BREVE NOTA A SENTENZA T.A.R. SICILIA – CATANIA (SEZ. II) 26.09.2019, N. 2230

ANDREA BERTI

Avvocato

Sommario: I) La sentenza. II) La legittimazione passiva nei processi vertenti sul silenzio o sui provvedimenti limitativi dell'accesso civico. III) Il rapporto tra il ricorso al T.A.R. e la procedura di riesame prevista dall'art. 5, comma 7, D.Lgs. 33/2013.

I) La sentenza.

Con una singolare pronuncia, depositata in data 26.09.2019 (n. 2230), il T.A.R. Sicilia – Catania (seconda sezione) - ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto da un cittadino volto all'accertamento della illegittimità del silenzio serbato da un Comune su un'istanza di accesso civico semplice ex art. 5, comma 1, del D.Lgs. 33/2013.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile per due concorrenti motivi: 1) per non essere stato notificato al Segretario generale del Comune, ricoprente il ruolo di Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT); 2) per non avere previamente esperito la procedura di riesame prevista dall'art. 5, comma 7, D.Lgs. 33/2013.

La decisione suscita forti perplessità su entrambi i punti e merita di essere menzionata e brevemente discussa perché emblematica di come le questioni processuali, se non correttamente risolte, possano fortemente condizionare l'effettiva applicazione dell'istituto (accesso civico).

II) La legittimazione passiva nei processi vertenti sul silenzio o sui provvedimenti limitativi dell'accesso civico.

A prescindere dalla specifica questione del rito applicabile per il ricorso avverso il silenzio sull'istanza di accesso civico, sulla quale non vi è uniformità di vedute tra gli interpreti [per un approfondimento vedi www.dirittoaccesso.it Scheda Tutela giudiziale davanti al Giudice amministrativo], non vi sono ragioni per ritenere che anche per i ricorsi in materia accesso (sia esso documentale o civico) debbano valere le regole ordinarie

stabilite dal Codice del Processo Amministrativo (D.Lgs. 54/2010) per la legittimazione processuale passiva ed i destinatari della notifica dei ricorsi.

A tale riguardo, l'art. 41, comma 2, del Codice stabilisce in chiaro che *"Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato .."*.

La disposizione, superando alcune ambiguità terminologiche riscontrabili nella previgente normativa processuale[1], non si presta ad equivoci, indicando la "pubblica amministrazione" come controparte processuale del ricorrente.

Invero, anche nella vigenza delle vecchie norme processuali, la giurisprudenza ha sempre costantemente affermato che la legittimazione passiva nel processo amministrativo spetta esclusivamente alla Pubblica Amministrazione, ovvero all'Ente o all'Autorità cui vanno imputati gli effetti dell'atto impugnato, mentre non è in alcun modo ravvisabile in capo agli organi od agli uffici facenti parte dell'Amministrazione, siccome privi di personalità o soggettività giuridica [2].

Ciò in conformità a quanto stabilito dall'art. 103 della Costituzione, secondo il quale gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela *"nei confronti della pubblica amministrazione .."*.

La ragione teorica risiede nel principio di immedesimazione organica, in virtù del quale gli atti posti in essere dagli organi o dagli uffici non sono imputabili a costoro, bensì direttamente all'Amministrazione a cui appartengono, che ne risponde nei confronti dei terzi [3].

Tutto ciò, evidentemente, non può che riflettersi sui destinatari della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, atteso che, essendo la P.A. il contraddittore necessario del ricorrente, il ricorso deve essere notificato al legale rappresentante della stessa [4].

---

[1] L'art. 36, comma 2, del Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato) prevedeva che la notifica del ricorso andasse fatta *"all'autorità dalla quale è emanato l'atto o il provvedimento impugnato"*; l'art. 21, comma 1, della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (L. T.A.R.) prevedeva la notifica *"all'organo che ha emesso l'atto impugnato"*.

[2] Per il difetto di legittimazione processuale passiva degli organi e degli uffici, vedasi, tra le tante: Cons. Stato sez. IV 22.06.2006, n. 3950; sez. IV 12.12.2003, n. 8213; sez. V 14.04.1997, n. 358; T.A.R. Trieste 23.10.2017, n. 317; Bari 07.07.2005, n. 3189; Palermo 07.06.2001, n. 874. Per la carenza di legittimazione processuale passiva dei dirigenti e dei responsabili degli uffici (persone fisiche), vedasi, ad esempio: T.A.R. Milano – sez. III – 12.07.2016, n. 1405; T.A.R. Catanzaro sez. II 13.12.2011, n. 1542; T.A.R. Potenza 03.02.2004, n. 50; Bari sez. 1 09.01.2003, n. 22.

[3] Discorso diverso riguarda la legittimazione processuale passiva rispetto alle azioni di risarcimento danni esperibili nei confronti di amministratori e funzionari autori dei comportamenti lesivi dei diritti dei terzi, proponibili, ex art. 28 Cost. ed art. 22 D.P.R. 3/1957 (T.U. sugli impiegati civili dello Stato), davanti al Giudice Ordinario.

[4] Sul punto, vedasi, tra le tante, T.A.R. Roma sez. II 08.09.2005, n. 6654; T.A.R. Ancona 20.01.2003, n. 8.

La sentenza che qui si annota non è in linea con i summenzionati principi, atteso che, per un verso, il T.A.R. ha ritenuto che il ricorso dovesse essere notificato, a pena di inammissibilità, ad un Ufficio (RPCT) e non all'Ente (al quale detto Ufficio appartiene) e, per altro verso, ha ravvisato nel Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) un *"soggetto diverso"* dal Comune, siccome ufficio ricoperto dal Segretario Generale del Comune, *"che è incardinato presso il Ministero dell'Interno – v. art. 1, cc. 7-8, l. n. 190/2012 .."*.

La prima asserzione è errata, perchè non vi è dubbio che il RPCT, per le modalità di nomina e per i compiti ascrittigli dall'art. 1, commi 7 e 10, Legge 190/2012 (c.d. Legge anticorruzione), sia, a tutti gli effetti, un ufficio dell'Amministrazione per la quale svolge le sue funzioni, di talchè la sua attività (atti) ed i suoi comportamenti (inerzia) sono direttamente imputabili alla stessa, in virtù del principio di immedesimazione organica.

Sotto questo profilo, non ha alcun rilievo il fatto che l'art. 5, comma 3, lett. d), del D.Lgs. 33/2013 indichi il RPCT come ufficio competente a ricevere le istanze di accesso civico (semplice), trattandosi di norma afferente al procedimento amministrativo ed alla organizzazione interna degli Enti e non già alla disciplina processuale.

Tutto ciò è stato chiarito dal T.A.R. Reggio Calabria con sentenza n. 118 del 11.02.2019, con la quale, in relazione ad analogo ricorso ex art. 116 Cod. Proc. Amm. avverso il silenzio su un'istanza di accesso civico, si è dichiarato il difetto di legittimazione passiva del RPCT (a cui era stato notificato il ricorso) sul rilievo che << *… per il principio di immedesimazione organica, gli atti posti in essere dai dirigenti dell'Amministrazione sono imputabili in via diretta a quest'ultima, che ne risponde verso i terzi. Il descritto fenomeno impedisce di ravvisare un'alterità soggettiva tra l'organo ed i suoi componenti, né si può ritenere che l'attribuzione delle funzioni di responsabile della prevenzione della corruzione dell'ente valga ad attribuire al Segretario Generale, o al dirigente che fosse chiamato a svolgere tali funzioni, soggettività giuridica distinta da quella dell'ente di appartenenza.* >>.

Né a diverse conclusioni può giungersi nei casi in cui le funzioni di RPCT siano assegnate al Segretario dell'Ente locale come previsto dall'art. 1, comma 7, della Legge 190/2012, atteso che detto soggetto, pur essendo legato da un rapporto di impiego con l'Amministrazione statale e segnatamente con il Ministero dell'Interno, opera in regime di dipendenza funzionale e di immedesimazione organica con l'Ente territoriale, seppure a tempo determinato [5], di talchè non può certamente ritenersi soggetto "diverso" da detto Ente, operando anche per detta figura il principio di immedesimazione organica.

[5] Vedi Cass. ss.uu. 20.06.2007, n. 14288, ss.uu. 12.08.2005, n. 16876, ss.uu. 10.07.2003, n. 10897 e ss.uu. 28.01.2003, n. 1241, secondo cui tra l'Ente locale ed il Segretario si instaura un << *rapporto organico o di servizio a tempo determinato"*.

III) Il rapporto tra il ricorso al T.A.R. e la procedura di "riesame" prevista dall'art. 5, comma 7, D.Lgs. 33/2013.

L'art. 5, comma 7, del D.Lgs. 33/2013 prevede quanto segue: "*Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso e' stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile e' sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente puo' proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*".

La norma prevede, in realtà, due diverse tipologie di "riesame", atteso che, mentre in caso di provvedimento di diniego o di accoglimento il "riesame" consiste in un peculiare annullamento d'ufficio di atti precedentemente adottati, in caso di *"mancata risposta entro il termine indicato al comma 6"* si tratta, in realtà, di un intervento sostitutivo analogo a quello previsto in via generale dall'art. 2, commi 9-bis e 9-ter, L. 241/90 (introdotti dal D.L. 5/2012).

La sentenza che si annota riguarda questo secondo caso (mancata risposta all'istanza di accesso civico) ed a tale riguardo il T.A.R. ha ritenuto che il previo esperimento della procedura di "riesame" ex art. 5, comma 7, D.Lgs. 33/2013 costituisce un presupposto necessario per poter adire il Giudice Amministrativo, pena l'inammissibilità del ricorso.

Precisamente, secondo il T.A.R., la richiesta di intervento al RPCT rappresenterebbe un onere necessario se si vuole adire il Giudice Amministrativo per contestare l'inerzia della P.A., in mancanza del quale non si formerebbe il "silenzio-inadempimento".

Anche questa asserzione presta il fianco ad obiezioni.

In primo luogo, sul piano della interpretazione letterale, viene in rilievo il fatto che la norma stabilisce che "*il richiedente può presentare richiesta di riesame*", alludendo evidentemente ad una mera facoltà dello stesso.

In secondo luogo, sul piano della esegesi teleologica e sistematica, l'impostazione assunta dal T.A.R. Catania rischia di porre in secondo piano il diritto di difesa dell'interessato (costituzionalmente tutelato dagli artt. 24 e 113 Cost.), anche sotto il profilo della

tempestiva risposta giudiziale, dovendo egli necessariamente attendere la previa definizione del procedimento di "riesame" prima di poter adire il Giudice Amministrativo, con la conseguenza che il rimedio, invece che rappresentare un rafforzamento delle tutele dell'interessato, diventerebbe un elemento di complicazione.

Ciò vale, in particolare, se si considera che per l'*accesso civico generalizzato* (a differenza che per l'*accesso documentale*) non è previsto il meccanismo del silenzio-rigetto e se si ritiene (con buona parte della giurisprudenza) che, in caso di inerzia della P.A., l'istante che intenda ricorrere al G.A. debba prima attivare il rito del silenzio ex art. 117 Cod. Proc. Amm. e poi, in caso di successivo diniego espresso, attivare il rito dell'accesso ex art. 116 Cod. Proc. Amm. [6].

Di questo avviso è, invero, la giurisprudenza amministrativa ed in particolare il T.A.R. Napoli (sentenza n. 5901 del 13.12.2017) ed il T.A.R. Bolzano (sentenza n. 288 del 06.10.2017), che sono giunti a conclusioni antitetiche a quelle cui è pervenuta la sentenza che qui si annota.

In particolare il T.A.R. Bolzano, alla eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal'Ente pubblico sul rilievo del mancato previo esperimento della procedura di riesame avanti al RPCT, ha correttamente opposto << *la facoltatività del rimedio, resa evidente dal dato letterale della disposizione legislativa rilevante (art. 5, comma 7 del D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016).* >>, rilevando che << *La citata norma specifica, infatti, che, a fronte del diniego o del silenzio dell'amministrazione, il richiedente "può" presentare richiesta di riesame, essendo altresì la facoltà di ricorrere al Giudice riferita alla "decisione dell'amministrazione"* e *(soltanto) in caso di richiesta di riesame, alla decisione del predetto responsabile "anticorruzione* >>.

Pare evidente, pertanto, che la procedura amministrativa di "riesame" prevista dall'art. 5, comma 7, D.Lgs. 33/2013 rappresenta un rimedio distinto, autonomo ed alternativo al ricorso in sede processuale, la cui attivazione è rimessa alla libera scelta dell'interessato, il quale potrà decidere di richiedere l'intervento del RPCT oppure adire la via giudiziale, senza che il mancato esperimento del primo rimedio possa condizionare od inficiare l'ammissibilità del secondo.

Andrea Berti

28 settembre 2019

[6] Per un approfondimento della questione relativa ai mezzi di tutela processuale avverso il silenzio sull'istanza di accesso civico, vedi, in www.dirittoaccesso.it, la Scheda Tutela giudiziale davanti al Giudice Amministrativo.