

Difensore civico regionale ed intervento sostitutivo
Consiglio di Stato, sez. V, decisione 02.10.2006 n. 5706 ([Francesco Navaro](#))

Un difensore civico regionale qualora un comune ritardi nella nomina del difensore civico comunale può legittimamente esercitare il potere sostitutivo provvedendo esso stesso, dopo aver assegnato un termine al comune, alla nomina del difensore civico locale.

E' quanto stabilito dai giudici del Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza 2 ottobre 2006, n. 5706.

Il comune ricorrente in primo grado aveva sostenuto che la nomina del difensore civico comunale è un atto facoltativo ai sensi dell'[articolo 11](#) del [Tuel](#) e che, pertanto, il difensore civico regionale non poteva ricorrere all'esercizio del potere sostitutivo ex [articolo 136](#).

Il TAR con la sentenza di primo grado ha giudicato fondata l'impugnazione e ha annullato i provvedimenti impugnati, affermando che gli "atti obbligatori per legge", alla cui mancata assunzione l'[articolo 136](#) fa conseguire l'intervento sostitutivo del difensore civico regionale, sono gli atti espressamente sottoposti dalla legge ad un termine perentorio; in tutti gli altri casi, come quello in esame, i termini vanno qualificati come "acceleratori" e la loro violazione non fa sorgere il potere sostitutivo regionale, pena la lesione dell'autonomia comunale.

Il CdS non condivide tale interpretazione, poiché la distinzione tra termini perentori e ordinatori non ha nulla a che vedere con quella tra atti obbligatori e non obbligatori, né con la questione in esame.

Del resto la stessa sentenza del TAR ricorda che i termini perentori sono quelli che comportano la perdita del potere (o della facoltà) da esercitare appunto entro il termine; sicchè, quando un atto d'autorità va esercitato entro un termine perentorio, oltre il quale subentra il potere di altra autorità, non si pone nessuna questione di potere sostitutivo nel senso dell'[articolo 136](#) del [Tuel](#), il cui presupposto è che l'ente, pur avendo l'obbligo e mantenendo il potere di emanare un atto, non lo emani.

Gli atti obbligatori per legge di cui all'[articolo 136](#) sono invece quelli la cui emanazione è prevista da una fonte normativa (con esclusione, quindi, di quelli derivanti da una fonte contrattuale o da un atto amministrativo); tanto più un atto previsto dallo statuto comunale è da considerare "obbligatorio per legge", dopo che l'[articolo 114](#) della Costituzione, nel testo sostituito dalla Legge costituzionale n. 3/2001, ha rafforzato l'autonomia statutaria dei comuni.

Nel caso in esame, l'atto del difensore civico regionale è motivato col fatto che lo statuto del comune interessato prevede il difensore civico comunale.

(Altalex, 24 gennaio 2007. Nota di [Francesco Navaro](#))

Consiglio di Stato

Sezione V

Decisione 2 ottobre 2006, n. 5706

N. 5706/06 REG.DEC.
N. 8508 REG.RIC.
ANNO 2005

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello proposto dalla dottoressa D. G., nata a Cosenza il 30 novembre 1969 (residenza non indicata), difesa dagli avvocati Giuseppe Palma e Patrizia Kivel Mazuy e domiciliata in Roma, via Luigi Luciani 1, presso lo studio dell'avvocato Ferruccio de Lorenzo;

contro

il comune di M., costituitosi in giudizio in persona del sindaco G. D., difeso dall'avvocato Riccardo Marone e domiciliato in Roma, viale Angelico 38, presso lo studio Napolitano;

e nei confronti

della regione CAMPANIA, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 10 agosto 2005 n. 10698, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Campania, prima sezione, ha annullato il decreto 19 luglio 2004 n. 818 del difensore civico della regione Campania, di nomina di commissario *ad acta* che provvedesse alla nomina del difensore civico di M., e dei provvedimenti del commissario *ad acta* 20 agosto 2004 n. 1 e 10 settembre 2004 n. 2, d'indizione di procedura selettiva per la scelta del difensore civico comunale, e 10 settembre 2004 n. 3, di nomina della dottoressa G..

Visto il ricorso in appello, notificato il 28 settembre e depositato il 27 ottobre 2005;

visto il controricorso del comune di M., depositato il 14 novembre 2005;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti costituite;

vista la propria ordinanza 20 gennaio 2006 n. 250, con la quale è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 21 aprile 2006, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Roberto Bisceglia, in sostituzione dell'avvocato Giuseppe Palma, e Riccardo Marone;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il difensore civico della regione Campania dapprima, con atto 6 dicembre 2001 n. 5965, ha invitato il comune di M. a provvedere entro trenta giorni alla nomina del difensore civico comunale, con avvertenza che altrimenti avrebbe nominato un commissario *ad acta*, ai sensi dell'articolo 136 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 contenente il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, per procedere alla nomina; poi, decorso inutilmente il termine, ha effettivamente nominato il commissario, il quale ha indetto una procedura di scelta e poi ha nominato difensore civico del comune di M. la dottoressa G..

Il comune di M. con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Campania notificato alla regione Campania il 25 e 26 ottobre 2004 ha impugnato gli atti specificati in epigrafe, quello di nomina del commissario e quelli del commissario, deducendone l'illegittimità per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere sotto più profili. In sostanza il comune ricorrente ha sostenuto che la nomina del difensore civico per le amministrazioni provinciali e comunali, secondo l'articolo 11 del testo unico n. 267 del 2000, è un atto facoltativo e che pertanto il difensore civico regionale non poteva ricorrere all'esercizio del potere sostitutivo previsto dall'articolo 136.

La dottoressa D. G., nominata difensore civico del comune ricorrente, è intervenuta in giudizio con atto notificato il 19-20 novembre 2004, eccependo l'inammissibilità del ricorso, sia perché non le era stato notificato sia perché era proposto dal comune contro atti che, essendo stati emessi nell'esercizio di un potere sostitutivo, erano da considerare come atti del ricorrente stesso. Con atto contenente motivi aggiunti notificato il 17 maggio 2005 il comune ha ulteriormente censurato gli atti impugnati deducendo che, alla data della nomina del commissario *ad acta*, l'incarico il difensore civico regionale era scaduto, e, secondo la legge regionale della Campania 7 agosto 1996, n. 17, avrebbe potuto adottare soltanto atti urgenti ed indifferibili, quali non erano quelli impugnati.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per omessa notificazione alla dottoressa G., unica controinteressata, osservando che la dottoressa G. era spontaneamente intervenuta in giudizio prima che scadesse il termine per notificarle il ricorso. Ha poi giudicato fondata l'impugnazione, e ha annullato i provvedimenti impugnati, affermando che gli «atti obbligatori per legge», alla cui mancata assunzione l'articolo 136 del decreto legislativo n. 267 del 2000 riconnette il potere sostitutivo del difensore civico regionale, sono gli atti espressamente sottoposti dalla legge a un termine perentorio; in tutti gli altri casi, come quello in esame, i termini vanno qualificati come "acceleratòri" e la loro violazione non fa sorgere il potere sostitutivo regionale, pena la lesione dell'autonomia comunale.

Appella la dottoressa G., la quale reitera l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, non esaminata dal giudice di primo grado, secondo la quale il comune non può impugnare, ma semmai può annullare, atti emanati in sua vece nell'esercizio di un potere sostitutivo ed imputabili ad esso comune. Sostiene poi che il comune è decaduto dall'impugnazione perché ha collaborato con il commissario *ad acta*, così prestando acquiescenza alla sua nomina; e infine censura la motivazione della sentenza, rilevando che, una volta che lo statuto comunale abbia previsto il difensore civico, la sua nomina è obbligatoria e la mancata nomina rende applicabile il potere sostitutivo del difensore civico regionale, previsto dall'articolo 136 del decreto legislativo n. 267 del 2000.

Resiste il comune di M..

DIRITTO

Le eccezioni d'inammissibilità del ricorso di primo grado, formulate come motivi d'appello, sono infondate. Non c'è ragione di negare al comune la legittimazione ad impugnare l'atto regionale di nomina di un organo destinato a sostituire il comune nell'adozione di atti comunali; e l'impugnazione degli atti

emanati dal sostituto (commissario *ad acta*) è conseguente all'impugnazione dell'atto regionale di esercizio del potere sostitutivo organo. D'altra parte, all'opposto di quanto sostiene l'appellante, è dubbio semmai che il comune possa annullare l'atto adottato dal sostituto (sul punto vedasi la decisione della Sezione 8 luglio 1995 n. 1034). Quanto al fatto che il comune abbia collaborato con il commissario *ad acta*, la possibilità dell'ente sostituito di collaborare con il sostituto è una condizione per il corretto esercizio del potere sostitutivo (corte costituzionale, sentenza 2 marzo 2004 n. 69), e l'avvenuta collaborazione di per sé non comporta acquiescenza al provvedimento che ha deciso la sostituzione.

Venendo al merito, il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 contenente il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali all'articolo 136, intitolato "Poteri sostitutivi per omissione o ritardo di atti obbligatori" dispone: «1. Qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario *ad acta* nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario *ad acta* provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico». Il giudice di primo grado ha interpretato la disposizione nel senso che gli "atti obbligatori per legge" sono quelli espressamente sottoposti dalla legge a un termine perentorio, e non anche tutti gli altri che, in mancanza di un termine perentorio, sono sottoposti a un termine puramente acceleratorio. Il Collegio non condivide tale motivazione, perché la distinzione tra termini perentori e ordinatòri non ha nulla a vedere con quella tra atti obbligatori e non obbligatori, né con la questione che ne occupa. Del resto la stessa sentenza ricorda che i termini perentori sono quelli che comportano la perdita del potere (o della facoltà) da esercitare appunto entro il termine; sicché, quando un atto d'autorità va esercitato entro un termine perentorio, oltre il quale subentra il potere di altra autorità, non si pone nessuna questione di potere "sostitutivo" nel senso dell'articolo 136 del testo unico n. 267 del 2000, il cui presupposto è che l'ente, pur avendo l'obbligo e mantenendo il potere di emanare un atto, non lo emani. Gli atti obbligatori, o obbligatori per legge, di cui al citato articolo 136, sono invece tutti quelli la cui emanazione è prevista da una fonte normativa (con esclusione, quindi, di quelli derivanti da una fonte contrattuale o da un atto amministrativo); tanto più un atto previsto dallo statuto comunale è da considerare "obbligatorio per legge", dopo che l'articolo 114 della Costituzione, nel testo sostituito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, ha previsto che «I comuni ... sono enti autonomi con propri statuti». Nel caso in esame, l'atto del difensore civico regionale è motivato col fatto che lo statuto del comune di M. prevede il difensore civico comunale (in conformità con l'articolo 11 del decreto legislativo n. 267 del 2000, secondo cui lo statuto comunale può prevedere l'istituzione del difensore civico); e la circostanza, pur mancando in atti una copia dello statuto, non è contestata. Legittimamente, pertanto, l'organo regionale ha esercitato il potere sostitutivo provvedendo esso stesso, dopo aver assegnato un termine al comune, alla nomina del difensore civico.

L'appello, in conclusione, è fondato e va accolto. La novità della questione costituisce peraltro giusto motivo per compensare le spese di giudizio

Per questi motivi

accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge l'originario ricorso del comune di M.. Compensa le spese di giudizio.

Così deciso in Roma il 21 aprile 2006 dal collegio costituito dai signori:

Raffaele Iannotta presidente

Raffaele Carboni componente, estensore

Giuseppe Farina componente

Paolo Buonvino componente

Marzio Branca componente

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Raffaele Carboni F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO
F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 2 ottobre 2006
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale

(da www.altalex.it)