

CAPITOLO 3

I settori della difesa civica

Questioni in materia di trasparenza

Accesso agli atti negli enti “parapubblici”

Nonostante, col tempo, la cultura della trasparenza sia stata presa in via via sempre più seria considerazione dalla PA, il presente è e resta un argomento che dà spesso luogo – e, si oserebbe, dire inevitabilmente - a contrapposizioni e di conseguenza ad interventi del Difensore civico, che in materia ha una competenza istituzionale di rilievo (art. 32 bis L. p. n. 23/1992).

I profili positivi di trasparenza, peraltro, non tolgono che le PPAA ed i soggetti alle stesse equiparati, ai presenti fini, continuino, in più circostanze, a sottrarsi a quest'obbligo, soprattutto nei casi in cui la perscrutabilità dei provvedimenti e dell'iter procedimentale che degli stessi costituisce il presupposto, possa palesare - se così si può dire - i punti deboli dell'operato amministrativo.

La prassi dimostra, in altri termini, l'assoluta fondatezza dell'assunto teorico per cui la trasparenza fa legalità: nel momento, cioè, in cui un'amministrazione ha la consapevolezza di poter essere chiamata a fornire gli atti di un procedimento, viene per ciò stesso indotta ad operare con maggior rigore ed obiettività; mentre laddove sorgano dubbi in ordine alla legittimità di un procedimento, lo medesima amministrazione appare per lo più restia a concedere gli atti, arrivando ad utilizzare le argomentazioni più improbabili per negarne l'accesso.

Una fattispecie ricorrente, utile per un approccio più concreto con questo tema, è quella della richiesta di accesso agli atti da parte di persone che dispongano di proprietà fisicamente prossime ad edifici in fase di costruzione o di ampliamento.

La giurisprudenza, in queste circostanze, riconosce di regola la legittimazione a chi sia vicino (c.d. *vicinitas*) all'area in cui si compie l'attività edificatoria, e (implicitamente) non ritiene pertanto che si possa negare l'accesso agli atti a chi, pur vicino, non sia confinante con il fondo interessato da lavori di rilevanza urbanistica (v., e.p., Cons. di Stato, 2015/3122).

In concreto, il proprietario di un immobile che intendeva verificare se le opere di ampliamento del suo vicino (non confinante), in quel momento *in itinere*, fossero compatibili con l'area residenziale di riferimento e non comportassero un'estensione dell'attività artigianale già in essere, si sentiva fornire un diniego di acceso agli atti, sul fondamento precipuo della frequente argomentazione delle PPAA, a cui avviso molte richieste costituirebbero un illegittimo tentativo di attuare un controllo generalizzato sull'attività amministrativa.

In aggiunta, leggendo in maniera del tutto funzionale alla propria tesi la giurisprudenza di settore, il comune asseriva che non essendo l'interessata confinante rispetto al fondo in cui i lavori si trovavano in fase di esecuzione, moncava un interesse concreto ed attuale all'accesso.

A fronte delle deduzioni del Difensore civico, che dimostrava l'infondatezza delle suddette tesi, il comune bissava il diniego, ripiegando, questa volta, soprattutto (ma non solo) sull'inadeguatezza della motivazione posta dall'istante a fondamento dell'accesso.

Anche questa pretesa, asserita inadeguatezza era peraltro poco condivisibile, come in generale lo erano tutti gli argomenti addotti in quella vicenda.

Simili fattispecie offrono fra l'altro il destro per rilevare che indubbiamente, in questi casi di rilevanza locale, oltre alle forme di controllo *ab externo* si rivela utile - su un altro piano, diverso ma complementare - anche il controllo attuato dagli stessi membri dei consigli comunali: è infatti precipuo interesse dei rappresentanti dei censiti dare il debito apporto alla necessità di trasparenza dell'azione amministrativa locale, ed indirettamente alla stessa legalità di tale azione, così contribuendo, per quanto di propria competenza, a garantire il corretto andamento dell'attività amministrativa dei comuni.

I casi di opacità nella gestione della cosa pubblica, consentono infatti di segnalare esigenze di trasparenza e di legittimità dell'operato amministrativo, elevandosi dalla contingenza della situazione concreta ad un livello superiore - assiologico - e consentendo in tal modo di fornire indirizzi politico-amministrativi, e dunque anche giuridici, agli stessi uffici comunali.

Un caso emblematico di diniego legittimo

Non tutti i dinieghi discutibili, peraltro, possono essere per ciò stesso ritenuti pretestuosi.

Meritano dunque la debita attenzione anche i procedimenti in cui l'amministrazione interpellata nega l'accesso agli atti, fondandosi su esegesi giuridiche criticabili, ma in ogni caso radicate in orientamenti giurisprudenziali almeno in parte consolidati.

Una fattispecie tipica, in questo senso, è quella dell'accesso ai verbali di informazioni redatti sul fondamento delle dichiarazioni dei lavoratori ai danni dei datori di lavoro, verbali redatti dagli ispettori del lavoro e sulla cui scorta vengono irrogate sanzioni agli stessi datori di lavoro.

Anche al profano è evidente che in questi casi appare necessario un bilanciamento di interessi, al fine da un lato di tutelare il lavoratore, parte debole, esposta alle ritorsioni del datore; nonché, dall'altro, al fine di non impedire pregiudizialmente al datore medesimo l'accesso ad atti che lo incolpano ed il cui occultamento depotenzia - quando non svilisce - il suo diritto alla difesa.

Si premette che in questo campo si annoverano orientamenti diversificati.

Secondo una tesi massimalista, fortemente suffragata - ma al contempo pure sconfessata - dalla stessa giurisprudenza amministrativa, esigenze specifiche di tutela del lavoratore finiscono pressoché sistematicamente per impedire l'accesso ai verbali contenenti dichiarazioni di lavoratori, sul cui fondamento siano state appunto irrogate sanzioni al datore di lavoro.

Ciò sulla scorta di una norma regolamentare, che prevede questa peculiare forma di tutela del lavoratore: DM 4/11/1994 n. 757.

Una tesi intermedia ammette che la regola della non-trasparenza in parola è derogabile; e segnatamente lo è là dove adeguate ragioni, nel contesto di un bilanciamento di valori e di interessi giuridici, giustifichino questa opzione.

Una tesi che si pone all'estremo opposto dello prima, afferma poi che il citato decreto ministeriale, fonte secondaria del diritto ed oltretutto datato, è illegittimo e va disapplicato, trovandosi lo stesso in operto contrasto con la legislazione di riferimento (art. 24 L. n. 241/1990, in particolare come modificato dalla L. p. n. 15/2005) e con il diritto alla difesa costituzionalmente garantito anche – e scontatamente – al datore di lavoro (TAR Veneto, 2010/6178).

Per chi fosse interessato ad un ulteriore approfondimento, si rimanda fra le altre, per una panoramica giurisprudenziale della materia, a Consiglio di Stato, 2008/1842; Cons. di Stato 2011/5926; Cons. di Stato 2009/7678.

E' evidente che benché la varietà degli orientamenti giurisprudenziali di settore renda teoricamente sostenibili variegate soluzioni fra i due estremi surriferiti, in questi casi sta alla ragionevolezza della PA procedente adottare una decisione equilibrata.

Così, là dove sia ragionevole ritenere che le esigenze di tutela del lavoratore non abbiano attuale ragion d'essere, in quanto quest'ultimo non lavora più per quel datore; là dove, contestualmente, la sanzione a carico del datore di lavoro sia fondata in moniera espressa anche su verboli di sommarie informazioni - formolmente indicate dalla PA procedente come fonti di provo - rese dal lavoratore (*rectius*, dall'ex lavoratore); là dove, infine, il datore chieda le fonti di prova a suo carico (i predetti verboli) al fine esplicito e palesemente fondato - in linea di principio - di difendersi, ebbene, in siffatte fattispecie si può certo pervenire - per le ragioni già illustrate - ad un diniego di accesso, ma è chiaro che appare arduo condividere queste conclusioni, anche quando - come è avvenuto - la giurisprudenza amministrativa confermi il diniego, accogliendo la tesi giurisprudenziale più rigidamente a favore dei soli lavoratori.

In analoghi contesti fattuali, in altri termini, sarebbe plausibile attendersi l'adesione all'orientamento giurisprudenziale mediano, a cui mente le obiettive esigenze di difesa del datore di lavoro - che non può essere sanzionato in base a

"fonti di prova" parzialmente occulte - rendono impredicabile un diniego di accesso agli atti.

Tanto premesso, si soggiunge che in ogni caso questa tipologia estrema di controversia viene qui proposta non per il suo valore puntuale, ma piuttosto per quello paradigmatico - al di là della sua maggiore o minore attualità – perché da un lato fornisce la cifra della complessità delle ragioni che possono portare ad un diniego di accesso; dall'altro perché esemplifica magistralmente un coso di diniego di accesso che tanto a giudizio del profano, quanto a giudizio del giurista (e di una parte della stessa giurisprudenza amministrativa), appare come meno ragionevole, sul piano giuridico, e più ingiusto su quello sostanziale.

La conclusione di queste considerazioni, dunque, è che non sempre forme di opacità dell'azione amministrativa, legittimamente criticabili, nella declinazione effettiva del sistema giuridico vigente sono realmente ritenute scorrette.

La disciplina giuridica applicabile agli enti "parapubblici"

La questione della trasparenza, assume poi peculiare rilievo per quell'ampia zona grigia cui appartengono realtà che in senso stretto non costituiscono, giuridicamente, enti pubblici soggetti al diritto pubblico, quali ad es. lo sono i comuni, la PAT, le amministrazioni periferiche dello Stato o i soggetti che siano agli stessi - almeno in parte – assimilabili.

Quanto a quest'ultima categoria di enti, si pensi, esemplificando, alle c.d società *in house*: integralmente partecipate dall'ente pubblico, svolgenti attività prevalentemente a favore dell'ente stesso - o forse, meglio, a servizio dei fini dell'ente - ed assoggettate a controlli analoghi a quelli cui sono soggette le PPAA.

Ebbene, queste società, che per le loro caratteristiche finiscono per costituire la *longa manus* dell'amministrazione, pur costituendo entità non regolate *sic et simpliciter* dal diritto pubblico, sono quantomeno soggette, come anticipato, a forme di controllo amministrativo - e cioè di marca pubblicistica –

ed i loro organi societari rispondono dei danni causati al patrimonio sociale dinanzi alla Corte dei Conti (Cass. 2015/3677).

Si accenna qui inoltre, senza soffermarsi sul punto, sui c. d. organismi di diritto pubblico, e cioè su enti che, pur non essendo PA, ma essendo quantomeno soggetti parapubblici (in senso sostanziale), a dati e limitati fini (per le procedure di evidenza pubblica) sono equiparati alle amministrazioni stesse: basti, con questo esempio, aver evidenziato che si pone il problema di una vasta platea di soggetti ibridi, che operano, almeno in parte, a cavallo fra il diritto pubblico ed il diritto privato.

Benché non si passa pensare di trattare ex professo, in breve, una materia altamente specialistica, complessa, e controversa come lo è quella della natura - e delle relative conseguenze - di enti che sono stati qui impropriamente definiti "parapubblici" (la coniugazione delle esigenze di sintesi con la complessità del fenomeno, obbliga a questo definizione impropria), è comunque indubbio che la manifestazione più evidente di come l'ente pubblico abbia gli strumenti per creare entità che in un'ottica sostanzialistica sono emanazioni - almeno parziali, ma comunque significative - di enti pubblici, ma che a livello formale (e - ciò che più conta - ai fini giuridici) non sono tali, è rappresentata dalla creazione delle c.d. società partecipate.

Soggetti, cioè, che risultano essere formalmente privati e come tali sono assoggettati, salvo eccezionali, al diritto privato - la Cassazione è irremovibile su questo punto - ma che sostanzialmente sono invece emanazioni della PA, di cui curano i fini, da cui ottengano parte significativa, quando non quasi totalitaria dei mezzi finanziari necessari per operare, e più in generale enti che - a prescindere dalla loro qualificazione formale - presentano una serie di indici che in un'ottica sostanzialistica (anziché formalistica) ne denunciano la natura di soggetti "parapubblici".

Le critiche che nella elaborazione della Corte dei Conti (v. *infra*) valgono dunque per le società partecipate, assumono pregnanza anche per altre analoghe realtà, che in effetti, anche quando sono sostanzialmente parapubbliche, al contrario in termini formali sono spesso, giuridicamente parlando - e pur fatte le debite distinzioni - dei veri e propri soggetti di diritto

privato, con ciò che ne consegue (per un caso di rilievo nazionale, v. ad es., Cass. S.U. 2011/28329).

La trasparenza negli enti "parapubblici"

Doverosamente premesso, pertanto, che lo tematica in oggetto si presta per sua natura a distinzioni e discussioni su cui non ci si intende soffermare, il Difensore civica ritiene di dover puntare il fuoco dell'attenzione da un lato sull'essenza del problema – lo si è già fatto – al fine di sensibilizzare le amministrazioni su questo argomento; dall'altro di sottolineare anzitutto un profilo più limitato del tema agli atti: segnatamente quello della trasparenza che tali soggetti dovrebbero – si comprenderà meglio il perché dell'uso del condizionale – consentire.

Garantire infatti una trasparenza non meramente nominalistica, significa, come anticipato, rendere limpido e ripercorribile l'*iter* decisionale dei procedimenti (non amministrativi) e delle decisioni che il soggetto "parapubblico" pone in essere; a sua volta, la perscrutabilità, pur senza direttamente incidere sui moduli privatistici cui l'ente stesso fa leggittimamente riferimento, ne favorisce comunque la legittimità e la linearità, oltre a consentire la stessa possibilità di critica - che costituisce un ottimo antidoto ad opzioni fantasiose, quando non illegittime – con riguardo ad attività di pubblico interesse.

Ebbene, in via liminare va specificato che mentre ragionando circa la natura e la disciplina giuridica generale di tali enti sorgono le già evidenziate criticità, la normativa sulla trasparenza costringe con maggior obiettività l'interprete a restare ben più aderente ad una nozione sostanziale dei concetti in esame.

E' infatti stabilito che alla trasparenza sono tenute non solo le PPAA in senso formale, ma anche una ben più vasta platea di soggetti, in quanto ai (soli) presenti fini "si intende... 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 (art. 22, c. 1, L. n. 241/1990).

Similmente, gli atti accessibili - fatte salve le previste eccezioni - non sono solo gli atti pubblici in senso proprio, ma anche i documenti "concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale" (v, *ibid.*, art. 22 cit., c. 1, ed art. 32, c. 2, L. p. n. 23/1992).

La trasparenza diviene così la disciplina capace di intercannetttere fra di loro due diversi settori: quello, da un lato, degli enti regalati dal diritto privato, che per lo più in termini sostanziali - ma non giuridici, si ripete - sono parapubblici, e risultano essere liberi, ad es., da un effettivo controllo della Corte dei conti e dunque da incisive responsabilità per danno erariale; o, ancora, che non sono tenuti al rispetto delle regole di diritto pubblico in materia di assunzioni dei propri dipendenti (v. però art. 18 DL n. 112/2008 conv. con L. n. 133/2008); e quello, dall'altro, delle PPAA assoggettate ad un rigoroso statuto di diritto pubblico.

Le norme sulla trasparenza sono infatti norme di diritto pubblico a tutela della perscrutabilità dell'azione amministrativa, e dunque della sua legittimità, che però vengono qui metaforicamente gettate come un ponte per congiungere ed unificare il campo dell'operato della PA (procedimento amministrativo) al terreno del diritto privato, interferendo su attività e procedimenti non-amministrativi (ma ritenuti amministrativi ai soli fini in parola) di soggetti che, pur operando in regime di diritto civile, gestiscono attività di pubblico interesse.

La ricostruzione teorica di questa estensione dei principi giuridici surriferiti è relativamente lineare, ma l'applicazione pratica di questi criteri appare più complesso ed il sistema stesso finisce, a volte, per incepparsi: non necessariamente per la mala fede dell'ente interpellato, ma (a volte) anche a causa della natura ibrida (pubblicistico/privatistica) di questa materia.

* * *

Così, in occasione di una selezione fatta da una fondazione provinciale che da un lato gestisce indubbiamente attività di pubblico interesse, ma che dall'altro è comunque, e resta, una fondazione e cioè un soggetto di diritto

privato, si è ottenuta - su richiesta di uno dei candidati partecipanti alla selezione stessa - parte della documentazione selettivo, con i giudizi del caso, ma al contempo non si è avuta una prospettazione documentale completo, secondo i classici canoni della trasparenza.

Ora, è indubbio che una selezione di diritto privato non sia l'equivalente di un analogo procedimento (concorsuale) regolato dal diritto pubblico.

E' altresì vero, comunque, che la trasparenza non è qui collegata al fatto che il procedimento sia o meno di diritto pubblico, bensì al fatto che, come visto, ove si svolga un'attività di pubblico interesse - tanto più quando il soggetto agente, pur dotato di veste privata, sia in un certo senso un'emanaazione dell'ente pubblico - la trasparenza costituisce un valore in sé e per sé.

Le difficoltà da parte degli enti coinvolti di adeguarsi alle norme di diritto pubblico, in questi casi, conseguono dunque ora alla mancata accettazione, ora alla mancata comprensione della filosofia di fondo del principio di trasparenza; ora od una mescolanza di questi fattori; ora, infine, ad una ricostruzione non sempre lineare dei rapporti che intercorrono fra la (di regola) più completa legislazione nazionale e quella locale.

Il legislatore non chiede cioè la trasparenza per verificare se, restando all'esempio fatto, sono stati rispettati i principi concorsuali, dato che non è qui possibile pretendere l'applicazione della disciplina di diritto pubblico.

Piuttosto, il legislatore, in presenza di un ente che gestisce attività di interesse pubblico - come lo è quella svolta da una fondazione costituita dalla PAT, che riceve fondi dall'ente pubblico stesso, che persegue finalità stabilite con legge provinciale, ecc. - chiede la trasparenza come valore "assoluto", per così dire, nel convincimento che assicurare un *iter limpido* concorra a fare legalità.

Tanto più che la gestione di tale procedimento di diritto privato va comunque effettuata secondo buona fede, ed è censurabile qualora non ci si attenga a tale criterio.

E' pertanto evidente che il diniego di accesso agli atti selettivi, in simili casi, viola la *ratio legis* e spalanca la porta a dubbi sulla gestione di attività (pur privatistiche) di pubblico interesse.

Nella vicenda materialmente agli atti, non residuavano peraltro seri dubbi sul procedimento.

A ciò si aggiunga che le mansioni di cui si discuteva avrebbero potuto essere ritenute estranee ad una nozione rigorosa di pubblico interesse, per cui - una volta ottenuti alcuni documenti essenziali - si è ritenuto di non procedere oltre, rilevando positivamente la parziale (e sufficiente, in concreto) trasparenza ottenuta.

Diversamente avviene quando il diniego del procedimento (sia pur privatistico) si riveli sostanzialmente totale.

Un caso concreto di diniego degli atti da parte di un ente pubblico economico

Si propone, di seguito, una vicenda sviluppatasi nei rapporti fra il Difensore civico ed un ente pubblico economico provinciale, vicenda che ha rappresentato un interessante banco di prova in materia di trasparenza.

Il caso concreto ha una specificità tale che una sua pubblica trattazione consentirebbe di individuare agevolmente l'istante, ragion per cui ci si limita ad una descrizione astratta dei profili critici essenziali.

Entrando senz'altro *in medias res*, in presenza di atti la cui perscrutabilità avrebbe consentito al privato, giuridicamente interessato, di verificare la correttezza delle attività svolte nei suoi confronti, l'ente stesso - dopo un primo approccio in cui apriva, almeno teoricamente, all'ipotesi di consentire all'istante l'accesso agli atti - si è chiuso in un impenetrabile silenzio, non solo evitando accuratamente di fornire la documentazione richiesta, ma anche senza affatto rispondere al Difensore civico, che era intervenuto a più riprese, chiedendo di concretizzare l'astratta apertura inizialmente manifestata.

Ora, il primo profilo che assume rilievo è qui dato dalla denominazione del soggetto in parola, qualificato "ente pubblico economico", con una definizione che in effetti mal si attaglia alla reale natura dell'ente in questione, che svolge attività non economiche (a dispetto della sua denominazione), è partecipato da vari enti pubblici, ha finalità in parte statuite a livello pubblico, ecc..

La predetta definizione, peraltro, incide teoricamente sulla disciplina applicabile, atteso che gli enti pubblici economici non sono soggetti alla disciplina della L. p. n. 23, e cioè, peraltro, in un contesto normativo piuttosto critico su cui non ci attarda (v. art. 1 L. p. n. 23/1992, che esclude espressamente gli enti pubblici economici dalla disciplina in questione).

Basti rammentare che la PAT, a tratti (ma solo a tratti) consapevole dell'obiettiva insufficienza di questa classificazione, ha in seguito definito l'ente in parola come ente strumentale, benché al contempo, con norma successiva, abbia poi ribadito ancora una volta la definizione di ente pubblico economico, senza contestualmente definirlo ente strumentale e così creando un combinato disposto di norme che in ogni caso non giova alla chiarezza.

Accogliendo comunque la tesi (la più corretta, in effetti) per cui si tratterebbe di un ente strumentale, ne conseguirebbe un parziale assoggettamento dello stesso ente alla disciplina di diritto pubblico, e cioè, più in concreto, ne deriverebbe anzitutto (ma non solo) l'applicazione della normativa in materia di diritto di accesso agli atti.

In ogni caso, per completezza, si segnala che la L. p. n. 23/1992, dopo avere escluso (art. 1, c. 1 cit.) l'applicabilità della legge stessa agli enti pubblici economici, riconosce però l'applicabilità della disciplina in questione ai soggetti che gestiscono un servizio pubblico locale (art. 1, c. 2).

La L. n. 241/1990, ai fini specifici dell'accesso, attraverso la previsione del già citato art. 22 definisce inoltre con puntualità la nozione di "pubblica amministrazione".

Insomma, da una valutazione sistematica delle norme di settore, emergevano comunque argomenti idonei a chiedere l'applicazione della disciplina sull'accesso, benché ci si trovasse in presenza di un ente economico.

Anche a voler tacer d'altro, in ogni caso, il problema poteva essere affrontato da una prospettiva più limitata e radicale, in quanto rientra esplicitamente nel regolamento con cui sono stati normati taluni profili dell'attività dell'ente de quo, la necessità di garantire la trasparenza nella gestione di operazioni - quale quella in discussione - che comportino delle spese.

In altri termini, pur volendo prescindere dall'equivocità che sorge - che andrebbe comunque in questi casi azzerata, onde evitare la creazione di

interrogativi facilmente strumentalizzabili in ordine a quale sia la reale natura del soggetto giuridico in parola - la trasparenza è stata comunque platealmente violata persino con riguardo alle regole specifiche - e non dunque a quelle generali - qui applicabili.

Atteso che - lo si è già in parte anticipato - le debite argomentazioni per un diniego di accesso non era affatto semplice reperirle e poiché l'interesse all'accesso stesso presentava tutti i crismi fattuali e giuridici per essere riconosciuto, l'ente ha ritenuto più saggio chiudersi nel silenzio, piuttosto che addurre argomentazioni improbabili.

La PAT, interpellata sul punto, ha risposto da un lato riconoscendo che ci si trova in presenza di un ente strumentale - con ciò che ne consegue - e dall'altro condividendo la sostanza delle critiche fatte in ordine alla necessità di trasparenza.

E' peraltro evidente che poiché comunque, ad oggi, gli atti che erano stati occultati sono ancora ignoti, al di là del caso di specie - su cui ormai ha scarso senso indugiare ulteriormente - l'episodio in esame si rivela prezioso per evidenziare alcune improrogabili necessità.

Ipotesi migliorative ed evolutive

Si tratta, come anticipato, di dare più seriamente ordine alla materia farraginosa degli enti variamente denominati (enti strumentali, società partecipate, enti pubblici economici, fondazioni ecc.), che pur vivendo in tutto o in parte assolutamente significativa di risorse pubbliche, pur essendo parapubblici nel senso suddetto, pur essendo definiti enti economici, ed affini, si avvantaggiano di uno status peculiare che finisce per creare molte perplessità.

In parte la L. p. n. 3/2006 fa effettivamente ordine in questo settore, ma il caso concreto agli atti comprova il persistere di significative difficoltà; non si deve comunque dimenticare che la stessa risolve (al netto delle evidenziate criticità) solo parte dei problemi agli atti.

Senza con ciò voler dire alcunché nel merito del procedimento descritto nel paragrafo che precede - qui richiamato come caso-pilota solamente per

illustre la questione di carattere generale - è comunque chiaro che il venire meno di queste (importanti) aree di opacità, come detto, costituirebbe un ottimo antidoto ad *itinera decisionali* che si ritiene più prudente tenere occulti, anziché palesare, con ciò generando fondati sospetti sui criteri con cui si è gestita una data attività, comportante esborso di fondi pubblici.

Non si può in questo senso dire che la disciplina provinciale (L. p. n. 23 cit.) non meriti alcuni interventi chiarificatori, quando non alcune vere e proprie modifiche.

Sarebbe poi necessario approntare strumenti che consentano una trasparenza reale, singolare essendo che - come è avvenuto nella vicenda surriferita - da un lato l'ente interpellato non fornisca né gli atti, né le argomentazioni per negare l'accesso; dall'altro - ed è ciò che più colpisce - che la PAT risponda dimostrando di ritenere di non disporre di mezzi sufficientemente cogenti per acclarare con quali modalità un ente - da lei stessa istituito e fortemente, partecipato: si usa questo termine nella sua accezione più ampia e meno specifica - abbia gestito un'attività indiscutibilmente di pubblico interesse, benché, a rigore, di diritto privato.

Similmente, non è parso di ravvisare omogeneità nella trattazione del tema della trasparenza a livello provinciale, nella cui legge cardine a volte non si riportano né si richiamano direttamente alcuni principi di rilievo della disciplina nazionale.

E' vero che si può asserire comunque l'applicabilità, in quanto l'art. 29 della L. n. 241/1990, statuisce il principio per cui gli obblighi in materia di accesso alla documentazione amministrativa, fra gli altri menzionati, attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, estendendo inoltre le regole sul procedimento amministrativo alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative e prevedendo comunque la possibilità per le PPAA competenti (fra cui la PAT) di statuire *livelli ulteriori di tutela*.

Ma atteso che la PAT adeguia la propria legislazione alle disposizioni in questione secondo il proprio statuto e le relative norme di attuazione e considerato che la L. p. n. 23/1992 non contempla direttamente, appunto, alcune disposizioni previste dalla L. n. 241, non sarebbe forse inopportuno chiarire

a livello legislativo temi che a volte richiedono un'esegesi non sempre scontata, facendo organicamente ed armonicamente confluire nella legge sul procedimento (L. p. n. 23 cit.) principi che a volte sono sparsi nel sistema locale, o che richiedono persino un diretto appello alle norme nazionali.

In fondo, l'interrogativo che gli enti "parapubblici", gli enti pubblici economici, le fondazioni pubbliche, ecc., pongono, in termini di principio, è quello di come garantire il rispetto – e non solo con un atto esteriore di ossequio formale – dello stesso art. 97 della Costituzione.

Ora, è fuori dubbio che a determinati fini lo strumento degli enti che operano fondamentalmente in regime di diritto privato sia legittimo e persino necessario.

E' altresì parimenti indubbio che anche un ente privato, o assoggettato al diritto privato, il quale presenti una serie di indici di marca chiaramente pubblicistica, pur con criteri differenti da una PA (le differenze possono indubbiamente essere significative - anche se non sempre lo sono - e nessuno intende negarlo), dovrebbe rispettare, *mutatis mutandis*, i profili più essenziali dei principi cardine dell'art. 97, di cui la trasparenza, che è per l'appunto un portato dello stesso art. 97 Cost., costituisce probabilmente il requisito minimo.

Accogliendo infatti, ex adverso, tesi nominalistiche e strumentali e cioè sostenendo che la formale (anziché effettiva) natura dell'ente esclude un'almeno parziale e calibrata estensione dei principi costituzionali succitati, rende troppo agevole spostare vera e propria attività amministrativa che in un'ottica obiettiva sarebbe *in toto*, o comunque in buona misura, attività di diritto pubblico, su enti e soggetti definiti di diritto privato.

Enti e soggetti, cioè, che nascerebbero col determinante apporto della PA, che vivrebbero di pubblico - o quantomeno che morirebbero senza decisivi apporti della PA - che opererebbero nell'orizzonte della gestione di servizi pubblici, ecc., ma che al contempo sarebbero svincolati dai criteri di buon andamento del diritto pubblico sopra menzionati (v., per alcuni spunti, Lexitalia n. 3/2015, 13 marzo 2015, "Giurisdizione della Corte dei Conti sulle società partecipate", comm. a cura del cons. Massimo Perin, a Corte dei Conti, sez. I giur. centr. d'appello – sentenza 20 febbraio 2015, n. 178).

Ebbene, è certo che al momento sia l'ordinamento stesso a lasciare in vita ampi varchi per costituire enti sostanzialmente parapubblici, ma formalmente privati.

Il punto non è dunque quello di censurare l'illegittimità di norme che, anche se come tali fossero in futuro riconosciute, come tali non sono oggi percepite dall'ordinamento (con l'eccezione più significativa dei reiterati interventi critici della Corte dei conti in ordine all'effettiva natura di questi enti).

Il punto è piuttosto quello di farsi promotori, a livello normativo ed operativo, di una disciplina più incisiva, che possa portare non solo a parole, ma concretamente, la PAT all'avanguardia di un processo finalizzato a meglio garantire la trasparenza, il buon andamento sostanziale, l'oggettività dell'operato degli enti e più in generale dei soggetti qui definiti parapubblici.

Un paradigma possibile di miglioramento, potrebbe concretizzarsi - a titolo meramente esemplificativo - nell'estensione a tutti gli enti "parapubblici" locali delle regole di cui al citato art. 18 DL n 112/2008, conv. con L. n 133/2008.

Questioni in materia tributaria

IMIS

L'acuirsi della crisi economica, sempre più evidente ed incisiva negli ultimi anni, ha accentuato l'attenzione dei cittadini sui criteri di richiesta ed esazione dell'ICI, oggi IMIS a livello locale, inducendoli ad una peculiare attenzione in ardine ai profili sostanziali del tributo in parola.

Più precisamente, il cittadino medio – e peraltro non solo quello medio – non riesce in effetti a comprendere come lo pretesa dell'imposta immobiliare possa andare disgiunta da una reale capacità contributiva.

In particolare, la critica si appunta su casi in cui, a fronte della richiesta dell'imposta sui fondi definiti "edificabili", non si ravvisi una corrispettiva e "tangibile" edificabilità dell'area in questione; o in quelli in cui, quantomeno, pur essendo predicabile una teorica edificabilità, i valori individuati dai comuni ai fini tributari si rivelino del tutto inattendibili rispetto alla realtà delle cose.

In via preliminare va anzitutto rammentato essere ormai da tempo consolidato il principio - agevolmente strumentalizzabile - della sufficienza di un'edificabilità in astratto, principio per cui, in particolare, ove anche manchi la pianificazione attuativa necessaria, o quando la possibilità edificatoria sia carente per ragioni concrete, l'imposta è comunque dovuta (sulla sufficienza della mera potenzialità edificatoria, v., e.p., Cass. 2008/25676, anche sul tema dei lotti minimi).

Il dubbio che in ogni caso resta aperto - per chi non intenda condividere accezioni estreme e vessatorie di edificabilità - è quello di chiarire sino a che punto possa spingersi la possibilità di astrarre, e cioè di considerare giuridicamente rilevanti possibilità edificatorie che sono invero del tutto remote.

Come anticipato, in ogni caso, la prima conseguenza dell'orientamento precipitato è che non appare possibile controvertere sull'esazione del tributo adducendo argomenti connessi all'impossibilità concreta di edificare.