

Introduzione

Il presente elaborato, meglio descritto nei capitoli successivi, ha il fine di trattare il procedimento amministrativo, cercando di portare a conoscenza del lettore, come lo stesso, si sia formato ed evoluto con le modifiche che gli sono state apportate nel corso dei decenni successivi, per effetto di un'evoluzione resa esigente dagli interessi della pubblica amministrazione e dei cittadini, intesi nella loro conformazione di singolo o associato ovvero italiano o straniero, i quali per effetto di tale legge hanno potuto far valere i propri diritti in quanto lesi in alcuni casi da altri privati ovvero dai dipendenti pubblici. Questo ha reso possibile che chiunque, purché ne fosse legittimato, potesse accedere ad atti redatti da Enti pubblici o privati e controllare che tutto venisse svolto nel modo più trasparente possibile, senza favorire un determinato individuo.

Nel corso degli anni con le successive modifiche, si sono sempre più affinati gli argomenti trattati e che sono sopravvenuti successivamente, per effetto dell'evoluzione informatica, che avendo fatto passi da giganti ha introdotto un argomento preponderante quale quello dell'utilizzo della telematica, offrendo così alla pubblica amministrazione maggiore trasparenza come possono essere le affissioni all'Albo online, celerità legata alla scadenza dei termini, nonché correttezza in quanto offre anche un avviso all'interessato quando una sua richiesta di accesso agli atti dovesse venire negata a seguito dei diversi requisiti da rispettare, ma al tempo stesso la stessa legge sul procedimento amministrativo offre al dipendente in qualità di responsabile, funzionario o dirigente, le competenze affinché gli stessi seguano l'iter più corretto, non andando a trascurare altre leggi collegate, come possa essere la legge sulla privacy, che oramai sta prendendo sempre più piede nel nostro ordinamento.

Proprio per quanto inerente all'esposizione suddetta, per il lavoro che svolgo nella Polizia Locale nonché la disponibilità di mettersi a

disposizione ed il contatto con il cittadino, ho gradito affrontare l'argomentazione come definita nel titolo "*Dal diritto di accesso al suo diniego*", andando ad affrontando un argomento negativo che comporta il limitare l'accesso agli atti per determinati soggetti, ai quali dovrà essere data come definito dall'art. 10 bis della L. 241/1990, la cd. *comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, la quale sarà trattata nella sua interezza partendo dal momento in cui la stessa è stata introdotta (successivamente alla suddetta legge), applicata ed eventualmente come va a collegarsi ad altri articoli della legge sul procedimento amministrativo.

Capitolo 1. La Legge 241/1990

1.1. Perché è stata introdotta

Il motivo per cui si è reso necessario la emanazione di una legge che trattasse il procedimento amministrativo è iniziato già dal dopoguerra, che con l'istaurarsi di una Repubblica democratica a seguito del referendum del 1946 ed alla realizzazione della Costituzione della Repubblica italiana nel 1948, già con i primi articoli della stessa, si è scatenato un meccanismo secondo cui, tutto ruotasse intorno al popolo, al quale appartiene la capacità di sovranità e che lo stesso la potesse esercitare nelle diverse forme e limiti. Proprio grazie a quest'ottica che, con il passare degli anni o meglio decenni, sono stati realizzati norme, aggiornamenti, integrazioni continui atti a migliorare la vita sociale dei cittadini, tutti senza discriminazione, allo scopo di riconoscerli diritti e doveri che li portassero a difendersi sia come singoli che come associati, evitando così di essere sottomessi dai loro simili che ricoprendo determinati ruoli, gli sarebbe permesso di godere di una certa intoccabilità.

A questo si può aggiungere che la stessa Costituzione riconosce le autonomie locali e il cd. decentramento amministrativo, precisando che la responsabilità penale, civile e amministrativa è in capo ai dipendenti e funzionari pubblici, salvo per alcuni reati, i quali possono essere attribuiti all'amministrazione cui il personale dipende, con la facoltà di quest'ultima di procedere a rivalsa nei confronti del soggetto che ha realizzato quel determinato documento o attività in modo errato, andando a ledere in questo caso gli interessi di determinate persone ma anche della stessa amministrazione.

La Costituzione continua all'art. 97 affermando che *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

Dal diritto di accesso al suo diniego

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Da questa disposizione si delinea al primo capoverso già una fusione che descrive da una parte il volere del cittadino legato al *buon andamento e imparzialità*, quindi “stanco” di un agire amministrativo non corretto, non trasparente, non imparziale e dispendioso per l'amministrazione d'appartenenza e dall'altra parte un interesse dello Stato che collima con quello delle persone come sopra descritto ma approfondisce il problema e quindi la risoluzione di creare *pubblici uffici* i cui dipendenti soggiacciono a *determinate sfere di competenza [...]*, quindi seguire il concetto di decentrare per limitare, perché solo circoscrivendo l'ampiezza della pubblica amministrazione, si riesce a risalire al dipendente pubblico, se tale responsabilità è in capo a lui, che ha commesso quell'omissione, lesiva, nei confronti di determinati soggetti.

1.2. Le origini

Come analizzato nel precedente paragrafo, la classe politica già percepiva la necessità di trovare una soluzione per tutti coloro che avessero interesse a far valere un proprio diritto sul piano dei rapporti con le Amministrazioni quale che sia e per questo già nel periodo della II Guerra Mondiale il Governo Bonomi, nel 1945, diede inizio ad un primo progetto realizzato dalla I Commissione e concluso nel 1947 dalla II Commissione entrambe presiedute dal Prof. Ugo Forti, ma consegnate al nuovo Governo De Gasperi. Gli argomenti trattati dalla Commissione erano inerenti l'organizzazione amministrativa e del procedimento, solamente questo primo progetto¹ di riforma offriva le primissime basi che ancora si discostano da

¹ MARIO P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo: il periodo 1943 – 1947.*

Dal diritto di accesso al suo diniego

quello poi attuato, ma del resto in quel periodo la nostra Nazione riversava in un momento molto particolare.

La prosecuzione di tale progetto, che andava a trattare e modificare nuovamente quelle che erano le basi delineate dal Prof. Forti, fu quello ideato da Lucifredi senza però essere tradotto in Legge in quanto definito dalla classe politica di allora ancora non “pronto”; pertanto si proseguì successivamente nel 1957 con l’impulso da parte di Feliciano Benvenuti, il cui scopo fu quello di introdurre una riforma del sistema, *auspicando una legge generale sul procedimento, il cui centro (...) è la partecipazione procedimentale del privato, ossia quello (...) chiamato giusto procedimento, il cui interesse è quello necessario di creare un ridimensionamento e un raddrizzamento delle tendenze attuali della nostra amministrazione*², che secondo un’attenta osservazione aveva il bisogno di trovare un aggiornamento, meglio ancora un’innovazione, secondo cui l’uomo per raggiungere una sua “libertà attiva” come diritto fondamentale debba *partecipare all’attività della pubblica amministrazione mediante il procedimento e a controllarla mediante l’intervento critico di libere associazioni di cittadini*³.

Questa teoria del Benvenuti, venne successivamente sostenuta dalle ideologie di Mario Nigro, che se pure coerenti tra loro ancora non trovavano appoggio dagli Organi statali e amministrativi di quel tempo.

Solamente alle porte degli Ottanta e seguire, con l’insediamento del Ministro Giannini, si arriva finalmente ad un qualcosa di più concreto; infatti lo stesso voleva riprendere quanto trattato negli ultimi decenni in merito alle riforme amministrative ed aggiungerci le attività

² U. ALLEGRETTI, *l’amministrazione dall’attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè Editore, 2009, p. 91.

³ F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*. Padova, Cedam, 1996, p. 49.

Dal diritto di accesso al suo diniego

che dovevano compiere i pubblici poteri, trattando in tal caso l'organizzazione amministrativa sotto un profilo strutturale, del personale e delle tecniche amministrative, anche se il suddetto era consapevole che non potrà essere questa una soluzione definitiva al contrasto tra pubbliche amministrazioni e cittadini, ma che potrà intanto almeno "regolare" quello che è il procedimento e rapporti tra di loro ⁴.

Grazie a questa volontà ministeriale che si aprirono le porte per creare quelle che sono e saranno le basi della legge generale, la quale fu affidata alla Commissione Nigro, che con le idee abbastanza chiare capì subito, che per dar vita a quella che sarebbe stata la prima legge sul procedimento amministrativo, bisognava sapere innanzitutto su quale area intervenire, il tipo e il contenuto della disciplina, affinché non facesse pensare ad un carattere autoritario dell'amministrazione, ma una relazione tra questa ed i cittadini, nonché di coloro che sono titolari di interessi, sia in forma singola che collettiva.

Pertanto non si misero a modificare quanto fino ad allora era stato fatto, realizzando così un cambiamento drastico, ma preferirono soffermarsi su alcuni temi importanti, che poi sarebbero: regolamentare il procedimento, pubblicizzare i documenti amministrativi e creare infine un rapporto importante tra l'atto amministrativo e l'attività del privato ⁵.

1.3. Descrizione

Il 7 agosto 1990 si arrivò finalmente così alla Legge n. 241⁶ denominata precisamente

⁴ M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, nel testo della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982.

⁵ U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, Giuffrè Editore, 2009, p. 100.

⁶ GAZZETTA UFFICIALE della REPUBBLICA ITALIANA, *parte generale anno 131° numero 192*, 1990, p. 7.

Dal diritto di accesso al suo diniego

“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, approvata dalla Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, per effetto della riforma proposta dalla Commissione Nigro, la quale come vedremo nel § 1.4 sarà negli anni oggetto di successive modifiche ed integrazioni.

La suddetta legge all'art. 1 descrive per bene lo scopo per cui è stata creata, ossia *l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità (...) senza aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze...*, già a quel tempo avevano ben chiari i fini per i quali si è arrivati a realizzare una norma che avesse sotto controllo l'aspetto economico, fosse efficace e pubblicizzata rendendola visibile a molte persone, senza comportare un sovraccarico nel procedimento sia sotto il profilo economico che energetico, in quanto come previsto all'art. 7: è vero che laddove la celerità possa pregiudicare il procedimento, l'avvio dello stesso deve essere comunicato a tutti quei soggetti, diretti, cui il provvedimento è rivolto, anche in riferimento agli altri individui, che sono stati determinati al momento dell'adozione del provvedimento o anche successivamente, salvo come disposto all'art. 8 c. 2, ossia nel caso in cui qualora i destinatari fossero un numero elevato, l'amministrazione può scegliere altre forme di pubblicità idonee, ricordando che i mezzi a disposizione per portare a conoscenza un atto, nella fattispecie in questo caso, l'avvio del procedimento, che sia uno o sia molteplici, sono quelli riconosciuti agli artt. 138 e succ. del codice procedura civile redatti da personale qualificato, che possa essere questo il messo comunale, l'ufficiale giudiziario, la polizia giudiziaria ovvero utilizzando il servizio postale o personale da loro utilizzato, purché il mezzo sia idoneo ed il destinatario abbia preso conoscenza o conoscibilità dell'atto a lui rivolto. Comunque, qualunque siano le forme utilizzate per comunicare l'avvio del procedimento questo al suo interno deve riportare alcuni punti fondamentali: *l'amministrazione competente; l'oggetto del procedimento promosso; l'ufficio e la persona*

Dal diritto di accesso al suo diniego

responsabile del procedimento; l'ufficio dove prendere visione degli atti, tenendo sempre a mente quanto definito all'art. 2 ossia che, il termine di conclusione del procedimento può essere definito dalle pubbliche amministrazioni, in alternativa, lo stesso è di trenta giorni, salvo vi siano nel decorso dei termini, interruzioni e/o integrazione che possono far sospendere, ovvero riaprire i termini, comportando il prolungare legittimamente tale periodo, per essere alla fine concluso per mezzo dell'adozione di un provvedimento espresso. Il fine concreto del legislatore è portare il privato a partecipare attivamente alla vita amministrativa affinché lo stesso abbia contezza di quello che la sua amministrazione sta svolgendo e laddove sbaglia appunto fargli capire il motivo, portando l'interessato e se individuato il controinteressato ad essere partecipe nel procedimento amministrativo di suo interesse al fine di "consentire alla parte interessata di partecipare al procedimento amministrativo fin dal momento del suo concreto avvio, o quantomeno, di inserirsi in una fase che non sia avanzata o, peggio, conclusiva, altrimenti risultando del tutto eluse le finalità partecipative e di trasparenza dell'azione amministrativa"⁷ nonché con "l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento si fonda sulla duplice esigenza, da un lato, di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti partecipativi, dall'altro, di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti. Sotto tale profilo, la comunicazione di avvio, ancorché posta all'inizio del procedimento amministrativo, ha una intrinseca potenzialità di prevenire eventuali motivi di ricorso giurisdizionale, assicurando un contraddittorio trasparente e un confronto "ad armi pari" tra P.A. e privato"⁸.

⁷ Cons. Giust. Amm. Sic., sentenza n. 386 del 19 maggio 2011

⁸ Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 2254 del 21 aprile 2006

Dal diritto di accesso al suo diniego

In questa occasione e' meritevole di essere esaminata anche la figura del responsabile del procedimento, dove *"il legislatore del 1990 ha inteso rompere definitivamente il muro dell'anonimato e irresponsabilità che consentiva alla pubblica amministrazione di sfuggire alle conseguenze di propri comportamenti omissivi o arbitrari e delle relative lesioni cagionate ai privati"*⁹, con la conseguente realizzazione di un'azione trasparente ed efficiente, grazie ai compiti riportati all'art. 6 che tale figura, di solito in veste di dirigente di quell'unità organizzativa è tenuta a rispettare al fine di istruire quella pratica dall'inizio fino, eventualmente se ha la competenza di farlo, alla conclusione del provvedimento finale. Come accennato già al primo paragrafo, sarà tale soggetto a rispondere penalmente secondo quanto riportato all'art. 328 comma 2 del codice penale, contestandogli il reato di omissione di atti di ufficio nella sua completezza lavorativa; mentre civilmente, in base al reato commesso, questo sarà reso responsabile nel pagamento del danno reso ad altri ovvero risarcire l'amministrazione, per l'ammontare del danno che ha subito a seguito di provvedimento in giudizio perso dalla stessa nei confronti del privato, singolo o associato; infine il responsabile del procedimento potrà anche rispondere del reato amministrativo, contabile e disciplinare, rispondendo in tal caso in prima persona, in quanto la stessa amministrazione potrebbe procedere nel denunciare il dirigente o chi per lui, del danno che la stessa ha subito a seguito della sua condotta. Si fa presente che ogni comportamento realizzato in modo errato dal responsabile, anche un eventuale ritardo o un'assenza nell'emanazione del provvedimento sarà utilizzato come condizione di valutazione per poi determinare la sua performance individuale.

All'art. 22 stabilisce che: *è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di*

⁹ Prof.ssa Carmencita Guacci, *il procedimento amministrativo (prima parte)*, Pegaso U.T., pag. 27.

Dal diritto di accesso al suo diniego

situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi di qualsiasi genere formati dalle pubbliche amministrazioni questo al fine di offrire a qualsiasi cittadino un'attività amministrativa trasparente ed imparziale. Unico limite all'accesso viene posto quando si è di fronte alle materie concernenti *la sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità* come riportato all'art. 23.

Inoltre a quanto sopra descritto va aggiunta anche l'importanza delle fasi del procedimento amministrativo, le quali sono suddivise:

- nella fase di iniziativa, la quale scaturisce per mezzo della già menzionata iniziativa dei privati con istanze ma anche ricorsi denunce ed altro, oppure realizzata d'ufficio e comunque diretta ad accertare i presupposti dell'atto da emanare, in tale occasione è compito dell'amministrazione di menzionare il termine di conclusione del iter procedimentale, individuare il responsabile del procedimento e comunicare l'avvio del procedimento;
- nella fase istruttoria, dove si procede a valutare tutto il materiale in possesso dell'amministrazione con lo scopo di poter procedere poi all'emanazione dell'atto, configurandosi in tal caso quello che è definito come il giusto procedimento in quanto i privati possono partecipare attivamente alla vita pubblica;
- nella fase decisoria, con la quale si determina il contenuto dell'atto e la sua formazione, rendendo l'atto perfetto ma non efficace;
- nella fase integrativa dell'efficacia, sovviene eventualmente se l'atto non è ritenuto perfetto, quindi in questo caso sarà da perfezionare, rilevando gli effetti che lo stesso possa produrre ancora o già sta producendo.

1.4. Le successive modifiche

La suddetta legge, come visto nel paragrafo precedente, aveva lo scopo di trattare argomenti basi dettati dalle esigenze di quel tempo, che nel corso degli anni e decenni si sono evoluti notevolmente per effetto della transizione tecnologica, del coinvolgimento sempre più in prima linea dell'Italia in Europa e magari anche delle lacune che si sono riscontrate sul campo di applicazione. Cosicché si procederà nel trattare leggi che apportarono modifiche sostanziali all'originaria Legge 241/1990.

1.4.1. Legge 11 febbraio 2005, n. 15

Definita come modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, già al suo art. 1 porta un enorme cambiamento ed aggiunge all'allora termine di economicità, efficacia, pubblicità, la parola trasparenza, quella trasparenza vista non solo nel Capo V, ma in tutta la completezza della materia trattata, proprio ad indicare un comportamento da tenere quotidianamente dall'amministrazione nei confronti del cittadino, appunto proprio come base fondamentale del procedimento amministrativo. Inserisce inoltre che l'accesso deve rispettare quanto definito nell'ordinamento comunitario, il quale, aggiungerei, oramai divenuto parte integrante della nostra disciplina giuridica e personale, che come si vedrà nel corso del tempo, questo avrà in un peso maggiore rispetto al nostro sistema giuridico.

Come si nota, nel 2005, inizia ad affiorare ed avere anch'essa un certa importanza l'informatizzazione, comportando così l'inserimento di un nuovo articolo, il 3 bis, ossia l'uso della telematica, infatti *per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*, questo allo scopo proprio di rispettare quanto