

Pubblicato il 29/06/2020

Sent. n. 1245/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi dell'art. 116 cod.proc.amm.

sul ricorso numero di registro generale 592 del 2020, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dall'avv. Danilo Giovanni Daniel, dall'avv. Alfio Livio Girgenti e dall'avv. Federica Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Milano, viale E. Caldara n. 43;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Paola Cozzi, Alessandra Montagnani Amendolea, Maria Lodovica Bognetti, Elena Maria Ferradini e Anna Maria Pavin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, via della Guastalla n. 6;

per l'annullamento

del silenzio-rigetto formatosi per effetto dell'inerzia serbata dal Comune di Milano in ordine all'istanza di accesso presentata in data [omissis], circa le pratiche relative alle istanze di autorizzazione edilizia [omissis];

.....*per l'accertamento*.....

della fondatezza della pretesa e l'adozione dei conseguenti provvedimenti, ivi compreso l'ordine al Comune di Milano di provvedere sulla predetta istanza, con nomina di un commissario *ad acta* per il caso di inottemperanza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 23 giugno 2020 il dott. Italo Caso, con causa passata in decisione senza discussione orale, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge n. 18/2020 (conv. legge n. 27/2020);

Considerato che, con istanza presentata in data [omissis], [omissis], su delega della ricorrente, chiedeva al Comune di Milano l'accesso alle pratiche relative alle istanze di autorizzazione edilizia P.G. 003472 del 13 aprile 1992 e P.G. 004319 del 17 maggio 1994, concernenti l'unità immobiliare di proprietà della sig.ra Pasqualetti in viale Sabotino n. 38;

che, stante l'inerzia dell'Amministrazione e la conseguente formazione del silenzio-rigetto, l'interessata ha adito il giudice amministrativo per vederne riconosciuto il diritto di accedere a quelle pratiche edilizie, ai sensi dell'art. 22, comma 3, della legge n. 241 del 1990;

che ella invoca la posizione di proprietaria dell'unità immobiliare cui si riferiscono i documenti chiesti in visione e, in ragione di ciò, fa valere l'interesse giuridicamente protetto a censurare il "tacito

rigetto” della sua richiesta, ai sensi dell’art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, decorsi inutilmente trenta giorni dalla domanda;

che, accertata la fondatezza della pretesa, chiede quindi che si ordini al Comune di Milano di provvedere sull’istanza di accesso, con immediata nomina di un commissario *ad acta* deputato a subentrare in caso di ulteriore inerzia dell’ente;

che si è costituito in giudizio il Comune di Milano, opponendosi all’accoglimento del ricorso;

che successivamente, per effetto di una sopraggiunta comunicazione comunale del tenore “... *dalle ricerche effettuate in merito alle modifiche richieste, [omissis], nulla risulta essere stato depositato presso l’Area Sportello Unico per l’Edilizia, le consigliamo di rivolgersi presso il Municipio n. 5 in via Tibaldi 41 per ulteriori verifiche ...*” (nota del 20 marzo 2020), il delegato della ricorrente ha presentato una nuova istanza presso l’indicato ufficio comunale;

che, in esito a tale ulteriore richiesta, l’Area Municipio 5 - Ufficio Idoneità Abitativa del Comune di Milano ha infine comunicato che “... *a seguito di ricerca effettuata presso i nostri archivi la pratica identificata [omissis] risulta IRREPERIBILE ...*” (nota comunale del 16 giugno 2020);

che alla camera di consiglio del 23 giugno 2020 la causa è passata in decisione;

Ritenuto che, per costante giurisprudenza, alla stregua del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, anche nei procedimenti di accesso ai documenti amministrativi l’esercizio del relativo diritto non può che riguardare, per evidenti motivi di buon senso e ragionevolezza, i documenti esistenti e non anche quelli distrutti o comunque irreperibili (v. tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 3 luglio 2018 n. 4411), non essendo tuttavia sufficiente – al fine di dimostrare l’oggettiva impossibilità di consentire il diritto di accesso e quindi di sottrarsi agli obblighi tipicamente incombenti sull’amministrazione in base alla normativa primaria in tema di accesso – la mera e indimostrata affermazione in ordine all’indisponibilità degli atti quale mera conseguenza del tempo trascorso e delle modifiche organizzative *medio tempore* succedutesi, in quanto spetta all’Amministrazione destinataria dell’istanza di accesso l’indicazione, sotto la propria responsabilità, degli atti inesistenti o indisponibili che non è in grado di esibire, con l’obbligo di dare dettagliato conto delle ragioni concrete di tale impossibilità (v. Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013 n. 892);

che, occupandosi di casi di dichiarata irreperibilità dei documenti oggetto di istanza di accesso, la Sezione ha già avuto modo di rilevare che in simili situazioni l’Amministrazione è tenuta ad eseguire con la massima accuratezza e diligenza sollecite ricerche per rinvenire i documenti chiesti in visione – destinando all’uopo idonee risorse in termini di personale e tempo –, e qualora, ciò nonostante, la documentazione non venisse reperita, deve estendere le relative indagini, anche con le opportune segnalazioni e denunce all’Autorità giudiziaria, presso altre Amministrazioni che fossero in possesso di copia della documentazione richiesta, per poi – in caso di ulteriore esito negativo delle ricerche – dare conto al privato delle ragioni dell’impossibilità di ricostruire gli atti mancanti, delle eventuali responsabilità connesse a tale mancanza (smarrimento, sottrazione, ecc.) e dell’adozione degli atti di natura archivistica che accertino lo smarrimento/irreperibilità in via definitiva dei documenti medesimi (v. sentt. n. 2587 del 15 novembre 2018, n. 1255 del 31 maggio 2019 e n. 343 del 20 febbraio 2020);

che nella fattispecie, dopo avere fatto vanamente decorrere il termine stabilito dalla legge per provvedere sull’istanza di accesso e così costretto la ricorrente ad adire il giudice amministrativo, il Comune di Milano ha prima comunicato che “... *dalle ricerche effettuate in merito alle modifiche richieste, [omissis], nulla risulta essere stato depositato presso l’Area Sportello Unico per l’Edilizia, le consigliamo di rivolgersi presso il Municipio n. 5 in via Tibaldi 41 per ulteriori verifiche ...*” (nota in data 20 marzo 2020 della Direzione Urbanistica - Area Sportello Unico per l’Edilizia) e poi comunicato che “... *a seguito di ricerca effettuata presso i nostri archivi la pratica identificata P.G. [omissis] risulta IRREPERIBILE ...*” (nota comunale in data 16 giugno 2020 dell’Area Municipio 5 - Ufficio Idoneità Abitativa), il tutto quando era già stato instaurato il presente giudizio;

che, tuttavia, il diniego si fonda unicamente sulla mera dichiarazione di irreperibilità dei documenti oggetto della richiesta ostensiva, senza dare puntuale conto delle modalità di conservazione degli atti invocati in visione, delle ragioni del loro smarrimento e delle ricerche in concreto compiute, sì da

doversi dichiarare fondata la domanda giudiziale proposta dal proprietario dell'unità immobiliare interessata dalle pratiche edilizie non ostese;

che, del resto, come è noto, se il giudizio ex art. art. 116 cod.proc.amm. è stato già incardinato sul presupposto dell'avvenuta formazione del silenzio-rigetto, il fatto che l'Amministrazione adotti un'esplicita determinazione di segno negativo non ha alcun effetto sulla procedibilità dell'azione, in quanto il giudizio in materia di accesso, anche se si atteggia come impugnatorio perché rivolto avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio-rigetto formatosi sulla relativa istanza, ha in realtà per oggetto l'accertamento della spettanza o meno del diritto medesimo, piuttosto che la verifica della sussistenza di vizi di legittimità dell'eventuale diniego opposto dall'Amministrazione (v. Cons. Stato, Sez. IV, 6 febbraio 2019 n. 906);

che, pertanto, non occorre l'impugnativa dei due atti di diniego sopraggiunti nel corso del giudizio, e neppure rileva che il secondo diniego si riferisce ad nuova istanza del 26 marzo 2020, essendo quest'ultima nient'altro che una reiterazione/prosecuzione della prima, sollecitata dalla stessa Amministrazione presso un diversa articolazione interna dei suoi uffici;

che, pertanto, per trattarsi di pretesa insoddisfatta, il ricorso va accolto, dovendosi ordinare al Comune di Milano di attivare ogni iniziativa utile a reperire la documentazione richiesta dalla ricorrente – la cui legittimazione all'ostensione degli atti non è peraltro messa in discussione dall'ente –, con l'obbligo di acquisire attestazioni formali dei Responsabili degli uffici interessati circa l'effettuazione delle ricerche compiute e le ragioni dell'eventuale irreperibilità della documentazione in questione, all'esito di un'indagine esaustiva e completa, certificata da chi ha la competenza per farlo;

che, vista la situazione prospettata, appare appropriato assegnare al Comune di Milano il termine complessivo di sessanta giorni – decorrente dalla comunicazione della presente sentenza – per provvedere sull'istanza di accesso della ricorrente;

che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), cod.proc.amm. (*“In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda ... dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza”*), una volta decorso infruttuosamente il termine suindicato, provvederà – entro i sessanta giorni successivi alla comunicazione pervenutagli a cura della ricorrente – un Commissario *ad acta*, che sin d'ora si nomina nel Prefetto di Milano (con possibilità di delega a funzionario della stessa struttura amministrativa), il quale darà corso alle operazioni necessarie a dare riscontro all'istanza di accesso, nei termini suindicati, anche avvalendosi del personale e delle competenti unità operative del Comune di Milano;

che le spese di lite seguono la soccombenza del Comune di Milano, e vengono liquidate come da dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- a) lo accoglie e, per l'effetto, ordina al Comune di Milano di provvedere sull'istanza di accesso della ricorrente, nei termini di cui in motivazione;
- b) per il caso di inottemperanza nomina sin d'ora quale Commissario *ad acta* il Prefetto di Milano (con possibilità di delega a funzionario della stessa struttura amministrativa), il quale darà corso alle operazioni necessarie a dare riscontro all'istanza di accesso, nei termini di cui in motivazione;
- c) condanna il Comune di Milano al pagamento alla ricorrente delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge e alla rifusione del contributo unificato (nella misura effettivamente versata).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 23 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza per mezzo della piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa,

secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge 24 aprile 2020, n. 27) e dal decreto n. 6/2020 del Presidente del T.A.R. per la Lombardia, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Italo Caso

IL SEGRETARIO