

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI
INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in Scienze Politiche



Partecipazione procedimentale e diritto di accesso ai documenti tra tutela degli interessi e trasparenza dell'azione amministrativa

Relatore: Prof.ssa PAOLA SANTINELLO

Laureando: THOMAS CASCIELLO
matricola N. 2004618

A.A. 2022/2023

A mio nonno

INDICE

PREMESSA.....	3
----------------------	----------

CAPITOLO I - LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE

1.1	Premesse di carattere introduttivo e storico sul procedimento amministrativo e sulla partecipazione al procedimento amministrativo.....	5
1.1.1	Le fasi del procedimento amministrativo: la fase d’iniziativa.....	7
1.1.2	La fase istruttoria e la fase decisoria.....	8
1.2	La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo.....	9
1.2.1	Il contenuto e le modalità della comunicazione di avvio del procedimento.....	11
1.2.2	Il campo di applicazione dell’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo e della partecipazione procedimentale.....	12
1.2.3	L’omissione della comunicazione di avvio del procedimento: art.21 – octies... ..	13
1.3	L’interesse legittimo.....	14
1.3.1	La distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo.....	14
1.3.2	Interesse legittimo in senso pretensivo e oppositivo.....	17
1.4	I soggetti legittimati alla partecipazione procedimentale.....	18
1.4.1	I soggetti intervenienti necessari ai sensi dell’art.7.....	19
1.4.2	I soggetti intervenienti eventuali ai sensi dell’art.9.....	19
1.5	Il contenuto della partecipazione procedimentale: l’art.10.....	22
1.6	Il preavviso di rigetto: l’art. 10-bis.....	24
1.6.1	Casi di esclusione dall’applicazione dell’art. 10-bis.....	26
1.6.2	La modifica della l.178/2020 all’art. 21-octies.....	26

CAPITOLO II - IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

2.1	Premesse di carattere storico e introduttivo sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e sull’accesso civico.....	29
2.2	Le finalità del diritto di accesso ai documenti amministrativi e i soggetti attivi e passivi.....	31
2.3	La nozione di documento amministrativo.....	34
2.4	Modalità di esercizio del diritto di accesso: l’accesso formale e informale e gli esiti dell’istanza di accesso.....	36
2.5	Azioni a difesa a fronte del diniego o del differimento di accesso: i rimedi amministrativi.....	38
2.6	Casi di esclusione dall’accesso ai documenti amministrativi.....	40
2.6.1	La questione del diritto di accesso ai documenti contenenti dati sensibili, giudiziari e sensibilissimi.....	41

2.7	L'accesso civico semplice	42
2.7.1	L'accesso civico generalizzato	43
2.7.2	Disciplina comune, casi di esclusione e i rimedi amministrativi	44
2.7.3	Il coordinamento fra il "classico" diritto di accesso e l'accesso civico generalizzato	47

CAPITOLO III - LA TRASPARENZA AMBIENTALE

3.1	La materia ambiente: contesto sociale e giuridico attuale	49
3.2	L'evoluzione normativa della trasparenza ambientale: dalla Convenzione di Aarhus del 1998 al Codice dell'ambiente del 2006	51
3.3	Il primo pilastro: l'accesso alle informazioni ambientali.....	54
3.3.1.	L'accesso alle informazioni ambientali e l'accesso civico semplice e generalizzato	58
3.4	Il secondo pilastro: la partecipazione del pubblico al processo decisionale ambientale	59
3.4.1	La valutazione d'impatto ambientale (VIA)	64
3.4.2	La valutazione ambientale strategica (VAS)	66
CONCLUSIONI		69
Bibliografia		71
Sitografia		75
Ringraziamenti		77

PREMESSA

Con l'introduzione della legge n.241 del 1990 al principio di trasparenza è stato riservato un ruolo centrale all'interno del diritto amministrativo. Infatti, non a caso il principio in parola è stato inserito all'interno dei principi generali che devono guidare l'attività della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico. Tale principio, nato su spinta europea, si estrinseca sul piano interno, tramite gli istituti della partecipazione al procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Il riconoscimento di questi istituti ha instaurato un vero e proprio contesto di *governance* democratica nel quale qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dalla sua natura giuridica, può trovare tutela dei suoi interessi, i quali si pongono in contrasto rispetto all'azione della pubblica amministrazione.

Questo principio diventa ancor più rilevante se posto in relazione alla materia ambiente. La tutela dell'ambiente gode da sempre di particolare attenzione dalla maggior parte degli attori nazionali, anche se, negli ultimi anni la drammatica situazione creatasi dal cambiamento climatico ha portato, da una parte a far diventare la tutela ambientale il primo punto scritto all'interno delle agende mondiali; dall'altra, ad accrescere la "sensibilità ambientale" dei cittadini, la quale esige che l'azione amministrativa sia sempre volta al rispetto dell'ecosistema, indipendentemente dai fini che persegue. In altri termini, si rende necessario tutelare un interesse comune a tutti i cittadini, denominato dalla dottrina giuridica in materia come "interesse ambientale", il quale può trovare una sua tutela solo laddove vi sia il rispetto e la corretta attuazione del principio di trasparenza.

A rilevare questa necessità di tutela dell'interesse ambientale ci aveva già pensato la Convenzione di Aarhus nel 1998, la quale, attuando il decimo principio della Dichiarazione di Rio, ha creato una vera e propria disciplina di settore volta a garantire a chiunque l'accesso ai documenti contenenti informazioni ambientali e il diritto di partecipazione ai procedimenti amministrativi che possano impattare negativamente sull'ambiente.

Questo elaborato si pone l'obiettivo di esaminare la disciplina interna derivante dalla legge n.241 del 1990 sugli istituti della partecipazione procedimentale e del diritto di accesso ai documenti amministrativi per poi confrontarla, rilevandone le principali differenze, con la disciplina di settore ambientale introdotta dalla Convenzione di Aarhus nel 1998 e dalle sue successive attuazioni europee e nazionali. Tale confronto è volto a valutare se il livello di trasparenza dell'azione amministrativa in materia ambientale risulta adeguato rispetto all'esigenza di tutela dell'interesse ambientale rilevata anche dalle stesse parti stipulanti.

CAPITOLO I

LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE

1.1 Premesse di carattere introduttivo e storico sul procedimento amministrativo e sulla partecipazione al procedimento amministrativo

Per trattare al meglio la questione dell'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo che questo capitolo si propone, occorre premettere alcuni aspetti di carattere introduttivo al fine di rilevare le fondamenta della partecipazione procedimentale. Quest'ultima si pone all'interno del quadro complesso del procedimento amministrativo, ad oggi disciplinato dalla l.241/1990, rubricata: *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*. All'interno di quest'ultima, troviamo anche disciplinato il diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui ci occuperemo nel secondo capitolo quando tratteremo la partecipazione all'attività amministrativa in senso *“extra-procedimentale”*. Definire cosa sia il procedimento amministrativo risulta complicato, come risulta complicata d'altra parte, la sua storia. Ciò di cui non è invece possibile dubitare è il fine del procedimento, ovvero l'emanazione del provvedimento amministrativo, che in termini semplici è definibile come quell'atto unilaterale, emanato da un'amministrazione pubblica *“produttivo di effetti nella sfera giuridica di un privato”*¹ per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Tuttavia, la dottrina giuridica ha provato a definire il procedimento amministrativo. Per primo, il prof. Sandulli, nel 1940, individuò la cd. *“nozione formale”*, definendo il procedimento amministrativo come una sequenza di atti e operazioni, volti all'emanazione di un atto di carattere conclusivo, quale, appunto, il provvedimento amministrativo², identificando, dunque, per primo, quelle che oggi vengono conosciute come le fasi del procedimento amministrativo. Il Prof. Benvenuti nel 1952, invece, elaborò la cd. *“nozione funzionale”*, che vede il procedimento amministrativo *“come il momento di concretizzazione del potere in un atto”*³. In

¹ Clarich, M. (2022) *“Manuale di diritto amministrativo”*. Bologna: Il Mulino, p. 227.

² Sandulli, A.M (1940) *“Il procedimento amministrativo”*, Milano.

³ Benvenuti, F. (1952) *“Funzione amministrativa, procedimento, processo”* in *“Rivista trimestrale di diritto pubblico”*.

altri termini: egli individua il procedimento amministrativo come mezzo per trasformare il potere attribuito in astratto in un provvedimento amministrativo, il quale concretamente agisce nella sfera giuridica dei privati producendo effetti giuridici. Una delle ultime nozioni invece, risalente al 1993, la si deve al prof. Giannini, il quale affermò che durante il procedimento amministrativo, dunque, durante quella sequenza di atti o operazioni a cui si riferiva Sandulli, è necessario, per poter adottare la scelta più corretta possibile rappresentata dal provvedimento amministrativo, individuare quali sono gli interessi che verranno incisi dal provvedimento amministrativo per soddisfare l'interesse pubblico. Quindi, con questa nozione si mette in luce la necessità di instaurare un dialogo tra l'amministrazione e i soggetti privati in modo che quest'ultimi abbiano la possibilità di rappresentare il proprio punto di vista in una dimensione collaborativa e tale possibilità, dopo l'entrata in vigore della l.241/1990 viene concessa proprio grazie all'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo⁴. Ognuna di queste nozioni elaborate dalla dottrina giuridica si riferisce ad un momento storico preciso e se lette congiuntamente riescono a sottolineare l'evoluzione normativa che ha inciso sulla disciplina. In tal senso, ogni nozione contribuisce ad attribuire al procedimento amministrativo una data funzione che si aggiunge a quelle già assegnate nel passato e ci porta quindi a prendere come valida la nozione più recente, in quanto risulta essere non solo la più completa (dato che recepisce tutte le funzioni attribuite precedentemente) ma anche quella più coerente rispetto all'attuale quadro normativo^{5 6}. Concentrandoci sull'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo, su cui si fonda la definizione data da Giannini, con la l. 241/1990 possiamo affermare che tale istituto è stato generalizzato. Prima della l.241/1990, il privato era solo un semplice "spettatore passivo" del procedimento, il quale era costretto a vedersi subordinato all'azione discrezionale, autoritativa e unilaterale dell'amministrazione.⁷ In seguito, fu poi la giurisprudenza, in particolar modo quella della Corte Costituzionale, a rendersi conto di questo squilibrio, il

⁴ Clarich, M. (2022) "*Manuale di diritto amministrativo*". Bologna: Il Mulino, p. 229-230.

⁵ Telesio, G. (2017) "*Il Procedimento amministrativo*": *profili generali*, in "*I procedimenti amministrativi delle università italiane*" a cura di Penzo Doria G. Trieste: EUT, p.1-2

⁶ Clarich, M. (2022) "*Manuale di diritto amministrativo*". Bologna: Il mulino, p. 229.

⁷ Corradino, M. (2022) "*Manuale di diritto amministrativo*". 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci p.191

quale è stato colmato momentaneamente dalla desunzione del “principio del giusto procedimento” dall’ordinamento giuridico con la sentenza n.13/1962, la quale obbligava le regioni, quando dovevano adottare degli atti volti a limitare la sfera giuridica dei propri cittadini, a permettere a questi ultimi di “esporre le proprie ragioni”. Il legislatore, inizialmente, aveva previsto l’inderogabilità di questo principio solamente per i procedimenti regionali, tuttavia, è bene notare che alcune leggi di settore già prevedevano la partecipazione del privato. Ad esempio, veniva prevista la partecipazione del privato dalla legge sull’espropriazione pubblica o dalla legge urbanistica.⁸

1.1.1 Le fasi del procedimento amministrativo: la fase d’iniziativa

Il procedimento amministrativo si divide in tre fasi: la fase d’iniziativa, la fase istruttoria e la fase decisoria. La prima è la fase con cui prende avvio il procedimento amministrativo e tale avvio può avvenire in due diverse modalità: attraverso iniziativa da parte del privato o iniziativa d’ufficio. La prima modalità viene utilizzata dal soggetto privato tramite una domanda o un’istanza che egli dovrà presentare all’amministrazione per richiedere a quest’ultima, solitamente, l’emanazione di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica. L’amministrazione, in seguito alla presentazione di un’istanza da parte del soggetto privato dovrà in qualsiasi caso adottare un provvedimento amministrativo espresso⁹. Tuttavia, l’amministrazione, in caso di istanza di parte, è sempre obbligata a provvedere e non a procedere¹⁰, difatti, il secondo periodo del primo comma, art.2 della l.241/90, prevede che se le istanze sono irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, l’amministrazione procedente concluderà comunque il procedimento tramite l’adozione di un provvedimento in forma semplificata¹¹. Nel caso d’iniziativa d’ufficio invece il procedimento può essere aperto direttamente dall’amministrazione competente. In questo caso, il procedimento, probabilmente, si concluderà con l’emanazione di un provvedimento

⁸ Colaviti G. (2020) “*Il dibattito pubblico e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale*” in “*Amministrazione in Cammino*”,

⁹ Pellegrino A. (2022) “*Le fasi del procedimento amministrativo*”, www.diritto.it

¹⁰ Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, p. 237.

amministrativo restrittivo della sfera giuridica del privato. Tuttavia, nel caso d’iniziativa d’ufficio, non è chiaro quando sorga l’obbligo di procedere verso l’amministrazione ma è possibile affermare che spesso l’apertura del procedimento è segnato dalle attività preistruttorie, dalle quali possono emergere i presupposti per avviare l’iter procedimentale. Un esempio di quest’ultime sono le ispezioni¹².

1.1.2 La fase istruttoria e la fase decisoria

La fase istruttoria ha “lo scopo di accertare i fatti e di acquisire gli interessi rilevanti ai fini della determinazione finale”¹³. Da questo è agevole dedurre che la partecipazione al procedimento amministrativo è il fulcro della fase istruttoria. L’atto che apre questa fase è la comunicazione di avvio del procedimento che deve essere inviata unicamente ai soggetti previsti dall’art.7 della l.241/1990 che saranno oggetto di attenzione nel prossimo paragrafo. La comunicazione di avvio del procedimento rappresenta l’atto con cui l’amministrazione pone nelle condizioni i suddetti soggetti di partecipare al procedimento amministrativo.

La fase istruttoria viene condotta dal responsabile del procedimento, il quale avrà il compito di acquisire durante questa fase tutte le informazioni possibili tramite gli strumenti che gli vengono attribuiti dalla legge per conoscere al meglio il contesto entro cui il provvedimento finale andrà ad agire. Ne deriva che per adottare una decisione finale corretta sarà necessario avere un’istruttoria completa.

“Il responsabile del procedimento, ove non abbia la competenza ad emanare l’atto finale, trasmette gli atti emersi dalla fase istruttoria all’organo competente per l’adozione”, il quale, nell’adottare il provvedimento, non potrà discostarsi da quanto emerso nella fase istruttoria¹⁴. Inoltre, il responsabile del procedimento in questa fase potrà indire la conferenza di servizi qualora il procedimento vada a coinvolgere interessi che ineriscono ad altre amministrazioni. In tali conferenze vengono acquisiti da parte del responsabile i pareri obbligatori delle altre amministrazioni di cui l’amministrazione procedente deve tenere necessariamente conto in fase di adozione del provvedimento finale, ma soprattutto il responsabile

¹² Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, p. 238.

¹³ Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, cit. p. 239.

¹⁴ Art.6 comma 1, lettera e), l. 7 agosto 1990 n.241

del procedimento durante l'istruttoria è obbligato ad acquisire i pareri e le valutazioni tecniche ove siano previste nonché qualsiasi atto procedimentale che sia funzionale ad acquisire le informazioni utili ai fini della più adeguata decisione finale. Qualora i pareri o le valutazioni tecniche siano marginali, il responsabile del procedimento non le deve acquisire nel rispetto del principio di non aggravamento del procedimento enunciato dall'art.1 della l.241/1990 in quanto non contribuirebbero in alcun modo alla scelta finale.¹⁵

L'ultima fase del procedimento amministrativo è quella decisoria. Quest'ultima è la cd "fase deliberativa", la quale si deve concludere, ai sensi dell'art.2 della l.241/1990, con un provvedimento espresso. Qualora questo provvedimento abbia contenuto discrezionale sarà necessario motivarlo ampiamente, mentre, qualora tale atto abbia un contenuto vincolato sarà necessario riportare la sussistenza dei presupposti d'adozione dell'atto. Tuttavia, non sempre il procedimento in realtà si conclude con un provvedimento espresso, ossia con un atto che riporti la decisione adottata dall'amministrazione procedente. Infatti, per "provvedimento espresso" si deve intendere che l'amministrazione manifesti esplicitamente ed espressamente la propria volontà. Tale fine può essere perseguito non solo dal provvedimento amministrativo, ma anche da un accordo tra soggetti privati e amministrazione procedente, ai sensi dell'art.11 della l.241/1990 o dall'istituto del silenzio significativo, il quale è stato tipizzato con la l.241/1990.¹⁶

1.2 La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo

L'intero capo III della legge 241/1990 è dedicato alla partecipazione al procedimento amministrativo, e si apre con l'art.7, rubricato: "Comunicazione di avvio del procedimento". Questa disposizione prevede che l'avvio del procedimento deve essere comunicato a tre precise categorie di soggetti: "ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; a quelli che devono intervenire per legge e ai soggetti diversi dai diretti destinatari che siano individuati o facilmente individuabili qualora dal

¹⁵ Pellegrino A. (2022) "*Le fasi del procedimento amministrativo*", www.diritto.it

¹⁶ Clarich, M. (2022) "*Manuale di diritto amministrativo*". Bologna: Il Mulino, p. 247-251

provvedimento possa loro derivare un pregiudizio”¹⁷. L’identificazione delle prime due categorie di soggetti non suscita particolari problematiche. Per i primi (i cd “diretti interessati” o destinatari del provvedimento), facciamo riferimento ai soggetti titolari dell’interesse legittimo, inteso in senso sia positivo che negativo, ossia i soggetti che subiranno gli effetti del provvedimento amministrativo i quali, a seconda del caso, potranno essere restrittivi o ampliativi della sfera giuridica del privato.¹⁸ Per quanto riguarda invece i soggetti intervenienti per legge, ci si deve riferire alle pubbliche amministrazione (diversa da quella procedente) che hanno un ruolo, attribuito dalla legge, all’interno di quel procedimento¹⁹. Il problema “individuativo” sorge solo nei confronti della categoria per ultima sopracitata, i cd. “controinteressati”. Come già detto, parliamo di soggetti individuati o facilmente individuabili che possono subire un pregiudizio dal provvedimento, il quale, per contro, sarà ampliativo della sfera giuridica dei diretti interessati. Da questa affermazione è deducibile che questi soggetti detengono una situazione giuridico soggettiva, cioè un interesse legittimo, diverso da quello pubblico che sarà perseguito dall’amministrazione procedente tramite il provvedimento amministrativo²⁰. A questo punto, a rimanere non chiara resta la qualità che viene attribuita ai controinteressati dall’articolo 7, ossia quella di essere soggetti “individuati o facilmente individuabili”. “La previsione per la quale i controinteressati, ai fini della comunicazione di avvio del procedimento, devono essere “*individuati o facilmente individuabili*” trova giustificazione nell’esigenza di non gravare eccessivamente la P.A. nel porre in essere tale adempimento”²¹.

In conclusione, i soggetti a cui deve essere comunicato l’avvio del procedimento amministrativo sono quei soggetti che potrebbero più risentire degli effetti del provvedimento. Proprio per questo motivo, tramite la comunicazione, si mettono i sopracitati soggetti nelle condizioni di poter partecipare al procedimento amministrativo al fine di consentire al privato di: esprimere le proprie ragioni (la

¹⁷ Casetta, E. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.384

¹⁸ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2° ed. Bari-Roma; Cacucci p.192

¹⁹ Astone, F. et al. (2014) “*Percorsi di diritto amministrativo*”. Torino: G. Giappichelli, p. 256

²⁰ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2° ed. Bari-Roma; Cacucci p.195

²¹ Montana Y. (2022) “*La comunicazione di avvio del procedimento alla luce della giurisprudenza*”, www.diritto.it

cd. “partecipazione come contraddittorio” o in chiave difensiva) o collaborare con l’amministrazione, in quanto quest’ultima, nel perseguimento dell’interesse pubblico, potrà avvalersi di “testimonianze” provenienti da privati o altri soggetti pubblici (la cd. “partecipazione collaborativa”).²² È proprio questo “duplice senso della partecipazione” a differenziarla dal “principio del giusto procedimento”, in quanto questo principio operava a favore del privato solo nei casi in cui il provvedimento era volto a limitare la sua sfera giuridica.²³

1.2.1 Il contenuto e le modalità della comunicazione di avvio del procedimento

L’art.8 della l.241/1990 prevede sia il contenuto che le modalità della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo. Per quanto riguarda i contenuti, si prevede che “la comunicazione deve indicare: l’amministrazione competente (incluso il suo domicilio digitale), l’oggetto del procedimento, il nome del responsabile del procedimento, il termine di conclusione del procedimento, l’ufficio in cui si può prendere visione degli atti”, nonché: la data entro cui deve concludersi il procedimento e quella in cui è stata presentata l’istanza, i rimedi esperibili in caso di inerzia dell’amministrazione. Inoltre, vengono indicate “le modalità con le quali, attraverso il punto di accesso telematico di cui all’art.64-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82 o con altre modalità telematiche, è possibile prendere visione degli atti, accedere al fascicolo informatico di cui all’articolo 41 dello stesso decreto legislativo n.82 del 2005 ed esercitare in via telematica i diritti previsti dalla presente legge”.²⁴

Infine, viene indicato “l’ufficio dove è possibile prendere visione degli atti che non sono disponibili o accessibili con le modalità” di cui sopra.²⁵

Invece, per quanto riguarda le modalità di comunicazione di avvio del procedimento, va subito precisato che la comunicazione di avvio del procedimento è un atto che rientra nei compiti del responsabile del procedimento amministrativo.

²² Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci p.195-196

²³ Colaviti G. (2020) “*Il dibattito pubblico e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale*” in “*Amministrazione in Cammino*”, fascicolo 1.

²⁴ Art.8, comma 2, lettera d l. 7 agosto 1990 n.241

²⁵ Art.8, comma 2, lettera d-bis, l. 7 agosto 1990 n.241

Il responsabile dovrà comunicare l'avvio del procedimento mediante comunicazione personale (ad esempio la raccomandata con avviso di ricevimento, notifica, comunicazione per mezzo della ricevuta rilasciata al momento della presentazione dell'istanza).²⁶ Qualora vi sia un ampio numero di destinatari, per cui la comunicazione personale risulti eccessivamente gravosa, possono essere previste delle modalità di comunicazione differenti e da stabilire a seconda del caso.²⁷

1.2.2 Il campo di applicazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo e della partecipazione procedimentale

È indiscutibile che la comunicazione di avvio del procedimento sia strettamente collegata all'istituto della partecipazione procedimentale, in quanto la comunicazione di avvio del procedimento è proprio l'atto con cui gli aventi diritto sono messi nelle condizioni di partecipare al procedimento²⁸. Tuttavia, vi sono dei casi previsti dalla legge in cui i soggetti di cui art.7 non devono essere messi nelle condizioni di partecipare, in quanto la partecipazione procedimentale è esclusa. Per primo, l'art.13 della legge 241/1990 prevede che le disposizioni del capo III non si applichino ai procedimenti amministrativi che si concludono con l'emanazione di: atti normativi (ad esempio i regolamenti amministrativi); atti amministrativi generali e atti di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione (ciò vale anche per i procedimenti tributari). Quindi, in tali procedimenti, l'amministrazione procedente è sollevata dall'osservanza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento nonché dall'osservanza di tutte le altre disposizioni che compongono il capo III, il quale regola la partecipazione procedimentale.

L'art.7 prevede l'obbligo di comunicazione "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento"²⁹. Stiamo parlando di casi in cui se l'amministrazione procedente non agisse

²⁶ Casetta, E. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo"*. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.385

²⁷ Montana Y. (2022) *"La comunicazione di avvio del procedimento alla luce della giurisprudenza"*, www.diritto.it, data ultima consultazione: 16/06/2023

²⁸ Casetta, E. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo"*. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.386

²⁹ Art.7 comma 1, l. 7 agosto 1990 n.241

nell'immediato, il perseguimento dell'interesse pubblico potrebbe venire compromesso.³⁰

In realtà, è presente anche una seconda fattispecie di deroga al solo obbligo di comunicazione di avvio del procedimento previsto dal secondo comma dell'art.7 della l.241/1990 dove si fa riferimento ai provvedimenti cautelari che la pubblica amministrazione adotta temporaneamente prima dell'emanazione del provvedimento amministrativo conclusivo e dove anticipa il contenuto del provvedimento finale. I provvedimenti cautelari produrranno effetti nella sfera giuridica del privato sino all'emanazione del provvedimento finale. In tal senso, possiamo dire che il provvedimento cautelare funge da "misura di salvaguardia", in quanto c'è esigenza di agire nell'immediato. L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo è dunque escluso (o meglio, differito) nei casi di provvedimenti cautelari, in quanto si parla di un atto temporaneo.

Resta comunque fermo, anche in questo caso, l'obbligo di comunicazione per il provvedimento finale.³¹

1.2.3 L'omissione della comunicazione di avvio del procedimento: art.21 – octies

L' omissione della comunicazione di avvio del procedimento rende il provvedimento amministrativo illegittimo. Tale illegittimità, che potrebbe causare l'annullamento del provvedimento, può essere fatta valere dal soggetto "nel cui interesse la comunicazione è prevista"³². Tuttavia, l'art. 21-octies della l. 241/1990, al suo secondo comma, dispone che il provvedimento non è annullabile per mancata comunicazione di avvio procedimento quando l'amministrazione procedente dimostri che il contenuto del provvedimento, anche con la comunicazione di avvio del procedimento, non poteva essere diverso rispetto al contenuto del provvedimento che è stato concretamente adottato. Quindi, l'amministrazione deve dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto

³⁰ Romano, M.C. (2012) *“Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento”* in *“Amministrazione in Cammino”*

³¹ Casetta, E. (2022) *“Manuale di diritto amministrativo”*. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.386-387

³² Montana Y. (2022) *“La comunicazione di avvio del procedimento alla luce della giurisprudenza”*, www.diritto.it

essere diverso da quello adottato anche se ci fosse stata la partecipazione del privato (che gli è stata preclusa dall'omissione della comunicazione di avvio del procedimento). In altri termini: si deve dimostrare che la partecipazione del privato sarebbe stata ininfluenza.

1.3 L'interesse legittimo

L'interesse legittimo è la situazione giuridica soggettiva che sicuramente consente a chi ne è titolare di partecipare al procedimento amministrativo. I titolari di questa situazione giuridica soggettiva sono i soggetti a cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento ai sensi dell'art.7 della l.241/1990. Tuttavia, come vedremo, non solo i soggetti che sono titolari di tale situazione giuridica soggettiva possono partecipare al procedimento amministrativo. A questo punto, si rende necessario spiegare questa situazione giuridica soggettiva e distinguerla dalla situazione giuridica soggettiva del diritto soggettivo.

1.3.1 La distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo

Il diritto soggettivo è una posizione di vantaggio in ordine ad un bene della vita a cui l'ordinamento riconosce l'acquisizione e la tutela diretta, immediata ed erga omnes. In altri termini, si può riconoscere il diritto soggettivo quando il titolare di tale diritto non necessita dell'intermediazione dell'amministrazione per soddisfare l'interesse giuridico e il conseguimento del risultato sotteso a tale interesse. Per cui, l'acquisizione, la tutela e il soddisfacimento di un diritto soggettivo non dipendono dal perseguimento dell'interesse pubblico, conseguentemente non dipendono dall'esercizio del potere dell'amministrazione.³³

L'interesse legittimo è anch'esso una situazione giuridica soggettiva di vantaggio in ordine ad un bene della vita. Diversamente dal diritto soggettivo, la sua acquisizione e la sua tutela non è assicurata dalla norma giuridica all'interno dell'ordinamento bensì dall'esercizio del potere amministrativo. Inoltre, non sussiste alcuna garanzia all'acquisizione e alla tutela del bene quando si tratta di interesse legittimo. In questo caso, diversamente da quanto detto sul diritto soggettivo, l'acquisizione, la tutela e il soddisfacimento di un interesse legittimo

³³ Corradino, M. (2022) *“Manuale di diritto amministrativo”*. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.2

dipendono dall'esercizio del potere della pubblica amministrazione, dunque, dal perseguimento dell'interesse pubblico stabilito dalla legge.³⁴

Questa nozione di interesse legittimo non è stabilita dalla legge, (come anche quella del diritto soggettivo), bensì è il frutto di un'attività giurisprudenziale che ha preso avvio poco dopo l'unificazione del Regno d'Italia.

In origine, la legge di unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 1865³⁵ attribuiva ai giudici civili la competenza a pronunciarsi sulle controversie fra pubblica amministrazione e soggetti privati nelle quali si facesse questione di un diritto soggettivo anche quando la controversia era basata su un provvedimento amministrativo. Tuttavia, si notò una certa "timidezza" da parte dei giudici civili a sindacare tali fattispecie, in particolar modo a definire la posizione giuridica del privato come un diritto soggettivo. Questa situazione ha portato all'istituzione tramite una legge del 1889 della IV sezione del Consiglio di Stato. L'obiettivo era quello di istituire un organo giurisdizionale che fosse in grado di tutelare tutte le situazioni giuridiche soggettive che non erano definibili come diritti soggettivi. In particolare, ai sensi di suddetta legge, tale sezione venne investita della competenza a pronunciarsi sui ricorsi contro gli atti o i provvedimenti emanati dall'amministrazione pubblica che si presumevano illegittimi aventi ad oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici. Si tratta di una formulazione molto generica del termine "interesse", la quale non resistette a lungo. Infatti, ben presto, la giurisprudenza si adoperò per arricchire di contenuti questa locuzione generica al fine di configurare una situazione giuridica soggettiva che consentisse di compiere ricorso contro gli atti o i provvedimenti sopracitati, ossia l'interesse legittimo. Da quel momento in poi, la giurisprudenza cominciò a costruire moltissime nozioni di interesse legittimo per poi arrivare a quella attuale.

Di seguito ne verranno ricordate alcune:

In un primo momento, si è ritenuto che questa situazione giuridica soggettiva consistesse nel criterio per incardinare la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (cosiddetto *petitum*), ossia a seconda del quesito del privato, si determinava se la competenza spettasse al giudice amministrativo o a quello ordinario. La

³⁴ Clarich, M. (2022) "Manuale di diritto amministrativo". Bologna: Il Mulino, p. 131-132

³⁵ Legge n.2248 del 20 marzo 1865 (cd."Legge Lanza")

competenza del primo sorgeva quando il singolo richiedeva un annullamento del provvedimento; il secondo, invece, quando richiedeva un risarcimento del danno perché l'attuazione di quel provvedimento illegittimo gli aveva causato un danno ingiusto. In questo senso veniva rimessa al privato, in funzione della tutela che desiderava, la scelta della via giurisdizionale più adatta.

In seguito, è stata offerta un'altra ricostruzione dell'interesse legittimo, conosciuta come "interesse di mero fatto". Secondo quest'ultima, un privato era titolare di un interesse legittimo solo nei casi in cui considerava illegittimo un provvedimento emanato dall'amministrazione. In altri termini, l'interesse di mero fatto permetteva di far sorgere in capo al singolo un interesse ad agire dinnanzi al giudice amministrativo nel momento dell'emanazione di un atto che si presumeva illegittimo. Notiamo che queste due prime ricostruzioni assumono una valenza essenzialmente processuale. Ne deriva che l'interesse legittimo, secondo tali ricostruzioni, emerge solamente nell'ambito di un processo giurisdizionale.

Più avanti l'interesse legittimo è stato inteso anche come "diritto affievolito". Questa ricostruzione, che ancora oggi trova riscontro in una parte della giurisprudenza, considera l'interesse legittimo come un diritto affievolito, ossia il risultato di un provvedimento amministrativo che incide su un diritto soggettivo. In altri termini, secondo tale ricostruzione, nel momento in cui la pubblica amministrazione esercita il suo potere, attribuitogli dalla legge, tramite un provvedimento autoritativo, degrada il diritto soggettivo ad interesse legittimo che non può essere tutelato in maniera piena. Un esempio pratico ne è l'espropriazione per pubblica utilità, la quale, secondo la teoria del diritto affievolito, degrada il diritto di proprietà del privato ad un interesse legittimo.

Infine, l'interesse legittimo è stato definito anche come "interesse occasionalmente protetto". Secondo quest'ultima definizione, la quale appartiene alle ricostruzioni più recenti, tale interesse si distinguerebbe dal diritto soggettivo perché la norma giuridica non è volta a tutelare in modo immediato l'acquisizione o la conservazione di un bene della vita bensì ciò che la norma tutela principalmente è l'interesse pubblico. Ne deriva che la tutela di tale bene passa attraverso l'esercizio del potere dell'amministrazione pubblica in modo indiretto. In definitiva, solo

occasionalmente e indirettamente il singolo vedrà tutelato il suo interesse, in quanto la norma giuridica è volta principalmente a tutelare l'interesse pubblico.

Oggi, la ricostruzione di interesse legittimo che prevale, supera e smentisce tutte queste costruzioni che abbiamo appena visto. Anzitutto, l'interesse legittimo non assume più una valenza meramente processuale ma anche sostanziale. Deve essere quindi considerata a tutti gli effetti come una situazione giuridica soggettiva in ordine ad un bene della vita. Inoltre, la norma che attribuisce in via astratta il potere all'amministrazione non va a sacrificare ma a tutelare gli interessi del privato. In questo senso, il privato viene dotato di alcuni strumenti per influenzare la decisione finale dell'amministrazione. L'esempio classico è la partecipazione procedimentale.

Da queste due affermazioni ricaviamo che l'interesse legittimo oggi deve essere inteso sotto due diverse dimensioni: quella attiva e quella passiva.

Per quanto riguarda la prima, come già detto, la norma attributiva del potere all'amministrazione non si deve limitare a tutelare l'interesse pubblico ma anche quello del privato, permettendo a quest'ultimo di intervenire nel procedimento con la pretesa del corretto esercizio del potere da parte dell'amministrazione

D'altro canto, per quanto concerne la dimensione passiva, il singolo deve accettare che il suo interesse potrebbe essere sacrificato per il perseguimento del pubblico interesse.³⁶

1.3.2 Interesse legittimo in senso pretensivo e oppositivo

Una volta chiarito ciò che è e ciò che non è l'interesse legittimo, si rende necessario sottolineare che quest'ultimo può configurarsi in due modi: in senso pretensivo o in senso oppositivo. “Gli interessi legittimi pretensivi sono correlati a poteri amministrativi il cui esercizio determina la produzione di un effetto giuridico che incide positivamente e che amplia la sfera giuridica del destinatario, dando soddisfazione all'interesse di quest'ultimo”³⁷, invece, gli interessi legittimi oppositivi sono quegli interessi dei soggetti privati che aspirano a conservare il bene della vita di cui sono titolari. Quindi, il privato, in questo caso, si oppone

³⁶ Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, p. 129-135

³⁷ Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, p. 136

all'esercizio del potere amministrativo che inciderebbe sulla sua sfera giuridica limitando o sottraendo il bene in questione³⁸. In dottrina, solitamente vengono utilizzate due diverse ipotesi per esemplificare queste due diverse configurazioni dell'interesse legittimo. Queste sono: la partecipazione ad un concorso pubblico (interesse pretensivo) e quella del privato espropriato (interesse oppositivo). Nel primo caso, il privato pretende un qualcosa dall'amministrazione, cioè, il posto di lavoro. Per soddisfare l'aspirazione del privato è necessario che l'amministrazione eserciti il proprio potere. Mentre, nel caso del privato espropriato, abbiamo il privato che si oppone al potere dell'amministrazione, il quale comprimerebbe la sua sfera giuridica. Dunque, il privato, in tal caso, vedrà il proprio interesse soddisfatto nel momento in cui l'amministrazione, diversamente dall'interesse legittimo pretensivo, non eserciterà il proprio potere. ³⁹

1.4 I soggetti legittimati alla partecipazione procedimentale

I soggetti legittimati alla partecipazione al procedimento amministrativo si possono dividere in due categorie. Da una parte abbiamo i soggetti intervenienti necessari che sono i soggetti previsti dall'art. 7 della l.241/1990, ossia i soggetti ai quali l'amministrazione procedente deve comunicare l'avvio del procedimento amministrativo. D'altra parte vi sono i soggetti intervenienti eventuali che vengono previsti dall'art.9 della l.241/1990.⁴⁰ Questi ultimi soggetti sono titolari di situazioni giuridiche soggettive che non coincidono con l'interesse legittimo, di conseguenza è d'obbligo osservare che non solo i titolari di interessi legittimi (ovvero i soggetti a cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art.7, l.241/1990) sono legittimati a partecipare al procedimento amministrativo, bensì anche i soggetti che vengono previsti dall'art.9 della l.241/1990 ai quali non deve essere comunicato l'avvio del procedimento e che sono titolari di situazioni giuridiche soggettive diverse dagli interessi legittimi.

³⁸ Giovagnoli, R. (2013) *“Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo”*, in *“GiustAmm”*, rivista nr. 9-2013

³⁹ Casetta, E. (2019) *“Manuale di diritto amministrativo”*. 21°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.293

⁴⁰ Astone, F. et al. (2014) *“Percorsi di diritto amministrativo”*. Torino: G. Giappichelli, p. 263-264

1.4.1 I soggetti intervenienti necessari ai sensi dell'art.7

Come già in precedenza illustrato, i soggetti intervenienti necessari sono i soggetti che devono essere messi nelle condizioni di poter partecipare al procedimento amministrativo. Tale obbligo viene assolto dall'amministrazione procedente tramite la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo. Dunque, i soggetti intervenienti necessari coincidono ai soggetti a cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento amministrativo ai sensi dell'art.7 della l. 241/1990. Riprendendo brevemente questi soggetti, all'interno di questa categoria troviamo: i "diretti interessati", ovvero, i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti. Tali soggetti sono titolari di interessi legittimi pretensivi o oppositivi; i soggetti che devono intervenire nel procedimento per legge ed infine i soggetti controinteressati, i quali devono rispondere a due caratteristiche essenziali stabilite dal sopracitato articolo. Essi devono essere: soggetti individuati o facilmente individuabili e soggetti che potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento finale di cui destinatari/o sono i diretti/o interessati/o. Questi ultimi soggetti, sono titolari di un interesse legittimo che va in contrasto rispetto all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione con il provvedimento amministrativo, il quale, di conseguenza, va ad ampliare la sfera giuridica del diretto interessato.

1.4.2 I soggetti intervenienti eventuali ai sensi dell'art.9

La legge 241/1990 permette anche ai soggetti di cui art.9 che non ricevono la comunicazione di avvio del procedimento di partecipare in egual modo al procedimento. Questi ultimi soggetti, a differenza degli intervenienti c.d. necessari, acquisiscono la conoscenza della pendenza di un procedimento amministrativo attraverso altri canali. A differenziare queste due categorie di soggetti intervenienti però non è solo la comunicazione di avvio del procedimento, ma, come già detto, anche la situazione giuridica soggettiva di cui sono titolari. I soggetti intervenienti necessari, come già appurato, sono titolari dell'interesse legittimo, il quale è un interesse che viene definito come differenziato e qualificato. È un interesse differenziato nel senso che è proprio del soggetto che ne è titolare ed è un interesse qualificato perché la norma giuridica lo riconosce meritevole di tutela e ne impone

la considerazione all'amministrazione procedente. Per contro, i soggetti intervenienti eventuali, fatta eccezione per un solo gruppo di questi soggetti, sono titolari di interessi che non sono qualificati bensì sono solo differenziati per i motivi che ora verranno trattati. Prima di illustrare tali situazioni, andiamo ad individuare i soggetti di cui articolo 9.

Ai sensi dell'art.9 della l.241/1990 può intervenire nel procedimento “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”⁴¹. Come si può da subito notare, l'elemento differenziatore di tali interessi rispetto all'interesse legittimo è il pregiudizio che potrebbe derivare dal provvedimento. L'elemento del pregiudizio, in realtà, sussiste anche nei cd “controinteressati”, ma non per questo motivo i soggetti di cui art.9 della l.241/1990 rientrano in tale gruppo perché l'art.7 si riferisce ai contro interessati come quei soggetti individuati o facilmente individuabili nel momento in cui il procedimento prende avvio.⁴²

Dal combinato disposto degli articoli 7 e 9 è possibile dedurre che il novero dei soggetti che possono partecipare al procedimento amministrativo è realmente ampio. A questo punto, procediamo ad analizzare singolarmente i tre soggetti portatori di interessi differenziati di cui art.9 della l.241/1990. I soggetti portatori di interessi pubblici sono quei soggetti da intendersi come le amministrazioni pubbliche o i soggetti che sono legittimati a farne le veci. A differenza delle amministrazioni intervenienti per legge, tali soggetti perseguono interessi pubblici che la legge ritiene che non debbano essere valutati, ecco l'elemento del pregiudizio. Dunque, il portatore di interesse pubblico prospetta un interesse che non è stato considerato nella legge e che potrebbe essere utile a fini collaborativi. Invece, i soggetti portatori di interessi privati sono tutte le persone fisiche o giuridiche⁴³. Come osserva Corradino, questi ultimi soggetti sono definibili come tali se “gli interessi a difesa dei quali intendano intervenire possano considerarsi

⁴¹ Art.9, comma 1, l. 7 agosto 1990 n.241

⁴² Casetta, E. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.392

⁴³ Mancazzo G. (2022) “*Il principio di partecipazione: dalla concezione Weberiana- unilaterale ad un nuovo modo di intendere il rapporto autorità/libertà*” in “*Il diritto amministrativo, rivista giuridica*”

meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico”⁴⁴. Per ultimi, abbiamo i soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. A tali soggetti è stata dedicata particolare attenzione sia da parte della dottrina che della giurisprudenza. Gli interessi diffusi fanno parte della macro-categoria degli interessi superindividuali, nella quale rientrano anche gli interessi collettivi. Questi ultimi, proprio come gli interessi legittimi, sono degli interessi differenziati e qualificati. L'interesse collettivo si forma dalla coagulazione di più interessi privati attorno ad una categoria organizzata, ovvero un ente esponenziale non occasionale. Invece, gli interessi diffusi sono interessi che non hanno un centro organizzativo di riferimento ma sono allo stato fluido. Infatti, tali interessi vengono definiti “adespoti” proprio perché privi di titolare. Da sottolineare che la disposizione che individua questi ultimi soggetti potrebbe far cadere in equivoco il lettore, in quanto usa la locuzione “interessi diffusi”. In realtà, la disposizione fa riferimento ad interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, ovvero gli interessi collettivi, in quanto, se si parlasse di interessi diffusi, non sarebbe nemmeno possibile individuare il titolare di tale interesse. Ad ogni modo, il Consiglio di Stato, con la sentenza numero 6 del 20/02/2020, ha individuato i requisiti che tale ente esponenziale di interessi diffusi deve aver per poter prendere parte alla partecipazione procedimentale. Tale ente deve essere privo di ogni scopo di lucro, democratico e stabile e, infine, lo statuto di tale ente deve avere come scopo la tutela degli interessi diffusi che il procedimento amministrativo, a seconda del caso, può ledere.⁴⁵

In conclusione, l'articolo 9 della legge 241/1990 amplia, come già detto in precedenza, il novero dei soggetti legittimati a partecipare in chiave collaborativa, permettendo così all'amministrazione procedente di arricchire la propria istruttoria in modo da conoscere al meglio il contesto entro cui poi la decisione sarà destinata ad incidere. D'altro lato, l'intervento di tali soggetti assolve a una funzione difensiva, in virtù del pregiudizio che potrebbe derivare ai soggetti di cui art. 9 dal provvedimento finale.⁴⁶

⁴⁴ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.194

⁴⁵ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.194

⁴⁶ Gagliardi, B. (2017) “*Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*” in “*Diritto Amministrativo*”, fascicolo nr. 2.

1.5 Il contenuto della partecipazione procedimentale: l'art.10

Fatti salvi i casi previsti dagli articoli 7 e 13 della l.241/1990 (vedi paragrafo 1.2.2.), “la fase istruttoria è aperta alla partecipazione dei soggetti che abbiano diritto di intervenire e partecipare al procedimento”⁴⁷. La partecipazione procedimentale consiste in due diritti. Tali diritti vengono riconosciuti dall’art.10 della l.241/1990. Il primo diritto che viene riconosciuto ai soggetti intervenienti è quello di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall’articolo 24 (art.10, comma 1, lett. a). Il secondo è quello di poter presentare memorie scritte e documenti che l’amministrazione procedente ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento (art.10, comma 1, lett. b). Per quanto concerne quest’ultimo diritto, stiamo parlando sempre di documenti che, in virtù del principio inquisitorio, vanno ad arricchire di contenuti l’istruttoria in modo che l’amministrazione, nel momento in cui emana il provvedimento amministrativo abbia ben chiaro il contesto entro cui quest’ultimo produce i suoi effetti limitando o ampliando la sfera giuridica del destinatario.⁴⁸ La regola generale è che le memorie e i documenti che possono essere presentati dall’avente diritto all’amministrazione, in particolare, al responsabile del procedimento amministrativo, siano in forma scritta ma non necessariamente di natura cartacea bensì anche telematici o informatici⁴⁹. Tuttavia, resta in capo all’amministrazione procedente la facoltà di indire anche audizioni orali. L’amministrazione, nel valutare le memorie o i documenti presentati, non è tenuta a compiere una confutazione di tipo analitico bensì deve dimostrare solo di avere tenuto conto di questi ai fini della decisione finale. Tale dimostrazione avviene tramite la motivazione del provvedimento. La documentazione per essere esaminata deve essere pertinente al procedimento. Qualora venissero presentati da parte degli aventi diritto dei documenti che il responsabile del procedimento non prende in considerazione (nonostante siano pertinenti), il provvedimento finale dovrà contenerne le motivazioni. La mancata osservazione di tale obbligo potrebbe

⁴⁷ Clarich, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. Bologna: Il Mulino, p. 242

⁴⁸ Facondini L. (2019) “*La partecipazione al procedimento amministrativo*”, www.diritto.it

⁴⁹ Decreto legislativo n.82/2005: “*Il codice dell’amministrazione digitale*”

rendere annullabile il provvedimento amministrativo, in quanto viziato da eccesso di potere per istruttoria incompleta.⁵⁰

A proposito invece del diritto di cui lettera a) dell'art.10, si fa riferimento al cd: "accesso endo-procedimentale", il quale permette agli aventi diritto la possibilità non solo di visionare gli atti del procedimento, come stabilito dalla sopracitata disposizione, bensì anche di estrarre copia di tali documenti. Da sottolineare che con l'accesso "endo-procedimentale", per gli aventi diritto, è possibile unicamente visionare ed estrarre copia degli atti del proprio "fascicolo" del procedimento, ossia, tutta la documentazione confluita all'interno dell'istruttoria procedimentale. Diverso, invece, è quanto permesso dall'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, cd. "eso-procedimentale" che sarà oggetto di trattazione del prossimo capitolo. Quest'ultimo accesso, a differenza di quello endo-procedimentale, viene esercitato al di fuori dell'iter procedimentale, di conseguenza è volto non a conoscere gli atti confluiti nel fascicolo procedimentale durante la fase istruttoria, bensì, qualsiasi documento in possesso dell'amministrazione presso cui l'interessato presenta l'istanza. Un'altra differenza che rileva tra i due tipi di accesso è la situazione giuridica soggettiva di cui si deve essere titolari. Vi è però un elemento comune tra l'accesso "endo-procedimentale" e il cd "accesso eso-procedimentale": i casi di esclusione ai sensi degli articoli 10 e 22 della legge 241/1990 che vengono in entrambi i casi stabiliti dall'articolo 24 della predetta legge⁵¹. Ad ogni modo questi aspetti verranno approfonditi nel prossimo capitolo. In conclusione, con l'emanazione del decreto legislativo 82/2005, rubricato "Codice dell'amministrazione digitale", è stato previsto che nella comunicazione di avvio del procedimento vengano comunicate ai soggetti di cui art.7 della l.241/1990 le modalità per esercitare in via telematica i diritti di cui all'art. 10 della suddetta legge. Inoltre, questo decreto legislativo dispone al suo art. 41 che per ciascun procedimento l'amministrazione procedente è obbligata a creare un fascicolo informatico.⁵²

⁵⁰ D'Alberti, M. (2019) "Lezioni di diritto amministrativo". 4. ed, Giappichelli, p.240

⁵¹ Montana, Y. (2023) "Accesso documentale – il diritto di accesso all'informazione ambientale", www.diritto.it

⁵² Decreto legislativo n.82/2005: "Il codice dell'amministrazione digitale"

1.6 Il preavviso di rigetto: l'art. 10-bis

Le modifiche che hanno interessato in questi anni la l.241/1990 non sono mai intervenute più di tanto sul protagonista di quest'ultima legge, ossia il procedimento amministrativo. In particolare, da una parte, sono state inserite delle nuove disposizioni che riguardano i provvedimenti di secondo grado e la validità dell'atto. D'altro lato, vi sono stati dei semplici ritocchi ma che non hanno avuto un importante impatto sul procedimento amministrativo. Diversamente, l'art. 10-bis della l.241/1990, introdotto con la l.15/2005 è stata l'unica vera e propria modifica che è intervenuta nel cuore della legge 241/1990: il procedimento amministrativo, per meglio dire, nell'istruttoria procedimentale, andando conseguentemente ad impattare sul modo in cui si forma il provvedimento amministrativo⁵³. L'ambito d'applicazione dell'art.10-bis, come riporta la stessa disposizione, è quello dei procedimenti ad istanza di parte. Ai sensi del suo primo comma, in tali procedimenti, qualora il responsabile del procedimento o l'autorità competente ad emanare il provvedimento finale, sulla base degli elementi che sono stati acquisiti durante la fase istruttoria, siano orientati ad adottare un provvedimento che rigetti l'istanza del privato, essi devono comunicare all'istante il cd. "preavviso di rigetto", ossia i motivi che ostano all'accoglimento della domanda dell'istante. Entro dieci giorni da tale comunicazione, i destinatari del preavviso di rigetto hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti⁵⁴. Con il preavviso di rigetto, in termini concreti, si apre una nuova fase, che Clarich definisce: "fase istruttoria supplementare"⁵⁵ nella quale, viene data al privato la possibilità di partecipare nuovamente al procedimento presentando le sue ragioni in base alle quali l'amministrazione precedente non dovrebbe adottare il provvedimento volto a rigettare l'istanza del privato. In questo caso, indubbiamente, la partecipazione dell'istante avrà carattere di contraddittorio, in quanto il suo obiettivo sarà quello di tentare di convincere l'amministrazione precedente a mutare la decisione finale adottando un provvedimento finale che

⁵³ Trimarchi Banfi F. (2011) "L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo" in "Diritto Amministrativo", fascicolo nr. 2.

⁵⁴ Corradino, M. (2022) "Manuale di diritto amministrativo". 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.208

⁵⁵ Clarich, M. (2022) "Manuale di diritto amministrativo". Bologna: Il Mulino, p.242

accolga la sua istanza⁵⁶. In sostanza, come sottolineato dalla sezione VIII del TAR Campania con la sentenza n.884 del 2015 lo scopo dell'art. 10-bis "è quello di contribuire a garantire la trasparenza dell'agere amministrativo e la completa realizzazione del contraddittorio".⁵⁷

Continuando nell'analisi del primo comma dell'art.10-bis, il suo terzo e quarto periodo sono stati modificati nel 2020 con il decreto-legge numero 76, poi convertito con modifiche nella 1.120/2020 in materia di semplificazione e innovazione digitale. Dalla modifica del terzo periodo emerge che dal momento in cui vengono comunicati all'istante i motivi che ostano l'accoglimento della sua domanda, vengono sospesi i termini entro cui si deve concludere il procedimento. Tali termini riprendono a decorrere dal momento in cui l'istante presenta le proprie osservazioni oppure dalla scadenza del termine sopracitato pari a dieci giorni. Diversamente, l'art. 10-bis prima della modifica del 2020 disponeva che il preavviso di rigetto interrompeva i termini entro i quali il procedimento si doveva concludere. Tali termini ricominciavano a decorrere nei medesimi casi previsti dall'art.10-bis post modifica⁵⁸. Infine, l'art.12, comma 1, lettera e) della legge 120/2020 ha modificato il quarto periodo del primo comma dell'art.10-bis prevedendo che ove l'amministrazione procedente, in seguito alla presentazione delle osservazioni da parte dell'istante, adotti comunque un provvedimento che rigetti la domanda del privato, nella motivazione di quest'ultimo essa deve dar conto solo alle osservazioni presentate dall'istante nella fase ulteriore di partecipazione, in quanto il destinatario del preavviso di rigetto conosce già a quel punto i motivi che ostano all'accoglimento della sua istanza grazie proprio a tale comunicazione. Prima della modifica del quarto periodo veniva previsto un obbligo molto generico di dar conto all'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato⁵⁹. Da notare altresì che la stessa disposizione precisa che

⁵⁶ Casetta, E. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo"*. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.395-396

⁵⁷ Corradino, M. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo"*. 2° ed. Bari-Roma; Cacucci, p.208

⁵⁸ Legge 120/2020: *"Conversione in legge, con modificazione, del decreto-legge del 16 luglio 2020, n.76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*

⁵⁹ Gualdani A. (2022) *"Le novità in tema di preavviso di rigetto"* in *"PA persona e amministrazione"*, v.11, numero 2.

l'amministrazione deve indicare "se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni".⁶⁰

1.6.1 Casi di esclusione dall'applicazione dell'art. 10-bis

Essenzialmente l'art. 10-bis non trova applicazione in tre casi. I primi due vengono espressamente previsti dal penultimo periodo del primo comma dell'art. 10-bis. La disposizione esclude l'applicazione del suddetto articolo alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti da enti previdenziali⁶¹. Il terzo caso di esclusione, invece, è stato ideato dalla giurisprudenza con la sentenza n.1111 del 2019 del Consiglio di Stato, confermando la sentenza n.588 del 2017 emanata dal TAR Veneto con la quale si era escluso che l'amministrazione procedente dovesse comunicare l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto al privato che aveva presentato all'amministrazione procedente una SCIA. Infatti, la natura giuridica della segnalazione certificata di inizio attività non si può assolutamente considerare come un'istanza dalla quale prende avvio un procedimento amministrativo bensì è una dichiarazione da parte del privato di volere intraprendere una determinata attività che viene prevista dalla legge. Proprio per questo motivo, il Consiglio di Stato, confermando già quanto sentenziato dal TAR Veneto ha escluso l'applicazione dell'art. 10-bis perché in assenza di procedimento non è possibile né comunicare l'avvio del procedimento né il preavviso di rigetto in quanto si comunicherebbe l'avvio di un procedimento che non esiste o dei motivi che ostano all'accoglimento di un'istanza che non esiste, in quanto la SCIA è una segnalazione che non instaura l'avvio di alcun procedimento amministrativo⁶².

1.6.2 La modifica della l.178/2020 all'art. 21-octies

Come già evidenziato precedentemente, l'art. 21-octies, introdotto anch'esso con l. 15/2005, disciplina i cd. "vizi formali". Tale norma prevede al suo secondo comma che il provvedimento non è annullabile per mancata comunicazione di avvio

⁶⁰ Art. 12, comma 1 lettera e legge 120/2020

⁶¹ Art.10-bis, comma 1, l. 7 agosto 1990 n.241

⁶² Consiglio di Stato, sez. V, 18/02/2019, n.1111 in "Foro Amministrativo" (2019), fascicolo 2, p.228

procedimento quando l'amministrazione precedente dimostri che il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso da quello che concretamente è stato adottato⁶³. L'art. 21-octies (come l'art.10-bis) è stato oggetto di modifica dal d.l. 76/2020 poi convertito nella l.120/2020. In particolare, l'art. 12, lettera i) di quest'ultimo decreto-legge ha aggiunto il seguente inciso al termine del secondo comma dell'art. 21-octies: “la disposizione di cui al secondo comma non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-bis”⁶⁴. Questa modifica apportata nel 2020 rafforza ancora di più l'obbligo di inviare il preavviso di rigetto perché, dopo questa modifica, nel caso in cui non venisse inviato, l'amministrazione precedente in giudizio non avrà la possibilità di dimostrare che la decisione sarebbe stata la stessa anche se avesse comunicato i motivi ostativi all'accoglimento della domanda.⁶⁵

⁶³ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.206

⁶⁴ Art.12, comma 1, lettera i), d.l. 16 luglio 2020 n.76

⁶⁵ Milo G. (2020) “*Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n.120*” in “*AmbienteDiritto*”, anno XX, fascicolo 4/2020

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

2.1 Premesse di carattere storico e introduttivo sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e sull'accesso civico

I principi di pubblicità e trasparenza rientrano tra i principi fondamentali dell'attività amministrativa, così come stabilito dall'articolo 1 della legge n 241 del 1990.

Tale legge ha riconosciuto tutela ai soggetti privati nell'ambito dei rapporti con la Pubblica amministrazione istituendo il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Prima della l.241/1990, esistevano solo normative di settore che prevedevano il diritto di accesso ai documenti amministrativi.⁶⁶

Ad oggi, invece, il diritto di accesso, in presenza delle condizioni soggettive che di seguito si diranno, risulta generalizzato. Esso permette di rendere accessibili al pubblico gli atti in possesso delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di un modello innovativo per contrastare molteplici fattori che, purtroppo, nel corso della storia dell'amministrazione italiana (ma non solo) si sono resi più volte protagonisti: corruzione, illegalità e segretezza. In questo modo si è data la possibilità a tutti i cittadini di partecipare in maniera diretta alle attività ed alle scelte, pubbliche, intraprese.⁶⁷

Infatti, oggi è possibile affermare che con la legge 241/1990 è stato riconosciuto valore fondamentale al diritto di accesso, segnando il passaggio da un sistema che, in passato, era basato sul principio di segretezza ad un sistema innovato che si incentra, invece, sui principi di trasparenza e pubblicità.⁶⁸

È da notare che parte della dottrina ha trovato il fondamento del diritto di accesso nell'articolo 21 della Costituzione, il quale sancisce il diritto a manifestare il proprio pensiero. Un'altra parte di studiosi invece preferisce ricollegarlo agli articoli 97 e

⁶⁶ Per esempio: Legge sull'espropriazione per pubblica utilità (l.2359/1865); Legge sulla protezione delle bellezze naturali (l.1497/1939);

⁶⁷ Palmieri P. (2020) *“Le diverse forme di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione: evoluzione storica, limiti e modalità”*, www.salvisjaribus.it

⁶⁸ Chieffi G. (2020) *“L'evoluzione del diritto di accesso ai documenti amministrativi”* in *“Diritto Futuro”*

98 della Costituzione. In quest'ultimo senso, il diritto di accesso rappresenterebbe un'espressione dei principi del buon andamento della pubblica amministrazione, e di quel principio per cui i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione.⁶⁹

Il diritto di accesso ordinario previsto dalla normativa del 1990 deve essere distinto dalla più recente introduzione della nuova modalità di accedere alle informazioni delle amministrazioni pubbliche: l'accesso civico.⁷⁰

Il primo, secondo la versione originaria, era rivolto a chiunque avesse interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. In seguito alle modifiche operate alla legge 241/1990 nel 2005⁷¹, viene previsto che per soggetti titolari del diritto si devono intendere tutti i soggetti privati che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale. Tale interesse corrisponde ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale si chiede l'accesso.

Con la riforma dell'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione, Brunetta, nel 2009, si è andato a definire il concetto di trasparenza. Ai sensi di tale riforma, la trasparenza si propone da un lato di garantire l'efficienza della Pubblica Amministrazione, riconoscendo accessibilità totale attraverso lo strumento della pubblicazione delle informazioni attinenti all'attività amministrativa, dall'altro lato, si mira a prevenire la corruzione attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi.

È possibile esercitare il diritto di accesso solo esclusivamente verso i documenti amministrativi. Per documento amministrativo si deve intendere, ai sensi dell'art.22 comma 1, lettera d) della l. 241 del 1990: ogni rappresentazione grafica, fotografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto degli atti detenuti dalla pubblica amministrazione, anche atti interni e atti concernenti attività di pubblico interesse. Ai fini della nozione di documento amministrativo, si prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica dell'atto detenuto dall'amministrazione. L'affermazione della sua "doppia natura" è scaturita da un processo evolutivo; infatti, in un primo momento la giurisprudenza ha considerato accessibili solo gli atti

⁶⁹ Vaiano D. (2017) *"Accesso agli atti: dalla legge 241 alla riforma Madia"* in www.studiocataldi.it

⁷⁰ Introdotto nell'art. 5 del d.lgs n.33/2013, riformato dal d.lgs n.97/2016, di attuazione della legge n.124/2015, la c.d. Riforma Madia, introducendo un ulteriore accesso civico

⁷¹ Legge 11 febbraio 2005 n.15

della Pubblica Amministrazione e dei concessionari dei servizi pubblici. Solo in seguito, ha riconosciuto la possibilità di chiedere l'accesso anche in riferimento a quei documenti posti in essere sulla base di norme privatistiche, ma in ogni caso volti alla cura di interessi pubblici.

In conclusione, va sottolineato che l'esercizio di questo diritto incontra delle limitazioni. Infatti, l'articolo 24 della legge 241 del 1990 prevede in maniera tassativa tutti i casi in cui non è possibile prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi. A questo punto, verranno analizzati meglio i singoli aspetti qui già sommariamente esposti.

2.2 Le finalità del diritto di accesso ai documenti amministrativi e i soggetti attivi e passivi

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, che consiste nella visione ed estrazione di copia dei documenti amministrativi detenuti da Pubbliche Amministrazioni⁷², risponde a due tipologie di esigenze: da una parte, risponde alle esigenze del singolo di proteggere le proprie situazioni giuridiche soggettive, e dall'altra parte anche ad esigenze di interesse generale, incidendo così sui rapporti tra soggetti privati e Pubblica Amministrazione.

Il diritto in questione è nato per attribuire la possibilità ai singoli soggetti di attuare una sorta di controllo democratico sull'attività della Pubblica Amministrazione, volto all'accertamento che quest'ultima agisca sulla base dei principi e delle disposizioni costituzionali circa la sua azione.

Come già ribadito nel capitolo precedente, l'accesso infra-procedimentale ai sensi dell'art. 10 della legge n.241 del 1990, non coincide del tutto con l'accesso esoprocedimentale.

Relativamente al primo, questo rientra, tra i diritti che vengono attribuiti ai soggetti che partecipano al procedimento amministrativo, con l'obiettivo di consentire ad essi di tutelare al meglio le loro ragioni, tramite la conoscenza di tutti quanti gli atti che formano oggetto del fascicolo procedimentale.

Quanto al secondo, il diritto di accesso può essere esercitato in via autonoma da chi ha un preciso e particolare interesse a esaminare alcuni documenti detenuti

⁷² Art.22, comma 1, lettera a) l. 7 agosto 1990 n.241

stabilmente da una Pubblica Amministrazione, ossia dai cd “soggetti interessati”:
“quei soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano una determinata e precisa situazione giuridico soggettiva, ossia un interesse diretto, concreto e attuale collegato a una situazione che sia giuridicamente tutelata e collegata al documento oggetto di richiesta di accesso”⁷³. Pertanto, la semplice curiosità non costituisce un motivo sufficiente per legittimare l’accesso (come del resto precisato dall’art. 24, comma 3: “non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni”).

In altri termini, è necessario che la richiesta di accesso abbia alla base un interesse in qualche modo differenziato e la titolarità di una posizione giuridicamente rilevante (non necessariamente un diritto soggettivo o un interesse legittimo in senso proprio, ma anche una situazione giuridica soggettiva ancora allo stato potenziale).⁷⁴

Analizziamo ora, singolarmente, le caratteristiche della situazione giuridica soggettiva che permette al titolare di esercitare il diritto di accesso:

- a) *attualità* della richiesta di accesso ai documenti in sé considerata, in altri termini, non deve valere per situazioni future e incerte;
- b) *personalità*, ossia inerenza alla sfera giuridica dell’interessato intesa come legame tra l’interesse e il soggetto;
- c) *concretezza*, intesa nel senso di non evanescenza, bensì tangibilità dell’interesse;
- d) *serietà*, quindi meritevolezza, per cui l’interesse non deve essere emulativo, ossia volto al solo scopo di nuocere o recare molestia.⁷⁵

Nell’analizzare il diritto di accesso non devono però essere considerati unicamente i soggetti interessati, bensì anche i cd “soggetti passivi”, ossia quei soggetti i cui i documenti sono ostensibili. Per individuare tali soggetti è necessario leggere in combinato disposto gli articoli 22, lettera e) e 23 della l.241/1990.⁷⁶

⁷³ Art.22, comma 1, lettera b) l. 7 agosto 1990 n.241

⁷⁴ Clarich, M. (2019) “*Manuale di diritto amministrativo*”. IV ed. Bologna: Il mulino. p.146-147

⁷⁵ Caringella F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15 ed. Roma: Dike giuridica, p. 979

⁷⁶ Algieri P. (2014) “*L’accesso agli atti amministrativi*” in “www.ildirittoamministrativo.it”

Il primo stabilisce quello che Corradino definisce: “il principio della neutralità della forma giuridica dell’ente”, ossia, il diritto di accesso può essere esercitato nei confronti di tutti i soggetti che nell’intero Capo V della legge, vengono definiti come “pubbliche amministrazioni”. Questi sono tutti gli enti di diritto pubblico e privato ⁷⁷. Tuttavia, i documenti verso i quali si può richiedere l’accesso devono riguardare esclusivamente la loro attività di pubblico interesse. Invece, l’art.23 prevede che tale diritto possa essere esercitato “nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi” ⁷⁸.

In sostanza, il diritto di accesso non si esercita solo nei confronti delle “pubbliche amministrazioni in senso stretto”, ma anche di soggetti privati che esercitano attività di pubblico interesse, come possono essere per esempio, gli stessi gestori di pubblici servizi citati nell’art. 23. ⁷⁹

Il diritto di accesso è quindi un istituto previsto dalla legge in esame, che è funzionale alla conoscenza di documenti che sono preesistenti rispetto alla richiesta, nonché sufficientemente individuati, e come osserva Caringella: “tale diritto non può essere utilizzato allo scopo di promuovere la costituzione di nuovi documenti contenenti le informazioni richieste o ottenere informazioni sullo stato di un procedimento o sul nome del relativo responsabile; con notevole aggravio, peraltro, degli oneri di organizzazione da parte della pubblica amministrazione e, conseguentemente, dei relativi costi” ⁸⁰. Su questo punto, in occasione della sentenza della seconda sezione del TAR Lazio n.14140 del 2019 e quella della terza sezione dello stesso tribunale n. 7526 del 2020 è stato precisato dai giudici amministrativi capitolini che il diritto di accesso deve riguardare unicamente le informazioni che sono contenute nei documenti amministrativi, salvo quanto stabilito dalla disciplina in materia di tutela della *privacy* e dell’accesso a dati di natura personali che possono essere visionati anche senza rientrare nell’ambito di

⁷⁷ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci p.319

⁷⁸ Art.23, comma 1, l. 7 agosto 1990 n.241

⁷⁹ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci p.319-320

⁸⁰ Caringella F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 987

un documento amministrativo, a patto che siano in possesso dell'amministrazione in questione sotto altre forme.⁸¹

2.3 La nozione di documento amministrativo

La nozione di documento amministrativo è fornita dall'articolo 22, comma 1 lett. D) della legge n. 241/1990. In tale nozione rientra: “ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni oppure non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

La definizione è volutamente generale in modo da non ricomprendere solo i documenti in senso cartaceo del termine, bensì anche i documenti informatici, i quali oggigiorno sono essenziali per l'agire amministrativo.⁸²

All'interno dei documenti amministrativi vanno compresi anche gli atti endoprocedimentali ma soprattutto gli atti interni, così come stabilito dal TAR Marche nella sentenza n.543 del 2006 emanata dalla sua prima sezione. Nel merito, i giudici marchigiani hanno evidenziato che il diritto di accesso deve essere riconosciuto verso ogni tipo di atto costituito dall'amministrazione o funzionale, comunque, allo svolgimento della sua attività amministrativa.⁸³

Infine, rientrano in tale ambito altresì gli: “atti formati da privati che confluiscono nel procedimento, quali i pareri dei legali e i progetti dei tecnici”⁸⁴. Tuttavia, per quanto concerne i pareri legali, la seconda sezione del TAR Veneto nel 2021 ha ribadito che la loro ostensione è possibile laddove tale parere ricopra una funzione essenzialmente endoprocedimentale, ossia sia legato ad un procedimento amministrativo. Pertanto, l'accesso in senso difensivo verso questi ultimi pareri non è possibile.⁸⁵

⁸¹ Caringella F. (2022) *Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 987

⁸² Gattamelata S. e Romana Feleppa F. (2007) “Il documento informatico nel processo telematico” in “*Informatica e Diritto*”, Vol. XVI 2007, n.1-2, p.61

⁸³ Menditto S. (2006) “Il diritto di accesso per i documenti relativi a mera attività interna della P.A” in “www.altalex.com”

⁸⁴ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.318

⁸⁵ TAR Veneto, Sez. II, sentenza n. 1092 del 14 settembre 2021

La giurisprudenza, inoltre, negli ultimi anni ha proceduto ad elaborare dei casi in cui viene categoricamente escluso il diritto di accesso, in quanto l'atto verso cui si chiede l'accesso non è considerabile un documento amministrativo

- a. Le sentenze (peraltro pubbliche) non possono essere assolutamente considerate come dei documenti amministrativi e rientra in questo ambito anche, qualunque atto detenuto da un ufficio giudiziario;⁸⁶
- b. i documenti allo stato non esistenti, dunque non idonei a dare luogo alla richiesta di accesso dato che gli oggetti del diritto sono i documenti amministrativi e non generiche informazioni sull'attività della pubblica amministrazione;⁸⁷
- c. “qualunque altra riproduzione di mere operazioni compiute da agenti il cui contenuto non sia stato però trasfuso in un atto o quanto meno non sia dallo stesso atto specificamente richiamato, poiché è documento amministrativo, come specificato alla lett. d) stesso art. 22, ogni rappresentazione (grafica, fotocinematografica, elettromagnetica etc.) del contenuto di atti, compresi gli atti interni”.⁸⁸

Un'altra questione rilevante a riguardo della nozione di documento amministrativo concerne la sua natura giuridica, pubblica o privata. L'affermazione per cui l'ambito di applicazione della l.241/1990 in materia di accesso trova applicazione anche verso gli atti di diritto privato di una pubblica amministrazione è frutto di una giurisprudenza oramai consolidata del Consiglio di Stato, che qui di seguito percorreremo brevemente. Per molto tempo si è dibattuto, in dottrina, per comprendere se le disposizioni in materia di accesso potessero trovare applicazione anche nei confronti di atti di diritto privato di un'amministrazione pubblica. Nel 1999 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tramite due pronunce, ha definitivamente riconosciuto che le esigenze di trasparenza volte al soddisfacimento dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica sussistono per tutti gli atti dell'amministrazione, anche quelli di diritto privato. Pertanto, risulta essere irrilevante il regime giuridico dell'atto ma ciò che invece è rilevante è che l'attività posta in essere

⁸⁶ Sito ufficiale della Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, https://www.commissioneaccesso.it/it/approfondimenti/massime_supporto/cds-tar/31marz1363/

⁸⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 4638 del 4 settembre 2007

⁸⁸ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci, p.318

dall'amministrazione (anche tramite atti di diritto privato) sia volta a curare un interesse pubblico nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità.⁸⁹

Tale giurisprudenza è stata poi consacrata e positivizzata nel 2005 con la modifica all'art. 22, lettera d) della legge 241/1990.⁹⁰

2.4 Modalità di esercizio del diritto di accesso: l'accesso formale e informale e gli esiti dell'istanza di accesso

Una volta che, come specificato in questo capitolo, l'avente diritto gode di un interesse attuale, concreto e diretto, può esercitare il diritto di accesso. Le modalità di esercizio del diritto di accesso sono, in via generale, disciplinate nell'art. 25 della Legge n. 241 del 1990. Tale articolo ribadisce già quanto sancito dall'art. 22, ossia che il contenuto del diritto di accesso consiste nell'esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi nei modi e nei limiti indicati dalla legge.⁹¹

Il relativo procedimento si instaura con istanza presentata dell'interessato. Quest'ultima, ai sensi dell'articolo in esame, deve essere motivata, in modo da consentire all'amministrazione destinataria di tale istanza di valutare la sussistenza in capo al richiedente di quell'interesse che forma il requisito essenziale per dar luogo al diritto alla conoscenza dei documenti detenuti dall'amministrazione pubblica.⁹²

In base alla giurisprudenza creatasi con la sentenza del TAR Molise, sez. Campobasso n.722 del 2008, "la valutazione della Pubblica Amministrazione, in base all'interesse, deve essere effettuata in concreto, e questo accade in base anche alla motivazione quale potrà considerarsi in *re ipsa* allorquando si possa ravvisare un collegamento tra la titolarità della situazione legittimante l'accesso e l'attività amministrativa oggetto della richiesta".⁹³

⁸⁹ Caringella F. (2022) "Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale". 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 986

⁹⁰ Cadelano S. (2021) "Diritto di accesso documentale ex l.241/1990 e casi di esclusione" in www.diritto.it

⁹¹ Art.25, l.7 agosto 1990 n.241

⁹² Caringella F. (2022) "Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale". 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 997

⁹³ Masala T. (2021) "Principi sul diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi" in www.diritto.it

La disciplina generale dell'art. 25 ha trovato attuazione con Il D.P.R. n. 184 del 2006, il quale ha stabilito le modalità di esercizio del diritto di accesso, e ha in particolare individuato due tipologie di accesso⁹⁴:

In primo luogo, l'accesso informale che attribuisce la possibilità all'interessato di recarsi nell'ufficio designato e di esercitare il diritto in esame contestualmente alla presentazione della richiesta di accesso, anche in forma orale. Tuttavia, questa deve soddisfare un contenuto obbligatorio, ossia devono essere indicati gli estremi del documento oggetto della richiesta e deve essere accompagnata dalla procedura d'identificazione, la quale sarà determinante per valutare la sussistenza dell'interesse che deve essere connesso all'oggetto. Per dar luogo a tale accesso, è però necessario che non vi siano controinteressati, i quali vengono definiti ai sensi della già citata legge n.241/1990 al suo art.22, lettera c) come: "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza"; ⁹⁵

Invece, ogniqualvolta "non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati, l'amministrazione invita l'interessato a presentare richiesta d'accesso formale, di cui l'ufficio rilascia ricevuta". ⁹⁶

Nel caso in cui l'istanza ostensiva fosse accolta, il privato e l'amministrazione procedente dovranno fare riferimento alle disposizioni procedurali sancite dall'art.7 di suddetto regolamento. Anzitutto, l'istante deve disporre di un termine non inferiore a quindici giorni, dall'atto di accoglimento, per esercitare tale diritto. L'esame dei documenti può essere effettuato da colui che ha presentato istanza oppure da una persona che è stata incaricata dallo stesso. L'esame e l'estrazione in copia dei documenti possono essere svolti unicamente nell'ufficio competente ma i

⁹⁴ "Regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi" in www.altalex.com

⁹⁵ Art.22, comma 1, lettera c), l.7 agosto 1990 n.241

⁹⁶ Art.6, comma 1, D.P.R. 12 aprile 2006 n.184

documenti non possono essere asportati in altro luogo. L'esame in questione è gratuito.⁹⁷

Ai sensi dell'art. 24, comma secondo della legge 241/1990, l'amministrazione ha altresì il potere di differire l'accesso, ossia di rinviarlo ad un momento successivo, se l'immediato esercizio di tale diritto potrebbe pregiudicare l'azione dell'amministrazione oppure quando tale amministrazione necessita di tutelare situazione di riservatezza. Il provvedimento di differimento deve essere motivato. All'interno di tale motivazione devono essere indicati gli interessi che si intendono tutelare.⁹⁸ Oppure, come *extrema ratio*, può essere previsto il diniego all'accesso. Da notare che il comma quarto dell'art. 25 della legge n.241 del 1990 specifica che una volta decorsi 30 giorni dall'istanza di accesso, la domanda si intende respinta, (così detto silenzio diniego)⁹⁹. Se ne trae dunque che il diniego potrebbe avvenire non solo per mezzo di un provvedimento esplicito.

2.5 Azioni a difesa a fronte del diniego o del differimento di accesso: i rimedi amministrativi

Nel caso in cui sia negato o differito l'accesso ai documenti, l'istante potrà, se lo desidera, presentare ricorso dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale. Tuttavia, prima di agire in via giurisdizionale, il soggetto a cui è stato negato o differito l'accesso, potrebbe esperire dei rimedi amministrativi, quali, il ricorso al Difensore civico nonché alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, a seconda del tipo di amministrazione alla quale si chiede l'accesso. Al Difensore Civico è possibile ricorrere in seguito ad un diniego all'accesso da parte delle amministrazioni territoriali, ossia comunali, provinciali e regionali. Qualora non sia stato istituito per un determinato territorio, la competenza è rimandata alla stessa figura competente per il livello di governo superiore. Per esempio, fino al 2010, qualora non fosse stato istituito il difensore civico a livello comunale, era possibile ricorrere a quello provinciale.

⁹⁷ Art.7, D.P.R. 12 aprile 2006 n.184

⁹⁸ Caringella F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 998-999

⁹⁹ Art.25, comma 4, l.7 agosto 1990 n.241

Con la legge n.42 del 26 marzo del 2010, in nome del contenimento della spesa pubblica per far fronte alla crisi economico-finanziaria, è stata soppressa la figura del difensore civico comunale ed è stata introdotta un'unica figura a livello provinciale, ossia il difensore civico territoriale che viene eletto dal Consiglio provinciale in base alle modalità stabilite dagli Statuti delle province.¹⁰⁰

Ne consegue che dopo il 2010, qualora non sia istituito un difensore civico territoriale, allora sarà necessario fare riferimento a quello regionale, se istituito.

Il ricorso alla Commissione per l'Accesso è previsto nei confronti degli atti di tutte le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato. Tale Commissione è stata istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, poco dopo l'entrata in vigore della legge n.241/1990. A tale organo possono rivolgersi sia cittadini privati che altre amministrazioni pubbliche. La funzione principale di tale commissione è la tutela del principio della piena conoscibilità e trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione.

Questa Commissione oltre che svolgere un ruolo essenzialmente tecnico è anche competente a proporre all'organo esecutivo modifiche ai testi legislativi e regolamenti, in casi specifici. Inoltre, tale organo deve redigere annualmente una relazione sull'attuale stato della trasparenza relativamente all'attività della pubblica amministrazione, la quale deve essere comunicata al Parlamento nonché alla Presidenza del Consiglio dei ministri. La Commissione attualmente è composta da due senatori, due deputati, quattro figure scelte fra i magistrati e gli avvocati di stato, un professore designato dal M.I.U.R. in materia giuridico-amministrativa e il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo.¹⁰¹

Tornando alle modalità di ricorso, in seguito al diniego o il differimento all'accesso il singolo potrà richiedere la procedura di riesame, a seconda del tipo di amministrazione procedente, al Difensore Civico o alla sopracitata Commissione. Nel primo caso, l'istante potrà, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento di diniego o differimento, richiedere di svolgere la procedura di riesame a tale figura competente per il suo territorio di residenza. Qualora il Difensore Civico ritenesse legittimo tale provvedimento potrebbe scegliere anche

¹⁰⁰ Legge n.42 del 26 marzo 2010

¹⁰¹ Sito ufficiale della Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, <https://www.commissioneaccesso.it/it/la-commissione/composizione-attuale/>

di non esprimersi in merito. Infatti, una volta decorsi trenta giorni dalla presentazione dell'istanza il silenzio varrà come rigetto della procedura di riesame. In seguito all'istanza di rigetto, l'istante potrà decidere se impugnare tale atto del difensore civico dinnanzi al T.A.R entro il termine prescrizione, fissato a trenta giorni. Per contro, qualora questa figura ritenga che il provvedimento di diniego o differimento all'accesso sia illegittimo ne dà informazione sia al ricorrente che all'amministrazione procedente, chiedendo a quest'ultima di rivalutare la sua posizione circa l'accesso dell'istante in questione. Qualora l'amministrazione non si esprima tramite un provvedimento esplicito che confermi il diniego entro trenta giorni dalla richiesta del Difensore Civico, il suo silenzio equivarrà ad assenso, acconsentendo così al privato di accedere ai documenti per i quali ha presentato istanza.

In modo analogo, qualora la Commissione per l'Accesso ai documenti amministrativo, in seguito alla presentazione della richiesta di riesame da parte dell'istante non si pronunci in merito entro trenta giorni, il silenzio equivarrà a diniego. Se invece, la Commissione ritenga che l'istante detenga tutti i requisiti funzionali all'accesso ai documenti in questione, dovrà anzitutto informare il richiedente e l'Amministrazione interessata. Qualora quest'ultima, entro trenta giorni dalla comunicazione, non adotti un provvedimento esplicito, il suo silenzio equivarrà ad assenso.

2.6 Casi di esclusione dall'accesso ai documenti amministrativi

Vi sono dei casi, previsti dalla stessa legge 241/1990, all'interno del suo art. 24, nei quali non è possibile presentare un'istanza di accesso ai documenti.

Il primo comma dell'art. 24 prevede che il diritto di accesso sia escluso:

a. Per i documenti che sono coperti da segreto di Stato e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, da regolamento governativo e dalle pubbliche amministrazioni. In sostanza, si parla di tutte quelle ipotesi che sono legate "al segreto militare, industriale, epistolare, bancario,

istruttorio, statistico ovvero dei casi diversi la quelli in cui l'esclusione all'accesso è determinata dalla tutela del diritto alla riservatezza"¹⁰²;

b. Nei procedimenti tributari, per i quali vi sono delle particolari norme che lo regolano;

c. Nei confronti degli atti normativi, degli atti amministrativi generali nonché per gli atti di pianificazione e programmazione. Com'è possibile notare, questa limitazione e quella sopracitata relativa ai procedimenti tributari coincide con l'ambito di applicazione dell'art. 13 della medesima legge;

d. Infine, non è possibile accedere ai documenti che contengono informazioni psicoattitudinali, posseduti dall'amministrazione per via di un procedimento selettivo. Per tali procedimenti si dice che viene operata una valutazione di tipo assoluto, ossia, che riguardi unicamente e direttamente un unico soggetto o per meglio dire, tutti i soggetti che sono sottoposti ad esame. Tale disposizione, a differenza di ciò che si potrebbe pensare, non trova applicazione unicamente nel caso di procedure di selezione ad evidenza pubblica ma anche in altri casi, per esempio procedure per la nomina ad incarichi particolari o per lo svolgimento di particolari mansioni.¹⁰³

2.6.1 La questione del diritto di accesso ai documenti contenenti dati sensibili, giudiziari e sensibilissimi

Infine, rileva, in particolar modo, il caso contemplato dal settimo comma dell'art.24 della legge n.241 del 1990, in materia di dati sensibili e di carattere giudiziario. Tale disposizione anzitutto premette che l'accesso deve essere sempre garantito per difendere o curare gli interessi giuridici degli istanti. Tuttavia, qualora tali documenti contengano al loro interno dei dati sensibili o di carattere giudiziario, "l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile"¹⁰⁴. Per quanto riguarda i cd "dati sensibilissimi", o detti anche "super sensibili", la disposizione oltre a richiedere il diritto di accesso in senso difensivo per questi

¹⁰² Caringella F. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale"*. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 995

¹⁰³ Caringella F. (2022) *"Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale"*. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 995

¹⁰⁴ Art.24, comma 7, l.7 agosto 1990 n.241

ultimi, richiede anche di osservare la disposizione cui art. 60 del Codice per la protezione dei dati personali, il quale è stato modificato nel 2018. Tale articolo richiede essenzialmente che l'ostensione a documenti contenenti dati sensibilissimi sia subordinata al rango della situazione di accesso che si vuole tutelare tramite l'esercizio del diritto di accesso, la quale, deve essere almeno di pari grado al diritto di riservatezza¹⁰⁵. Ciò che non risulta essere chiaro, come osserva Caringella, è se “tale previsione sia riferita a tutte le ipotesi di cui ai commi precedenti oppure, come sembrerebbe più corretto e anche più opportuno ritenere, alla sola ipotesi di contrasto tra accesso e tutela della riservatezza”.¹⁰⁶

2.7 L'accesso civico semplice

Come è già stato constatato, la legge 241/1990 risulta un grandissimo progresso per il nostro ordinamento giuridico. Essa ha segnato il passaggio da un sistema amministrativo essenzialmente basato sul principio di segretezza dei documenti amministrativi ad un nuovo sistema che invece si fonda su principi di trasparenza e pubblicità, la cui espressione più importante è, tuttora, rappresentata dal diritto di accesso agli atti amministrativi¹⁰⁷. Per concludere sul tema, oggi il diritto di accesso ai documenti amministrativi detiene un'importanza essenziale anche a livello europeo (ma avremo modo di evidenziarlo nel terzo capitolo). Esso rappresenta uno dei diritti fondamentali della cittadinanza europea, sancito all'art.42 della Carta dei diritti fondamentali. Ne consegue che ogni cittadino europeo può esercitare tale diritto anche verso le istituzioni dell'Unione Europea.¹⁰⁸

Ed è proprio all'interno di un clima internazionale estremamente sensibile ai fenomeni corruttivi che il nostro legislatore è stato influenzato a potenziare e implementare ancor di più i principi di trasparenza e pubblicità, per raggiungere l'obiettivo dell'esistenza di un “controllo diffuso di legalità” dell'agere

¹⁰⁵ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2° ed. Bari-Roma; Cacucci, p.325

¹⁰⁶ Caringella, F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 997

¹⁰⁷ Malafrente, A. (2020) “*L'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato*” in www.altalex.com

¹⁰⁸ Tesauro, G. et al. (2021) “*Manuale di diritto dell'Unione Europea*”, vol. 1. 3. ed. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 342-343

amministrativo”¹⁰⁹. In tale direzione, nel 2012, il legislatore italiano ha adottato una legge delega, denominata: “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, o meglio conosciuta come “legge anticorruzione”. La legge n. 190 del 2012 attribuiva al Governo una delega legislativa volta al riordino “degli obblighi di pubblicità, di trasparenza e di diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”. Tale delega legislativa ha trovato attuazione con il d.lgs. del 14 marzo 2013, n. 33 (detto anche “decreto trasparenza”), introducendo così, con l’art. 5, la disciplina del così detto “accesso civico semplice” e arrivando ad una codificazione di un diritto di accesso da intendersi in senso più ampio nonché generalizzato sull’attività amministrativa¹¹⁰. Tale articolo si lega inevitabilmente all’obbligo alle amministrazioni pubbliche di pubblicare nei loro siti web, in particolare nella sezione “amministrazione trasparente”, una serie di documenti e atti previsti dalle seguenti disposizioni dello stesso decreto legislativo: art.10, comma 8; art.23, comma 1; art.27, commi 1 e 2. Tale legame è dato dal fatto che l’istituto dell’accesso civico semplice consente a chiunque di accedere a questi documenti, qualora, l’amministrazione non abbia osservato l’obbligo di pubblicazione. Tale accesso potrà avvenire tramite una semplice richiesta al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Quest’ultimo, relativamente all’ambito comunale, deve essere nominato dal sindaco, salvo che tale ente, nell’esercizio dell’autonomia organizzativa prevista dalla legge, non designi tale ruolo alla giunta comunale o al consiglio comunale.

2.7.1 L’accesso civico generalizzato

Il d.lgs. 33/2013 è stato poi modificato dal d.lgs. 97/2016, il quale è stato emanato in attuazione alla legge delega 124/2015, meglio conosciuta come “Legge Madia”. Nel merito, all’interno di quest’ultima legge vi era, tra le altre, una delega legislativa, la quale prevedeva che entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, dovevano essere emanati dei decreti legislativi contenenti “disposizioni

¹⁰⁹ Caringella F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 999

¹¹⁰ Caringella F. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*”. 15. ed. Roma: Dike giuridica, p. 999

integrative e correttive del d. lgs. n. 33/13 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni”. Il legislatore di attuazione, tuttavia, non si è limitato solo ad apportare modifiche al decreto trasparenza sulla base della richiesta della delega legislativa, bensì ha introdotto un istituto del tutto nuovo: quello che oggi viene riconosciuto come “accesso civico generalizzato”¹¹¹, ispirato all’istituto anglosassone del “*Freedom of Information Act*” (FOIA). L’accesso civico generalizzato, ai sensi dell’art.5, comma secondo del decreto trasparenza permette a chiunque lo desideri di accedere ai dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare nella sezione “amministrazione trasparente”. Tale accesso è possibile se l’ostensione di tali documenti non vada a pregiudicare interessi privati o pubblici come si dirà nel paragrafo successivo.

2.7.2 Disciplina comune, casi di esclusione e i rimedi amministrativi

In entrambi i casi, l’esercizio di tale diritto non è subordinato alla sussistenza di alcuna situazione giuridica soggettiva particolare, tantomeno l’interesse configurato dall’art. 22 della legge n.241/1990. Pertanto, neppure la motivazione risulta essere necessaria. Nonostante questo, il privato dovrà comunque presentare istanza di accesso, anche in via telematica, ad uno degli uffici indicati da quest’ultima disposizione. L’accesso, inoltre, è gratuito, “salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall’amministrazione per la riproduzione su supporti materiali”.¹¹²

Il comma quinto dell’art. 5, invece, affronta la questione dei controinteressati, i quali possono emergere solamente in seguito ad una richiesta di accesso da parte dell’istante operata ai sensi dell’art. 5, comma secondo del decreto trasparenza (accesso civico generalizzato). Tale disposizione opera un rinvio all’art 5-bis dove viene previsto che l’amministrazione dovrà negare l’accesso qualora sia necessario tutelare uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza nonché gli interessi economici e finanziari dei quali, possono esserne

¹¹¹ De Benedetti C. (2017) “*Diritto di accesso agli atti ex lege 241/90 e "nuovo" accesso civico "generalizzato" ex d. lgs. 97/16: qualche criticità nella sovrapposizione dei procedimenti*”
In “*GiustAmm*”, ANNO XIV, n.9, pag. 9

¹¹² Art.5, comma 5, d.lgs. 14 marzo 2013 n.33

in possesso sia una persona fisica sia giuridica. In pratica, qualora in seguito all'istanza di accesso emerga la presenza di controinteressati, l'amministrazione ne dà comunicazione a questi ultimi, i quali, potranno dare una motivata opposizione all'accesso. Questi ultimi dovranno presentare opposizione entro dieci giorni dalla notificazione della comunicazione. L'opposizione può avvenire tramite invio di copia con raccomandata e avviso di ricevimento o in via telematica. Se l'amministrazione ritiene che sussistano gli interessi di cui comma secondo, art.5-bis, allora negherà l'accesso. Quest'ultimo può essere negato anche in presenza di interessi pubblici che si riferiscono principalmente a quelli relativi alla sicurezza pubblica e nazionale, alle relazioni internazionali, a questioni di carattere militare e a tutte le altre situazioni che si riferiscono alle principali funzioni dell'attore statale.¹¹³

Il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Nel caso in cui si trattasse di accesso civico semplice, l'amministrazione dovrà pubblicare sul suo sito web tutti i dati, le informazioni e i documenti richiesti nonché dovrà procedere alla comunicazione all'istante dell'avvenuta pubblicazione. Se invece, l'istanza riguarda atti, informazioni o documenti ulteriori a quelli soggetti ad obbligo di pubblicazione, in caso di accoglimento dell'istanza, nonostante l'opposizione del controinteressato, l'amministrazione dovrà dare comunicazione al controinteressato di tale accoglimento e procedere alle trasmissioni dei documenti richiesti una volta decorsi quindici giorni dalla ricezione della comunicazione al controinteressato.¹¹⁴

Anche in questo caso sono previsti dei rimedi amministrativi che il privato può esperire prima di impugnare il provvedimento di differimento o di diniego dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale. Infatti, nei casi in cui l'amministrazione negasse o differisse l'accesso, entro trenta giorni dall'emanazione, l'istante potrà procedere alla richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il quale si esprimerà con un provvedimento motivato entro trenta giorni. Se l'accesso viene negato per tutelare l'interesse privato

¹¹³ Corradino, M. (2022) “*Manuale di diritto amministrativo*”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci p.334

¹¹⁴ Art.5, comma 6, d.lgs. 14 marzo 2013 n.33

disposto dalla lettera a) dell'art.5-bis del decreto in esame (protezione dei dati personali), il responsabile dovrà consultare, prima di provvedere, il Garante per la protezione dei dati personali. Quest'ultimo si dovrà esprimere tramite un parere entro dieci giorni dalla richiesta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. "A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante".¹¹⁵

Nel caso in cui il provvedimento di differimento o di diniego all'accesso sia stato emanato da una regione o da un ente locale, l'istante potrà rivolgersi al difensore civico competente per ambito territoriale, ove sia stato costituito, altrimenti si dovrà fare necessariamente riferimento al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il difensore civico si deve pronunciare entro trenta giorni dal ricorso. Qualora quest'ultimo ritenesse il provvedimento di differimento o diniego illegittimo allora ne darà comunicazione all'ente territoriale e all'istante. Nel caso in cui l'ente non si esprimesse tramite un nuovo provvedimento entro trenta giorni da quest'ultima comunicazione, l'istante potrà accedere ai documenti richiesti. Anche in questo caso, se l'accesso viene negato per tutelare la protezione dei dati personali, il difensore civico dovrà riferirsi al Garante per la protezione dei dati personali nelle stesse modalità e nel rispetto degli stessi termini con cui si riferisce a tale Garante anche il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.¹¹⁶

Infine, ai sensi del comma nono dell'art. 5 del decreto trasparenza, se l'accesso viene consentito dall'amministrazione procedente, il controinteressato potrà, nelle stesse modalità già viste per l'istante nei casi di differimento o diniego all'accesso, esperire ricorso al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o al Difensore civico competente a seconda della tipologia di amministrazione procedente.¹¹⁷

¹¹⁵ Art.5, comma 7, d.lgs. 14 marzo 2013 n.33

¹¹⁶ Art.5, comma 8, d.lgs. 14 marzo 2013 n.33

¹¹⁷ Art.5, comma 9, d.lgs. 14 marzo 2013 n.33

2.7.3 Il coordinamento fra il “classico” diritto di accesso e l’accesso civico generalizzato

Infine, merita attenzione anche la questione relativa ai problemi di coordinamento fra il classico istituto del diritto di accesso ai documenti amministrativi e l’accesso civico generalizzato. Come precisato dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nel 2020¹¹⁸, la principale differenza che intercorre fra questi due istituti sono gli interessi giuridici che vengono presi in considerazione e tutelati dai due tipi di accesso. Infatti, l’obiettivo dell’accesso civico generalizzato è quello di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo di risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”.¹¹⁹

Ne deriva che l’istanza di accesso civico generalizzato deve essere rigettata nel caso in cui, da quest’ultima non emerga alcun interesse generale, tantomeno nel caso in cui dalla richiesta emergano finalità di carattere privato. Nonostante questa differenza in termini di interessi, i due istituti possono essere volti a richiedere l’ostensione dei medesimi documenti. Anche se, come si dirà di seguito, i casi di esclusione all’accesso civico generalizzato sono di più rispetto a quelli del classico diritto di accesso. Tuttavia, su un piano concreto, nel caso in cui il documento non appartenga ai casi di esclusione né di uno né dell’altro istituto, è ovvio che l’istante sarà più propenso a richiedere un’istanza di accesso civico generalizzato anziché quella di accesso classico, dato che l’accesso civico generalizzato permette a chiunque di presentare istanza, senza la necessità di fornire una motivazione all’amministrazione procedente.¹²⁰

¹¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.2309 del 6 aprile 2020

¹¹⁹ Casetta, E. (2022) “Manuale di diritto amministrativo”. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.417

¹²⁰ Casetta, E. (2022) “Manuale di diritto amministrativo”. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, p.417-418

CAPITOLO III

LA TRASPARENZA AMBIENTALE

3.1 La materia ambiente: contesto sociale e giuridico attuale

L'ambiente è da sempre una materia al centro del dibattito pubblico e per la quale, i cittadini hanno una certa sensibilità. Infatti, è stato dimostrato da alcuni studiosi che le costruzioni di infrastrutture, grandi opere pubbliche, o ad ogni modo l'emanazione di provvedimenti che hanno delle implicazioni di carattere ambientale, generano dei grandi problemi di accettabilità sociale e ambientale. Parliamo della cd. sindrome *NIMBY (not in my backyard)*, secondo la quale le comunità locali tendono ad opporsi sempre di più alle costruzioni di opere pubbliche, anche se costruite per pubblico interesse, per i gravi pregiudizi che il contesto ambientale attorno a tale opera potrebbe subire. Proprio in virtù di questa tendenza oppositiva è nata l'esigenza di attribuire al singolo degli importanti strumenti di partecipazione ai processi decisionali svolti dalle amministrazioni pubbliche, che potrebbero avere delle importanti ripercussioni sull'ambiente. Questi strumenti partecipativi vogliono assicurare che la partecipazione alle decisioni ambientali avvenga in un contesto completamente pacifico e realmente collaborativo ma soprattutto, vogliono assicurare che l'agire dei singoli non sfoci in altre forme di "partecipazione" di tipo violento, com'è già successo in passato.¹²¹ Questi strumenti partecipativi sono stati affiancati anche da strumenti di tipo informativo, i quali sono volti a far conoscere qualunque informazione di carattere ambientale detenuta dalle pubbliche amministrazioni, le quali potrebbero anche non riguardare un processo decisionale.

Negli ultimi anni, la sensibilità ambientale dei cittadini è notevolmente aumentata per le gravi conseguenze che il cambiamento climatico sta causando e continuerà a causare. A partire da tale sensibilità si sono create moltissime associazioni ambientali nonché movimenti sociali (per esempio *Fridays for Future*) che tentano di esercitare, tramite attività di attivismo e di mobilitazione, una pressione verso gli

¹²¹ Carbonara L. (2012) "Il principio di partecipazione nel procedimento ambientale" in "GiustAmm", n.10/2012

attori istituzionali nazionali, europei ed internazionali. Questa pressione è esercitata con la speranza di ottenere da tali istituzioni l'adozione di alcune misure volte a risolvere, almeno in parte, questa drammatica situazione.

Questo capitolo si prefigge l'obiettivo di esaminare gli strumenti partecipativi e informativi in ambito ambientale, che vengono attribuiti ai singoli nonché alle associazioni portatrici di interessi ambientali, per intervenire all'interno dei processi decisionali svolti dalle amministrazioni, che comportino appunto delle conseguenze sull'ambiente.

Prima di procedere alla loro trattazione, è necessario introdurre il quadro normativo-costituzionale entro cui tali strumenti vanno ad operare.

Sebbene la tutela dell'ambiente sia da sempre riconosciuta all'interno della nostra Costituzione, di recente, la drammatica situazione ambientale data dal riscaldamento globale ha portato il legislatore costituzionale italiano, tramite la legge costituzionale n.1 del 2022, a inserire la tutela ambientale all'interno dei principi fondamentali della Carta costituzionale. Con questa revisione, alla disposizione di cui art.9 della Costituzione che recita: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione"¹²², è stato aggiunto l'inciso: "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali".¹²³

L'art.9 della Costituzione non è stata però l'unica disposizione soggetta a modifica dalla suddetta legge costituzionale, la revisione infatti ha interessato anche l'articolo 41 della Costituzione. In particolare, sono due le modifiche apportate a quest'ultima norma.

La prima, che riguarda l'iniziativa economica privata, stabilisce che quest'ultima può svolgersi solo nel caso in cui non rechi danno, non più solo alla libertà e alla dignità umana, ma anche alla salute e all'ambiente; la seconda, invece, attribuisce la possibilità di indirizzare l'attività economica, pubblica e privata a finalità di tipo sociale e ambientale.

¹²² Art.1, legge costituzionale n.1 del 11 febbraio 2022

¹²³ Art.2, legge costituzionale n.1 del 11 febbraio 2022

La tutela dell'ambiente non è però un valore giuridico che trova unicamente protezione all'interno della nostra carta costituzionale. Infatti, anche negli ambiti del diritto internazionale e del diritto dell'Unione Europea, la tutela dell'ambiente assume particolare rilevanza. Per esempio, per quanto concerne l'ordinamento giuridico europeo, la tutela dell'ambiente è un valore protetto sia dall'art.37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia dall'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Il primo sancisce che tutte le politiche dell'Unione Europea devono rispettare un elevato livello di tutela dell'ambiente; il secondo dispone che l'Unione si assume il compito di formulare e attuare una politica di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità ambientale.¹²⁴

Ed è proprio in un contesto internazionale ed europeo che gli strumenti partecipativi e di informazione ambientale sopracitati trovano la loro genesi, come verrà approfondito di seguito.

3.2 L'evoluzione normativa della trasparenza ambientale: dalla Convenzione di Aarhus del 1998 al Codice dell'ambiente del 2006

Il 25 giugno del 1998 l'Unione Europea e l'Italia hanno stipulato assieme ad altri 45 Stati la Convenzione della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, meglio conosciuta come Convenzione di Aarhus, la quale è stata ratificata dall'Italia con la legge n.108 del 16 marzo 2001. Tale convenzione rappresenta il più importante tentativo di attuazione del decimo principio della Dichiarazione di Rio del 1992, la quale ha riconfermato già quanto veniva previsto dalla Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente, riunitasi a Stoccolma nel giugno del 1972. Tale principio stabilisce che: “il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli. Al livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità, ed avrà la possibilità di partecipare ai processi decisionali. Gli Stati faciliteranno ed incoraggeranno la sensibilizzazione e la

¹²⁴ Reale G. (2022) “L'adeguamento del diritto comunitario alla convenzione di Aarhus in materia ambientale” in www.altalex.com

partecipazione del pubblico rendendo ampiamente disponibili le informazioni. Sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo”.¹²⁵

Tornando alla Convenzione di Aarhus, in attuazione del suddetto principio, quest’ultima prevede degli obblighi che si riferiscono unicamente a quei soggetti che rientrano nella nozione di “autorità pubbliche”. All’interno di tale nozione, ai sensi della suddetta convenzione, non rientrano solamente le amministrazioni pubbliche, bensì anche tutte le persone fisiche o giuridiche che esercitano funzioni o detengono un certo tipo di responsabilità in materia ambientale. È da ritenersi tale anche qualunque soggetto, a prescindere dalla sua natura pubblica o privata, che eroghi servizi pubblici in materia ambientale.¹²⁶

Le parti stipulanti della Convenzione di Aarhus, al fine di “contribuire a tutelare il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere”¹²⁷ e di perseguire quanto disposto dal decimo principio della Dichiarazione di Rio in termini di trasparenza ambientale, hanno ideato una particolare struttura della stessa Convenzione, la quale prevede la sua divisione in tre pilastri. Questi ultimi vengono enunciati nell’articolo di apertura della Convenzione, ossia garantire: l’accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione del pubblico al processo decisionale ambientale e l’accesso alla giustizia ambientale. Questi tre pilastri sono volti a garantire dei diritti riconosciuti dalla stessa Convenzione a qualunque persona fisica o giuridica, a prescindere dalla cittadinanza, nazionalità, residenza, sede legale (nel caso in cui si trattasse di una persona giuridica) o altra caratteristica che altrimenti lederebbe il principio di non discriminazione (enunciato già dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea).¹²⁸

Ne consegue che, al fine di garantire tali diritti, tutte le parti stipulanti dovranno adeguare i loro istituti nazionali agli obblighi convenzionali. Pertanto, è possibile affermare che questa Convenzione (e in particolare le successive attuazioni europee

¹²⁵ Decimo principio della Dichiarazione di Rio

¹²⁶ Croci, E. (2006) “*Trasparenza dell’azione pubblica in materia ambientale: l’evoluzione normativa*” in www.dirittoambiente.net

¹²⁷ Art.1, Convenzione di Aarhus

¹²⁸ Reale G. (2022) “*L’adeguamento del diritto comunitario alla convenzione di Aarhus in materia ambientale*” in www.altalex.com

e nazionali) ha creato una vera e propria disciplina di settore che ha investito i due istituti analizzati nei precedenti capitoli e riconosciuti nella 1.241/1990, ossia la partecipazione procedimentale (secondo pilastro) e il diritto di accesso ai documenti amministrativi (primo pilastro). Inoltre, è di particolare importanza il chiarimento della giurisprudenza in materia, con il quale è stato affermato che la Convenzione di Aarhus fissa degli standard minimi derogabili solamente in *melius* dei diritti di partecipazione procedimentale ambientale e di informazione ambientale.¹²⁹

Se dopo tre anni dalla conclusione degli accordi ad Aarhus, l'Italia aveva già ratificato tale Convenzione, lo stesso non può dirsi per l'Unione Europea. Infatti, solo nel 2005 il Consiglio dell'Unione Europea, tramite la decisione n.370 del 2 febbraio approvò la Convenzione di Aarhus, facendola entrare definitivamente nell'*acquis* comunitario. Tuttavia, già due anni prima di quest'ultima decisione, l'Unione Europea aveva proceduto a regolare alcuni aspetti del diritto di accesso alle informazioni ambientali, tramite la direttiva 2003/4/CE, recepita poi sul piano interno dal Governo Berlusconi con il decreto legislativo n.195 del 19 agosto 2005. La situazione è analoga anche per quanto concerne l'attuazione del secondo pilastro, in materia di partecipazione ambientale, tramite la direttiva 2003/35/CE, recepita poi sempre dallo stesso Governo con il decreto legislativo n.152 del 3 aprile 2006, meglio conosciuto come "Codice dell'ambiente".¹³⁰

Infine, nel 2006, con il Regolamento n.1367/2006 (conosciuto anche come "Regolamento Aarhus"), l'Unione Europea ha applicato a tutte le sue istituzioni e organi le disposizioni della Convenzione di Aarhus, rendendole vincolanti e produttive di effetti verso questi ultimi soggetti. Tra le altre cose, questo regolamento ha proceduto anche all'attuazione del terzo pilastro, attribuendo il diritto di presentare ricorso dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione Europea anche alle Organizzazioni Nazionali non Governative (ONG), portatrici di interessi ambientali.¹³¹

¹²⁹ Iapichino L. (2011) "La Convenzione di Aarhus e il Diritto dell'Unione Europea" in "La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale", Padova, CEDAM, p.56

¹³⁰ Rossi G. (2021) "Funzioni e procedimenti" in "Diritto dell'ambiente." 5. ed. / aggiornamento a cura di Andrea Fari. Torino: Giappichelli, p. 94

¹³¹ Reale G. (2022) "L'adeguamento del diritto comunitario alla convenzione di Aarhus in materia ambientale" in www.altalex.com

3.3 Il primo pilastro: l'accesso alle informazioni ambientali

Di un interesse ambientale può essere titolare chiunque. Quest'ultimo consiste nella preoccupazione, da parte di una persona fisica o giuridica, dell'impatto negativo che le misure adottate dalle amministrazioni pubbliche potrebbero generare sull'ambiente, nonché sulla qualità della vita degli esseri umani e degli animali. Pertanto, al fine di soddisfare tale interesse, nasce l'esigenza di garantire un controllo sociale sull'azione pubblica, il quale garantisca che l'amministrazione pubblica, nell'esercizio delle sue funzioni, non vada ad impattare negativamente sull'ecosistema. È stata proprio in base a questa esigenza che le parti stipulanti la Convenzione di Aarhus hanno dato un importante significato, sia al valore dell'informazione ambientale, sia a quello della partecipazione del pubblico ai processi decisionali ambientali, costituendone rispettivamente il primo e il secondo pilastro. Tuttavia, questa esigenza di controllo sociale non era in realtà stata avvertita per la prima volta durante i negoziati della Convenzione di Aarhus, bensì era già stata rilevata sul piano interno dal nostro legislatore, con la legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente.¹³²

In particolare, all'art.14 di quest'ultima legge era stato previsto che l'amministrazione (il Ministero dell'Ambiente), dovesse assicurare “la più ampia divulgazione delle informazioni sullo stato dell'ambiente”¹³³. Ne consegue che già prima dell'apertura dei negoziati ad Aarhus, il nostro legislatore aveva individuato nel valore dell'informazione ambientale un modo per soddisfare quell'esigenza di controllo sociale sull'azione pubblica.¹³⁴

In seguito, anche l'allora Comunità Europea, su spinta dell'iniziativa italiana e di altri Stati membri, nel 1990 adottò una direttiva “concernente la libertà di accesso all'informazione in materia ambientale”¹³⁵, la quale è stata recepita dall'Italia sette anni dopo tramite il decreto legislativo n. 39 del 1997. Tale direttiva costituisce la base sulla quale è stato redatto il primo pilastro della Convenzione di Aarhus nel

¹³² Legge n. 349 del 8 luglio 1986

¹³³ Art.14, comma 1, legge n. 349 del 8 luglio 1986

¹³⁴ Rossi G. (2021) “*Funzioni e procedimenti*” in “*Diritto dell'ambiente.*” 5. ed. / aggiornamento a cura di Andrea Fari. Torino: Giappichelli, pp. 88-89

¹³⁵ Rubrica della direttiva 90/313/CEE

1998. Infatti, non a caso, si trovano molte similitudini tra le disposizioni di questa direttiva e quelle convenzionali.

La principale norma che disciplina l'accesso alle informazioni ambientali, all'interno della Convenzione di Aarhus, è l'articolo quattro. Quest'ultimo stabilisce che tutte le autorità pubbliche delle parti stipulanti devono mettere a disposizione del pubblico¹³⁶ le informazioni di carattere ambientale¹³⁷ da loro detenute, comprendendo, ove richiesto, anche la copia dei documenti che le contengono. Ciò che risulta interessante in questa disciplina di settore, nonché in contrasto con la "classica" disciplina del diritto di accesso ai sensi della l.241/1990, è l'interesse che l'istante deve dimostrare al momento della richiesta di ostensione del documento. Infatti, sempre ai sensi del primo paragrafo dell'articolo in esame, non è necessario che il pubblico, al momento della richiesta, faccia valere alcun interesse giuridico per accedere all'ostensione e all'estrazione di copia dei documenti contenenti informazioni di carattere ambientale; mentre, come già è stato detto, per accedere ai documenti che contengono altre informazioni, tramite il "classico" diritto di accesso, salvo altre discipline di settore, è necessario che l'istante faccia valere un interesse attuale, concreto e diretto¹³⁸. Pertanto, si desume che chiunque, a prescindere dalla titolarità o meno di un interesse, potrà prendere visione ed estrarre copia dei documenti detenuti dalle amministrazioni pubbliche che contengono informazioni di carattere ambientale. Secondo Caringella, la ratio di questa legittimazione "atitolata" e soggettivamente "indiscriminata" risiede nella finalità che questa disciplina di settore ambientale intende perseguire, ossia "instaurare un regime di integrale pubblicità dell'informazione ambientale che si muove nella duplice direzione della diffusione delle conoscenze (c.d. informazione attiva) e dell'accessibilità alle stesse (c.d. informazione passiva)".¹³⁹

¹³⁶ Definito dall'art.2, paragrafo 5 come: "una o più persone fisiche o giuridiche e, ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone"

¹³⁷ Definite dall'art. 2, paragrafo 3 della Convenzione di Aarhus come: "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale riguardante": lo stato degli elementi dell'ambiente (aria, territorio, paesaggio...); i fattori (sostanze, energia, rumore, radiazioni...) e lo stato di salute, la sicurezza e le condizioni di vita delle persone nonché degli edifici di interesse culturale

¹³⁸ Art. 4, par.1 della Convenzione di Aarhus

¹³⁹ Caringella F. (2022) "*Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale*". 15. ed. Roma: Dike giuridica, p.990

Tuttavia, anche in questa particolare disciplina di settore, non mancano i casi di esclusione dall'accesso, i quali sono sanciti dai paragrafi tre e quattro del presente articolo. Il terzo paragrafo va a delineare i casi di esclusione definibili come "procedurali". Tale disposizione prevede che un'istanza di accesso a documenti contenenti informazioni ambientali possa essere respinta se l'autorità pubblica non dispone di tali informazioni, se la richiesta è irragionevole o formulata in termini troppo generici oppure se riguarda documenti che non sono ancora stati emanati, dunque in fase di elaborazione ¹⁴⁰. Qualora l'amministrazione si trovasse nella prima fattispecie riportata dal terzo paragrafo, allora dovrà indicare all'istante a quale autorità pubblica si dovrà riferire per ottenere le informazioni ambientali richieste.

Invece, il quarto paragrafo prevede l'esclusione dall'accesso di documenti contenenti informazioni ambientali nel caso in cui l'ostensione potrebbe pregiudicare: la segretezza delle deliberazioni interne delle amministrazioni (quando è previsto dal diritto nazionale), le relazioni internazionali, la difesa nazionale o la sicurezza pubblica, il principio dell'equo processo, informazioni di carattere commerciale e industriale, i diritti alla proprietà industriale e intellettuale, i dati personali o "gli interessi dei terzi che abbiano fornito spontaneamente le informazioni richieste, senza essere o poter essere soggetti ad alcun obbligo legale in tal senso, e che non acconsentano alla divulgazione della documentazione" ¹⁴¹. Anche in questo caso, è possibile notare una differenza rispetto alla disciplina "classica" della l.241/1990. Infatti, alla lettera c, secondo comma dell'art.24 di quest'ultima legge, viene prevista l'esclusione dal diritto di accesso "nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione" ¹⁴², i quali non vengono inclusi all'interno dell'elenco di cui al quarto paragrafo, art. 4 della Convenzione di Aarhus.

Il provvedimento con cui l'amministrazione nega l'accesso alle informazioni ambientali deve avere una forma necessariamente scritta solo nel caso in cui la

¹⁴⁰ Art. 4, par.3 della Convenzione di Aarhus

¹⁴¹ Art. 4, par 4, lettera g della Convenzione di Aarhus

¹⁴² Art. 24, comma 2, lettera c della legge n.241 del 7 agosto 1990

richiesta di accesso sia pervenuta a tale amministrazione nella medesima forma¹⁴³; pertanto, in tale fattispecie, è escluso l'istituto del silenzio assenso, come viene anche precisato dalla l.241/1990, in particolare al quarto comma del suo art. 20.

Il provvedimento di accoglimento o di diniego dell'accesso ambientale deve essere emanato entro 30 giorni dalla richiesta, a patto che la complessità delle informazioni non giustifichi una proroga che non può essere superiore, comunque, a 60 giorni.¹⁴⁴

Infine, come anche viene previsto nella l.241/1990, il provvedimento di rifiuto deve essere motivato, indicando le ragioni del rifiuto e le forme di ricorso al quale l'istante può fare riferimento. Queste ultime, per quanto concerne il caso italiano, sono previste dal settimo articolo del decreto legislativo n.195 del 2005, il quale, come già detto, ha recepito la direttiva 2003/4/CE in materia di attuazione alle disposizioni convenzionali del primo pilastro della Convenzione di Aarhus.

Tale articolo si limita a rinviare alle norme della l.241/1990 e del Codice del processo amministrativo che prevedono rispettivamente i rimedi amministrativi e giurisdizionali esperibili anche in caso di diniego o differimento da parte dell'amministrazione procedente del "classico" accesso, ossia il ricorso al Tribunale amministrativo regionale (rimedio giurisdizionale) o la richiesta di riesame al Difensore civico competente o alla Commissione per l'accesso ai documenti, a seconda se il provvedimento è stato emanato da un ente territoriale o da un'amministrazione centrale o periferica dello Stato (rimedi amministrativi). Il ricorso al T.A.R. o la procedura di riesame devono avvenire entro gli stessi termini previsti anche per il diritto di accesso ai sensi della l.241/1990.

Per il resto, il d.lgs. 195/2005 si limita a riportare le disposizioni della Convenzione già analizzate e a dettare disposizioni organizzative e procedurali riferite alle pubbliche amministrazioni nonché alle Regioni e agli Enti locali.

Pertanto, rimane solamente da precisare la questione delle tariffe, la quale è affrontata dal sesto articolo del decreto legislativo in parola. Esso stabilisce che l'ostensione dei documenti è gratuita, fatte "salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti e di visura". Ciò che al contrario non è gratuito è il rilascio della copia, la quale è subordinata al rimborso della riproduzione del documento al

¹⁴³ Art. 4, par.7 della Convenzione di Aarhus

¹⁴⁴ Art.3, comma 2 del decreto legislativo n.195 del 19 agosto 2005

quale l'istante chiede accesso. Tuttavia, il comma secondo dello stesso articolo sancisce che l'autorità pubblica, in casi specifici può "applicare per rendere disponibile l'informazione ambientale, dalla stessa determinata sulla base del costo effettivo del servizio. In tali casi il pubblico è adeguatamente informato sull'entità della tariffa e sulle circostanze nelle quali può essere applicata".¹⁴⁵

3.3.1. L'accesso alle informazioni ambientali e l'accesso civico semplice e generalizzato

La disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali ha avuto innegabilmente una significativa influenza sul legislatore italiano, sia nell'introduzione dell'istituto dell'accesso civico semplice, sia nell'introduzione dell'accesso civico generalizzato i quali hanno mutuato qualche aspetto dalla disciplina di settore in questione. In particolare, ciò che questi due istituti hanno mutuato dall'accesso ambientale è il meccanismo della legittimazione soggettiva, per il quale oggi chiunque può accedere, sia ai documenti soggetti all'obbligo di pubblicazione, non osservato totalmente o parzialmente dall'amministrazione che li detiene all'interno della sezione "amministrazione trasparente" del proprio sito web (accesso civico semplice), sia a tutti quei dati o documenti detenuti dalla Pubblica amministrazione ulteriori rispetto ai documenti che sono assoggettati all'obbligo di pubblicazione (accesso civico generalizzato)¹⁴⁶.

L'art.40 del d.lgs. 33/2013, inserito nel suo Capo V, ha il compito di disciplinare il rapporto fra l'istituto dell'accesso civico semplice e quello dell'accesso alle informazioni ambientali. Tale articolo, al suo secondo comma, stabilisce che nel caso in cui sia previsto l'obbligo di pubblicazione per un documento che contenga al suo interno delle informazioni di carattere ambientale, tali informazioni dovranno essere pubblicate all'interno di una sottosezione a parte, denominata "Informazioni ambientali" ma sempre nel sito web dell'amministrazione in questione, fatti salvi, come stabilito dal terzo comma, i casi di esclusione riportati dal quinto articolo del d.lgs. 195/2005 (gli stessi previsti dall'art. 4 della Convenzione di Aarhus).

¹⁴⁵ Art.6, comma 2 del decreto legislativo n.195 del 19 agosto 2005

¹⁴⁶ Rossi G. (2021) "Funzioni e procedimenti" in "Diritto dell'ambiente." 5. ed. / aggiornamento a cura di Andrea Fari. Torino: Giappichelli, p. 92

Invece, non si può parlare di un vero e proprio rapporto tra accesso alle informazioni ambientali e accesso civico generalizzato (non a caso l'art.40 del d.lgs. 33/2013 è rimasto invariato dopo la sua modifica da parte del d.lgs. 97/2016, il quale ha introdotto il “nuovo” accesso civico); semmai esiste una vera e propria differenza tra i due istituti. Questa distinzione “è costituita dal fatto che il secondo costituisce regola generale adattabile a tutte le tipologie di dati ed informazioni mentre il primo è relativo esclusivamente alle tipologie di dati ed informazioni ambientali”.¹⁴⁷

3.4 Il secondo pilastro: la partecipazione del pubblico al processo decisionale ambientale

Come abbiamo già visto, ai sensi della l.241/1990, possono partecipare al procedimento amministrativo: i soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, i quali sono titolari di un interesse legittimo¹⁴⁸ e qualunque altro “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”.¹⁴⁹

Anche nel caso della partecipazione procedimentale, come in quello dell'accesso ai documenti, la disciplina di settore ambientale va in contrasto con le disposizioni della l.241/1990, introducendo, tramite il secondo pilastro della Convenzione di Aarhus la cd. “partecipazione procedimentale ambientale”. “La specificità della partecipazione in materia ambientale deriva direttamente dalla natura del bene su cui il procedimento incide, che comporta l'indeterminatezza dei soggetti che potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento”¹⁵⁰. In altri termini, i soggetti che intendono partecipare ad un procedimento amministrativo, il cui esito possa generare delle ripercussioni sull'ambiente, non devono essere titolari degli interessi configurati dagli articoli 7 e 9 della legge nazionale sul procedimento amministrativo ma di un semplice “interesse ambientale” al quale si faceva

¹⁴⁷ Sito ufficiale del Sistema Nazionale per la Protezione Ambientale – “Accesso civico generalizzato”, disponibile su: <https://www.snpambiente.it/si-urp/il-diritto-di-accesso-ai-documenti-informazioni-e-dati/accesso-civico-generalizzato/>

¹⁴⁸ Art. 7, legge n.241 del 7 agosto 1990

¹⁴⁹ Art. 9, legge n.241 del 7 agosto 1990

¹⁵⁰ Rossi G. (2021) “Funzioni e procedimenti” in “Diritto dell'ambiente.” 5. ed. / aggiornamento a cura di Andrea Fari. Torino: Giappichelli, p. 93

riferimento nel precedente paragrafo (cfr. § 3.3), del quale può esserne chiunque titolare. Ne consegue che chiunque può intervenire all'interno di un processo decisionale volto a impattare negativamente sull'ecosistema.

La partecipazione procedimentale ambientale viene disciplinata dagli articoli 6, 7 e 8 della Convenzione di Aarhus, attuati poi dalla direttiva 2003/35/CE, recepita a sua volta dall'Italia con il Codice dell'ambiente del 2006¹⁵¹. Gli articoli appena citati della Convenzione vanno ad individuare tre diverse categorie di procedimenti in cui le parti della Convenzione devono assicurare la partecipazione del pubblico, o, per meglio dire, la partecipazione procedimentale ambientale, questi sono: quelli funzionali all'emanazione di decisioni che si riferiscono ad attività specifiche (art. 6), quelli volti all'emanazione di piani, programmi e politiche in materia ambientale (art.7) e, infine, quelli volti all'emanazione di regolamenti di attuazione o di strumenti normativi giuridicamente vincolanti e con portata generale (art.8). Prima di analizzare singolarmente queste disposizioni convenzionali, è necessario constatare un'importante differenza rispetto alla disciplina generale interna sancita dalla l. 241/1990.

L'art.13 di quest'ultima legge sancisce l'esclusione della partecipazione procedimentale all'interno dei processi decisionali volti all'emanazione degli atti di pianificazione e programmazione nonché degli atti normativi, come avviene anche, come già constatato nel precedente paragrafo, anche per il "classico" diritto di accesso. I fattori che hanno inevitabilmente influenzato le parti stipulanti della Convenzione di Aarhus, nell'includere queste due tipologie di processi decisionali alla partecipazione del pubblico, in particolare quello volto all'emanazione di atti di pianificazione o programmazione, sono due.

Il primo è dato dal c.d. "principio della prevenzione", di particolare importanza in ambito europeo, dove è stato introdotto proprio in riferimento alla materia ambientale, ma poi esteso anche in altri settori come quello della salute¹⁵². Tale principio "si riferisce all'esigenza di agire tempestivamente per evitare il verificarsi

¹⁵¹ Decreto legislativo n.152 del 3 aprile 2006

¹⁵² Tesauro, G. et al. (2021) "*Manuale di diritto dell'Unione Europea*", vol. 1. 3. ed. Napoli: Editoriale scientifica, p.173

del danno perché, quando il danno ambientale si è già verificato, diventa più costoso ripararlo oltre che in molti casi tecnicamente impossibile”.¹⁵³

Diversamente, il secondo è un fattore di natura più pratica. Infatti, vi sono certe tipologie di atti di pianificazione o programmazione che, per via del loro contenuto, generano inevitabilmente delle conseguenze sull’ambiente, basti pensare agli atti di pianificazione urbanistica o agli atti di programmazione delle opere pubbliche.

Una volta sottolineata questa importante differenza, procediamo all’analisi degli articoli 6, 7 e 8 della Convenzione di Aarhus. Per “attività specifiche”, il primo paragrafo dell’art.6 fa riferimento a tutte quelle attività che vengono elencate nell’allegato 1 alla stessa Convenzione, tra cui troviamo: il settore energetico, produzione e trasformazione dei metalli, industria mineraria, industria chimica, gestione dei rifiuti, impianti di trattamento delle acque reflue, estrazione di petrolio e gas naturale, cave e miniere, gasdotti, etc.

Tuttavia, lo stesso paragrafo precisa che le disposizioni di cui all’art. 6, si applicano anche a tutte le attività che, seppur non enunciate da suddetto allegato, potrebbero generare degli effetti negativi sull’ambiente.

Il secondo paragrafo disciplina l’atto con cui l’amministrazione procedente da informazione dell’avvio del processo decisionale, ossia quella che ai sensi della l.241/1990 viene definita come “comunicazione di avvio del procedimento”. In questi casi, a essere informato di tale avvio deve essere il “pubblico interessato”, il quale viene definito dal quinto paragrafo del secondo articolo di tale Convenzione come la parte del pubblico “che subisce o che potrebbe subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere a riguardo”. La conoscenza dell’avvio del processo decisionale viene riportata a questi ultimi tramite notificazione individuale o affissione di pubblici avvisi. Pertanto, è possibile notare, rispetto alla disciplina interna, una previsione più generale dei soggetti a cui deve essere comunicato l’avvio del procedimento, mentre, le modalità con cui viene portato alla conoscenza dei soggetti l’avvio del procedimento rimangono essenzialmente le medesime.

¹⁵³ Pisciotta G. (2017) “*Riflessioni intorno alla responsabilità ambientale per le operazioni in mare nel settore degli idrocarburi tra precauzione, prevenzione e riparazione*” in “*Rivista di Diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*”, Vol. XV-2017, p.16

Il pubblico interessato, in questa fase, deve essere informato: dell'oggetto e della natura della decisione, dell'autorità competente ad emanare tale decisione nonché della procedura prevista per l'emanazione dell'atto.

Di particolare importanza sono poi i paragrafi 3 e 4, il cui combinato disposto sancisce che il pubblico potrà partecipare in una fase iniziale, ossia quando tutte le alternative sono praticabili (notiamo ancora l'influenza del principio di prevenzione), in modo da rendere la partecipazione realmente influente ed entro tempi procedurali "ragionevoli" per consentire al pubblico di conoscere l'avvio di tale procedimento e di prepararsi al meglio alla partecipazione.

Per quanto concerne il contenuto della partecipazione, all'interno dei paragrafi 6 e 7, troviamo essenzialmente gli stessi diritti in cui consiste la partecipazione procedimentale anche ai sensi dell'art. 10 della l.241/1990, ossia l'accesso ai documenti che formano il fascicolo procedimentale (anche se in realtà il sesto paragrafo tratta di "informazioni rilevanti ai fini del processo decisionale") e quello della possibilità di presentare delle proprie osservazioni scritte e orali.

Se nell'art.10 della l.241/1990, tali diritti venivano attribuiti a tutti i soggetti che potevano intervenire all'interno del procedimento amministrativo (soggetti intervenienti necessari ed eventuali), lo stesso non si può dire per la presente disciplina di settore. Come viene sancito dal sesto paragrafo, il diritto alla consultazione degli atti contenenti "informazioni rilevanti ai fini del processo decisionale" è attribuito solo al pubblico interessato e non al pubblico, al quale, invece, viene attribuito l'altro diritto, ossia quello di presentare per iscritto (ma anche oralmente, in occasione di audizioni o di indagini pubbliche) osservazioni, informazioni, analisi o pareri ritenuti che lo stesso pubblico ritiene rilevanti e utili a concorrere e influenzare la decisione finale che verrà presa dall'amministrazione procedente. Perciò, la possibilità di accedere ai documenti del "fascicolo procedimentale" viene rimessa, ai sensi della Convenzione, solo a coloro che subiscono o potrebbero subire dalla decisione dell'amministrazione in materia ambientale degli effetti negativi o dai soggetti che hanno un interesse da far valere a riguardo. Infine, l'ottavo paragrafo sancisce l'obbligo per l'amministrazione procedente di tenere conto dei risultati della partecipazione del pubblico nell'adozione della decisione finale.

L'art. 7 si limita a disporre che ciascuna parte della Convenzione deve stabilire delle modalità volte a permettere al pubblico di partecipare all'elaborazione degli atti di pianificazione e programmazione che potrebbero generare delle conseguenze ambientali. In vista di questo obiettivo, le parti hanno stabilito che anche a questi procedimenti si applicano i paragrafi 3, 4 e 8 dell'art. 6.

L'art. 8, in materia di partecipazione procedimentale ambientale ai processi di formazione degli atti normativi, dispone che le parti devono promuovere, in un momento iniziale, ossia quando tutte le alternative sono ancora praticabili, la partecipazione del pubblico all'elaborazione dei regolamenti attuativi di norme giuridiche vincolanti suscettibili di generare effetti negativi sull'ambiente. Per questo fine, ciascuna parte dovrà adottare tre misure specifiche: la fissazione di termini per consentire l'effettiva partecipazione; far conoscere al pubblico le proposte legislative in materia tramite la pubblicazione o tramite altra modalità; permettere al pubblico di presentare delle osservazioni in modo diretto o tramite degli organi consultivi rappresentativi.

Questo pilastro della Convenzione di Aarhus, come già constatato, è stato attuato dalla direttiva 2003/35/CE, la quale a sua volta, è stata recepita da parte del legislatore italiano tramite il Codice dell'ambiente del 2006, nel quale il nostro legislatore ha riconosciuto sul piano interno delle forme di partecipazione ambientale, sia nei confronti di atti specifici, sia nei confronti di atti di pianificazione o di programmazione. Tali forme partecipative si concretizzano tramite il procedimento amministrativo della Valutazione d'impatto ambientale (VIA), per quanto concerne i singoli atti, mentre, per quanto riguarda gli atti di pianificazione o di programmazione, tramite il procedimento amministrativo della Valutazione ambientale strategica (VAS).

In altri termini, tali forme partecipative si collocano all'interno di questi specifici procedimenti amministrativi ambientali. Pertanto, al fine di conoscere le modalità con cui il pubblico può intervenire all'interno di un processo decisionale svolto dall'amministrazione e volto all'emanazione di singoli atti o di atti di pianificazione o programmazione suscettibili di generare effetti negativi sull'ambiente, si rende

necessario conoscere anche la procedura di questi specifici procedimenti amministrativi ambientali.

3.4.1 La valutazione d'impatto ambientale (VIA)

La Valutazione d'impatto ambientale è un procedimento amministrativo volto a valutare la compatibilità ambientale di un singolo progetto (per esempio il progetto di una strada, di un impianto industriale, di un aeroporto, etc.).

Questo procedimento amministrativo impone all'amministrazione di agire preventivamente all'attuazione di un progetto per evitare che da tale attuazione derivino delle conseguenze negative sull'ambiente nonché sulla salute umana.

La procedura per l'emanazione di tale provvedimento è stabilita dal titolo terzo del Codice dell'ambiente. Tale procedura, nei casi previsti dalla legge (dunque solo per degli specifici progetti), ha origine da una fase "preventiva", la quale è volta alla verifica di assoggettabilità del progetto a VIA¹⁵⁴. In questa fase, il proponente¹⁵⁵ deve trasmettere all'autorità competente¹⁵⁶ lo studio preliminare ambientale (uno studio che si svolge in un momento antecedente all'approvazione di un progetto, volto ad individuare i rischi di tipo ambientale che potrebbero derivare da tale progetto). "Entro cinque giorni dalla ricezione dello studio preliminare ambientale, l'autorità competente verifica la completezza e l'adeguatezza della documentazione e, qualora necessario, può richiedere per una sola volta chiarimenti e integrazioni al proponente"¹⁵⁷. Tali chiarimenti dovranno pervenire all'autorità competente entro quindici giorni, pena l'archiviazione del progetto. Qualora lo studio preliminare sia ritenuto completo dall'autorità competente ovvero una volta richiesti i chiarimenti e le integrazioni da parte del proponente, l'autorità

¹⁵⁴ Definita dall'art. 5, lettera m del d.lgs. n.152 del 2006 come "la verifica attivata allo scopo di valutare, ove previsto, se un progetto determina potenziali impatti ambientali significativi e negativi e deve essere quindi sottoposto al procedimento di VIA secondo le disposizioni di cui al Titolo III della parte seconda del presente decreto"

¹⁵⁵ Definita dall'art. 5, lettera r del d.lgs. n.152 del 2006 come "il soggetto pubblico o privato che elabora il piano, programma o progetto soggetto alle disposizioni del presente decreto".

¹⁵⁶ Definita dall'art. 5, lettera p del d.lgs. n.152 del 2006 come "la pubblica amministrazione cui compete l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, l'elaborazione del parere motivato, nel caso di valutazione di piani e programmi, e l'adozione dei provvedimenti di VIA, nel caso di progetti ovvero il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale o del provvedimento comunque denominato che autorizza l'esercizio".

¹⁵⁷ Art.19, comma 2 del decreto legislativo n.152 del 2006

competente provvederà a pubblicare lo studio in questione all'interno del proprio sito web.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione “chiunque abbia interesse può presentare le proprie osservazioni all'autorità competente in merito allo studio preliminare ambientale e alla documentazione allegata”.¹⁵⁸

L'autorità competente, tenendo conto delle osservazioni pervenute, dovrà adottare il provvedimento di verifica di assoggettabilità VIA entro 45 giorni dalla scadenza del termine di trenta giorni sopracitato.

Una volta emanato il provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA (qualora fosse previsto), il proponente dovrà predisporre lo studio di impatto ambientale (SIA). Al suo interno vi è una breve descrizione del progetto, dei dati essenziali per valutare l'impatto ambientale del progetto, la descrizione delle alternative principali, compresa la cd. “alternativa zero”¹⁵⁹ nonché la proposta di un progetto di monitoraggio. In altre parole, lo SIA è una valutazione sistematica, tecnica e molto dettagliata, svolta dal proponente, delle potenziali conseguenze in termini ambientali che potrebbero cagionare dal progetto in questione. Allo SIA deve essere allegata la sintesi non tecnica, la quale è lo strumento che va a descrivere il progetto con termini, come riporta lo stesso atto, “atecnici”, in modo da consentire al pubblico di comprendere al meglio qual è l'impatto ambientale che potrebbe derivare dall'attuazione progettuale.

A questo punto, il proponente potrà presentare ufficialmente istanza all'autorità competente, allegando il progetto definitivo, lo studio di impatto ambientale e la sintesi non tecnica.

Ai sensi dell'art. 24 del Codice dell'ambiente, della presentazione dell'istanza deve essere informato necessariamente il pubblico tramite la pubblicazione di un avviso all'interno del sito web dell'amministrazione procedente. Tale avviso costituisce la vera e propria comunicazione di avvio del procedimento. Non a caso, lo stesso articolo 24 dispone al suo primo comma quanto segue: “Tale forma di pubblicità

¹⁵⁸ Art.19, comma 4 del decreto legislativo n.152 del 2006

¹⁵⁹ È una delle alternative che, in sede di valutazione dello SIA, deve essere necessariamente vagliata assieme alle altre, ossia quella del “non fare” per evitare un importante impatto ambientale

tiene luogo delle comunicazioni di cui agli articoli 7 e 8, commi 3 e 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241”.¹⁶⁰

Entro sessanta giorni dalla pubblicazione all'interno del sito web dell'amministrazione di tale avviso, “chiunque abbia interesse può prendere visione, sul sito web, del progetto e della relativa documentazione e presentare le proprie osservazioni all'autorità competente, fornendo anche nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi”¹⁶¹. Questo periodo di sessanta giorni viene definito come “fase di consultazione”, la quale potrà avvenire anche sottoforma, ai sensi dell'art.24-bis del presente decreto legislativo, di inchiesta pubblica con oneri a carico del proponente e solo nel caso in cui tale modalità di consultazione sia disposta dall'autorità competente. Tale inchiesta è volta all'esame dello SIA nonché dei suoi allegati. Essa si conclude con una relazione e un giudizio sui risultati emersi dalla stessa. Sulla base della consultazione, a prescindere dalla sua forma, il proponente potrà richiedere all'autorità procedente l'autorizzazione a modificare i propri elaborati. Il procedimento si conclude con l'emanazione del provvedimento VIA, pubblicato all'interno del sito web dell'autorità competente.¹⁶²

3.4.2 La valutazione ambientale strategica (VAS)

Diversamente, la Valutazione ambientale strategica (VAS) è un procedimento amministrativo che è volto ad accertare la compatibilità ambientale degli atti di pianificazione e programmazione.

Il procedimento VAS ha inizio (come anche quello VIA) da una fase preliminare, volta alla verifica di assoggettabilità di un piano o di un programma a VAS. Tale fase è esclusa nei casi in cui la legge prevedeva obbligatoriamente la soggezione a VAS per determinati piani o programmi. In questa fase, l'autorità procedente¹⁶³ dovrà trasmettere all'autorità competente un rapporto preliminare di assoggettabilità a VAS con descrizione del piano o del programma e tutte le

¹⁶⁰ Art.24, comma 1 del decreto legislativo n.152 del 2006

¹⁶¹ Art.24, comma 3 del decreto legislativo n.152 del 2006

¹⁶² Lugaresi, N. et al. (2020) “*Diritto dell'ambiente*”, 6. ed., Milano-Padova, Wolters Kluwer CEDAM, pp. 86-91

¹⁶³ Definita dall'art. 5, lettera q del d.lgs. n.152 del 2006 come “la pubblica amministrazione che elabora il piano, programma soggetto alle disposizioni del presente decreto, ovvero nel caso in cui il soggetto che predispone il piano, programma sia un diverso soggetto pubblico o privato, la pubblica amministrazione che recepisce, adotta o approva il piano, programma

informazioni nonché i dati volti a far verificare all'autorità competente gli impatti sull'ambiente di tale piano o programma. In seguito a questa trasmissione e una volta che si sono raccolti eventuali pareri da parte di altri soggetti preposti alla tutela ambientale, l'autorità competente dovrà dichiarare o meno la soggezione del piano o programma essere a VAS; cioè, deve valutare se il piano o il programma elaborato dall'autorità precedente è idoneo o meno a generare un impatto negativo sull'ambiente. Il risultato dovrà essere reso pubblico.

In caso di verifica positiva, l'autorità precedente sarà obbligata a redigere un rapporto ambientale in cui vengono riportati gli effetti negativi sull'ambiente che deriverebbero dall'applicazione del piano o programma e le sue ragionevoli alternative. Questo rapporto dovrà essere trasmesso sempre all'autorità competente, allegando a quest'ultimo la vera e propria proposta del piano o del programma e l'avviso al pubblico.

Tale avviso dovrà contenere: la denominazione del piano o del programma, una breve descrizione del piano o programma, l'indirizzo web dell'amministrazione precedente nonché i termini entro cui il pubblico potrà partecipare. Tale avviso costituisce l'avvio del procedimento VAS, il quale viene portato alla conoscenza del pubblico (mettendo quest'ultimo nelle condizioni di poter partecipare) tramite pubblicazione all'interno della Gazzetta ufficiale o nel Bollettino ufficiale della Regione, a seconda del tipo di amministrazione precedente. Entro 45 giorni dalla pubblicazione di tale avviso, chiunque potrà "prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare proprie osservazioni in forma scritta, in formato elettronico, anche fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi".¹⁶⁴

Tali osservazioni costituiranno una parte degli atti dell'istruttoria procedimentale, condotta ovviamente dall'autorità competente, sulla base dei quali, assieme agli atti istruttori, quest'ultima, prima dell'emanazione del provvedimento, dovrà emanare un parere motivato con il quale potrà imporre all'autorità precedente una revisione del piano o programma. Una volta che sia stato emanato un parere positivo, l'autorità precedente dovrà trasmettere nuovamente il progetto del piano o programma, con la relativa documentazione sempre all'autorità competente, la

¹⁶⁴ Art.14, comma 2 del decreto legislativo n.152 del 2006

quale procederà alla decisione finale. Quest'ultima dovrà essere pubblicata nel sito web dell'amministrazione procedente nonché di tutte le autorità interessate, indicando il luogo in cui è possibile prendere visione della documentazione.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Lugaresi, N. et al. (2020) *“Diritto dell'ambiente”*, 6. ed., Milano-Padova, Wolters Kluwer CEDAM, pp. 84-86

CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha voluto analizzare l'evoluzione e l'attuale disciplina sul piano interno (derivante dalla legge n.241 del 1990) degli istituti della partecipazione procedimentale e del diritto di accesso ai documenti amministrativi per poi confrontarli con la disciplina settoriale ambientale creata con la Convenzione di Aarhus del 1998 e le sue successive attuazioni europee e nazionali.

In un momento storico in cui la tutela dell'ambiente è diventata ancor più al centro dell'attenzione pubblica, la Convenzione di Aarhus prevede una disciplina settoriale ambientale che permetta realmente di tutelare uno dei pochi interessi che davvero si può definire come "comune", ossia l'interesse ambientale, in quanto l'ambiente è una materia che deve riguardare chiunque nella stessa misura.

In particolare, i due strumenti previsti dalla Convenzione di Aarhus, dell'accesso alle informazioni ambientali e della partecipazione del pubblico ai processi decisionali ambientali, rispetto ai due istituti "classici" configurati dalla l.241/1990, sono stati in grado di potenziare la tutela dell'ecosistema e di prevedere una maggior responsabilità per quelle amministrazioni che causano degli effetti negativi sull'ambiente, tramite le loro azioni. Il merito di questi due strumenti convenzionali lo si deve principalmente alla loro "atitolarità" (prevista proprio in virtù della "comunicità" dell'interesse ambientale), la quale permette a chiunque lo desideri di esercitare un controllo sociale sull'azione amministrativa "ambientale" (accesso alle informazioni ambientali) oppure di presentare delle osservazioni, informazioni rispetto a un singolo progetto o ad atti di pianificazione o programmazioni, la cui attuazione, da parte dell'amministrazione procedente, potrebbe generare degli impatti negativi sull'ambiente.

Pertanto, è possibile affermare che, ad oggi, la Convenzione di Aarhus, nonostante sia abbastanza datata, attraverso un'attuazione settoriale del principio di trasparenza, fornisce degli adeguati strumenti informativi e partecipativi al pubblico, i quali sono in grado di permettere, sia a chiunque lo desideri di partecipare alla lotta per il rispetto dell'ambiente e contro il cambiamento climatico,

sia di garantire un elevato livello di trasparenza ambientale che questa particolare materia merita.

In definitiva, tali strumenti hanno spianato la strada verso un contesto di *governance* democratica di tipo ambientale, all'interno della quale chiunque può prendere parte a qualsiasi decisione operata dai pubblici poteri che abbia delle implicazioni di carattere ambientale. Tuttavia, sul piano pratico, l'efficacia di questi strumenti è ancora oggi subordinata alla volontà degli attori politici nonché alla volontà e alla consapevolezza partecipativa dei cittadini, la quale, dovrebbe essere costante ma purtroppo, così non è.

Bibliografia

- Algieri, P. (2014) “L’accesso agli atti amministrativi” [online]. Disponibile su: <http://www.ildirittoamministrativo.it/archivio/allegati/L%20accesso%20agli%20atti%20amministrativi,%20a%20cura%20di%20PIETRO%20ALGIERI.pdf>
- Astone, F. et al. (2014) “Percorsi di diritto amministrativo”. Torino: G. Giappichelli
- Benvenuti, F. (1952) “Funzione amministrativa, procedimento, processo” in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”
- Cadelano, S. (2021) “Diritto di accesso documentale ex l.241/1990 e casi di esclusione” [online] <https://www.diritto.it/diritto-di-accesso-documentale-ex-l-241-1990-e-casi-di-esclusione/>
- Carbonara, L. (2012) “Il principio di partecipazione nel procedimento ambientale” in “GiustAmm”, n.10/2012
- Caringella, F. (2022) “Manuale di diritto amministrativo: parte generale e parte speciale”. 15. ed. Roma: Dike giuridica
- Casetta, E. (2019) “Manuale di diritto amministrativo”. 21°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre
- Casetta, E. (2022) “Manuale di diritto amministrativo”. 24°ed. A cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre
- Chieffi, G. (2020) “L’evoluzione del diritto di accesso ai documenti amministrativi” in “Diritto Futuro” [online]. Disponibile su: <https://www.dirittofuturo.com/pubblicazioni-in-diritto/item/52-l-evoluzione-normativa-del-diritto-di-accesso-ai-documenti-amministrativi.html>
- Cicalese, S. (2019) “La comunicazione di avvio del procedimento tra eccezioni e deroghe” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/la-comunicazione-di-avvio-del-procedimento-tra-eccezioni-e-deroghe/>
- Clarich, M. (2019) “Manuale di diritto amministrativo”. Bologna, IV ed., Il Mulino
- Clarich, M. (2022) “Manuale di diritto amministrativo”. Bologna, V ed., Il Mulino
- Colaviti, G. (2020) “Il dibattito pubblico e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale” in “Amministrazione in Cammino” [online]. Disponibile su: <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wpcontent/uploads/2020/04/COLAVITTI-4.pdf>
- Corradino, M. (2022) “Manuale di diritto amministrativo”. 2^a ed. Bari-Roma; Cacucci

Croci, E. (2006) “*Trasparenza dell’azione pubblica in materia ambientale: l’evoluzione normativa*” in “*Diritto all’ambiente*” [online]. Disponibile su: http://dirittoambiente.net/file/vari_articoli_89.pdf

D’Alberti, M. (2019) “*Lezioni di diritto amministrativo*”. 4. ed, Giappichelli

De Benedetti C. (2017) “*Diritto di accesso agli atti ex lege 241/90 e "nuovo" accesso civico "generalizzato" ex d. lgs. 97/16: qualche criticità nella sovrapposizione dei procedimenti*” in “*GiustAmm*”, ANNO XIV, n.9.

De Siano A. e Lombardi F. (2020) “*Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d’accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O*” in “*Amministrativamente*”, numero 3, pag. 6-7 [online]. Disponibile su: <http://www.amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/13175>

Facondini L. (2019) “*La partecipazione al procedimento amministrativo*” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/la-partecipazione-al-procedimento-amministrativo/>

Fari, A. (a cura di) (2021) “*Diritto dell’ambiente.*” 5. ed. Torino: Giappichelli

Gagliardi, B. (2017) “*Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*” in “*Diritto Amministrativo*”, fascicolo nr. 2, pp.373-391

Galetta D.U. (2016) “*Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n.33/2013*” [online]. Disponibile su: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=31502>

Gattamelata S. e Romana Feleppa F. (2007) “*Il documento informatico nel processo telematico*” in “*Informatica e Diritto*”, Vol. XVI 2007, n.1-2

Giovagnoli, R. (2013) “*Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*”, in “*GiustAmm*”, nr. 9/2013.

Gualdani A. (2022) “*Le novità in tema di preavviso di rigetto*” in “*PA persona e amministrazione*”, v.11, numero 2. pp.533-560

Iapichino L. (2011) “*La Convenzione di Aarhus e il Diritto dell’Unione Europea*” in “*La Convenzione di Aarhus e l’accesso alla giustizia in materia ambientale*”, Padova, CEDAM, pp. 55-68

Ingegnatti S. (2023) “*Dal riesame in materia di accesso agli atti amministrativi alle funzioni del difensore civico contro la mala gestio della P.A. Come è cambiato il modo di interfacciarsi dell’avvocato con la difesa civica*” in “*Il Piemonte delle Autonomie*”, anno X, numero 1

Lugaresi, N. et al. (2020) “*Diritto dell’ambiente*”, 6. ed, Milano-Padova, Wolters Kluwer CEDAM

Mancazzo G. (2022) “*Il principio di partecipazione: dalla concezione Weberiana-unilaterale ad un nuovo modo di intendere il rapporto autorità/libertà*” in “*Il diritto amministrativo*” [online]. Disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it/Il-principio-di-partecipazione-dalla-concezione-Weberiana-unilaterale-ad-un-nuovo-modo-di-intendere-il-rapporto-autorit%C3%A0-libert%C3%A0/stu923>

Malafronte A. (2020) “*L’accesso civico semplice e l’accesso civico generalizzato*” [online]. Disponibile su: <https://www.altalex.com/guide/accesso-civico-semplce-e-generalizzato>

Masala T. (2021) “*Principi sul diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi*” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/principi-sul-diritto-di-accesso-agli-atti-e-documenti-amministrativi/>

Menditto S. (2006) “*Il diritto di accesso per i documenti relativi a mera attività interna della P.A*” [online]. Disponibile su: <https://www.altalex.com/documents/news/2006/09/25/il-diritto-di-accesso-per-i-documenti-relativi-a-mera-attivita-interna-della-p-a>

Merloni, F. et al. (2022) “*Istituzioni di diritto amministrativo*”. 4. ed. Torino: Giappichelli

Milo G. (2020) “*Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n.120*” in “*AmbienteDiritto*”, anno XX, fascicolo 4/2020.

Montana Y. (2022) “*La comunicazione di avvio del procedimento alla luce della giurisprudenza*” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/la-comunicazione-di-avvio-del-procedimento-amministrativo-alla-luce-della-giurisprudenza/>

Montana, Y. (2023) “*Accesso documentale – il diritto di accesso all’informazione ambientale*” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/diritto-accesso-documentale-informazione-ambientale/>

Palmieri P. (2020) “*Le diverse forme di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione: evoluzione storica, limiti e modalità*” [online]. Disponibile su: <http://www.salvisjuribus.it/le-diverse-forme-di-accesso-agli-atti-della-pa-evoluzione-storica-limiti-e-modalita/>

Pellegrino A. (2022) “*Le fasi del procedimento amministrativo*” [online]. Disponibile su: <https://www.diritto.it/le-fasi-del-procedimento-amministrativo/>

Pisciotta G. (2017) “*Riflessioni intorno alla responsabilità ambientale per le operazioni in mare nel settore degli idrocarburi tra precauzione, prevenzione e riparazione*” in “*Rivista di Diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*”, Vol. XV-2017, pp. 15-35

Porrato R. (2016) “*Informazione ambientale e trasparenza: due discipline a confronto*” in “*Il Piemonte delle Autonomie*”, anno III, numero 3-2016

Reale G. (2022) “*L’adeguamento del diritto comunitario alla convenzione di Aarhus in materia ambientale*” [online]. Disponibile su: <https://www.altalex.com/documents/news/2022/03/26/adeguamento-del-diritto-comunitario-alla-convenzione-di-aarhus-in-materia-ambientale>

Romano, M.C. (2012) “*Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L’ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento*” in “*Amministrazione in Cammino*” [online]. Disponibile su: <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/10/Romano-Modelli-Partecipativi.pdf>

Rossi G. (2021) “*Funzioni e procedimenti*” in “*Diritto dell’ambiente.*” 5. ed. / aggiornamento a cura di Andrea Farì. Torino: Giappichelli, pp. 67-99

Sandulli, A.M (1940) “*Il procedimento amministrativo*”, Milano

Telesio, G. (2017) “*Il Procedimento amministrativo: profili generali*”, in “*I procedimenti amministrativi delle università italiane*” a cura di Penzo Doria G. Trieste: EUT

Tanzi, A. et al. (2011) “*La convenzione di Aarhus e l’accesso alla giustizia in materia ambientale*”. Padova, CEDAM.

Tesauro, G. et al. (2021) “*Manuale di diritto dell’Unione Europea*”, vol. 1. 3. ed. Napoli: Editoriale scientifica

Trimarchi Banfi F. (2011) “*L’istruttoria procedimentale dopo l’articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*” in “*Diritto Amministrativo*”, fascicolo nr. 2. pp.353-360

Vaiano D. (2017) “*Accesso agli atti: dalla legge 241 alla riforma Madia*” [online]. Disponibile su: <https://www.studiocataldi.it/articoli/25558-accesso-agli-atti-dalla-legge-241-alla-riforma-madia.asp>

Vaiano D. (2017), “*L’evoluzione del diritto di accesso ai documenti amministrativi e le differenze con l’accesso civico*” in “*AmbienteDiritto*” [online]. Disponibile su: <https://www.ambientediritto.it/dottrina/evoluzione-del-diritto-di-accesso-ai-documenti-amministrativi/>

Sitografia

www.affariregionali.it/ - Sito ufficiale del Dipartimento per gli Affari Regionali e per le Autonomie

www.anticorruzione.it/ - Sito ufficiale dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione)

www.commissioneaccesso.it/- Sito ufficiale della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

www.europea.eu – Sito ufficiale dell'Unione Europea

www.funzionepubblica.gov.it/ - Sito ufficiale del Ministero della Pubblica Amministrazione

www.garanteprivacy.it/ - Sito ufficiale del Garante per la protezione dei dati personali

www.interno.gov.it/it - Sito ufficiale del Ministero dell'Interno

www.isprambiente.gov.it – Sito ufficiale dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale

www.mase.gov.it/ - Sito ufficiale del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica

www.regione.abruzzo.it – Sito ufficiale della Regione Abruzzo

www.regione.veneto.it – Sito ufficiale della Regione Veneto

www.snpambiente.it/ - Sito ufficiale del Sistema Nazionale Protezione Ambientale

Ringraziamenti

Al termine della trattazione dell'argomento oggetto di questa tesi di laurea, ritengo sia doveroso dedicare un piccolo spazio all'interno dell'elaborato alle persone incontrate durante il mio percorso di vita, scolastico e accademico, le quali mi sono state vicino sia nei momenti di gioia, sia in quelli di sconforto.

Ringrazio la mia famiglia, composta da mia madre Stefania, mio fratello Mattia e Cristian per la loro presenza in qualsiasi momento. Senza di loro questo lavoro non avrebbe senso di esistere;

Ringrazio anche mia nonna Maria e i miei zii Denis e Sabina per avermi fornito i migliori consigli nei momenti più difficili e per avermi supportato nel portare al termine il mio percorso di studi;

Ringrazio Giorgia, per la sua immensa pazienza, per la motivazione che è stata in grado di trasmettermi e per la sua grande fiducia in me, la quale mi ha spinto sempre a dare il massimo;

Un ulteriore ringraziamento anche ai miei cugini Michael, Gabriele e Daniele e a tutti i miei amici per la loro costante vicinanza;

Un grazie di cuore anche a tutti i colleghi universitari con i quali ho condiviso questo percorso e instaurato dei rapporti stupendi di amicizia, in particolar modo con Marco, Lucia, Elisa, Vanessa, Anna, Stefano e Mattia;

Un ringraziamento anche alla mia relatrice, la Prof.ssa Santinello Paola che in questi mesi di lavoro con la sua immensa disponibilità e professionalità mi ha seguito nella stesura del presente elaborato;

Infine, un ultimo ringraziamento va a tutti i professori e a tutto il personale della Scuola Edile Padova, la quale mi ha accolto dopo le scuole medie. Grazie per aver creduto sempre in me, è un onore essere il vostro primo studente laureato.

