compressione del diritto di accesso molto ampia. Emerge da quanto detto che è vietato l'accesso c.d. meramente esplorativo. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso; accesso che può riguardare i soli documenti rappresentativi di atti già esistenti, non essendo tenuta l'Amministrazione ad elaborare dati in suo possesso per soddisfare le domande di accesso, salva restando tuttavia la normativa in materia di accesso civico. Secondo la costante elaborazione giurisprudenziale la domanda di accesso deve riferirsi a specifici documenti già esistenti e non può pertanto comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta (Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2007 n. 6201). Tale principio deve essere esteso anche al caso in cui i documenti richiesti già esistono, ma per la mole dei documenti richiesti e per i criteri della richiesta, viene imposta all'amministrazione un'attività complessa di ricerca e reperimento dei documenti che presuppone un'attività preparatoria di elaborazione di dati" (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 117 del 12.01.2011), fermo restando ovviamente l'obbligo di trasparenza a carico dell'Amministrazione e il dovere della stessa di mettere il cittadino nella condizione di accedere ai documenti utili.

I limiti al diritto d'accesso: l'opposizione di segreti e la riservatezza

In generale esistono delle situazioni in cui la regola generale del diritto di accesso incontra dei limiti rispetto ai quali tale diritto recede. Tra i casi contemplati dal comma 1 dell'articolo 24 della legge n. 241/1990 spiccano le ipotesi di documenti coperti dal segreto di Stato e altri casi espressamente previsti dalla legge, che coprono una serie di documenti collegati a differenti forme di segretezza tutelate dal nostro ordinamento giuridico che vanno dal segreto professionale al segreto statistico e a quello bancario. Le altre ipotesi, rispetto alle quali il diritto di accesso recede inevitabilmente, sono quelle relative ai procedimenti tributari e le attività dirette all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, rispetto alle quali trovano applicazione norme particolari sulla loro formazione. Inoltre è escluso l'accesso nei procedimenti selettivi, rispetto ai documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi. Si tratta di casi eccezionali cui corrispondono principi ed interessi pubblici particolari non legati alla natura dell'atto come interno o meno, ricorrendo i quali è pacifico che il diritto di accesso recede.

Il segreto non è più un segreto amministrativo generalizzato, determinato dalla natura di un atto come atto interno, ma assume ormai carattere speciale, legato a valori specifici dell'ordinamento, cosicché si può affermare che il segreto è un concetto che non si collega più agli atti interni che sono invece accessibili.

Se il segreto e le altre ipotesi indicate prevalgono sul diritto di accesso, deve invece esaminarsi appositamente il diritto alla riservatezza che è il diritto di non far conoscere atti e documenti amministrativi relativi alla propria persona, e che si contrappone direttamente con il diritto di accesso. La contrapposizione tra i due diritti fa sì che è riconosciuta la qualificazione di "controinteressati" ai titolari del diritto alla riservatezza, diritto che viene compromesso ogni qual volta si riconosca il diritto di accesso. Dopo varie evoluzioni, di natura legislativa e giurisprudenziale, si è giunti alla definizione di un quadro piuttosto chiaro. Nel rapporto intercorrente tra accesso e riservatezza, il primo prevale in base alla generale disposizione che troviamo contenuta nell'art. 24, ultimo comma della legge 7 agosto 1990, n. 241, per cui "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". La disposizione riportata si pone come norma di chiusura dell'intero sistema dei rapporti tra i due istituti (accesso e riservatezza). Nel codice in materia di protezione dei dati personali ovvero il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 trovano invece collocazione le diverse graduazioni tra accesso e riservatezza. Lo stesso comma 7 dell'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241 fa espresso riferimento all'art. 60 del citato codice, prevedendo che "nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

Pertanto se è già disciplinato il caso dei documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, per quello dei dati c.d. supersensibili, ossia quelli relativi alla vita sessuale o allo stato di salute, si rinvia a quanto previsto dall'art. 60 del D.lgs. 196/2003, per cui "il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile".

Il diritto alla riservatezza trova inoltre un ulteriore riscontro nel comma 6 del medesimo art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dove si autorizza il Governo ad adottare regolamenti diretti a sottrarre all'accesso alcuni tipi di documenti in particolare anche "quando i

documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono" (lett. d). Altrettanto potranno fare tutti gli altri soggetti istituzionali, nei distinti livelli di governo, secondo le potestà riconosciute dalle differenti forme di autonomia di riferimento. I regolamenti sull'accesso si pongono come norme interne alle singole amministrazioni, e rimangono comunque subordinate alla legge, tanto da poter essere disapplicate dal giudice anche in mancanza di una specifica impugnazione. Questo comporta, in termini generali, che i regolamenti sull'accesso non possono contraddire la regola posta dalla superiore norma di rango legislativo.

A tracciare la nuova mappa di valori, legati al rapporto necessario tra tutela del diritto d'accesso e riservatezza, intervenne il Consiglio di Stato in una storica pronuncia in Adunanza Plenaria, che ha così disposto: "(...) Il riconoscimento legislativo nel nostro ordinamento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi segna un totale cambiamento di prospettiva, perché comporta che se finora il segreto era la regola e la pubblicità l'eccezione, ora è vero il contrario. Di fronte all'esercizio del diritto di accesso, è la Pubblica amministrazione che deve giustificare il proprio rifiuto all'accesso, motivandolo con la necessità di proteggere mediante il segreto uno o più degli interessi previsti dal legislatore. L'esigenza di motivazione del segreto fondata sul rapporto fra determinate informazioni (che l'Amministrazione ritiene debbano essere segrete) e determinati interessi (che il legislatore ha previsto debbano essere protetti) indica il passaggio anche nel nostro ordinamento da una concezione soggettiva e personale del segreto amministrativo ad una concezione oggettiva e reale, più consona ad un'Amministrazione moderna. Il segreto amministrativo, cioè, non è più rapportato alla qualità della persona che lo detiene, bensì alla qualità delle informazioni protette dal segreto; nel segreto di nuovo tipo ciò che rileva è la qualità delle informazioni, cioè il loro rapporto con determinati interessi, non la qualità del soggetto che le detiene, prevale in sostanza l'elemento oggettivo e reale costituito dalle informazioni oggetto del segreto e quindi, indirettamente, dagli interessi che ne formano il vero contenuto" (Sent. Cons. St., Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5).

Il legislatore del 1990 ha infatti, nel disciplinare il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, voluto contemperare quella che è l'esigenza di un agire amministrativo celere ed efficiente con l'interesse dei cittadini alla partecipazione ed alla conoscibilità dello svolgimento della funzione pubblica. In tale modo si può garantire il rispetto di due

principi cardine del diritto amministrativo: trasparenza ed imparzialità. Quando si parla di segreto, come limite all'accesso, bisogna premettere che come istituto è in costante evoluzione, non ha una portata generale nel tempo, ma si evolve sulla base dei mutati rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione. Attualmente i limiti, che rimangono fattispecie eccezionali, sono posti alla luce dei principi a cui si deve ispirare l'apparato amministrativo, trasparenza e pubblicità, in relazione alle esigenze di segreto e di riservatezza di determinati documenti amministrativi, che sono poste nell'interesse pubblico ma anche nell'interesse di terzi (qualificati). Sono limiti oggettivi finalizzati alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali per i quali la pubblica amministrazione non ha alcun margine di discrezionalità dovendo obbligatoriamente negare l'accesso; l'interesse pubblico è prioritario rispetto al (generale) interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi. Il comma 3 dell'articolo 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, individua efficacemente, al negativo, per quale ratio non vi sia ammissibilità delle istanze di accesso: «Non sono ammissibili istanze d'accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni». La norma, in questi termini, preordina all'accesso, l'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale del richiedente di fronte alla esigenza di tutela di situazioni giuridicamente rilevanti che dovranno essere opportunamente rappresentate all'amministrazione nella domanda all'accesso, al fine di consentire a quest'ultima di verificare l'esistenza delle condizioni per rendere ostensibili gli atti e i documenti richiesti.

L'articolo 16 della legge 15/2005, di modifica del comma 7 art. 24, L. 241/90, disciplina il rapporto tra diritto d'accesso e riservatezza stabilendo che deve essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

La "sopravvivenza" dell'accesso procedimentale dopo l'introduzione dell'accesso "generalizzato"

Come già accennato, con il comma 2 del riformato art. 5 del Decreto 33/2013 viene introdotta una nuova forma di accesso civico ai dati e ai documenti pubblici che viene definito "generalizzato". Tale forma di accesso generalizzato corrisponde a quella che nei

sistemi giuridici anglosassoni è definita freedom of information act; ovvero il diritto all'informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza mentre la riservatezza e il segreto diventano eccezioni.

Si tratta dunque di un regime di accesso più ampio rispetto a quello previsto dalla versione originaria dell'articolo 5, comma 1 del Decreto 33/2013 (che rimane quale accesso civico legato all'obbligo di pubblicazione di determinati documenti, informazioni o dati), in quanto consente a chiunque di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione ma anche ai dati e ai documenti (non alle informazioni) per i quali non sussiste alcun obbligo di pubblicazione e che quindi l'amministrazione deve fornire al richiedente indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive ovvero motivazione.

L'accesso civico in questione è riferibile esclusivamente ai dati e ai documenti detenuti dalle amministrazioni e non, invece, alle semplici informazioni, con ciò escludendosi che i soggetti istituzionali cui è rivolta l'istanza siano tenuti a compiere un'ulteriore attività di elaborazione del dato, come già previsto per l'accesso documentale con la Legge 241/1990. I fini del nuovo accesso civico consistono essenzialmente nel favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché promuovere la partecipazione al dibattito pubblico. Occorre quindi evidenziare le differenze esistenti fra i tre diversi tipi di accesso previsti dalla Legge 241/1990 e dal Decreto 33/2013, come riformato dal D. Lgs. n. 97/2016.

L'accesso civico ("semplice") previsto dal comma 1 dell'art. 5 del Decreto 33/2013, rimane circoscritto ai soli documenti, informazioni o dati oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi stessi da parte delle p.a.

L'accesso generalizzato, previsto dal comma 2 del suddetto articolo 5 del Decreto 33/2013, si delinea invece come autonomo e indipendente dagli obblighi di pubblicazione e incontra quali unici limiti da un lato la tutela degli interessi pubblici o privati indicati all'articolo 5 bis, dall'altro il rispetto di specifiche norme che prevedano esclusioni, quali casi di segreti di Stato o altri casi di divieti di accesso previsti dalla legge.

L'accesso procedimentale previsto dalla Legge 241/1990, invece, a differenza dei precedenti accessi richiede la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. L'accesso civico mantiene una rilevante differenza rispetto all'accesso previsto dalla legge 241/1990. Quest'ultimo, infatti, rimane sempre un diritto che riguarda la specifica sfera giuridica di un singolo soggetto, che accede a quegli

specifici documenti amministrativi direttamente collegati ad essa; di modo che, come da sempre indica la giurisprudenza amministrativa, il diritto di accesso di cui all'articolo 22 della legge 241/1990 non è funzionale ad un controllo generalizzato dell'attività amministrativa o alla mera curiosità. Al contrario l'accesso civico è previsto esattamente allo scopo di consentire a chiunque, non a soggetti specifici, di esercitare un controllo diffuso sull'azione amministrativa, specificamente rivolto alla verifica dell'efficienza e della correttezza nella gestione delle risorse.

Nel diritto di accesso secondo la legge 241/1990 accede solo chi dispone della posizione differenziata che lo collega ai documenti. Tale accesso, come già detto, esclude da una parte l'obbligo per l'amministrazione di formare nuovi documenti o compiere attività di elaborazione di informazioni o dati, in quanto l'accesso è consentito soltanto per i documenti già esistenti, dall'altro esclude un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione. Nell'accesso generalizzato il diritto invece spetta a qualsiasi persona, senza nessuno specifico requisito soggettivo.

L'accesso civico, che in precedenza aveva lo scopo di "sollecitare" la pubblica amministrazione inadempiente a pubblicare quei documenti, dati o informazioni che per legge dovevano essere pubblicati, a prescindere dalla posizione soggettiva del richiedente, nella nuova versione introdotta dal D. Lgs. n. 97/2016 ha per oggetto documenti e dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto in questione.

È qui che si marca la principale differenza con l'accesso civico di cui al previgente sistema dell'articolo 5, comma I, del D.Lgs. 33/2013. Nella stesura originale del D.Lgs. 33/2013 a ben vedere l'accesso civico altro non era se non uno strumento per chiedere alle amministrazioni di rimediare alla mancata pubblicazione obbligatoria di documenti, dati o informazioni. L'oggetto del nuovo accesso civico mantiene questo contenuto iniziale, al quale si aggiunge anche la possibilità di accedere a dati e documenti ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto delle pubblicazioni obbligatorie. Restano tuttavia escluse da questo tipo di accesso generalizzato le informazioni, in quanto il reperimento delle suddette costringerebbe le amministrazioni a compiere un'ulteriore attività di elaborazione rispetto a quella necessaria per il reperimento di dati e documenti.

Mentre, dunque, l'accesso civico nella sua versione originaria aveva un oggetto definibile, cioè le pubblicazioni obbligatorie, il nuovo accesso civico ha un oggetto non più definibile, perché può riguardare tutti i dati e documenti detenuti dalle amministrazioni pubbliche, diversi da quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Quindi chiunque potrà chiedere alle

amministrazioni di accedere a dati in suo possesso, imponendo alle amministrazioni un'attività ben più gravosa di quella connessa all'adempimento agli obblighi di pubblicazione.

Infatti nel caso di accesso civico (ex comma 1 art. 5) l'amministrazione deve solo accertare di aver effettivamente omissso la pubblicazione obbligatoria di un certo dato, documento o informazione, effettuare la pubblicazione e comunicare il dato al richiedente; laddove, invece, l'istanza di accesso generalizzato riguardi dati ulteriori e diversi da quelli soggetti a pubblicazione obbligatoria, occorrerà un'attività simile a quella che si realizza per soddisfare il diritto di accesso di cui all'articolo 22 della legge 241/1990: accedere alle banche dati, reperire il dato, anche eventualmente elaborarlo in forma intelligibile e metterlo a disposizione del richiedente, ma non pubblicarlo sul sito.

Da quanto sopra premesso possiamo desumere che l'accesso agli atti di cui alla legge 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico e all'accesso c.d. generalizzato, operando sulla base di norme e presupposti diversi. Bisogna tenere ben distinte le due fattispecie al fine di calibrare caso per caso i diversi interessi in gioco nel momento in cui si renda necessario un bilanciamento fra tali interessi. Nel caso dell'accesso procedimentale ex legge 241/1990 la tutela può consentire un accesso più in profondità a determinate categorie di dati, quali ad esempio i dati sensibili e giudiziari, laddove l'accesso generalizzato è espressamente escluso in caso di potenziale pregiudizio alla tutela dei dati personali (art. 5-bis, comma 2, lettera a) del D.Lgs. 33/2013).

Il legislatore, infatti, dovendo bilanciare i contrapposti interessi che entrano in gioco nel binomio diritto d'accesso e tutela della privacy, si è orientato verso la possibilità, nel caso di un documento che abbia ad oggetto dati sensibili e giudiziari, di permettere l'accesso all'atto stesso nei limiti in cui sia strettamente indispensabile "per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

Riguardo la "indispensabilità" della conoscenza degli atti al fine di "curare o difendere" gli interessi giuridici dell'istante, una parte della giurisprudenza ha proposto un'interpretazione restrittiva, garantendo l'accesso quando la suddetta necessità sia legata alla sussistenza di specifiche esigenze di tutela giurisdizionale e non anche di semplice contraddittorio in ambito amministrativo. Le decisioni della più recente giurisprudenza amministrativa non sembrano orientate ad un'astratta prevalenza del diritto di accesso piuttosto che del diritto a questo opposto (segretezza o riservatezza), anzi,

sono volte a favorire la puntuale analisi del caso concreto, della situazione sostanziale, con valutazione degli interessi contrapposti, delle esigenze che si vogliono primariamente salvaguardare e delle modalità “pratiche” con cui permettere la conciliazione delle suddette esigenze.

Per quanto concerne poi i dati ultrasensibili l'accesso è consentito solo nei termini previsti dall'articolo 60 del D.Lgs. 196/2003. Tale articolo del Codice della privacy, in punto accesso di documenti contenenti dati c.d. sensibilissimi, dispone che “quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, è consentito (il diritto d'accesso) se la situazione giuridicamente rilevante che s'intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”. In questo modo la difficile operazione di bilanciamento tra dati concernenti lo stato di salute o la vita sessuale e il diritto del cittadino all'accesso agli atti amministrativi sarà risolta a favore dell'uno o dell'altro sulla base della situazione giuridicamente rilevante che si pone alla base del diritto d'accesso: se questa è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato (ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile) allora il diritto potrà essere concesso.

Per concludere possiamo evidenziare che nel caso dell'accesso civico e dell'accesso generalizzato le esigenze di controllo diffuso del cittadino possono consentire un accesso meno in profondità ma più esteso, con conseguente larga conoscibilità e diffusione di dati, documenti e informazioni, mentre nel caso di accesso procedimentale ex legge 241/1990 la tutela accordata può permettere un accesso più in profondità ma più circoscritto, sia in termini oggettivi (tipologia di documenti) che soggettivo (platea dei potenziali fruitori), con evidente divieto di riutilizzo o divulgazione dei dati desunti qualora si tratti di dati protetti dalla normativa sulla privacy. Ciò comporta che vi potranno essere casi in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere a documenti amministrativi per i quali è invece negato l'accesso generalizzato.

Come ha poi accertamente rilevato l'Autorità nazionale Anticorruzione “i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di “riservatezza” pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e contestuale a quella dell'accesso ex l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta. Si intende dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati,

documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco. Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale"(Schema Linee Guida ANAC – Novembre 2016).

6.3 Richiesta di intervento concernente la nomina di segretario provinciale alla luce del potere sostitutivo del Difensore Civico Regionale.

Il potere sostitutivo del Difensore Civico Regionale.

L'art. 136 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 recita: "Qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico".

Si tratta di una forma di controllo generale sugli atti che si verifica quando la mancata azione degli ordinari organi amministrativi viene sostituita con quella di altra autorità che agisce al loro posto.

Presupposto vincolante per l'esercizio di tale potere sostitutivo è quindi costituito dall'omissione o dal ritardo dell'ente locale nel compimento di un determinato atto obbligatorio per legge, tale essendo soltanto quello che l'ente è tenuto ad adottare entro termini perentori o in seguito a decisioni definitive dell'autorità giudiziaria o a provvedimenti esecutori di altre amministrazioni pubbliche.

In merito a tale ultima nozione va rilevato come mentre la giurisprudenza amministrativa di primo grado si sia spesso orientata nell'adottare una nozione restrittiva di atto obbligatorio, qualificando come tale solo quello che prevede un termine perentorio, al contrario il Consiglio di Stato abbia accolto una nozione più ampia di obbligatorietà considerando atti obbligatori per legge quelli di carattere normativo, ad esclusione quindi degli atti amministrativi e negoziali. In altre parole, tale indirizzo giurisprudenziale ammette che il controllo sostitutivo sia possibile anche per gli atti rispetto ai quali sussistano margini di discrezionalità, purché essi attengano esclusivamente al "quomodo" e non all'"an".

L'esercizio del potere sostitutivo generale da parte del Difensore Civico presuppone altresì che l'ente locale sia stato previamente invitato a provvedere al compimento dell'atto obbligatorio per legge entro congruo termine, che si ritiene possa essere fissato di volta in volta dal Difensore Civico in base alla tipologia di atto obbligatorio omesso. Nel silenzio della legge, la giurisprudenza sembra attribuire a tale termine natura ordinatoria, aderendo così all'ormai consolidato orientamento dottrinario secondo il quale il carattere perentorio

di un termine deve risultare espressamente dalla legge, come si desume dall'art. 152 c.p.c., che costituisce espressione di un principio di carattere generale.

Ciò significa che la decorrenza di tale termine non comporta l'esaurimento del potere della Pubblica Amministrazione ma configura un'ipotesi di competenza concorrente, con la conseguenza che l'eventuale venir meno dell'inerzia della Pubblica Amministrazione pur dopo la nomina del commissario ad acta priverebbe quest'ultimo della competenza sostitutiva, in ossequio ai principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa (così, T.A.R. Puglia, Sez. II, 14.08.2002, n. 3580).

Ai sensi dell'art. 136 il commissario ad acta deve provvedere entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico, pur essendo concorde la dottrina nel ritenere tale termine non perentorio, anche in considerazione del fatto che non è comminata dalla legge alcuna sanzione nel caso di inosservanza.

La mancata nomina di segretario provinciale

Nel caso portato all'attenzione del Difensore Civico regionale da parte dell'Albo nazionale dei Segretari comunali e provinciali, facente capo al Dipartimento per gli Affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, risultava vacante il posto da titolare della Segreteria della Provincia di ..., nonostante il procedimento di nomina fosse stato già avviato e la relativa sede di segreteria pubblicizzata con avviso pubblico. Veniva pertanto richiesto al Difensore Civico regionale di provvedere, ai sensi dell'art. 136 del D. Lgs. 267/2000, alla nomina di un commissario ad acta che, stante l'inerzia dell'Amministrazione provinciale, sostituisse la stessa nell'espletamento della prescritta ma omessa procedura di nomina del segretario titolare su quella sede di segreteria.

L'Ufficio del Difensore Civico regionale verificava preliminarmente che ricorressero le condizioni previste dall'art. 136 del T.U.E.L. per l'instaurazione della procedura di nomina di commissario ad acta. In particolare, veniva accertato che il vigente quadro normativo e regolamentare non prevede deroghe all'obbligo previsto dall'art. 97, comma 1, del D. Lgs n 267/2000, di nominare un segretario titolare. Pertanto, al di fuori delle possibilità di convenzionamento dell'ufficio di segreteria con altri comuni della regione, non sarebbero previste, al momento, ulteriori modalità che consentano di contenere la spesa del segretario comunale nominato in titolarità. L'istituto della reggenza costituirebbe, infatti,

nell'attuale contesto normativo, un mero strumento provvisorio, la cui ratio è connessa ad una temporanea situazione di vacanza della sede, senza che esso possa pertanto essere utilizzato in forma strutturale.

Conseguentemente l'Ufficio del Difensore Civico regionale provvedeva a contattare il Presidente dell'Amministrazione provinciale interessata, illustrando tempi e modalità dell'intervento dell'Ufficio, previa diffida ad adempiere all'Amministrazione stessa.

A seguito di tale corrispondenza, il Presidente della Provincia notificava all'Ufficio del Difensore Civico, l'intenzione di attivare, mediante procedimento di convenzionamento, un servizio in forma associata di Segreteria Generale fra la Provincia stessa e il Comune capoluogo di provincia. Tale Convenzione risultava poi essere approvata con deliberazioni del Consiglio provinciale e del Consiglio comunale interessati nel mese di agosto 2016, con successiva sottoscrizione della stessa in data 30 settembre 2016.

7. AREA FINANZE E TRIBUTI

7.1 Procedure di riscossione, esecutive e cautelari riguardanti tributi regionali e sanzioni amministrative irrogate da enti locali: interventi del Difensore Civico.

7.1.1 Termini di prescrizione in fattispecie concernenti atti di riscossione mediante ruolo ovvero di riscossione coattiva di sanzioni amministrative irrogate da Comuni per violazione di norme del Codice della Strada - la sentenza 17-11-2016, n. 23397 delle Sezioni Unite Civili della Corte Cassazione.

Nel corso del 2016 sono pervenute a questo Ufficio richieste di intervento di cittadini relative all'avvio di procedure di riscossione, ovvero di riscossione coattiva, per la ripetizione di crediti di Comuni concernenti sanzioni amministrative relative a contravvenzioni elevate per violazione al Codice della Strada.

In particolare, i reclami pervenuti hanno riguardato il profilo della prescrizione del diritto alla riscossione e, in particolare, della coerenza con il vigente quadro normativo del termine della prescrizione decennale riconosciuto, nei casi sottoposti alla nostra attenzione da Equitalia, anche quando il titolo sulla base del quale era stata avviata la riscossione avviata era un atto amministrativo.

L'intervento dello scrivente Difensore civico, precipuamente volto a sollecitare trasparenza e un eventuale riesame delle procedure avviate, si è realizzato nei confronti delle Amministrazioni comunali interessate e di Equitalia.

Segnatamente, l'attività di questo Ufficio si è sostanziata nel sottoporre alla loro attenzione innanzitutto gli art.28 della legge 689/1981 e dell'art.20 del D.Lgs. 472/1997 che, rispettivamente in tema di illeciti amministrativi e in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, hanno stabilito che:

“il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione” (art.28 l.689/1981);

“Il diritto alla riscossione della sanzione irrogata” per le violazioni di norme tributarie **“si prescrive nel termine di cinque anni”** (art.20 D.Lgs.472/1997).

Quanto sopra, peraltro, tenendo conto del dettato dell'art.2953 c.c. (Effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi), per cui *"I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, **quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni"***.

Nell'evidenziare tale contesto normativo, lo scrivente Difensore civico ha, altresì, fatto riferimento a specifiche pronunce giurisprudenziali, quali, tra le altre, la sentenza 10 dicembre 2009, n.25790, Cassazione civile, Sezioni Unite, nonché alla sentenza n.3142/2013 della Sezione Terza Civile del Tribunale di Torino, riguardante intimazioni di pagamento relative a cartelle esattoriali connesse a sanzioni per violazione di norme del Codice della strada.

Con tale pronuncia il Tribunale di Torino *"annullava e dichiarava prive di ogni efficacia giuridica per intervenuta prescrizione"* intimazioni di pagamento relative a cartelle esattoriali, notificate decorso il termine di prescrizione di cinque anni decorrente dalle date di notifica delle cartelle esattoriale stesse.

Gli interventi in tal modo realizzati da questo Ufficio hanno condotto a chiarire i termini procedurali delle singole questioni, oltremodo complesse, talora provocando un riesame delle procedure avviate, con esito favorevole per i reclamanti.

Al riguardo, è ulteriormente intervenuta, negli ultimi mesi del 2016, la Corte Cassazione Sezione Unite Civili, con la sentenza 17-11-2016, n. 23397, precisando, ai fini dell'applicabilità della conversione decennale dei termini prescrizionali più brevi di dieci anni di cui all'art.2953 c.c., che:

"secondo l'orientamento maggioritario ..in base all'art.2953 cod.civ. si può verificare la conversione della prescrizione da breve a decennale soltanto per effetto di sentenza passata in giudicato, oppure di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale (vedi, per tutte: Cass. 24 marzo 2006, n.6628; Cass. 27 gennaio 2014, n.1650; Cass. 29 febbraio 2016, n.3987) o anche di decreto o di sentenza penale di condanna divenuti definitivi (ove si tratti di fattispecie anche penalmente rilevanti)

In particolare per la riscossione coattiva dei crediti la suddetta norma è considerata applicabile esclusivamente quando il titolo sulla base del quale viene intrapresa la riscossione non è più l'atto amministrativo, ma un provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo (vedi: Cass. 3 gennaio 1970, n.1; Cass. 22 dicembre 1989, n.5777; Cass. 10 marzo 1996, n.1965; cass.11 marzo 1996, n.1980)"

e che **“l’inutile decorso del termine perentorio per proporre l’opposizione”** ad un atto di riscossione mediante ruolo e comunque di riscossione coattiva, **“pur determinando la decadenza dall’impugnazione, non produce effetti di ordine processuale, ma solo l’effetto sostanziale dell’irretrattabilità del credito (qualunque ne sia la fonte, di diritto pubblico o di diritto privato), con la conseguente inapplicabilità dell’art.2953 cod.civ. ai fini della prescrizione (vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n.12263; Cass. 16 novembre 2006, n.24449; Cass. 26 maggio 2003, n.8335).”**

“E’ notorio” afferma la Corte, **“che soltanto un atto giurisdizionale può acquisire autorità ed efficacia di cosa giudicata** e che il giudicato, dal punto di vista processuale, spiega effetto in ogni altro giudizio tra le stesse parti per lo stesso rapporto e dal punto di vista sostanziale rende inoppugnabile il diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta quanto all’inesistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi del rapporto e del credito mentre non si estende ai fatti successivi al giudicato ed a quelli che comportino un mutamento del “petitum” ovvero della “causa petendi” della originaria domanda ...

Dalla **necessità che vi sia un atto giurisdizionale divenuto cosa giudicata, ai fini dell’applicabilità della conversione del termine prescrizione ai sensi dell’art.2953 cod.civ.** si ha conferma anche nella consolidata giurisprudenza secondo cui, in tema di riscossione delle imposte e delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, tale conversione non opera se la definitività dell’accertamento deriva non da una sentenza passata in giudicato, ma dalla dichiarazione di estinzione del processo tributario per inattività delle parti (tra le tante, di recente: Cass. 6 marzo 2015, n.4574)”.

Da tali premesse, conseguendo che **“è indubbio che sia la cartella di pagamento sia gli altri titoli che legittimano la riscossione coattiva di crediti dell’Erario e/o degli Enti previdenziali e così via, sono atti amministrativi privi dell’attitudine ad acquistare efficacia di giudicato (vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n.12263; cass. 16 novembre 2006, n.24449; Cass. 26 maggio 2003, n.8335...).**

Queste considerazioni, tra le altre, hanno condotto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella predetta sentenza 17-11-2016, n. 23397, ha affermare quale principio di diritto che:

“è di applicazione generale il principio secondo il quale la scadenza del termine perentorio stabilito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva produce soltanto l’effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma non determina anche l’effetto della

c.d."conversione" del termine di prescrizione breve eventualmente previsto in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art.2953 cod.civ.. Tale principio, pertanto, si applica con riguardo a tutti gli atti – comunque denominati – di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via. Con la conseguenza che, qualora per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del termine concesso al debitore per proporre l'opposizione, non consente di fare applicazione dell'art.2953 cod.civ., tranne che in presenza di un titolo giudiziale divenuto definitivo".

7.1.2 Procedure esecutive e cautelari riguardanti tributi regionali: criticità nelle procedure di cancellazione del fermo amministrativo su veicoli in relazione a debiti tributari riguardanti tasse automobilistiche.

Sono pervenute nello scorso anno 2016 numerose segnalazioni di cittadini riguardanti il mancato perfezionamento di procedure di cancellazione di provvedimenti di fermo amministrativo iscritti su veicoli in ragione di mancata corresponsione di tasse automobilistiche.

In particolare, gli esponenti hanno rappresentato difficoltà nell'ottenere dalle competenti strutture regionali puntuali informazioni al fine di poter corrispondere correttamente le somme dovute in relazione ai rispettivi debiti tributari ed altresì, in taluni casi avendo già onorato il debito, nel ricevere il conseguente provvedimento di revoca del fermo, necessario per consentirne la cancellazione.

I ripetuti interventi svolti dallo scrivente Difensore civico nei confronti del competente Settore Politiche Fiscali, hanno consentito di dare soluzione alle singole questioni sottoposte dai cittadini.

Anche in base ai riscontri pervenuti dallo stesso Settore, peraltro, hanno trovato conferma momenti di sofferenza nell'apparato amministrativo, nonché profili di inadeguatezza di procedure e strumenti operativi.

Tutto ciò, non senza considerare profili di possibile pretestuosità in alcuni reclami pervenuti.