

IL CONSIGLIO

Servizio del Legislativo
e delle Commissioni consiliari

UFFICIO STUDI LEGISLATIVI

APPUNTI SULLA LEGGE N. 241 DEL 7 AGOSTO 1990, CONCERNENTE
"NUOVE NORME IN MATERIA DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E DI
DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI"

Dott. Anna Migliorini

Premessa. Per approfondire il provvedimento, sarebbe forse necessario dedicarvi un tempo maggiore per ricostruire e valutare:

1 - i precedenti europei di leggi generali sul procedimento amministrativo, con particolare riguardo all'esperienza tedesca ed al recente bilancio fattone dei primi 10 anni di operatività;

2 - il procedimento amministrativo in Italia prima della legge 241/1990: normative di settore e ricostruzione dottrinale.

Detto questo, probabilmente l'esame di ogni singolo istituto sarebbe più incisivo e risulterebbe più utile se arricchito dal riferimento alla situazione precedente, invece che solo illustrato per sommi capi nella nuova normativa.

Un tal modo di procedere registrerebbe infatti il portato della 241/1990 IN TERMINI DI TASSO DI INNOVAZIONE rispetto all'esistente, con risultati probabilmente più significativi.

In ogni caso, l'esame generale della legge 241/1990 può essere articolato nei seguenti quattro punti (con particolare attenzione alla loro ricaduta in termini di funzionalità organizzativa e di risvolto giurisdizionale):

- a) principi (pubblicità e trasparenza, doverosità del provvedere e della motivazione, accesso ai documenti amministrativi);
- b) istruttoria (resp. del procedimento; partecipazione dei diretti destinatari, di chi può averne pregiudizio, dei portatori di interessi diffusi);
- c) poteri dei destinatari e degli intervenuti e ricadute sulla fase decisionale (accordi sostitutivi di provvedimenti)
- d) gli istituti della semplificazione amministrativa (conferenza dei servizi, accordi tra amministrazioni, pareri obbligatori, accertamenti tecnici, autocertificazioni, silenzio assenso su autorizzazioni, ecc).

a) principi (pubblicità e trasparenza, doverosità del provvedere e della motivazione, accesso ai documenti amministrativi)

La legge in esame, anziché dare una nozione ristretta di procedimento disciplinando uno o più modelli procedurali, ha preferito occuparsi dei modi e delle garanzie generali relative all'azione della pubblica amministrazione, fissando principi di portata generale in un'ottica di semplificazione

ed insieme democratizzazione dei rapporti cittadini- pubblica amministrazione.

Principi quali la doverosità del provvedere e della motivazione, pubblicità dell'azione amministrativa bene rispondono all'esigenza di impostare un nuovo modo di essere dei rapporti cittadini-p.a., anche al di fuori della dinamica dei singoli procedimenti, come nel caso del riconoscimento del diritto di accesso, assicurando speditezza, trasparenza delle scelte ed efficacia dell'azione amministrativa. In questa prospettiva va visto: il divieto di aggravare il procedimento se non per gravi e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria (art. 1 comma 2), la doverosità dell'avvio del procedimento e della sua conclusione mediante l'adozione di un atto esplicito (art. 2 comma 1); la previsione di termini o di meccanismi di fissazione di termini entro cui le procedure vanno concluse (per quanto vadano poi chiarite tutte le conseguenze dell'eventuale trasgressione) (art. 2 commi 2 e 3); ed ancora in questa prospettiva va letto il principio generale dell'obbligo di motivazione per ogni atto amministrativo, salvo alcune ipotesi tassativamente previste.

Si tratta di principi di indubbia importanza per la realizzazione di esigenze quali l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione. Discorso a parte va fatto per il diritto di accesso disciplinato dagli artt. 22 e seguenti.

situazione preesistente:

Precedentemente alla legge 241/90, numerose norme erano intervenute nella materia, venendo a temperare il rigore dell'allora vigente principio di riservatezza e segretezza dell'amministrazione (salvo le ipotesi specificamente previste in cui il cittadino era abilitato ad acquisire dati strettamente connessi ad un provvedimento amministrativo che incideva sulla propria posizione giuridica).

Per quanto riguarda il livello statale possiamo ricordare la legge 816/1985 che, pur riguardando i permessi, le aspettative e le indennità degli amministratori locali, ha previsto il diritto di accesso dei cittadini ai documenti amministrativi; la legge 349/1986, che introduce il diritto di accesso in materia ambientale; infine il D.P.R. 23 giugno 1988, n. 250, che consente l'accesso ai pareri resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva.

Vi sono poi leggi regionali che si sono occupate della materia: per rimanere alla Regione Emilia-Romagna la l.r. 30/1988 in tema di sistema informativo regionale (SIR) e da ultimo il disegno di legge regionale sul procedimento amministrativo che disciplina il diritto di accesso dei cittadini ai dati in possesso dell'amministrazione regionale.

Da ricordare infine l'art. 60 dello Statuto regionale che sancisce il principio di pubblicità degli atti amministrativi della Regione.

situazione attuale:

La legge 241/90 afferma un principio generale opposto a quello vigente in precedenza, quello cioè dell'accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 22 specifica che "al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse il diritto di accesso ai documenti amministrativi", che rappresentano la fonte ed il mezzo di informazione (e quindi di controllo) attraverso cui gli amministrati possono tutelare "situazioni giuridiche rilevanti".

Il diritto di accesso viene dunque ad iscriversi nel quadro dei c.d. "nuovi diritti" riconosciuti e garantiti ai cittadini nel campo dei rapporti cittadini-p.a., in vista di obiettivi quali la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa. Come è stato osservato "il diritto di accesso costituisce la soglia minima verso una effettiva glasnost della pubblica amministrazione". Ed è il documento, definito genericamente al successivo comma come rappresentazione (di ogni specie) del contenuto di qualsiasi tipo di atto, non solo formato dalla stessa P.a., ma anche utilizzato ai fini dell'attività amministrativa, a formare l'oggetto di tale diritto (e del corrispondente obbligo di pubblicità). Molto opportunamente il legislatore ha preferito non addentrarsi in elencazioni dettagliate e analitiche che difficilmente avrebbero esaurito la complessa fenomenologia dei documenti, optando per una formulazione di carattere generale. "La tecnica legislativa usata dalla legge in esame appare infatti ispirata, come è stato rilevato, al desiderio di affidare al processo attuativo della normativa eventuali ulteriori specificazioni o precisazioni, favorendone così l'assestamento dopo una prima fase di sperimentazione".

Quali limiti al diritto di accesso sono previsti, oltre a quanto stabilito dalla legge sul segreto di stato e da altre disposizioni in tema di segreto: la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, la riservatezza dei gruppi, delle persone e delle imprese. I limiti al diritto sono dunque circoscritti ad ipotesi tassativamente previste per le quali "la riservatezza appare essere una esigenza richiesta dal rispetto dei diritti dei privati o per lo svolgimento delle stesse attività pubbliche".

Il comma 6 dell'art. 24 stabilisce che in ogni caso l'accesso può essere differito nel tempo sino a quando la conoscenza dei documenti possa gravemente ostacolare lo svolgimento dell'attività amministrativa: tale previsione potrebbe lasciare spazio a comportamenti ostruzionistici da parte dell'amministrazione.

Divieto di accesso è disposto infine per gli atti preparatori di provvedimenti di carattere normativo, di atti

generali di pianificazione e di programmazione salvo, naturalmente, non sia disposto diversamente dalle singole normative.

L'obbligo di consentire l'accesso è posto a carico delle amministrazioni dello Stato, delle aziende autonome, degli enti pubblici e dei concessionari di pubblici servizi che dovranno adottare tutte le misure necessarie per garantirne la effettività.

Circa le modalità di esercizio del diritto stesso la legge prevede si eserciti, a domanda peraltro motivata (onde evitare che se ne faccia un uso distorto), mediante esame ed estrazione di copia dei documenti. Una soluzione, dunque, mirata e finalizzata alle concrete esigenze dei titolari del diritto di accesso.

Al fine di una maggiore diffusione e conoscibilità si prevede comunque all'art. 26 la pubblicazione di tutti gli atti di interesse generale sull'organizzazione, il funzionamento e le attività delle diverse amministrazioni, oltre che le direttive, le circolari, le istruzioni, le relazioni annuali della istituenda Commissione. In generale la massima pubblicità a tutte le iniziative dirette a rendere effettivo il diritto di accesso.

Il quadro organizzativo si completa con la istituzione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri con compiti, oltre che di vigilanza, anche consultivi e propositivi: in questa versione più "leggera", non sembra possa essere assimilata all'omologa commissione francese (CADA), con compiti di decisione su ricorsi amministrativi di coloro che lamentano lesioni al proprio diritto di accesso alla documentazione.

Viene così a mancare un indirizzo giurisprudenziale tecnico-specifico (che difficilmente, v. infra, potrà essere espresso dai TAR) che in Francia ha svolto un importante ruolo di specificazione ed integrazione delle disposizioni generali della legge che garantiva l'accesso ai cittadini.

In ogni caso le forme di tutela sono semplificate e tempestive in ragione dei tempi brevi per la decisione da parte della amministrazione interessata sulla domanda cui si collega un'analoga tempestività e pienezza di tutela in sede giurisdizionale.

Nel caso di rifiuto esplicito, di differimento o limitazione del diritto di accesso o nel caso di silenzio mantenuto per 30 giorni, l'interessato può infatti ricorrere al T.A.R. entro 30 giorni. Il T.A.R. decide in camera di consiglio entro 30 giorni dal deposito del ricorso. La decisione è appellabile al Consiglio di Stato che decide seguendo la medesima procedura. Il giudice, in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso non si ferma all'annullamento del diniego, ma ordina l'esibizione dei documenti.

Il tutto a dimostrare come la disciplina sostanziale dell'attività non possa non avere una ricaduta sulle forme ed i mezzi di tutela accordati per la sua osservanza.

b) Istruttoria (responsabile del procedimento, partecipazione dei diretti destinatari, di chi può averne pregiudizio, dei portatori di interessi diffusi).

Il titolo 2 della legge prevede la creazione di apposite strutture organizzative responsabili dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedurale allo scopo di ottenere una guida unitaria del procedimento.

Per l'individuazione del responsabile del procedimento la legge stabilisce due regole: la singola amministrazione determina per ciascun tipo di procedimento l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.

Spetterà poi al dirigente dell'unità designata assegnare in concreto a se stesso o ad altro dipendente, della medesima unità, la responsabilità sopra indicata.

Al responsabile del procedimento la legge attribuisce poteri di iniziativa e di sollecitazione, ampi compiti istruttori, peraltro elencati in modo analitico, e la responsabilità di portare a conclusione entro i tempi previsti il procedimento.

Nell'istruttoria il responsabile svolge un ruolo attivo, mettendo l'amministrazione in grado di decidere sulla base di una informazione il più possibile sollecita e completa, colmando con la propria iniziativa le eventuali carenze probatorie del privato, costituendo dunque il punto di riferimento, anche per l'esterno, dello stato di svolgimento della procedura.

Con l'istituzione del responsabile del procedimento vengono raggiunti molteplici obiettivi. Innanzitutto si esce dall'attuale condizione di "spersonalizzazione" e di "anonimato" dell'operare amministrativo, individuando precise responsabilità personali; in secondo luogo la sua istituzione concorre ad agevolare e semplificare il corso dell'azione amministrativa: basta pensare alle funzioni di impulso e sollecitazione con riferimento alla conferenza dei servizi, ai meccanismi di surrogazione in caso di accertamenti tecnici, all'attività di stimolo, una volta trasmesso l'atto all'organo competente, perchè questo lo adotti (altrimenti questa decisiva fase resterebbe priva, paradossalmente, di responsabile).

L'impegno del responsabile si estende dunque sino all'adozione del provvedimento finale, il che potrebbe porre anche delicati problemi nel suo rapporto con gli amministratori, se è di natura politica la sede cui è riservata la decisione in parola. La sua presenza è garanzia del corretto apprezzamento dei vari interessi pubblici e privati coinvolti.

L'avvio del procedimento viene comunicato ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti e ai soggetti, diversi dai destinatari, cui possa derivare un pregiudizio dall'adozione dell'atto.

Viene quindi assicurata agli interessati la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, contribuendo a formare e determinare l'assetto degli interessi che dovrà essere espresso dall'Amministrazione.

Questo principio di ampia partecipazione in chiave garantistica viene poi limitato dalla possibilità concessa all'Amministrazione di decidere se applicare tali disposizioni o non applicarle per ragioni di celerità. "Ma non è detto che le ragioni di celerità siano delle ragioni ispiratrici di una migliore ponderazione degli interessi in gioco a garanzia e tutela del privato".

L'art. 8 stabilisce quali dati debbono essere indicati nell'atto con cui si dà notizia dell'avvio del procedimento e prevede la utilizzabilità, oltre alla forma della comunicazione personale, di altre forme di divulgazione e pubblicità, stabilite di volta in volta dall'amministrazione stessa.

Una seconda norma che occorre considerare concerne l'intervento nel procedimento: l'art. 9 stabilisce che "Qualunque soggetto portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento".

In ordine agli interessi diffusi se ne prevede la tutela a patto che vengano rappresentati mediante la costituzione di associazioni o comitati. Nulla si dice sul come organizzare questa partecipazione, sul quando consentire l'intervento, né in che misura; e qui la legge risente della mancata differenziazione (presente invece nel testo Nigro) tra categorie di interessi e tra strumenti di acquisizione delle loro volontà (cfr. istruttoria pubblica). Si dice solo genericamente che gli interessati partecipano, prendendo visione degli atti del procedimento, presentando memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare.

Questi rilievi nascono dalle disfunzioni che si sono verificate con riferimento ad alcuni tipi di procedimenti di massa che rendevano difficile una effettiva tutela degli interessi in gioco.

Per esempio i procedimenti urbanistici dove il meccanismo osservazioni-opposizioni non consente di mettere in luce e far valere interessi non preventivamente conosciuti; o ancora i procedimenti di localizzazione di centrali nucleari, ove sarebbe necessario organizzare formalmente la partecipazione.

Come detto, per ovviare a tali problemi il progetto elaborato dalla Commissione Nigro aveva previsto il meccanismo dell'istruttoria pubblica per i procedimenti di massa (adozione di strumenti urbanistici, piani commerciali e paesistici ecc.), poi abbandonata dalla legge in esame.

Ridotte rispetto al testo Nigro, ove veniva sancito il principio generale della contrattualità, pure le ipotesi di

accordo: è conservata la possibilità di effettuare accordi tra amministrazione e interessati "al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo". Tale possibilità è poi ancorata all'accoglimento di osservazioni e proposte avanzate dai soggetti interessati a norma dell'art. 10 (è rimessa cioè all'iniziativa degli interessati). Viene dunque acquisito l'accordo come strumento di amministrazione, ma solo come autolimitazione dell'amministrazione stessa, che si vincola ad adottare il provvedimento con il contenuto concordato, nel caso di accordi procedurali, o come eccezione caso per caso, nell'ipotesi di accordi sostitutivi. Per quel che riguarda il regime dell'accordo, la legge prevede l'applicabilità dei principi civilistici in quanto compatibili, la possibilità di recesso unilaterale da parte della P.A. per sopravvenuti motivi di pubblico interesse dietro corresponsione di indennizzo per eventuali danni, l'estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi stessi ed infine sottoposizione di quelli sostitutivi ai controlli che valgono per i provvedimenti che sostituiscono.

Le disposizioni contenute nel capo relativo alla partecipazione non si applicano non solo nei confronti dell'attività della P.A. diretta all'emanazione di atti normativi (il che pare ovvio), ma anche nei confronti degli atti di pianificazione e di programmazione per i quali restano ferme le norme che ne regolano la formazione (il che è stato invece ampiamente criticato, poichè si tratta di atti che sempre più assorbono, ed ancor più lo faranno nel sistema previsto dalla legge 142/1990, quote significative di potere decisionale e di amministrazione attiva).

d) semplificazione e snellimento dell'azione amministrativa. Si tratta di una serie di disposizioni eterogenee, che non sono suscettibili di un esame unitario nè di considerazioni sintetiche. Vale comunque la pena sottolineare la forte interferenza tra questo capo della legge 241/1990 e le disposizioni della legge 142/1990 che ha riservato allo statuto ed ai regolamenti comunali la disciplina di questi come di altri istituti.

La correlazione tra le due normative non è semplice: molto più chiaro è invece il rapporto con l'ordinamento regionale nel quale, fino a quando non sarà esercitata la potestà legislativa propria, valgono le norme statali anche di dettaglio (art. 29.1).

Probabilmente vi è un rapporto di mera applicazione (comunale) della nuova disciplina: ma non è chiaro se lo strumento abbia da essere lo statuto o il regolamento nè se le disposizioni dettate in materia dalla 142 siano state (già) modificate a pochi giorni della loro entrata in vigore dalla legge 214/1990.

E' quanto sembrerebbe avvenuto, ad esempio, per l'art. 50/142 che impone di prescindere da qualsiasi parere non

reso entro il termine richiesto dalla legge (o prorogato, su richiesta motivata dell'amministrazione interessata), mentre ai sensi dell'art. 16/241 il by pass del parere NON è consentito nel caso di "pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini".

Come detto, appena un accenno ai meccanismi acceleratori, o in genere semplificatori del procedimento, introdotti dalla legge in esame. In particolare viene prevista la istituzione di conferenze di servizi sia nel caso si renda opportuno valutare contestualmente i vari interessi pubblici coinvolti, sia quando l'amministrazione debba acquisire intese, concerti, nulla-osta ecc. In tal modo si consente, da un lato, di sostituire ad una sequenza di atti separati una sola determinazione collegiale, dall'altro di comparare e valutare contestualmente gli interessi pubblici coinvolti. Sono evidenti i vantaggi che questa soluzione mira a conseguire.

Risponde sempre all'esigenza di un sollecito svolgimento della procedura il meccanismo previsto agli artt. 16 e 17 in tema di pareri e di accertamenti tecnici: in entrambe le ipotesi è stabilita la fissazione di termini, decorsi i quali, nel primo caso si prevede la facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere senza l'espressione del parere richiesto, nel secondo caso il ricorso ad un intervento surrogatorio.

Nella linea di riduzione dell'area di impiego dei poteri e dei procedimenti amministrativi vanno segnalate infine le disposizioni che semplificano la materia delle autorizzazioni, abilitazioni, nulla-osta e di ogni altro atto di consenso comunque denominato per l'esercizio di attività private: due regolamenti governativi, emanati secondo procedure particolari, prevederanno le ipotesi in cui le attività dei privati, subordinate ad autorizzazioni ecc., potranno essere svolte sulla base del cosiddetto silenzio assenso o in virtù di una semplice denuncia di inizio dell'attività. Si tratta di ipotesi di autoamministrazione dei singoli in una logica, come ha osservato il Consiglio di Stato, di superamento delle inerzie amministrative e di liberalizzazione di certe attività private.

L'introduzione di regole di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa da un lato e di misure di "arricchimento procedurale" (partecipazione, istruttoria, trasparenza) dall'altro, in un'ottica di diritti-obblighi reciproci del cittadino e della pubblica amministrazione, dovrebbe soddisfare congiuntamente le esigenze di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione.