

## **RASSEGNA GIURIDICA**

a cura dell'Avvocatura della Città di Aosta

dirigente avvocato Valdo Azzoni

anno 2003 numero 1

Inauguriamo oggi una nuova offerta del sito del Comune di Aosta. L'iniziativa si articola in tre sezioni che vogliono rispettivamente presentare: la prima, dal titolo "Sotto la lente di ingrandimento", uno scritto originale su un tema di particolare interesse per gli operatori e per i cittadini; la seconda, dal titolo "Sentenze per noi", alcune recenti decisioni degli organi di giustizia di immediato rilievo pratico per il funzionamento della complessa macchina amministrativa del Comune; la terza, dal titolo "Un Regolamento sotto esame", alcuni passaggi salienti di uno dei numerosi Regolamenti in vigore, proposti con il corredo di un commento affidato prevalentemente ad estratti da sentenze rese dai giudici di tutto il Paese.

In tutti e tre i casi crediamo di offrire al lettore la possibilità di capire meglio la realtà comunale e di avvicinarsi alle sue logiche, magari anche - ce lo auguriamo di cuore - di scoprire prospettive nuove di salvaguardia dei propri diritti.

In questa ottica di confronto e di dialogo, la Civica amministrazione invita chiunque abbia un problema di diritto di interesse collettivo a segnalarlo alla redazione del sito. La questione sarà esaminata, nei suoi caratteri generali e nel rispetto della riservatezza, nel corpo di una futura, quarta rubrica dal titolo "La posta".

**SOMMARIO**  
del numero 1/03

**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

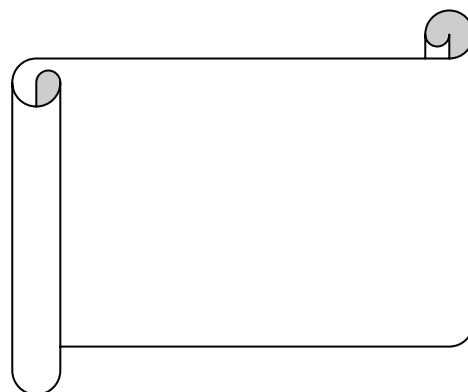
**IL SUBAPPALTO NEI LAVORI PUBBLICI**



**SEZIONE SECONDA**

**SENTENZE PER NOI**

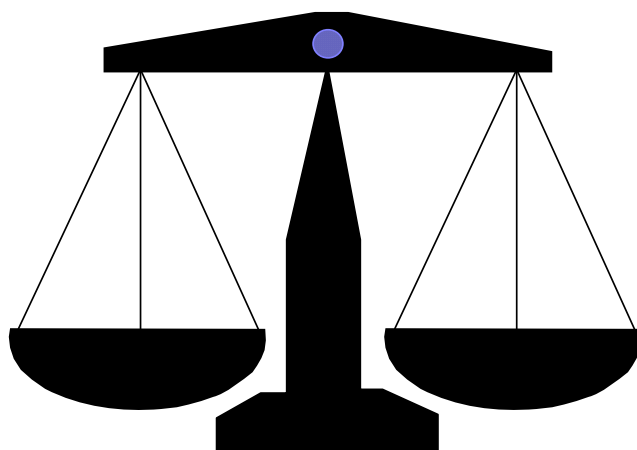
- I) TAR Valle d'Aosta sentenza n. 12 del 20 febbraio 2003
- II) TAR Valle d'Aosta sentenza n. 16 del 20 febbraio 2003
- III) TAR Valle d'Aosta sentenza n. 83 del 18 luglio 2002
- IV) TAR Valle d'Aosta sentenza n. 84 del 18 settembre 2002
- V) TAR Valle d'Aosta ordinanza n. 5 del 22 gennaio 2003



**SEZIONE TERZA**

**UN REGOLAMENTO SOTTO ESAME**

**IL REGOLAMENTO DI ACCESSO AI  
DOCUMENTI DEL COMUNE**





**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

## IL SUBAPPALTO NEI LAVORI PUBBLICI

Il subappalto, vale a dire la possibilità di consentire che una parte delle opere venga eseguita da una o più imprese diverse da quella che si è aggiudicata l'intero appalto, costituisce ormai un'ordinaria forma di esecuzione dei lavori pubblici. Come è facilmente intuibile, esso trova la sua ragion d'essere e la sua convenienza, tanto per l'appaltatore quanto per il committente pubblico, nella opportunità che determinate opere vengano realizzate da ditte dotate di particolari professionalità, esperienza e qualificazioni, in modo da garantire una migliore riuscita delle stesse. In Italia il subappalto - seppure diffuso - è stato per lungo tempo trascurato dal punto di vista giuridico; di fatto sino al 1982 si tollerava che esso fosse praticato anche in assenza dell'autorizzazione di cui all'art. 339 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F.

A partire dal 1982 il nostro legislatore ha però posto più attenzione a questo modulo di esecuzione e ha iniziato a dedicargli una particolare cura, non solo tentando in vario modo di disciplinarlo, ma anche cercando di evitare che ad esso possa ricorrersi in modo generalizzato e senza limiti.

Il subaffidamento non autorizzato dell'esecuzione dei lavori (comprendendosi in questo sia il subappalto sia il cottimo) cessa infatti di essere solo illecito civile e diviene anche illecito penale, secondo quanto disposto dall'art. 21 della legge n. 646 del 1982. Si vuole così contrastare efficacemente, nel campo degli appalti di lavori commissionati dalla pubblica amministrazione, l'infiltrazione delle organizzazioni malavitose, le quali - avvalendosi di irreprensibili imprese paravento - sogliono riciclare e far fruttare i denari procuratisi altrove illecitamente. E' del marzo 1990 la legge n. 55 (di poi più volte modificata ed aggiornata), recante nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso, che introduce, all'art. 18, tutta una serie di puntuali prescrizioni al ricorso del subappalto (e del cottimo). Tra le prescrizioni più interessanti rilevano quelle che stabiliscono:

- che la quota parte subappaltabile della categoria o delle categorie prevalenti (ora solo una, in virtù di quanto disposto dall'art. 73 del D.P.R. n. 554/1999) non può in nessun caso essere superiore al 30 per cento (va evidenziato che per le restanti lavorazioni, c.d. scorparabili, non sussiste tale limite);
- che i concorrenti partecipanti alle gare indichino già all'atto dell'offerta i lavori che intendono subappaltare o concedere in cottimo (fino alla fine del 1998, erano tenuti ad indicare nominativamente anche da uno a sei subappaltatori, candidati all'esecuzione degli stessi);
- che sia depositato il contratto di subappalto presso la stazione appaltante entro 20 giorni dall'inizio delle relative opere;

- che il subappaltatore (o il cottimista) sia in possesso dei requisiti previsti in materia di qualificazione delle imprese e che, nei suoi confronti, non sussista alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575/1965 (c.d. misure antimafia);
- che siano osservati il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi di lavoro per il personale dipendente nonché le norme in materia di sicurezza, di assicurazioni sociali e di antinfortunistica.

Da allora la legislazione sul punto è però via via divenuta sempre più complessa, tale da richiedere una approfondita analisi.

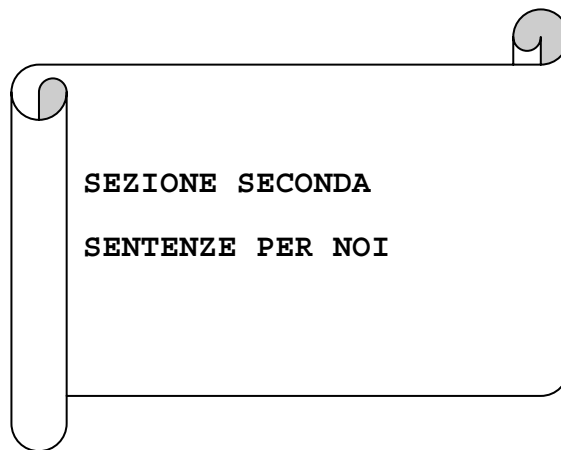
Cerchiamo, a questo punto, di fornire utili chiarimenti, tracciando un quadro dei requisiti che devono possedere le imprese subappaltatrici nelle varie fasce di importo dei lavori che intendono eseguire, profili che pure - prima della pronuncia n. 25/2001 della Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - avevano fatto sorgere non pochi dubbi, accresciuti anche dalle particolari disposizioni della legge regionale n. 40/2001 valevoli per la sola Regione Valle d'Aosta, dotata - come è noto - di competenza legislativa primaria nella materia che ci occupa.

Le imprese subappaltatrici - oltre che dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 17 D.P.R. n. 34/2000 e fatte salve le cause di esclusione di cui all'art. 75 D.P.R. n. 554/1999 (vale a dire dei requisiti che incidono sulla moralità professionale, sulla osservanza degli obblighi dettati in materia di tasse, di imposte, di rapporti di lavoro, nonché sulla lealtà imprenditoriale) - devono essere in possesso:

- per i sub contratti di importo superiore a 150.000,00 Euro, dell'attestazione di qualificazione rilasciata da SOA per la categoria dei lavori cui si riferisce il subappalto stesso oppure - nella fascia comprendente appalti a base d'asta superiori a 150.000,00 Euro e fino a 1.032.913,00 Euro - dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 4 della legge regionale n. 40/2001, nella misura richiesta per l'accesso alla classifica corrispondente all'ammontare del subappalto. Va evidenziato altresì che, per appalti di importo a base d'asta superiore a 1.032.913,00 Euro, nei quali "intervengano eventualmente successive autorizzazioni di subappalto di importo superiore a 150.000,00 Euro, [ai subappaltatori] non è consentita la qualificazione diretta", cioè non è consentito di ovviare alla mancanza della corrispondente attestazione SOA attraverso il possesso dei requisiti di cui all'art. 4 legge regionale n. 40/2001 (cfr. circolare Dipartimento OO.PP. Regione Valle d'Aosta n. 1186/5 dell'11 gennaio 2002);
- per i sub contratti di importo pari o inferiore a 150.000,00 Euro, dei requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, ossia: importo dei lavori della stessa tipologia di quelli da subappaltare eseguiti nel quinquennio in misura non inferiore all'importo del sub contratto, costo complessivo del personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti, adeguata attrezzatura tecnica; in alternativa ai requisiti dell'art. 28 citato, è ammesso il possesso della corrispondente attestazione SOA.

A nostro avviso, rimane aperta la questione relativa a subappalti di importo pari o inferiore a 38.734,00 Euro (equivalenti a 75.000.000 di vecchie lire). In proposito si ritiene che la previsione dell'art. 5, comma 2, della legge regionale n. 40/2001 - secondo cui possono partecipare, alle gare di importo pari o inferiore a detto limite, i soggetti che sono iscritti nel registro delle imprese presso la Camera di Commercio - vada interpretata ed estesa, nel senso che anche le ditte subappaltatrici, nell'ambito di appalti di importo a base d'asta non superiore a 1.032.113,00 Euro, possono eseguire sub contratti di importo pari o inferiore a 38.734,00 Euro se iscritte a questo registro per categoria di lavori attinenti al subappalto stesso ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 17 D.P.R. n. 34/2000 e fatte salve le cause di esclusione previste dall'art. 75 D.P.R. n. 554/1999, senza cioè dover dimostrare anche il possesso dei sopracitati requisiti di cui all'art. 28 D.P.R. n. 34/2000. Avvalora questa interpretazione quanto previsto dall'art. 18, comma 3, punto 4), ultimo periodo, della citata legge n. 55/1990, in base al quale l'affidatario del subappalto o del cottimo deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione "salvo i casi in cui, secondo la legislazione vigente, è sufficiente per eseguire i lavori pubblici ..... l'iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura".

Forte perplessità permane in relazione ad un profilo espresso dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, circa cioè la possibilità di "subappaltare a soggetti, in possesso delle specifiche qualificazioni, fino al 30 per cento dei loro singoli importi, le lavorazioni delle categorie scorporabili per le quali vige il divieto di subappalto". Perplessità dovuta al tenore letterale dell'art. 13, comma 7, legge n. 109/1994 (... "esse non possono essere affidate in subappalto").



**I) TAR Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Rosati) sentenza n. 12 del 20 febbraio 2003 – Società M. contro Comune di Aosta**

FATTO E DIRITTO. La ricorrente espone che: - è proprietaria di area sulla quale insistono un fabbricato alberghiero nonché verde privato, parcheggio di pertinenza dell'albergo e percorso che collega il garage sotterraneo e l'albergo alla strada pubblica; - la variante generale del Piano Regolatore Generale Comunale, adottata con deliberazione del Consiglio Comunale di Aosta n. 143 del 29.6.1999, qualifica la stessa in parte come Area Urbana consolidata, disciplinata dall'art. 19 delle Norme Tecniche di Attuazione, e in parte come area attrezzata destinata a verde pubblico e gioco, disciplinata dall'art. 14 delle N.T.A.; - in questa seconda parte ricadono sia il parcheggio che il percorso di accesso al garage sotterraneo e all'albergo; - l'art. 19 cit. consente la ristrutturazione con cambiamento di destinazione a favore della residenza e degli uffici; - l'art. 14.5 delle N.T.A., inoltre, prevede la possibilità di attuare la manutenzione ordinaria e straordinaria dei manufatti esistenti mentre il successivo art. 14.11 dispone che le aree destinate a verde, al gioco e allo sport possono essere attraversate da accessi che collegano i lotti interessati ad attività private con la strada pubblica; - ha presentato domanda di concessione per la ristrutturazione del fabbricato esistente con cambiamento di destinazione da albergo a residenza e uffici al 1° piano; - il Dirigente della Sezione edilizia ha comunicato il parere col quale la Commissione Edilizia aveva manifestato parere negativo sull'istanza in quanto l'area è vincolata a verde funzionale e, nel caso di mancata attuazione del vincolo, sugli immobili esistenti nella stessa sono attuabili, ex art. 14 N.T.A., solo interventi di manutenzione. Non quelli, dunque, del tipo richiesto che comporta una rideterminazione degli spazi destinati a parcheggio.

Con il ricorso gli atti suddetti sono stati contestati per profili riconducibili alla violazione di legge e all'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Si è sostenuto che il parcheggio di cui si tratta costituisce, ex art. 41 sexies, L. 1150/1942, un presupposto di legittimità della licenza edilizia a suo tempo rilasciata per la costruzione e dell'albergo e, dunque, insopprimibile; che, in contrasto con l'art. 14.11 delle N.T.A., nella specie è stato negato il diritto di accesso e che, secondo i principi generali di cui costituisce applicazione l'art. 14.5 delle N.T.A. cit., fino al momento dell'espropriazione le aree soggette a vincolo di Piano continuano a poter essere utilizzate dal proprietario purché non risulti aggravato il costo dell'espropriazione. E proprio a tale ipotesi va ricondotta la vicenda in causa in quanto il parcheggio privato non subisce modifiche quantitative per effetto della nuova destinazione.

Si è costituito il Comune sostenendo che, a seguito del rilascio della concessione edilizia n. 211 del 23.4.01, nella vicenda è cessata la materia del contendere e che, comunque, il gravame sarebbe infondato.

Con memoria depositata in data 10.1.2003, la ricorrente ha invece ribadito il proprio interesse al ricorso anche a seguito delle circostanze che, nel frattempo, l'immobile è stato alienato e l'acquirente ha ottenuto la riferita concessione edilizia.

Sul punto si rileva che, come esposto nella relazione del Dirigente dell'Area Edilizia e Urbanistica,

il rilascio della concessione è stato disposto in quanto: - il rispetto della normativa legata agli standard destinati a parcheggio ha trovato soddisfacimento utilizzando spazi diversi da quelli ubicati nell'area che il nuovo P.R.G. ha vincolato a "verde funzionale"; - tali spazi sono rappresentati dalle autorimesse interrate, poste al di sotto del nuovo parcheggio e alle quali si accede tramite la rampa interna all'area vincolata dal Piano; - su quest'ultima insiste una porzione di parcheggio attualmente non necessaria a contribuire agli standard utili alla concessione edilizia n. 211/01.

Va pertanto dichiarata la cessazione della materia del contendere quanto al diniego di concessione edilizia. La concessione n. 211/01 è infatti pienamente satisfattiva dell'interesse della ricorrente a vedersi autorizzata la ristrutturazione dell'edificio secondo le destinazioni prescelte [residenza e uffici] e con i necessari spazi a parcheggio su area di proprietà.

Per quel che attiene la Variante, nella parte in cui ha destinato a verde funzionale l'area già adibita a parcheggio esterno dell'albergo preesistente, il gravame è invece infondato. Ciò in quanto per gli atti a contenuto generale, come il P.R.G., la motivazione non è richiesta e l'area di cui si tratta non poteva ritenersi adibita a parcheggio pertinenziale dell'albergo né "insopprimibile presupposto" della licenza n. 79 del 20.6.1967, rilasciata per la costruzione dello stesso. L'art. 41 sexies invocato in gravame, infatti, è stato inserito nella L. 1150/1942 dall'art. 18 L. 6.8.1967 n. 765, e quindi successivamente al rilascio del suddetto titolo edificatorio, e in ogni caso anche il parametro richiesto da quest'ultimo articolo era già ampiamente assicurato dall'autorimessa [interrata] di 500 mq.

Quanto infine all'assunto che la destinazione a verde sarebbe "comunque illegittima perché .... il relativo standard risultava già soddisfatto da altre aree", si rileva che lo stesso è formulato con memoria non notificata e la dotazione di standard prevista per legge è riferita alla misura minima.

Per cui il Comune può legittimamente reperirne anche in misura maggiore con scelte che attengono al merito urbanistico, come noto censurabile in sede di legittimità solo per manifesta irragionevolezza.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

*Commento. Oltre a numerose altre considerazioni davvero significative, la sentenza porta l'attenzione su un profilo che va sempre più assumendo rilievo come componente irrinunciabile dell'atto amministrativo. Si tratta della motivazione. A partire dalla fondamentale legge sulla semplificazione amministrativa n. 241 del 1990, da cui sono derivate tante leggi successive (fra cui le famose "Bassanini" 1, 2 e 3) che hanno cambiato il modo stesso di intendere il rapporto stato-cittadino, la motivazione è assunta a requisito di legittimità dell'atto, nel senso che la sua mancanza o anche solo la sua incompletezza rendono l'atto invalido. Decisione questa che però appartiene al giudice e non alla, per quanto giustificata, improvvisazione del cittadino che dovesse ritenere di rilevare una simile mancanza e di non volerne subire le conseguenze. Ciò vuol dire che l'atto in questione, benché non motivato, continua a dispiegare efficacia fintantoché un organo di giustizia, come tale in posizione neutrale fra le parti in causa, non prende in considerazione il problema – e per farlo occorre avviare una apposita causa – e lo risolve con una decisione ad hoc. C'è però un'alternativa: che sia la stessa amministrazione pubblica, sollecitata dal cittadino con una segnalazione anch'essa specifica, a riconsiderare tutta la vicenda e a correggere l'errore: qui si entra nel tema dell'autotutela che trattiamo più diffusamente in sede di commento alla sentenza n. 16/2003 del TAR Valle d'Aosta. Certo è che la possibilità di promuovere una inversione di rotta da parte dello stesso ente che ha lasciato un suo atto privo di motivazione è un'alternativa importante perché non solo permette il risparmio delle spese di causa e una più veloce risposta (le amministrazioni devono prevedere nei loro regolamenti i tempi massimi per riscontrare le richieste dei cittadini), ma stabilisce un più diretto e profondo contatto fra le due parti (sempre meno controparti e sempre più collaboranti).*

**II) TAR Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Vigotti) sentenza n. 16 del 20 febbraio 2003 – V.M. e L.C. contro Comune di Aosta**

FATTO. Con due distinti ricorsi notificati l'11 gennaio 1999 al Comune di Aosta, V. M. e L. C. hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti emessi in data 11 novembre 1998 dal dirigente del quarto settore del Comune di Aosta, nn. 5420 e 5419, con i quali venivano annullate, in sede di autotutela, le concessioni edilizie in sanatoria loro rilasciate in data 21 luglio 1997, stante un asserito vizio procedurale, nonché ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente o comunque connesso.

DIRITTO. Costituiscono oggetto dei ricorsi in esame, già riuniti da questo Tribunale, gli atti con i quali il Comune di Aosta ha dapprima annullato, in via di autotutela, le concessioni edilizie rilasciate in sanatoria ai ricorrenti e, successivamente e conseguentemente, ha ordinato la rimozione del manufatto ritenuto abusivo.

I provvedimenti di annullamento recano la data dell'11 novembre 1998; le ingiunzioni di rimozione sono state emesse il 27 ottobre 1999.

Come è emerso documentalmente in esito alla precedente sentenza interlocutoria, e come del resto si legge nelle premesse delle ingiunzioni impuginate, l'amministrazione, in conseguenza dell'annullamento delle concessioni in sanatoria, ha nuovamente valutato l'istanza presentata dai ricorrenti il 31.3.1995, pervenendo all'adozione dei provvedimenti di diniego in data 28 dicembre 1998.

Precisamente da questi dinieghi, motivati in base al parere contrario, inviato anche ai ricorrenti, espresso in data 10 dicembre 1998 dall'organo preposto alla tutela (direzione regionale per la tutela del patrimonio culturale e ambientale), e dalla accertata inottemperanza alla contestuale diffida di rimessione in pristino procedono le ordinanze oggetto dei ricorsi. Peraltro, né i dinieghi datati 28.12.1998, né le diffide in essi contenute, né il parere regionale del 10.12.1998, sono stati da impugnati dai ricorrenti, i quali si sono limitati a reagire in giudizio solo avverso i (precedenti) atti di annullamento delle concessioni già rilasciate, e contro le (successive) ordinanze di rimessa in pristino, che, come detto, non da tale annullamento traggono presupposto, ma dal diniego espresso, non impugnato.

Consegue da quanto esposto che i ricorsi in esame sono inammissibili, in quanto rivolti contro atti (gli annullamenti in via di autotutela) superati dall'iter procedimentale che ha ormai espresso le valutazioni conclusive, negative per i ricorrenti e da questi non impuginate, ovvero contro provvedimenti (le ingiunzioni di rimozione) che traggono fondamento da precedenti atti parimenti non impugnati.

Ricorrono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di causa tra le parti.

*Commento. Un'affermazione molto importante dal punto di vista metodologico e procedurale, che deve mettere in guardia il cittadino dal rischio di non impugnare per tempo gli atti amministrativi che toccano i suoi interessi. Ricordo che - in base alla legge 6 dicembre 1971 n. 1034 - sono soggetti ad impugnazione avanti il giudice amministrativo (TAR in primo grado, Consiglio di Stato in sede di appello) tutti gli atti emanati dagli enti pubblici viziati da illegittimità e che il ricorso va presentato entro 60 giorni dal ricevimento del provvedimento lesivo: termine questo, appunto, previsto a pena di inammissibilità nel senso che il giudice, constatato l'eventuale vizio di tardività, non è più autorizzato a sondare la bontà sostanziale della domanda.*

*La decisione tocca però un altro profilo significativo, quello della cosiddetta autotutela. Infatti, nella vicenda che ha dato origine al contenzioso, il Comune, dopo avere consentito l'edificabilità richiesta dai due cittadini, rilasciando apposita concessione edilizia, si è successivamente accorto della mancanza di un passaggio essenziale della procedura (il benessere dell'organo regionale di tutela di cui parla la sentenza) ed è ritornato sui suoi passi revocando il provvedimento iniziale. E' questo, appunto, un fenomeno di autotutela, nel senso che, correggendosi, l'ente pubblico tutela la legge che per primo è tenuto ad osservare. Nessuna sorpresa dunque per il cittadino se un primo provvedimento a lui favorevole viene successivamente corretto (annullato o modificato) in modo da*

*riportarlo sui binari della legalità. Per fare ciò, però, la mano pubblica deve compiere un ulteriore sforzo, cioè confrontare l'importanza della salvaguardia della legge con la premura di non danneggiare situazioni private ormai radicate. E' questa una valutazione cosiddetta di soppesamento degli interessi a fronte (pubblico e privato), allo scopo di assicurare la tutela delle posizioni dei privati che avessero in buona fede confidato nelle decisioni degli enti.*

### **III) TAR Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Bellucci) sentenza n. 83 del 18 luglio 2002 - L.M.D.A. società semplice contro Comune di Courmayeur più altri**

FATTO. La ricorrente società semplice espone quanto segue: il Comune di Courmayeur, con concessione edilizia n. 75 del 4/9/1979, ha assentito la realizzazione di un campo da tennis in località La Villette; a seguito di sopralluogo, l'ufficio tecnico comunale accertava che il muro di sostegno era stato realizzato per un'altezza variabile da mt.2,05 a mt.3,15, anziché per quella, di cm.30, assentita. Seguiva l'ordinanza n.84 del 17/9/1979, con cui il Sindaco diffidava la ricorrente a procedere alla demolizione dell'opera difforme. In data 12/5/1980 la ricorrente presentava domanda di variante in corso d'opera, sulla quale il Comune non si pronunciava; in data 18/5/1990 era presentata domanda di autorizzazione al completamento dei lavori relativi alla realizzazione del campo da tennis, domanda che veniva accolta con nota del Sindaco di Courmayeur prot.n.3351 dell'8/3/1995. Successivamente, con comunicazioni prot.n.11831 del 24/8/1995 e prot.n.12028 del 6/9/1995, l'Assessorato regionale ai lavori pubblici ed il Corpo forestale valdostano segnalavano al Comune di Courmayeur l'illegittimità della concessione n.75/79. Il Comune, con nota prot.n.10481 del 6/12/1995, pur ritenendo illegittima la predetta concessione edilizia, non la annullava, stante la mancanza del presupposto del pubblico interesse, e, constatata l'ultimazione dell'opera e l'impossibilità di demolire la parte di muro di sostegno eccedente l'altezza autorizzata senza pregiudizio per la parte realizzata in conformità alla concessione edilizia, ha ritenuto applicabile l'art.12, comma 2, della legge n.47/1985, che prevede una sanzione pecuniaria pari al doppio del valore venale dell'opera abusiva.

Il Sindaco di Courmayeur, con provvedimento prot.n.1332 del 30/1/1996, richiamata la nota prot.n.5620/931/95 dell'U.T.E. di Aosta, che quantificava in lire 17.036.250 il valore dell'opera abusiva, ha irrogato la sanzione pecuniaria di lire 34.077.500.

La ricorrente è insorta avverso quest'ultimi atti, deducendo: 1) violazione e/o falsa applicazione degli artt.7, 8 e 10 della legge n.241/1990 e delle corrispondenti norme dello Statuto del Comune; eccesso di potere; difetto di istruttoria (la ricorrente deduce che l'Amministrazione non ha comunicato l'avvio del procedimento preordinato all'applicazione della sanzione pecuniaria) ...

... OMISSIS ...

DIRITTO. Con la prima censura la ricorrente lamenta l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento; la doglianza è infondata: l'avvenuta contestazione dell'abuso, contenuta nell'ordine di demolizione notificato alla ricorrente il 27/9/1979, mettendo quest'ultima nella condizione di partecipare al procedimento, può dirsi equipollente alla comunicazione dell'avvio del procedimento, per raggiungimento dello stesso scopo. Inoltre, con nota prot.n.16481 del 6/12/1995, richiamata nel provvedimento impugnato, il Sindaco ha comunicato alla ricorrente l'intendimento di procedere all'applicazione della sanzione prevista dall'art.12 comma 2 della legge n.47/1985, e le ha preannunciato che l'U.T.E. avrebbe provveduto a stimare il valore venale dell'opera abusiva. Pertanto il disposto degli artt.7 e seguenti della legge n.241/1990 risulta pienamente ottemperato.

e

### **IV) TAR Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Riggio) sentenza n. 84 del 18 settembre 2002 - B.R. contro Comune di La Salle e altri**

FATTO. I ricorrenti, comproprietari di un immobile urbano in Comune di La Salle con antistante area di uso esclusivo, presentavano denuncia di inizio attività per posa in opera di una fioriera con riporto di terreno, qualificata come struttura pertinenziale dell'edificio.

I lavori erano appena ultimati quando il Sindaco con ordinanza n. 50 del 30-8-1999 ordinava la demolizione del manufatto.

Avverso tale atto gli interessati proponevano il ricorso n. 115/1999, deducendo i seguenti motivi, fra cui .... OMISSIS....

2) - Violazione di legge ed eccesso di potere in relazione ai principi del corretto procedimento.

L'intervento sanzionatorio, ove pure ne ricorressero i presupposti, sarebbe comunque illegittimo per l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Il termine di venti giorni assegnato per la demolizione del manufatto è inferiore a quello di novanta giorni fissato a tale scopo dalla predetta legge regionale n. 11/1998.

Il Sindaco, inoltre, una volta riscontrato che l'opera non era tra quelle per le quali è sufficiente la Dichiarazione di Impatto Ambientale (D.I.A.), avrebbe dovuto impartire l'ordine di non effettuare i previsti lavori entro venti giorni, termine fissato dalla vigente normativa statale applicabile nella specie per il rinvio operato dall'art. 97 della ripetuta L.R. n. 11/1998.

L'ordine di demolizione è infine illegittimo perché non preceduto da preventiva diffida.

A conclusione è chiesto l'annullamento dell'atto impugnato, previa sospensione dell'esecuzione, con ogni consequenziale effetto di legge anche in ordine alle spese.

DIRITTO. Con il secondo mezzo gli istanti lamentano l'omesso invio dell'avviso di procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990 e l'illegittima imposizione di un termine di venti giorni per la demolizione del manufatto, inferiore a quello di novanta giorni previsto dalla legge regionale n. 11/1998.

Entrambe le doglianze non sono fondate.

E' sufficiente considerare, al riguardo, che il provvedimento impugnato, contrariamente a quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, non costituisce ordine di demolizione in senso tecnico, bensì mera diffida a demolire, atteso che consiste in un comando impartito non agli organi comunali bensì ai proprietari del terreno ed al direttore dei lavori di provvedere direttamente alla eliminazione dell'opera edilizia abusiva con riserva, in caso di inadempimento, di procedere nei modi di legge impartendo (con successivo provvedimento) il relativo ordine agli uffici competenti.

Consegue che, attesa la natura dell'atto impugnato, non si rendeva necessario alcun avviso di avvio del procedimento, potendo gli interessati far valere le proprie ragioni prima della emissione del definitivo ordine di demolizione.

Ad ogni modo il Comune aveva disposto sopraluoghi nella proprietà dei ricorrenti, i quali si erano perfino opposti ai rilevamenti degli organi comunali negando l'accesso al loro immobile. Essi, dunque, erano a conoscenza del procedimento avviato dal Comune al fine di verificare la regolarità dell'opera edilizia realizzata ed avrebbero potuto prospettare argomenti utili alla tutela dei loro interessi.

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire (Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II ter, sent. 22-3-2001, n. 2302; T.A.R. Campania, sez. III, Sent. 16-1-1996, n. 11) che la concessione di un termine per demolire inferiore a novanta giorni, lungi dal viziare l'ingiunzione, non produce altro effetto se non quello di precludere temporaneamente, e cioè fino alla scadenza del novantesimo giorno dalla sua notificazione, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del manufatto abusivo.

Sotto altro profilo i ricorrenti assumono che il Sindaco, avendo rilevato l'insussistenza delle condizioni necessarie per la legittimità dell'intervento, prima di ordinare la demolizione avrebbe dovuto vietare, entro venti giorni dalla D.I.A., la realizzazione della prevista trasformazione dei luoghi in conformità a quanto stabilito dall'art. 4, comma 15, della legge n. 493/1993, applicabile in forza del rinvio operato dall'art. 97 della ripetuta legge regionale n. 11/1998, secondo cui, per quanto non disciplinato dalla stessa legge regionale, trovano applicazione le norme statali in materia edilizia e urbanistica.

La censura non merita adesione dal momento che la stessa legge regionale n. 11/1998 all'art. 61 disciplina in maniera dettagliata gli interventi per i quali è sufficiente la denuncia di inizio dell'attività edilizia nonché le modalità e le condizioni cui è subordinata la presentazione della denuncia stessa. Pertanto il solo fatto che la disposizione in esame non contenga una previsione corrispondente a quella di cui all'art. 4, comma 15, della legge statale n. 493/1993 non comporta l'automatica applicabilità di quest'ultima norma ma significa che il legislatore regionale, nell'ambito della sua discrezionalità, ha inteso derogare alla normativa statale in materia. Non sussiste, infine, la pretesa omissione della diffida a demolire poiché, come si è visto più sopra, l'atto impugnato è esso stesso una diffida e non un vero e proprio ordine di demolizione. Alla stregua delle suesposte considerazioni si palesano infondati i motivi dedotti ed il ricorso n. 115/1999 deve essere respinto.

*Commento. Il tema è particolarmente attuale e le due decisioni meritano un approfondimento anche a causa del loro singolo apporto specifico. I giudici amministrativi hanno infatti elaborato il dato normativo e cercato di definire con precisione i confini dell'istituto che la legge 7 agosto 1990 n. 241 ha collocato fra i valori fondamentali del rapporto fra enti pubblici e cittadini. In base all'art. 7 della legge citata, quando viene iniziata una qualsiasi procedura che possa toccare gli interessi di una persona, cittadino o no, che vive nel territorio di sua giurisdizione, l'amministrazione che procede è tenuta a dargliene sollecita comunicazione. E ciò sia che l'iniziativa miri a spiegare effetti positivi o negativi a carico di quella persona, abbia cioè contenuto favorevole oppure no. Tutti gli interessati, anche coloro che hanno un interesse contrario al rilascio di un provvedimento positivo a favore di un terzo (ad esempio il vicino di casa che ha fatto domanda per ottenere una concessione edilizia) hanno diritto ad essere informati dell'inizio dell'istruttoria, anche se inizio di istruttoria non significa alcunché proprio perché tutto è ancora da decidere. Anzi, l'istituto qui in esame è uno strumento offerto a tutti i potenziali interessati appunto per partecipare alle decisioni della mano pubblica, per fornire un contributo di chiarimento e di dibattito in vista della migliore soluzione concreta nel rispetto della legge. Del resto, come l'esperienza di questi anni ha insegnato, la stessa amministrazione ha una evidente convenienza a inoltrare a chi di dovere la comunicazione di avvio del procedimento perché in tal modo, oltre ad obbedire ad un precetto di legge, induce il privato a gettare sul tavolo le carte, a documentare con prontezza le sue pretese e a delineare fin da subito i termini del confronto. Prima del 1990, quando l'obbligo non esisteva, il chiarimento era rinviato alle sedi giudiziarie: con i ritardi, le complicazioni e i risentimenti che una simile situazione finiva per creare.*

*La prima delle due sentenze in commento ha negato il ricorrere dell'obbligo allorché la procedura miri a sanzionare una violazione commessa dal privato, quale quella consistente nella realizzazione di un'opera abusiva. E la scelta si spiega: quale contributo costruttivo e dialettico può mai offrire chi ha già dimostrato di collocarsi fuori dalla legge, lui che ha dato avvio ai lavori senza chiedere l'autorizzazione necessaria o violando l'autorizzazione ricevuta? Per questo la giurisprudenza amministrativa è orientata a condividere il principio espresso dalla sentenza riportata. Si vedano, fra le altre pronunce recenti, TAR Piemonte, I, 25 luglio 2002 n. 1453 e TAR Campania - Napoli, IV, 22 luglio 2002 n. 4300.*

*Quanto alla seconda sentenza, essa ribadisce il principio per cui, se l'interessato ha comunque appreso la notizia dell'avvio di un procedimento capace di incidere sui suoi interessi, anche qualora abbia ricevuto tale notizia fuori dai canali tradizionali (ma "aliunde": cioè, dal latino, da ogni dove, non importa da quale fonte), magari anche per informazione implicita nello stesso comportamento materiale dell'ente pubblico di riferimento, non occorre spedirgli un nuovo avviso di avvio di procedimento posto che, a quel punto, la conoscenza della vicenda si deve presumere e dare per certa.*

**V) TAR Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Rosati) ordinanza n. 5 del 22 gennaio 2003 - Società A. spa contro Comune di Aosta**

La società A. spa chiede l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, dell'ordinanza n. 590 del Sindaco di Aosta in data 29.10.2002 avente ad oggetto "Ordinanza di demolizione e rimessa in pristino alla destinazione d'ufficio delle unità immobiliari ... site in ..., di proprietà ..., notificata a mezzo lettera raccomandata A.R. pervenuta in data 5.11.2002".

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

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

Uditi, nella Camera di Consiglio del 22.01.2003, relatore il Consigliere Stanislao Rosati, l'avv. A. V. per la società ricorrente e l'avv. V. A. per l'Amministrazione comunale resistente;

Visto l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Considerato che risulta pendente ricorso (n. 108/02) sul diniego di concessione in sanatoria;

Ritenuto di non pregiudicare l'eventuale sentenza di accoglimento del suddetto gravame;

P.Q.M.

accoglie la suindicata istanza cautelare.

*Commento. In ambiente giudiziario circola un vecchio adagio con riferimento al processo amministrativo: la partita più importante per le parti si gioca spesso sulla sospensiva.*

*Ma che cos'è "la sospensiva"? Si tratta di una misura cautelare, che il ricorrente invoca dal giudice lamentando che, nell'attesa della decisione (che potrebbe tardare per mesi, talora per anni), gli immediati effetti del provvedimento impugnato potrebbero provocare danni "gravi e irreparabili". Immaginiamo un concorso pubblico da cui un certo concorrente sia stato escluso, ad esempio, a causa di un titolo non considerato idoneo alla partecipazione. Ebbene, il candidato ha un bell'impugnare l'esclusione ma se la risposta definitiva, magari in secondo grado di giudizio, dovesse tardare troppo, le prove di concorso saranno state nel frattempo sostenute, il vincitore proclamato e il posto attribuito. A poco servirà ottenere, a cose fatte, i vivi rallegramenti del proprio avvocato, sinceramente orgoglioso della prestazione professionale offerta.*

*Ecco dunque lo strumento della misura cautelare, concepito fin dalla nascita del processo amministrativo come mezzo escogitato non tanto per anticipare il verdetto ultimo (che resta pur sempre nel bagaglio del giudice, nell'ambito del suo potere-dovere) ma per impedire che quel verdetto, se favorevole, sia di fatto improduttivo, anzi suoni paradossalmente a beffa.*

*Strumento, quello di cui parliamo, di cui peraltro è bene non abusare, perché i giudici devono sondare la "gravità" e la "irreparabilità" dei danni temuti, cioè le due condizioni poste dalla legge (per i tribunali amministrativi regionali l'art. 21 della legge istitutiva, n. 1034 del 6 dicembre 1971), e potrebbero irrigidirsi nel caso constatassero un numero smodato di richieste in tal senso.*

*C'è da aggiungere che, secondo la prima versione dell'art. 21, ai giudici amministrativi era consentito solo di accogliere o rigettare la domanda di sospensione, senza spazio per altri interventi, per varianti magari più utili nel caso concreto. L'esperienza ha però dimostrato la bontà di questo istituto, se correttamente interpretato e purché ragionevolmente utilizzato. Non ha sorpreso di conseguenza l'allargamento delle possibilità offerte al giudice per assicurare una serenità nell'immediato senza scalfire il ruolo della sentenza che verrà.*

*Con la legge n. 205 del 2000, ecco dunque introdotte numerose novità. Con una serie di capoversi apposti in calce all'art. 21, viene espressamente affermato che il danno grave e irreparabile può riguardare anche il "comportamento inerte dell'Amministrazione"; che le misure cautelari, disposte con ordinanza camerale previo confronto fra i difensori a ciò instanti, comprendono se del caso "l'ingiunzione a pagare una somma" nonché tutte le soluzioni "che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso"; che "nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili" il*

giudice possa “disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare” (cauzione peraltro espressamente esclusa quando la vicenda attenga a “beni, personali o collettivi, di primario rilievo costituzionale”); che la pronuncia sulla sospensiva (prima per lo più deplorabilmente immotivata) deve motivare espressamente, oltre che sulla ritenuta sussistenza o meno del danno lamentato, anche sui “profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull’esito del ricorso”; che, ricorrendo la “estrema gravità ed urgenza”, può essere chiesto al Presidente del Collegio di “disporre misure cautelari provvisorie”, cioè di anticipare il verdetto cautelare del Collegio con un “decreto motivato, anche in assenza del contraddittorio” destinato a conservare efficacia fino alla pronuncia del plenum; che il giudice – verificata, in sede di pronuncia sulla sospensiva, la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria – possa passare direttamente all’esame del merito; che il giudice stesso, rigettando la richiesta di sospensiva, possa condannare provvisoriamente la parte soccombente a rifondere le spese della fase cautelare; che, quando è accolta la richiesta di sospensione, la causa venga trattata nel merito con priorità sulle altre; che la revoca e la modificazione, così come la rinnovazione, dopo un iniziale rifiuto, della richiesta di sospensione siano sì ammesse, ma solo per “fatti sopravvenuti” (cioè non per un diverso inquadramento giuridico di fatti precedenti); che contro la P.A., se (anche solo in parte) inadempiente nell’adozione delle misure cautelari concesse dal giudice, il privato possa chiedere al T.A.R. ogni opportuna misura attuativa, avviando quel giudizio di ottemperanza che in precedenza era praticabile solo dopo il passaggio in giudicato.

Con l’introduzione di un ulteriore comma al testo originario dell’art. 28 della legge n. 1034/1971, è stato poi previsto che le ordinanze emanate sulla richiesta di sospensione, siano esse di accoglimento come di rigetto, sono ricorribili entro un termine breve quanto preciso (a differenza del regime precedente, quando era prevista una scadenza annuale), termine che è di sessanta giorni dalla notificazione di copia dell’ordinanza a cura della controparte interessata o di centoventi giorni dalla comunicazione, effettuata a cura della segreteria del giudice, dell’avvenuto deposito della sentenza.

Come si può notare, il giudizio cautelare tende a diventare il vero fulcro del rito, non solo perché esaustivo di fatto dell’esito finale ma anche perché indicativo del futuro orientamento nel merito del giudice, i cui poteri sono stati notevolmente ampliati quanto a ventaglio sia di strumenti operativi al suo arco (fra gli altri: i decreti ingiuntivi, l’imposizione di cauzioni, il sequestro conservativo), sia di soluzioni processuali (su tutte la possibile conglobazione di fase cautelare e di fase decisionale in un unico momento).



Con deliberazione consiliare del 22 dicembre 1993, n. 319, la Città di Aosta ha adottato, fra le primissime in Italia, il "Regolamento di applicazione della legge 7 agosto 1990 n. 241", la cui parte più utile alla conoscenza dei cittadini riguarda il "Diritto di accesso ai documenti amministrativi". Riproduciamo i due articoli più importanti del Capo relativo, seguiti da estratti da sentenze dei giudici italiani che toccano i diversi argomenti normati.

#### ART. 11

##### NATURA - CARATTERISTICHE E LIMITI DEL DIRITTO - REQUISITI PER LA SUA TITOLARITA'

1. *Per raggiungere le finalità di buon andamento e di imparzialità della propria azione nel rispetto del diritto alla riservatezza di singoli privati, di gruppi associati, di enti o di soggetti portatori di valori diffusi, il Comune di Aosta riconosce, tutela e facilita il diritto di accesso ai documenti amministrativi da esso allestiti, ricevuti, conservati o stabilmente detenuti a favore di chiunque, cittadino o non, dimostri di vantare un interesse giuridicamente qualificato e protetto a conoscerne.*
2. *Il diritto di accesso è attribuito e disciplinato in sintonia con la legislazione statale e regionale in vigore, le norme dello Statuto comunale e le disposizioni comunali regolamentari.*
3. *Le disposizioni del presente capo II si applicano anche alle aziende municipali, ai concessionari a qualunque titolo di servizi comunali nonché ai consorzi, alle società ed alle organizzazioni ai quali partecipa il Comune di Aosta.*
4. *Per accesso alla documentazione si intende ogni forma di ricognizione diretta, da parte del titolare del diritto, del documento amministrativo, con o senza estrazione e prelievo di copia di esso.*
5. *Per documento amministrativo si intende ogni espressione, in qualunque modo tecnicamente realizzata, che riproduca per intero, per estratto o per sintesi il contenuto*

*sostanziale di un atto amministrativo che abbia assunto o sia suscettibile di assumere rilevanza giuridica oppure di un atto privato che di quello sia stato o tuttora possa essere premessa o condizione.*

6. *Il diritto di accesso agli atti è garantito in ogni fase dei procedimenti amministrativi in cui essi sono inseriti. In nessun caso è ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso dell'iter di formazione degli atti regolamentari, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.*

**DEFINIZIONE DI DOCUMENTO (COMMA 5).** "Oggetto del diritto di accesso è il documento amministrativo, inteso come bene mobile materiale, avente carattere strumentale e accessorio, formato dalla pubblica amministrazione, in funzione rappresentativa o riproduttiva di un fatto o di un atto giuridicamente rilevante e utilizzato nell'esercizio dell'attività amministrativa, documento che ricomprende non solo gli atti interni al procedimento amministrativo, ma anche quelli riconducibili all'attività svolta dalla pubblica amministrazione iure privatorum, nonché quelli posti in essere da privati investiti di una pubblica funzione, in quanto, in ogni caso, volti a perseguire scopi e finalità di interesse generale e collettivo" (TAR Lazio, II, 9 maggio 2001 n. 4025).

Sono passibili di accesso non solo gli atti pubblici (cioè gli atti confezionati dalla pubblica amministrazione in vista del perseguimento di pubblici interessi) ma anche altri atti. In particolare lo sono gli "atti provenienti da privati, a patto che abbiano avuto qualche incidenza sulle determinazioni assunte nell'interesse pubblico e purché non disancorati dall'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'apparato amministrativo" (TAR Lombardia - Milano, I, 24 luglio 2002 n. 3218; TAR Lombardia - Brescia 1 giugno 2002 n. 918; TAR Sardegna 22 giugno 2001 n. 740). Da osservare peraltro come "non è consentito l'accesso agli atti che provengano proprio dal soggetto che richiede l'accesso, atteso che, da un lato, non può imporsi all'amministrazione di sopperire alla negligenza dell'interessato (il quale non si è provvisto di una copia dell'atto) e, dall'altro, che il diritto di accesso è finalizzato alla conoscenza di atti nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione" (TAR Calabria - Reggio Calabria 17 luglio 2002 n. 718). E ancora "il diritto di accesso non può estendersi agli atti dei privati che siano occasionalmente detenuti dall'amministrazione o siano entrati in possesso di quest'ultima per contiguità o non scorporabilità con documenti direttamente utilizzati per l'attività amministrativa" (Cons. Stato, VI, 22 gennaio 2001 n. 191).

Vanno esibiti anche gli atti compiuti dall'amministrazione nell'ambito del diritto privato, cioè con gli strumenti offerti dal codice civile perché comunque rivolti alla cura di interessi pubblici (Consiglio giustizia amministrativa Regione siciliana 1 giugno 2001 n. 244; TAR Toscana, I, 6 novembre 2000 n. 2278).

E' pure riconosciuto il diritto di accesso ai cosiddetti documenti rappresentativi di attività interna "a prescindere dal fatto che essi siano stati o meno concretamente utilizzati ai fini dell'attività con rilevanza esterna" (Cons. Stato, IV, 9 luglio 2002 n. 3825; TAR Puglia - Lecce, II, 10 aprile 2001 n. 1642). L'esempio più frequente è quello dei pareri espressi dall'ufficio legale dell'ente pubblico (TAR Sicilia - Catania, III, 7 novembre 2000 n. 2031).

Da ricordare poi che "il diritto di accesso sussiste anche per i documenti rappresentativi di mera attività preparatoria dell'amministrazione, a prescindere dal fatto che gli stessi siano stati o meno concretamente utilizzati ai fini della successiva attività con rilevanza esterna" (TAR Puglia - Bari, I, 17 maggio 2001 n. 1962). Per il titolo all'esibizione occorre però che "l'amministrazione abbia concluso il procedimento con l'emanazione del provvedimento finale" (TAR Milano, I, 12 novembre 2001 n. 7191).

Infine un accenno al fatto che "la pubblicazione degli atti o dei provvedimenti comunali all'albo pretorio non esclude che, in relazione ad essi, possa esercitarsi dagli interessati il diritto di accesso previsto dalla legge n. 241/1990" (TAR Lombardia - Brescia 6 febbraio 2001 n. 50).

**NATURA DEL DIRITTO (COMMA 1).** "Il diritto di accesso alla documentazione amministrativa rappresenta un principio cardine del buon andamento e della trasparenza dell'azione amministrativa e, in base ad esso, la regola generale è la pubblicità dei documenti amministrativi, mentre costituiscono eccezioni le ipotesi in cui i documenti possono essere sottratti all'accesso, rientrando fra queste quei documenti che riguardano la vita privata o la riservatezza delle persone fisiche e gli interessi epistolari di cui essi siano titolari, ancorché i relativi dati siano stati forniti alla pubblica amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono" (TAR Toscana, I, 27 novembre 2000 n. 2420).

**FINALITA' DEL DIRITTO (COMMA 1).** Esistono "due distinte forme di accesso agli atti e ai documenti amministrativi, cioè un accesso partecipativo, diretto ad assicurare, ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti e ai soggetti che per legge debbono intervenire, di prendere visione degli atti del procedimento, e un accesso informativo ai documenti amministrativi, assicurato a chiunque vi abbia un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e, in tale ambito, la prima forma di accesso ha la finalità principale di assicurare la pienezza del contraddittorio e della partecipazione ai soggetti coinvolti in un procedimento amministrativo che li riguarda, mentre la seconda forma ha la finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale" (TAR Calabria - Reggio Calabria 17 luglio 2002 n. 716 e TAR Lazio, I, 15 dicembre 2000 n. 12144).

Ne sono escluse invece le mere finalità esplorative, cioè "per consentire di verificare l'utilità dei documenti richiesti ai fini della tutela di una situazione giuridica, utilità che invece, previamente valutata dalla parte interessata, dovrebbe costituire il presupposto" (TAR Calabria - Catanzaro, II, 5 settembre 2001 n. 1260). Così è stata esclusa "la richiesta diretta non tanto ad acquisire documenti preesistenti quanto piuttosto informazioni che presuppongono una apposita indagine da parte dell'amministrazione ai fini dell'autonoma elaborazione di un nuovo documento che raccolga i risultati dell'indagine effettuata" (Cons. Stato, V, 23 ottobre 2001 n. 4669).

L'accesso insomma "non può risolversi in uno strumento di controllo generalizzato dell'azione amministrativa, svincolato da un interesse specifico meritevole di tutela di cui il richiedente sia portatore, in proprio o nell'interesse altrui" (TAR Lombardia - Milano, I, 31 luglio 2002 n. 3261).

**ENTI SOGGETTI AL REGOLAMENTO (COMMA 3).** Anche l'attività di enti diversi dal Comune perché muniti di personalità giuridica e di autonomia di bilancio può essere soggetta alla disciplina sull'accesso. E' il caso, ad esempio, dei gestori di pubblici servizi, la cui funzione mira al soddisfacimento, oltre che dell'interesse proprio, anche di quelli della collettività (Cons. Stato, VI, 7 5 marzo 2002 n. 1303; VI, 24 maggio 2002 n. 2855; VI, 7 agosto 2002 n. 4152; TAR Calabria - Catanzaro 5 giugno 2001 n. 888; Tar Calabria - Reggio Calabria, I, 28 febbraio 2001 n. 342). Questo perché vanno ricondotti "nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sull'accesso tutti i soggetti privati a qualsiasi titolo investiti dello svolgimento di un pubblico servizio" (TAR Lombardia - Milano, III, 20 aprile 2001 n. 3138).

**PENDENZA DEL GIUDIZIO (COMMA 6).** E' ammesso l'esercizio del diritto di accesso anche se nel frattempo sul contenuto dell'atto pubblico è stato avviato e tuttora pende giudizio avanti ad un giudice civile o amministrativo, "indipendentemente cioè dai poteri, istruttori e di

merito, del giudice avente giurisdizione sulla questione principale cui l'accesso sia riferibile" (TAR Puglia - Lecce, I, 21 settembre 2002 n. 4623; TAR Lombardia - Milano, I, 12 novembre 2001 n. 7191).

#### **MODALITA' DI ESERCIZIO DEL DIRITTO (COMMA 4).**

E' stato affermato che "l'accesso ai documenti è un diritto che trova attuazione sia attraverso la visione dei documenti amministrativi che attraverso l'estrazione di copia di questi ultimi" (TAR Puglia - Lecce, I, 6 luglio 2001 n. 3472).

E' pacificamente esclusa "la sussistenza in capo al soggetto interessato di un diritto all'invio della documentazione richiesta presso il proprio domicilio, ponendosi le eventuali previsioni normative del diritto all'invio a domicilio degli atti come fattispecie speciali e derogatorie, e quindi insuscettibili di interpretazione analogica" (TAR Sardegna 9 febbraio 2001 n. 62; TAR Lazio, I bis, 10 agosto 2001 n. 6986). La pubblica amministrazione è tenuta solo a compiere "quel minimo di attività materiale che occorre per estrarre i documenti indicati dal richiedente e metterli a sua disposizione, sicuramente non ricomprendente anche il dovere di spedirli a mezzo posta al domicilio dell'interessato che non trova alcun fondamento nella lettera e nello spirito della legge" (Cons. Stato, IV, 17 gennaio 2002 n. 231). Nella stessa direzione l'importante decisione che afferma che "le disposizioni che ne regolano l'esercizio non impediscono che il diritto di accesso possa attuarsi anche in forma diversa e che, in concreto, ove ne sussistano i presupposti, possa trovare ingresso la richiesta del privato di ottenere, a proprie spese, la comunicazione di copia degli atti al proprio domicilio qualora l'apposita richiesta sia motivata in maniera congrua e ragionevole, atteso che solo l'esistenza di obiettive, apprezzabili e documentate difficoltà dell'istante, tali da impedire anche l'utilizzo di un delegato, può giustificare una eccezione alla regola generale ed imporre all'amministrazione l'onere aggiuntivo consistente nella spedizione degli atti" (Cons. Stato, VI, 19 aprile 2001 n. 2377).

Sul richiedente gravano "non solo il pagamento del costo di riproduzione fotostatica degli atti, ma anche di tutte le spese vive sopportate dall'amministrazione locale per la ricerca degli atti e per l'evasione della pratica" (TAR Marche 19 aprile 2001 n. 197).

#### **RAPPORTO FRA DIRITTO DI ACCESSO E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA (COMMA 2).**

La regola è che "nel caso in cui oggetto della domanda di accesso siano dati riguardanti la salute, l'amministrazione deve valutare caso per caso se prevale il diritto all'esercizio della difesa di interessi giuridici del richiedente o quello alla riservatezza del terzo" (Cons. Stato, VI, 30 marzo 2001 n. 1882), ma sempre ricordando che "il diritto di accesso prevale sulla esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente, sia pure nella forma attenuata della visione degli atti" (Cons. Stato, VI, 22 ottobre 2002 n. 5814). Con la conclusione che "pur prevalendo il diritto di difesa sulla esigenza di riservatezza altrui, va operato un contemperamento, ammettendo solo la visione e non la copia degli atti" (TAR Lazio, III ter, 1° febbraio 2001 n. 825). E' comunque sempre obbligo dell'amministrazione di "precisare natura e limiti dell'intervento censorio al fine di giustificare la limitazione del diritto di accesso" (TAR Toscana, I, 6 novembre 2000 n. 2277).

Facciamo un esempio tratto dall'esperienza concreta, quello della gara d'appalto. Agli atti della procedura ha senz'altro diritto di chiedere l'accesso, prendendo visione del progetto presentato dalla ditta aggiudicataria e inoltre estraendone copia, l'impresa classificata seconda in graduatoria, dal momento che "una volta conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna" (TAR Puglia - Bari, I, 10 febbraio 2001 n. 312). E, così come la seconda classificata, a titolari del diritto di accesso vanno riconosciuti tutti coloro che

hanno partecipato alla procedura di concorso, essendo "portatori di un interesse differenziato da quello della generalità degli appartenenti alla comunità, in funzione della tutela di una posizione (quella di partecipante ad una pubblica gara) avente rilevanza giuridica" (TAR Lazio, II, 19 settembre 2002 n. 7957; Cons. Stato, V, 27 dicembre 2001 n. 6399). Diritto che naturalmente comprende i verbali della commissione di gara (TAR Emilia Romagna - Bologna, II, 16 marzo 2001 n. 227).

## ART. 12

### MODALITA' DI ESERCIZIO DEL DIRITTO E DI ESECUZIONE DEGLI OBBLIGHI CONSEGUENTI

1. *Chi intenda accedere alla documentazione di cui all'art. 8 deve presentare apposita, analitica domanda motivata, recante l'indicazione degli atti richiesti e l'enunciazione della qualifica soggettiva e/o della condizione oggettiva che a suo giudizio legittimano la pretesa.*
2. *La domanda intesa al semplice esame della documentazione è presentata in carta libera e gratuito è l'esame del relativo materiale. La domanda intesa all'ottenimento di copia dei singoli documenti amministrativi deve essere in regola, e in difetto va regolarizzata, ai sensi delle vigenti leggi sul bollo.*
3. *L'Ufficio al quale è indirizzata l'istanza, qualora non competente per materia, inoltra l'originale di essa all'Ufficio competente. Quest'ultimo, prima di procedere al sollecito riscontro, deve esaminare i requisiti di legittimazione alla richiesta.*
4. *Nel riscontro scritto all'interessato, il responsabile del procedimento o della pratica cui si riferisce la richiesta oppure, in sua assenza, il funzionario preposto all'Ufficio, qualora verificano la sussistenza del diritto all'accesso, indicano la data ed il luogo in cui la richiesta potrà ricevere evasione compatibilmente con le esigenze di efficienza del servizio svolto.*
5. *All'inizio di ogni anno solare è compito del dirigente predisporre, per il Settore di rispettiva competenza, il calendario delle date e l'ubicazione dei luoghi in cui sarà dato accesso agli atti comunali. Con lo stesso atto, modificabile con successive segnalazioni infraannuali, il dirigente, in funzione dell'onere globale di tempo e di disagio che la richiesta comporta per l'amministrazione, propone alla Giunta municipale, per la conseguente formale adozione, gli importi dei diritti di ricerca e di visura relativi alle singole richieste.*
6. *Con la medesima scadenza, il responsabile del servizio economato aggiorna e comunica l'importo del costo della riproduzione, fotografica o filmata, dei vari tipi di atti, al cui rimborso il richiedente è tenuto a provvedere, insieme con i diritti di ricerca e di visura, prima del rilascio di copia del documento.*

#### **MOTIVAZIONE DELLA DOMANDA (COMMA 1).**

La domanda deve essere precisa, deve cioè specificare con puntualità quali sono i documenti richiesti, nel senso che questi ultimi "vanno individuati con esattezza dallo stesso richiedente, non potendo essere imposta all'amministrazione alcuna attività di ricerca e di elaborazione di dati e notizie" (TAR Reggio Calabria 27 marzo 2001 n. 252). La regola va però interpretata secondo ragionevolezza; infatti è

"sufficiente che siano forniti elementi utili e idonei alla loro individuazione" (TAR Campania - Napoli, V, 9 gennaio 2001 n. 70).

In ogni caso la domanda "non può risolversi in una richiesta di documentazione che l'amministrato presuma essere stata formata dall'amministrazione, ma deve consistere nella richiesta di esibizione di documenti di cui sia certa l'esistenza" (TAR Lombardia - Milano, I, 18 dicembre 2002 n. 5135; Cons. Stato, VI, 15 ottobre 2001 n. 5437; TAR Sardegna 9 febbraio 2001 n. 60).

La mancanza di motivazione rende di per sé legittimo il diniego di accesso (Cons. Stato, VI, 20 marzo 2001 n. 1671) e comunque "la garanzia del diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione è subordinata alla disponibilità, da parte della stessa, del documento richiesto" (TAR Campania - Napoli, V, 30 maggio 2001 n. 2426).

I casi in cui il diritto di accesso è escluso sono oggi fortemente ridotti. Il cosiddetto segreto amministrativo "non esprime più un principio generale dell'agire dei pubblici poteri, ma rappresenta una eccezione al canone della trasparenza rigorosamente circoscritta ai soli casi in cui viene in evidenza la necessità obiettiva di tutelare particolari e delicati settori dell'amministrazione" (Cons. Stato, V, 2 aprile 2001 n. 1893). Quali poi siano i documenti esclusi dall'accesso, che devono essere individuati dall'amministrazione con apposito regolamento, si tratta di "valutazione ampiamente discrezionale che, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sfugge al sindacato di legittimità, salvo la sua arbitrarietà, irragionevolezza o illogicità" (Cons. Stato, IV, 25 luglio 2001 n. 4064).

**INTERESSE ALL'ACCESSO (COMMA 1).** Per poter vantare il diritto all'accesso "occorre una situazione giuridicamente legittimante, la quale, anche se non deve necessariamente assumere la consistenza del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, deve però essere giuridicamente tutelata, non potendosi identificare con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa" (Cons. Stato, VI, 22 ottobre 2002 n. 5818). L'interesse che legittima la richiesta di accesso agli atti e documenti amministrativi "deve essere personale e concreto nonché relativo alla persona che sia titolare di una situazione giuridicamente rilevante, dovendosi escludere che il diritto di accesso possa trasformarsi in uno strumento di ispezione popolare" (Cons. Stato, IV, 23 novembre 2002 n. 6435; TAR Toscana, I, 22 ottobre 2001 n. 1532). Se l'urgenza del richiedente non fosse concreta e attuale, se non fosse finalizzata alla tutela di situazioni per lui giuridicamente rilevanti "non si sarebbe più di fronte ad un diritto all'informazione bensì solo ad una mera esigenza di curiosità" (TAR Puglia - Lecce, II, 27 luglio 2001 n. 4360).

Per questo l'interesse all'accesso deve essere attuale, però con una correzione: lo accreditano anche "posizioni di interesse non attuale, o almeno non rilevabili con immediatezza ma che possano concretizzarsi e specificarsi proprio a seguito e in forza degli elementi di conoscenza acquisibili attraverso l'iter procedimentale all'uopo previsto dal legislatore" (TAR Puglia - Bari, I, 17 maggio 2001 n. 1762).

Il concetto è chiarito da un'altra importante decisione, secondo la quale "il diritto di accesso si configura come autonoma posizione tutelata, finalizzata all'informazione del soggetto interessato, indipendentemente dalla lesione in concreto di una determinata posizione di diritto soggettivo o interesse legittimo, in quanto la nozione di interesse giuridicamente rilevante è più ampia rispetto a quella dell'interesse all'impugnazione, caratterizzato dalla attualità e concretezza, e consente la legittimazione all'accesso a chiunque possa dimostrare che il provvedimento o il documento amministrativo siano idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente da una lesione giuridica" (TAR Lazio - Latina 19 dicembre 200 n. 879).

Va da sé dunque che il richiedente deve esternare non solo le ragioni per le quali intende accedere ai documenti ma "soprattutto la coerenza di tali ragioni con gli scopi alla cui realizzazione il diritto di accesso è preordinato" (Cons. Stato, V, 12 ottobre 2002 n. 5516). A questo punto però l'amministrazione interpellata può, anzi deve valutare l'esistenza dei requisiti di personalità e

concretezza dell'interesse vantato dal richiedente anche se "non può operare alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità dell'eventuale domanda giudiziale che l'interessato andrà eventualmente a proporre, la cui valutazione spetterà al giudice chiamato a decidere" (TAR Toscana, I, 30 luglio 2001 n. 1285; TAR Basilicata 6 febbraio 2001 n. 109; Cons. Stato, IV, 19 marzo 2001 n. 1621).

