei consiglieri presenta diverse peculiarità rispetto a quello regolato dagli artt. 22 e ss. della legge sulla trasparenza amministrativa (legge n. 241/1990, come modificata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005), così come si evidenzia dalla stessa formulazione letterale delle norme¹¹, dalla quale, data l'accezione di

azioni, soggette a privatizzazione solo formale ed al controllo maggioritario da parte dello Stato, anche la Corte costituzionale ha sottolineato la neutralizzazione della veste societaria rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica dei soggetti in questione (cfr. Corte costituzionale 28 dicembre 1993, n. 466).

¹¹ art. 22 (*Definizioni e principi in materia di accesso*) nel testo vigente con l'avvertenza che l'intero articolo è stato sostituito dall'articolo 15, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, mentre il comma 2 è stato ulteriormente sostituito dall'articolo 10, comma 1, lettera a), della legge 18 giugno 2009, n. 69:

1. Ai fini del presente capo si intende:

a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di **documenti amministrativi**;

b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

c) per "controinteressati", tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;

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

e) per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

2. L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza (2).

3. Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

4. Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

5. L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell' articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al de-

documento amministrativo adoperata dal comma 1, lett. d) dell'art. 22 («... è considerato documento amministrativo ogni rappresentazione... del contenuto di *atti*, anche interni... detenuti da una Pubblica Amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale»), emerge che oggetto dell'accesso dei consiglieri non sono soltanto i documenti amministrativi perfettamente formati o detenuti dall'amministrazione, ma anche le mere notizie ed informazioni che risultino utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo¹².

creto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

6. Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere.

¹² La precisazione è importante perché permette di ampliare, in favore del consigliere comunale, i tradizionali limiti di accessibilità agli atti della Pubblica Amministrazione da parte dei singoli cittadini, individuati - per un verso - nella non ostensibilità degli atti infraprocedimentali preordinati all'emanazione di provvedimenti normativi (es., regolamenti comunali), amministrativi generali (es., bandi di gara), nonché pianificatori, programmatori e tributari (ad esempio, P.R.G., ovvero delibera giuntale di aumento dell'aliquota I.C.I.), secondo quanto disposto dall'art. 24 della legge n. 241/1990 come da ultimo modificata dalla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 aprile 1998, n. 426). Secondo quanto chiarito dal giudice amministrativo, infatti, dal contenuto dell'art. 43, comma 2, del T.U.E.L., si ricava agevolmente che i consiglieri comunali hanno diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, senza alcuna limitazione, risultando bastevole, al riguardo, far riferimento, nella richiesta, a tale giustificazione per ritenersi quest'ultima congruamente motivata, sì da non

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha avuto modo di delineare i contorni applicativi dell'istituto in parola, mettendone in rilievo (*inter alia*) la piena autonomia concettuale rispetto al generale istituto del diritto di accesso disciplinato dagli articoli 22 e segg. della L. 241 del 1990, nonché rispetto allo stesso diritto di accesso dei cittadini agli atti degli enti locali (art. 10 del Tuel).

Il particolare istituto di cui all'art. 43 del Tuel riferisce il diritto in questione al ben più ampio novero delle "notizie ed informazioni" detenute dall'ente, in tal modo svincolandolo dalle modalità concrete della sua rappresentazione su specifici supporti¹³.

Un ostacolo all'accesso, intrinsecamente ricollegabile alla veduta nozione di documento amministrativo - ma che non parrebbe tangere i componenti l'organo consiliare, alla luce di quanto testé chiarito - è quello relativo a dati e/o notizie non già consacrati in atti preesistenti e sufficientemente individuati, bensì afferenti allo stato di un procedimento o sul nome del relativo responsabile, ovvero finalizzati a promuovere la

poter essere disattesa dall'amministrazione. E ciò in ragione della decisa valenza ampliativa (e non già limitante) del termine «utili» contenuto nella norma in oggetto.

I consiglieri comunali, in tal modo, possono valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l'efficacia dell'operato del comune, nonché, per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del consiglio e per promuovere, anche nell'ambito del consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale (Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879).

¹³ in tal senso: Cass. civ., sez. III, sent. 8480/1995 in tema di accesso alla registrazione magnetofonica di una seduta consiliare.

formazione di nuovi documenti contenenti le informazioni richieste¹⁴.

Il diritto di accesso del consigliere comunale, quindi, non riguarda soltanto le competenze attribuite al consiglio comunale ma, essendo riferito all'espletamento del mandato, investe l'esercizio del *munus* in tutte le sue potenziali implicazioni per consentire la valutazione della correttezza ed efficacia dell'operato dell'amministrazione comunale¹⁵. La richiamata giurisprudenza ha, altresì, statuito che «la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato costituisce, al tempo stesso, il presupposto legittimante l'accesso ed il fattore che ne delimita la portata. Le disposizioni richiamate, infatti, collegano l'accesso a tutto ciò che può essere effettivamente funzionale allo svolgimento dei compiti del singolo consigliere comunale e provinciale e alla sua partecipazione alla vita politico-

¹⁴ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa, Regione Sicilia, 4 luglio 2000, n. 336.

¹⁵ Cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 1994, n. 119; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2000, n. 5109; Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879.

Va rilevato che anche per il consigliere il diritto deve essere esercitato in maniera corretta e non in contrasto con le finalità della legge. Sarebbe discutibile il comportamento del consigliere che chiedesse e ottenesse copia di documenti non utili per l'esercizio del mandato amministrativo. A tale proposito è stato ritenuto legittimo il provvedimento con il quale è stata rigettata una richiesta di accesso avanzata da alcuni consiglieri comunali riguardante un cospicuo numero di copie di "documenti ritenuti utili", risultata non coerente con il mandato ed i compiti, definiti dalla legge, per i predetti soggetti configurandosi, come una forma di controllo specifico e non già inerente alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo (CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 28 novembre 2006, n. 6960)

amministrativa dell'ente»¹⁶. Il diritto consiliare, qualificabile come vero e proprio diritto soggettivo pubblico¹⁷, si differenzia, quindi, rispetto al diritto di accesso di cui alla legge n. 241/1990, per la facoltà del consigliere comunale di visionare tutti gli atti dell'amministrazione, a prescindere dalla dimostrazione di un concreto e personale interesse¹⁸ relativo alla tutela di situa-

zioni giuridicamente rilevanti - come diversamente imposto, in via generale, dagli artt. 22 legge cit., nonché artt. 2 e 4 D.P.R. n. 352/1992 (recante il regolamento di attuazione del diritto di accesso) - risultando sufficiente allo scopo la mera connessione dell'atto da esibirsi con le funzioni attinenti alla carica ricoperta¹⁹.

4. Modalità di esercizio e forme di tutela del diritto di accesso

Il c.d. «diritto all'informazione» del consigliere comunale è soggetto al rispetto di alcune forme e modalità: in effetti, oltre alla necessità che l'interessato allegghi la sua qualità, permane l'esi-

¹⁶ Da ultimo, *Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879*. Nello stesso senso si è pronunciata la Commissione per l'accesso ai documenti: la stessa, infatti, aveva dichiarato che «la posizione sostanziale fatta valere dal consigliere nell'esercizio del diritto di che trattasi, però, non è configurabile come un diritto generalizzato ed indiscriminato ad ottenere qualsiasi tipo di atto dell'Ente. Tale diritto è espressamente individuato, infatti, dalla stessa norma in diretto ed esclusivo riferimento alle notizie e alle informazioni utili all'espletamento del proprio mandato». Conforme a tale impostazione anche il Garante per la protezione dei dati personali - provvedimento 20 maggio 1998 - che ha affermato che «la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato consiliare, ossia alla cura di interessi pubblici, costituisce il presupposto legittimante nonché il limite al diritto pre-tensivo del consigliere».

Così ancora *Cons. Stato, Sez. II - parere 26 gennaio 2005, n. 8525/2004*. «Può configurarsi un diritto-dovere del consigliere di partecipazione alla vita politico-amministrativa, volto al controllo e quindi al perseguimento fattuale dell'ordinato e corretto svolgersi delle sedute consiliari e del rispetto della legalità di ogni fase procedurale delle riunioni del Consiglio Comunale, da ritenersi esplicazione del diritto di iniziativa, di attivazione, di stimolo nonché di vigilanza, che è intrinseco e connaturale all'espletamento del mandato popolare e che è non è altrimenti conseguibile.

¹⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, sez II, 10 agosto 1999, n.676; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 3 novembre 1995, n.696.

¹⁸ Di particolare rilevanza, poi, sono gli arresti giurisprudenziali i quali si sono interessati dell'interpretazione da conferire alla previsione di cui all'art. 43, cit., per la parte in cui stabilisce un nesso di necessa-

ria strumentalità (la disposizione utilizza il termine 'utilità') fra l'esercizio del diritto di accesso e la possibilità di meglio e più adeguatamente svolgere le funzioni elettive affidate. Sotto questo profilo, una parte degli osservatori riteneva che l'amplissima formulazione della disposizione in esame non consentisse in alcun modo all'Ente di effettuare un vaglio discrezionale in ordine alle istanze ostensive presentate dai membri del Consiglio. Sul versante opposto, altra parte degli interpreti riteneva che laddove si fosse consentito all'ente locale di sindacare l'an ed il quomodo del richiamato nesso di strumentalità, si sarebbe finito per sovvertire nei fatti il rapporto - chiaramente delineato dalla norma - fra la regola (l'accesso) e l'eccezione (il diniego di accesso), rendendo, per altro, arbitra di tale scelta una delle parti interessate alla vicenda ostensiva. Il Consiglio di Stato ha risolto la questione interpretativa nel secondo dei sensi indicati, affermando che "a differenza dei soggetti privati, il consigliere comunale non è tenuto a motivare la richiesta di accesso; né l'ente ha titolo per sindacare il rapporto fra la richiesta di accesso e l'esercizio del mandato; altrimenti gli organi dell'amministrazione resterebbero arbitri nello stabilire essi stessi l'ambito del controllo sul proprio operato" (in tal senso: *Cons. Stato, sez. V, sent. 528/1996*; *Cons. Stato sez. V, sent. 940/2000*).

¹⁹ Da ultimo, *Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879*.

genza che le istanze siano comunque formulate in maniera specifica e dettagliata, recando l'esatta indicazione degli estremi identificativi degli atti e dei documenti o, qualora siano ignoti tali estremi, almeno degli elementi che consentano l'individuazione dell'oggetto dell'accesso²⁰.

Da ciò si ricava che i consiglieri comunali, pur non avendo l'obbligo di motivare le richieste di accesso agli atti, non devono formularne di generiche ed indiscriminate» o «meramente emulative» in quanto riferite ad atti chiaramente e palesemente inutili ai fini dell'espletamento del mandato e «idonee a determinare intralcio e/o disservizi agli uffici nonché costi elevati e ingiustificati per l'ente»²¹.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata²², l'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, non introduce alcuna innovazione in merito alla procedura da seguire per l'esercizio del relativo diritto. Ne consegue che, nel silenzio della legge, continua ad applicarsi al procedimento amministrativo la disciplina generale introdotta dall'art. 25 della legge n. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni²³. Assume valore, sotto ta-

le aspetto, la natura dell'eventuale silenzio serbato dalla pubblica amministrazione a fronte della richiesta del consigliere. Il problema giuridico del silenzio della pubblica amministrazione è tra quelli che ha più impegnato la dottrina²⁴ e la giurisprudenza, tanto per i profili sostanziali quanto per le implicazioni processuali.

Il silenzio assume una connotazione giuridica solo nei casi in cui la legge gli attribuisce un valore tipico. In tali casi la norma qualifica, decorso un certo termine, il comportamento silente dell'amministrazione come equivalente ad un provvedimento a contenuto positivo (silenzio accoglimento) o negativo (silenzio diniego).

Fuori dei casi di silenzio c.d. provvedimentale residua un comportamento omissivo dell'amministrazione variamente definito come silenzio

lità al caso di specie dell'art. 4, comma 3, legge n. 205/2000, in ragione dell'assoluta omogeneità delle regole processuali afferenti ad entrambe le tipologie di accesso. Norma ora abrogata, a decorrere dal 16 settembre 2010, dall'articolo 4, comma 1, numero 14), dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

²⁴ Cfr., *ex multis* nella dottrina meno recente, che ha avuto il merito di impostare la problematica relativa, U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, p. 255; R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, p. 106; FORTI, *Il «silenzio» della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 121; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, III, p. 128; E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro padano*, 1956, I, 175; F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 360; S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della p.a.*, in *Foro amm.*, 1963, I, p. 30; F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964; F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

²⁰ *Ex multis*, v. Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6293.

²¹ Si veda l'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, come sostituito dall'art. 16 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 secondo il quale "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

²² Tar Sardegna, Sez. II, 30 settembre 2004, n. 1782

²³ Tar Sardegna, Sez. II, 30 settembre 2004, n. 1782 già citata: «...in cui è compresa la norma derogatoria, per la generalità di tali giudizi, all'obbligo dell'assistenza legale». Pertanto, viene fugato ogni dubbio in ordine alla facoltà del consigliere di agire in giudizio, *ex art. 25 l. n. 241/1990*, personalmente, così come della possibilità per l'amministrazione di difendersi, nel medesimo processo, tramite propri funzionari, senza l'assistenza di un avvocato, stante la sicura applicabi-

inadempimento o silenzio rifiuto o silenzio non significativo²⁵.

L'accesso ai documenti 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 che proprio in tale contesto 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 dello stesso 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 controinteressati²⁶.

Il consigliere comunale o provinciale esercitano un diritto, riconosciuto dalla legge, che ha natura di diritto "soggettivo pubblico funzionalizzato" e la P.A. non ha nemmeno la possibilità di sindacarne l'istanza di accesso asserendo la mancanza di collegamento con l'espletamento del mandato consiliare²⁷.

L'art. 25 della legge 241/1990 (*Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi*) costituisce, in definitiva, un importante punto di arrivo della tutela dell'accesso. Secondo il dettato dell'art. 25 comma 4 della legge 241/90 "decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta." Lo stesso comma prevede la possibilità per il consigliere di esperire ricorso. Tuttavia, se lo ritiene, può reiterare l'istanza di accesso anche dopo lo spirare del termine per l'impugnazione dell'eventuale diniego o del silenzio rigetto della P.A..

Il riconoscimento della speciale protezione della posizione del consigliere comunale è riconosciuta anche dal giudice penale e dalla magistratura contabile.

Il diritto del consigliere comunale - di ottenere dal comune tutte le notizie e le informazioni in possesso dell'ente ed utili all'espletamento del proprio mandato - trova come corrispondente il dovere dell'ente territoriale di porre in essere le condizioni perché venga concretamente esercitato, senza incontrare ostacoli o atteggiamenti ostruzionistici, sicché un eventuale rifiuto motivato in modo apparentemente legittimo, ma, in sostanza, specioso o pretestuoso, non può che risolversi in illegittima manifestazione dell'attività amministrativa (fattispecie nella quale è stato impedito ad un consigliere comunale di prendere visione degli atti di giunta²⁸.

²⁵ Cfr. V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996.

²⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 20 aprile 2006, n. 7.

²⁷ Concetto quest'ultimo ribadito dalla recente sentenza T.A.R. Sardegna 16/01/2008, n. 32.

²⁸ Cass. pen., Sez. VI, 7 marzo 1997, n. 4952. Nel caso di specie, gli imputati dovevano rispondere del reato

L'illegittimo diniego di accesso opposto al consigliere integra, dato il chiaro ed inequivocabile disposto normativo in materia, un comportamento caratterizzato da colpa grave; sussiste, pertanto, responsabilità amministrativa qualora dal predetto diniego sia derivata la condanna dell'ente al pagamento delle relative spese di giudizio²⁹.

Con riferimento all'ipotesi delittuosa di cui all'art. 328 c.p. occorre, tuttavia, fare delle precisazioni. La fattispecie astratta descrive come azione tipica quella del mancato compimento di un atto dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ovvero della mancata esposizione delle ragioni del ritardo, entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi ha interesse, con la conseguenza che il reato, omissivo proprio e a consumazione istantanea, si intende perfezionato con la scadenza del predetto termine³⁰. La facoltà di richiesta del privato, cui corrisponde il dovere di rispondere o di attivarsi, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, è riconosciuta esclusivamente al soggetto che "vi abbia interesse", intendendosi per tale colui che abbia interesse al compimento dell'atto.

di cui agli art. 110, 81 cpv., 323 C.P., perché, in concorso tra loro, nella qualità di componenti della Giunta municipale, con più azioni esecutive di uno stesso disegno criminoso, al fine di arrecare al consigliere comunale un danno ingiusto, avevano abusato del loro ufficio, non consentendo al predetto consigliere di prendere visione di atti di giunta, nonostante il TAR Molise avesse, dapprima, sospeso l'esecutività della delibera di giunta che aveva escluso il consigliere dalla chiesta visura e, quindi, imposto l'ottemperanza del Comune a tale obbligo, fissandone anche le modalità esecutive.

²⁹ C. Conti, sez. Giurisd. regione Umbria, 5 giugno 1997, n. 284.

³⁰ Cass. Penale sez. 6[^], 27044/2008 Rv. 240979 Masda

La giurisprudenza prevalente ha più volte ribadito che l'interesse di cui all'art. 328 c.p. non si identifica con quello, di carattere generale, al buon andamento della P.A., che riguarda tutti i consociati, ma in quello che fa capo a una situazione giuridica soggettiva rilevante su cui il provvedimento è destinato direttamente a incidere³¹. Riguardo alla configurabilità del delitto in esame la giurisprudenza³² ha avuto modo di fissare alcuni punti cardine, così sintetizzabili:

- 1) l'istanza che formalmente costituisce in mora la pubblica amministrazione destinataria deve essere stata assegnata al settore competente, con conseguente obbligo di rendere una qualunque risposta³³;
- 2) il soggetto destinatario deve essere a completa conoscenza delle vicende di cui si chiede notizia;
- 3) il soggetto destinatario deve essere in possesso delle informazioni necessarie e sufficienti per esaudire la legittima richiesta e deve avere la disponibilità della documentazione richiesta;
- 4) il soggetto destinatario deve aver volontariamente omesso di dare anche un benché minimo cenno di risposta alla richiesta, con costituzione in mora, nonostante egli sia il detentore degli atti.

Come già evidenziato in precedenza il diritto del consigliere comunale o provinciale ad ottenere notizie ed informazioni necessarie al corretto espletamento del proprio mandato trova come corrispondente il dovere dell'ente territoriale di non ostacolare od impedire tale esercizio, tanto più con rifiuti motivati in modo specioso o pretestuoso, ma è tuttavia necessario non con-

³¹ Cass. Penale sez. 6[^], 21735/2008, Rv. 239934, Vitellaro.

³² Cass. Penale, sez. VI, 5 marzo 2009, n. 14466.

³³ Qualora nel termine ordinario di trenta giorni ciò non fosse possibile, sarebbe sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

fondere il piano della rilevanza amministrativa con quello della rilevanza penale. Invero, in tema di omissione di atti d'ufficio, la norma di cui all'art. 328, comma 2 c.p. prevede che la richiesta del privato, cui corrisponde un dovere di rispondere o di attivarsi da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, *"deve riflettere un interesse personale e diretto alla emanazione di un atto o di un provvedimento identificabile in una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con esclusione di qualsiasi situazione che attenga ad interessi di mero fatto"*³⁴.

Ai fini della configurabilità del reato di omissione di atti d'ufficio, dunque, la richiesta presa in considerazione dall'art. 328, comma 2, c.p., è solo quella proveniente da un soggetto privato (non appartenente alla p.a.). Ciò tanto più vale nel caso in cui la richiesta abbia ad oggetto l'accesso ai documenti amministrativi in quanto la disciplina dettata in materia dalla legge 241 del 1990 (art. 22) e dal D.P.R. di attuazione n. 352 del 1992 (art. 2) riconosce espressamente il diritto di accesso solo ai portatori di situazioni giuridicamente rilevanti, tali dovendosi intendere solo quelle di diritto soggettivo od interesse legittimo³⁵.

Orbene, l'interesse del consigliere non è compreso tra quelli per i quali possa operare la norma dell'art. 328 secondo comma, c.p.. La richiesta presa in considerazione dalla citata disposizione è quella che riflette l'interesse personale e diretto del privato alla emanazione di un atto o provvedimento (o alla notizia con la quale si spieghino le ragioni della mancata adozione), cui corrisponda una situazione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con esclusione di qualsiasi altra situazione che attenga a interessi di mero fatto cui corrisponde, per l'appunto, secondo il supremo consesso, l'interesse del consigliere ad accedere ad atti o informazioni per fini di mera documentazione necessaria per lo svolgimento della propria attività politica di consigliere comunale o provinciale³⁶.

³⁴ Nella specie, del tutto simile a quella in esame, la Corte ha ritenuto che l'interesse all'acquisizione di un atto, per fini di mera documentazione necessaria all'attività politica di un consigliere comunale, rientrasse fra gli interessi di mero fatto non tutelati a norma dell'art. 328 comma 2 c.p.; Cassazione penale, sez. VI, 02 ottobre 2003, n. 43492; integralmente conforme Cass. Pen. 13.3.2001, n.18033.

³⁵ Nel caso di specie, la S.C. ritenendo come di mero fatto l'interesse sotteso alla richiesta, ha assolto l'imputato il quale non aveva risposto ad una domanda di accesso ai documenti amministrativi avanzata, come nel caso di specie, da un consigliere comunale della minoranza allo scopo di ottenere documentazione utile per eventualmente contestare una delibe-

razione assunta dal comune; Cassazione penale, sez. VI, 13 marzo 2001, n. 18033). Per un precedente che nega la tutela di cui all'art. 328 comma 2° c.p., in relazione a meri interessi di fatto, vedi Cass. Sez. VI u.p. 8 Maggio 1998 Tulipani riv.212242)

³⁶ Cfr. sentenza GUP Isernia del 4.12.2008.