

Introduzione.

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Così recita testualmente l'articolo 113 della Costituzione della Repubblica Italiana, entrata in vigore sessant'anni fa.

Un precetto normativo ad alto contenuto democratico, che prevede la figura di un soggetto terzo, decisamente più garantista: in precedenza infatti, il cittadino che si riteneva leso nei propri diritti o interessi legittimi dalla pubblica amministrazione, doveva obbligatoriamente esperire in via preventiva i rimedi amministrativi davanti agli stessi organi di quest'ultima con la modalità c.d. "gerarchica" e solo successivamente a tale esperimento si potevano adire gli organi giurisdizionali.

Da qui la necessità di "appoggiarsi" al Consiglio di Stato, organo di consulenza di antiche origini, esterno alla pubblica amministrazione ma non del tutto estraneo ad essa, a cui fu concesso il potere di intervenire sugli atti amministrativi con facoltà di annullare gli stessi; l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, avvenuta nel 1971, creò il primo grado di giudizio nel processo amministrativo, nel rispetto dell'articolo 125 della Costituzione.

I padri della Legge Fondamentale dello Stato, con l'articolo citato in epigrafe fissarono un dogma perfettamente rispondente ai principi di uno stato di diritto, mettendo di fatto a disposizione una serie di strumenti contro gli abusi del

potere amministrativo, del quale ci si augurava comunque un corretto funzionamento¹.

L'espressione metaforica "casa di vetro"², proferita dall'On. Filippo Turati nel 1908 durante una discussione parlamentare, ancora oggi, a distanza di un secolo, e pur avendo a disposizione mezzi tecnologicamente avanzati, non può dirsi applicata nei confronti della stragrande maggioranza degli uffici della pubblica amministrazione, sia a livello centrale che locale.³

L'esercizio dell'accesso agli atti ed ai documenti amministrativi presenta assai di frequente difficoltà di varia natura, che si traducono in ritardi, dinieghi o silenzio-rigetto da parte di coloro che detengono le informazioni richieste: è a questo punto che l'instaurazione di un contenzioso resta l'unica via percorribile per vedersi garantire i propri diritti.

Ma il diritto di accesso non è un istituto specificamente nuovo: le prime "forme di vita" in Italia si rinvencono nel lontano 1781, laddove una legge comunale e provinciale di Venezia recitava chiaramente "mostrare le carte a chiunque del Comune le ricerchi, e darne copie, sempre con le convenienti mercedi".

Successivamente, dal diciannovesimo secolo fino alla prima metà degli anni '60 del secolo scorso, l'attività dell'amministrazione pubblica italiana si è svolta, per così dire, "in segreto".

Il cittadino, anche se coinvolto nelle scelte, non aveva strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il procedimento amministrativo.

Sebbene già la Commissione Forti, nella sua Relazione all'Assemblea Costituente, riconoscesse "il diritto del cittadino ad avere visione e copia degli atti

¹ Art. 97 della Costituzione "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. omissis"

² Definizione riguardante la dimostrazione all'esterno di come operano gli uffici della pubblica amministrazione.

³ Un esempio tra tanti è rappresentato dalla PEC, Posta Elettronica Certificata, il cui obbligo di istituzione per tutti gli uffici della P.A., compresi anche i Comuni, esiste sin da Novembre 2007 (Codice dell'Amministrazione Digitale D. Lgs. 82/2005), ma a Dicembre 2008, nonostante l'emanazione del D.L. 185/2008 (c.d. "anti crisi"), pochissime Amministrazioni hanno rispettato tale adempimento.

amministrativi al fine di combattere il mal vezzo esistente nell'amministrazione di ostacolare tale conoscenza", i primi tentativi di sollevare il velo dietro cui operava la P.A. sono da attribuire ad una normazione settoriale.

In particolare, in un primo tempo, l'articolo 10, comma 9, della Legge 765/1967, stabilì che "chiunque" potesse "prendere visione della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto".

Circa venti anni più tardi, l'articolo 25, comma 1, della Legge 816/1985, assicurò, " a tutti i cittadini il diritto di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane"; tuttavia, il comma 2 del medesimo articolo demandava alle singole amministrazioni la disciplina regolamentare del diritto.

Meno di un anno dopo l'articolo 14, comma 3, della Legge 349/1986, riconobbe che "qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente".

Ma è nel 1990 che il tema assume piena e definitiva consacrazione nell'ordinamento: dapprima l'articolo 7, comma 4, della Legge 8 Giugno 1990, nr. 142, "Ordinamento delle autonomie locali", inserito nel capo "Istituti di partecipazione", stabilisce il diritto dei cittadini di accedere agli atti amministrativi dei Comuni e delle Province.⁴

Finalmente, la Legge 7 Agosto 1990, nr. 241, che disciplina il procedimento amministrativo, contempla un Capo V che è intitolato espressamente "Accesso ai documenti amministrativi", con il chiaro intento di sottrarre l'azione amministrativa alla regola del segreto.

⁴ Tale norma è tuttora in vigore essendo stata trasfusa nell'articolo 10 del D. Lgs. 267/2000, T.U.E.L.

Tale novella ha segnato una svolta epocale nel panorama normativo italiano, introducendo a pieno titolo il principio della trasparenza: il cittadino non è più un soggetto destinatario di provvedimenti unilaterali e sfornito degli strumenti idonei necessari per accertare l'iter istruttorio di una pratica, ma diventa un cittadino portatore di interessi, che entra in possesso, a determinate condizioni, della chiave di accesso ad archivi prima impenetrabili.

Dopo quindici anni di vigenza la novella del 1990 ha subito una significativa e necessaria riforma, operata dalla Legge 15/2005, che disponeva, tra l'altro, anche in merito alle modalità di impugnazione dei provvedimenti della P.A., apportando importanti modifiche.

Attualmente le forme di tutela si dividono principalmente in due aree: una amministrativa e l'altra giurisdizionale.

La prima consente di rivolgersi ad autorità diverse da quelle tradizionali (Tribunali) con modalità più semplici e meno onerose sotto l'aspetto formale; la seconda richiede più competenze giuridiche per via dei tecnicismi propri del processo amministrativo.

Nella trattazione che segue verranno illustrate le forme di tutela stabilite dal nostro ordinamento, con particolare riguardo a quella giurisdizionale, che comprende altresì la disamina dei principali istituti del diritto amministrativo applicabili alla materia dell'accesso ai documenti.

Capitolo Primo

I CARATTERI FONDAMENTALI

1.1 I PRINCIPI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

La dottrina è solita affermare che la caratteristica del processo amministrativo sia innanzitutto desumibile nel fatto che è un processo da ricorso, nel senso che con l'atto introduttivo non si cita la controparte a comparire in giudizio (*vocatio in jus*): l'atto instaurativo è infatti una *vocatio iudicis*, con la quale, cioè, si chiama il Giudice a provvedere sull'oggetto della domanda, sicché, ad esempio, il rapporto processuale si instaura non già nel momento della notificazione del ricorso alla controparte, bensì in quello del suo deposito presso il Giudice Amministrativo.

A seguito della riforma dell'articolo 111 della Costituzione (avvenuta nel 1999), è stato affermato il principio generale del c.d. giusto processo che opera per qualunque tipo di processo e quindi anche per quello amministrativo.

Un processo per essere giusto deve rispettare i seguenti criteri:

- 1) garantire il contraddittorio tra le parti, e ciò comporta che tutte le parti interessate al giudizio siano messe in condizioni di prendere parte al processo;
- 2) garantire che le parti si trovino in condizioni di parità;
- 3) garantire che il Giudice sia terzo ed imparziale.

Si riferiscono all'indipendenza di ogni Giudice gli artt. 100, 101 e 108 ultimi commi, della Costituzione;

- 4) garantirne la ragionevole durata: a tal fine è appena il caso di ricordare che anche al processo amministrativo si applica la c.d. Legge Pinto per il risarcimento da eccessiva durata del processo;
- 5) i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Per quanto attiene agli altri principi generali del processo appare opportuno seguire la teorizzazione del Nigro secondo il quale nel processo dinanzi al Giudice Amministrativo bisogna distinguere quei principi che si riferiscono alla distribuzione tra il Giudice e le parti dei poteri di governo del processo, e quelli relativi alla struttura del processo che disciplinano i rapporti tra le parti.

In relazione alla prima categoria si devono menzionare:

- a) il principio della domanda;
- b) il principio dell'iniziativa di parte;
- c) il principio di unilateralità dell'azione;
- d) il principio dispositivo e motivi del ricorso;
- e) il principio dispositivo e l'istruzione probatoria;
- f) il principio del libero convincimento del Giudice.

In relazione alla seconda categoria si elencano:

- a) il principio del contraddittorio;
- b) il principio dell'economia dei giudizi;
- c) il principio della concentrazione;
- d) il principio dell'oralità temperata;
- e) il principio della collegialità;
- f) il principio del doppio grado di giudizio;
- g) il principio della pubblicità degli atti.

Procediamo con ordine all'esame dei singoli postulati.

Il principio della domanda, o meglio ne procedat judex ex officio significa che il processo amministrativo non può nascere d'ufficio ma occorre che l'interessato si attivi proponendo esplicito ricorso.

Nel giudizio generale di legittimità inoltre il Giudice è vincolato ai vizi dedotti nel ricorso, non potendo travalicare il *thema decidendum* ed annullare l'atto per motivi diversi⁵ (*ne eat judex ultra petita partium*).

Corollari di tale principio sono:

- 1) il *thema decidendum* stabilito nel ricorso in modo unilaterale è immutabile (salvo l'ampliamento determinato dall'eventuale ricorso incidentale proposto dal controinteressato o dai motivi aggiunti);
- 2) la rinuncia al ricorso non richiede accettazione della controparte.

Limite alle pretese contenute nella domanda del ricorso è quello che si rinviene nel brocardo *jura novit curia*.

Il Giudice infatti è sempre tenuto al rispetto delle norme di diritto e non può disattenderle al fine di ossequiare la domanda del ricorrente: si pensi ad esempio al potere-dovere del Giudice di disapplicare d'ufficio le fonti interne che confliggono con norme e regolamenti comunitari.

Con l'espressione *impulso processuale* di parte la dottrina suole porre l'accento sul fatto che la parte affinché il giudizio pervenga a conclusione deve attivarsi diligentemente.

A tal fine nel processo amministrativo, perché il ricorso venga deciso occorre che il ricorrente depositi oltre al ricorso stesso anche la domanda di fissazione di udienza;⁶ nei processi da celebrarsi in camera di consiglio⁷ (e tra questi rientrano anche quelli in materia di diritto d'accesso ai documenti amministrativi) la trattazione del ricorso non è però condizionata dalla domanda di fissazione udienza.

⁵ Art. 6, R.D. 17 Agosto 1907, nr. 642.

⁶ Art. 23 della Legge T.A.R. e art. 40 del Testo Unico del C.d.S.

⁷ Art. 27 della Legge T.A.R.

Ciascuna delle parti può comunque richiedere che il ricorso venga trattato in udienza pubblica⁸ anche nei casi in cui è di regola previsto il procedimento camerale, tramite apposita richiesta inoltrata al Presidente dell'organo giurisdizionale adito.

Nel processo amministrativo di annullamento la controparte non può chiedere un provvedimento al Giudice potendo solo resistere alle richieste del ricorrente.

La dottrina afferma perciò che nel processo amministrativo vige il principio dell'unilateralità dell'azione che impedisce alla parte resistente di modificare il thema decidendum indicato dall'attore.

Corollario del principio dell'unilateralità dell'azione è che mentre nel processo civile il convenuto può non accettare la rinuncia al ricorso potendo avere interesse ugualmente alla pronuncia del Giudice in funzione di accertamento negativo (art.306 C.P.C.), in quello amministrativo la rinuncia non abbisogna di quella accettazione⁹, divenendo operante con la semplice notifica alla controparte o con dichiarazione orale resa all'udienza di trattazione del ricorso.

Riguardo il principio dispositivo, esso indica il potere delle parti di determinare le sorti del processo col proprio comportamento.

Espressione principale di tale principio è il potere della parte di rinunciare in qualunque momento al ricorso estinguendo il processo; se la rinuncia interviene nel giudizio di appello proposto dall'Amministrazione, quest'ultima non è più tenuta a dare esecuzione alla sentenza di annullamento di primo grado, che deve ritenersi caducata.

Un limite al potere dispositivo delle parti si rinviene con riferimento alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere, perché se anche en-

⁸ Art. 27, comma 2, Legge T.A.R.

⁹ Art. 46, R.D. 642/1907.

trambe le parti la chiedessero il Giudice dovrà accertare se in concreto sussistono le condizioni per tale pronuncia.

La rinuncia può essere parziale e cioè limitata solo ad alcuni motivi di ricorso.

La parte può inoltre indicare nel ricorso l'ordine con cui i motivi dello stesso dovranno essere esaminati.

In presenza di più motivi che la parte non ha graduato spetterà al Giudice adottare quella pronuncia che risulti la più favorevole al ricorrente comparata con quella soluzione che permetta la conservazione dell'atto impugnato; l'eliminazione dell'atto rappresenta l'*extrema ratio* cui giungere solo nel caso in cui sia assolutamente necessario per soddisfare l'interesse del ricorrente. L'udienza di trattazione una volta fissata, può essere spostata solo con l'accordo di tutte le parti del processo.

Nel processo amministrativo il sistema istruttorio è stato strutturato dal Legislatore secondo un principio dispositivo con metodo acquisitivo.

L'introduzione delle prove, infatti, nel processo amministrativo è affidata alla parte che può limitarsi ad indicare quali prove devono essere acquisite perché rilevanti, restando nel potere del Giudice di disporre l'acquisizione.

La ratio del principio si fonda sull'assunto che il ricorrente è normalmente nell'impossibilità di disporre del materiale probatorio nella sua pienezza (i documenti oggetto della contesa sono infatti nella gran parte dei casi in possesso della P.A.), perciò dovrà fornire solo un principio di prova (quindi l'onere della prova del processo civile ex art. 2697 C.C. qui diventa un onere di principio di prova) sul quale si innesta il dispiegarsi del potere istruttorio del G.A.

Collegato al principio dispositivo della prova ed al sistema istruttorio del processo amministrativo è il principio del libero convincimento del Giudice il quale, sulla base dei fatti allegati, è libero di valutare i fatti liberamente con i limiti dei mezzi probatori disponibili in questo particolare giudizio.

Distingue tale principio l'assoluta assenza nel processo amministrativo di un sistema di prove legali (interrogatorio e giuramento) prove cioè che vincolano in modo assoluto la decisione del Giudice.

In sostanza l'onere della prova nel processo amministrativo, in virtù dei due principi sopra enunciati potrà essere addossato dal Giudice alla P.A. e non alla parte che ha assolto all'onere dell'introduzione e cioè il ricorrente; il Giudice, dal contegno tenuto dalla P.A., potrà trarre il proprio convincimento.

Il principio del contraddittorio (*audiatur et altera pars*) stabilisce che il Giudice non possa validamente decidere la controversia se prima il ricorso non sia stato notificato all'Amministrazione ed ai controinteressati entro i termini stabiliti, da calcolarsi a partire dal momento in cui il ricorrente ha avuto notizia del provvedimento lesivo.¹⁰

La ratio della norma è quella di permettere a tutte le parti in causa di poter rappresentare le proprie ragioni in giudizio.

Qualora sia necessario notificare il ricorso ad altri controinteressati, e purché questo sia stato già notificato alla P.A., ed ad almeno un controinteressato, il Giudice deve disporre l'integrazione del giudizio.¹¹

Tale integrazione non è applicabile nel caso in cui, per omessa notificazione del ricorso all'autorità dalla quale emana l'atto o il provvedimento impugnato o per altro motivo, il ricorso debba essere dichiarato senz'altro irricevibile.

Il collegio, nell'ordinare l'integrazione del giudizio, indica le persone a cui il ricorso deve notificarsi, e, ove ne sia il caso, autorizza la notificazione per pubblici proclami;¹² stabilisce inoltre un termine entro cui deve effettuarsi la notificazione del ricorso e il deposito del medesimo nella segreteria, insieme con la prova dell'eseguita notificazione.

¹⁰ Art. 21, Legge T.A.R., e art. 36 T.U. 1054/1924.

¹¹ Art. 15, R.D. 642/1907.

¹² Art. 16, R.D. 642/1907.

Sulla base delle disposizioni sopra citate si evince che il principio del contraddittorio costituisce condizione di ammissibilità della domanda perché la mancanza delle notifiche rende il ricorso inammissibile.

In caso di mancata notifica, la comparizione dell'intimato non sana se sia intervenuta dopo il termine entro il quale il ricorso doveva essere notificato.¹³

Nel caso invece di notifica irregolare la giurisprudenza ritiene che la costituzione in giudizio valga a sanare il vizio.¹⁴

Il principio del contraddittorio esplica la sua influenza anche con riguardo alla sentenza di merito: difatti qualora non sia stata disposta la doverosa integrazione la sentenza emessa sarà annullabile con rinvio da parte del Consiglio di Stato.

La Legge 205/2000, in attuazione del principio dell'economia dei giudizi, ha disciplinato l'istituto dei motivi aggiunti affermando che i provvedimenti della P.A. successivi a quello impugnato e ad esso collegati, debbano essere impugnati nello stesso giudizio.

Il Legislatore non ha, invece, previsto un'adeguata disciplina per il caso in cui proposti due ricorsi davanti allo stesso Giudice venga sollevata con l'apposito regolamento, eccezione di incompetenza con riferimento ad uno di essi con conseguente trasmissione del ricorso a diverso Giudice.

In tal caso ciascun ricorso verrà deciso dal Giudice competente a causa della lacuna normativa.

L'art. 23, comma 2, Legge T.A.R., ai sensi del quale "Il Presidente..... fissa con decreto l'udienza per la discussione del ricorso" ha indotto la dottrina a trarne la conseguenza che esista nel processo amministrativo il principio della concentrazione in quanto la causa deve essere trattata in un'unica udienza laddove possibile.

¹³ Art. 17, R.D. 642/1907.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, nr. 85/1986.