

Difensore Civico Regionale - Relazione Anno 1997

Allegato B2

Documento di studio del Comitato di Consulenza Tecnico-Giuridica del Consiglio regionale della Toscana in ordine all'interpretazione dell'art. 17, comma 45, della legge 127/1997.

COMITATO DI CONSULENZA TECNICO-GIURIDICA DEL
CONSIGLIO REGIONALE DELLA TOSCANA.

Seduta del 18.11.1997

Presenti: Proff. A.Andreani, E.Cheli, M.Luciani, S.Merlini,
A.Pizzorusso, G.Strozzi, R.Zaccaria.

Parere relativo all'interpretazione dell'art. 17, comma 45, della
legge n. 127 del 1997.

1 - Al Comitato di consulenza tecnico giuridica è stato chiesto di
esprimere parere su alcuni problemi applicativi che sorgono dall'art. 17,
comma 45, legge 15 maggio 1997, n. 127.

Questa disposizione prevede: “qualora i Comuni e le Provincie, 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 60 dal conferimento dell’incarico”.

La disposizione deve essere interpretata alla luce della valorizzazione del difensore civico regionale operata dall’art. 16, legge n. 127 del 1997, che si inquadra nella più generale valorizzazione delle autorità di garanzia, e, nello stesso tempo, della tendenza, presente nella stessa legge n. 127, a semplificare il rapporto fra amministrazione e cittadini e ad aumentare le competenze degli enti locali, riducendo i controlli esterni su di essi.

In particolare, viene chiesto:

- a) che cosa sia un atto “obbligatorio per legge”;
- b) come ci si debba comportare se esistono rimedi alternativi specifici;

c) chi sia competente a fissare il termine decorso il quale il difensore civico può nominare un commissario *ad acta*;

d) se con l'espressione "Comuni e Provincie" si possa comprendere anche le comunità montane;

e) se fra gli atti "obbligatori per legge" la cui omissione determina la possibilità di nominare un commissario *ad acta* da parte del difensore civico siano compresi anche i regolamenti;

f) se fra gli atti "obbligatori per legge" la cui omissione determina la possibilità di nominare un commissario *ad acta* da parte del difensore civico siano compresi i bilanci preventivi.

La risposta a questi quesiti rende necessario ripercorrere, sia pure rapidamente, la genesi dell'art. 17, comma 45, legge n. 127 del 1997.

Questa disposizione riformula l'art. 48, legge 8 giugno 1990, n. 142 che la legge n. 127 abroga all'art. 17, comma 31.

L'art. 48, legge n. 142 del 1990 prevedeva, con una disciplina che può essere considerata piuttosto simile a quella in esame: "qualora i comuni e le provincie, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino od omettano di compiere gli atti obbligatori per legge, il

comitato regionale di controllo provvede a mezzo di un commissario. Il termine assegnato non può essere inferiore a 30 giorni, salvo deroga motivata per i casi d'urgenza. - Le modalità di esercizio dei poteri di cui al primo comma sono regolate dalla legge regionale”.

Le maggiori differenze fra l'art. 48, legge n. 142 e l'art. 17, comma 45, legge n. 127 sono:

- per l'art. 48 la competenza ad esercitare il controllo sostitutivo spettava al comitato regionale di controllo. Per l'art. 17, comma 45 questa competenza viene attribuita al difensore civico;

- l'art. 48 prevedeva che il potere sostitutivo non potesse essere esercitato se l'autorità obbligata per legge a provvedere non si fosse vista assegnare un termine non inferiore a 30 giorni per adottare il provvedimento. Per l'art. 17, comma 45, non esiste un termine prefissato per legge, ma questo deve essere semplicemente “congruo”;

- per l'art. 48 la legge regionale doveva disciplinare le modalità di esercizio del controllo sostitutivo. A questo proposito, l'art. 17, comma 45, tace del tutto.

La giurisprudenza aveva avuto modo di segnalare come l'art. 48. legge n. 142 del 1990 si segnalasse per una notevole continuità con le disposizioni previgenti in materia di controlli sostitutivi: "l'istituto (...) appare una costante nell'ordinamento comunale a partire a meno dalla legge comunale e provinciale 7 ottobre 1848 che, all'art. 182, attribuisce all'allora intendente generale di *supplire d'ufficio* ove i consigli *non compiano operazioni fatte obbligatorie dalla legge*: formula che rimane identica nelle leggi del 1859 e del 1865, salvo che per l'organo che può sostituirsi, divenuto la deputazione provinciale (art. 136)" (TAR Lazio, I Sez., 25 febbraio 1992, n. 272, in *I Tar*, 1992, I, 938 e ss.).

In altre parole la previsione di un controllo sostitutivo sugli enti "obbligatorie per legge" che debbono essere emanati da parte degli enti locali, per così dire, minori è il portato di una lunga tradizione, che si può dire essere nata nel 1845, allo scopo di garantire la vigilanza dello Stato sugli enti locali.

2 - Sub a) - Il primo quesito che viene posto, e che è sintetizzato con la lettera a), è che cosa si debba intendere per atto obbligatorio per legge.

In particolare, viene specificato: “posto che la natura di questa tipologia di atti è da definirsi caso per caso ed un elenco rischia di non essere esaustivo, si pone il dubbio di sapere quale caratteristica abbia l'atto ‘obbligatorio per legge’ e come si debba distinguere l'atto obbligatorio per legge dall'atto dove invece si riscontra un grado maggiore di discrezionalità politica da parte dell'ente locale”.

Sulla risposta a questo quesito non si è registrata nel Comitato una unanimità di consensi.

In particolare, si è concordato sul fatto che atto obbligatorio per legge deve essere un atto vincolato nell'*an* e nel *quando*.

Se mancano questi due presupposti, difatti, non si può neanche affermare di essere di fronte ad un inadempimento dell'ente locale.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione Quarta, 11 gennaio 1993, n. 28 (in *Cons. Stato*, 1993, I, 13) ha avuto modo di specificare che: “questo giudice ritiene che il potere sostitutivo da parte del Coreco, di cui agli articoli sopra richiamati, che ha come presupposto l'omissione di atti obbligatori per legge (esso equivale ad un controllo su

un atto negativo). non possa essere esercitato quando vi sia discrezionalità sull'*an*; infatti in tal caso l'atto non può essere definito obbligatorio per legge; la diversa opinione appare in contrasto, sia con la lettera della normativa ordinaria che con gli artt. 128 e 130 della Costituzione".

Altra e diversa questione è se atto obbligatorio per legge debba essere l'atto che è vincolato anche nel *quomodo*.

Su questo problema, il Consiglio di Stato non prende esplicita posizione, pur specificando: "il caso all'esame non richiede (...) che il collegio si esprima ulteriormente circa la portata del concetto di atto obbligatorio per legge: se cioè per atto obbligatorio per legge si debba intendere soltanto un atto dovuto, il cui contenuto sia interamente normativamente determinato, cioè in piena armonia con le disposizioni di cui agli artt. 128 e 130 della Costituzione; ovvero se la nozione di atto obbligatorio per legge comprenda anche un atto dovuto non determinato nel contenuto, in cui l'obbligo di provvedere discenda dal dovere di soddisfare gli interessi da tutelare, tesi, questa seconda, che troverebbe la sua giustificazione nella funzione di indirizzo e coordinamento e nell'ampia portata che a tale funzione ha inteso attribuire la recente

giurisprudenza costituzionale”.

Su questo punto nel Comitato sono emerse due posizioni: una diretta a considerare la lettera della legge, che se avesse voluto intendere atti dei quali il *quomodo* sia predeterminato, avrebbe dovuto usare la parola “vincolati” e non quella “obbligatori”; l'altra preoccupata di garantire le autonomie locali da interferenze che non siano giustificate dal ruolo di autorità di garanzia che spetta al difensore civico e dalla volontà, sottesa a tutta la legge n. 127 del 1997, di valorizzare le autonomie locali.

A questo punto, si può affermare che, se vi è un unanime consenso a restringere il controllo sostitutivo agli atti vincolati nell'*an* e nel *quando* (consenso avvalorato anche dalla dottrina: L. GIOVENCO, A. ROMANO, *Ordinamento comunale*, Milano, 1994, 882 e ss.; R. IANNOTTA, *Ordinamento comunale e provinciale*, Padova, 1995, 434; G. M. POTENZA, *Legittimità degli atti nel nuovo ordinamento degli enti locali*, Rimini, 1993, 256; L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 1990, 263 e ss.; ID., *I comuni e le provincie*, Bologna, 1996, 137), il quesito circa la pertinenza degli atti non vincolati nel *quomodo* alla categoria degli atti “obbligatori per legge” già prevista dall'art. 48, legge

n. 142 del 1990, ed ora contemplata dall'art. 17, comma 45, legge n. 127 del 1997, non vede una unanimità di consensi.

Probabilmente, una soluzione ragionevole può essere quella che tende a valutare il tipo di funzione che l'ente locale deve esercitare nel determinare il contenuto dell'atto che è obbligato ad emanare.

In particolare, si potrebbe distinguere quando il *quomodo* dell'esercizio del potere sia frutto di una sintesi politica e, invece, quando esso sia il frutto di discrezionalità amministrativa.

Nel primo caso, la necessità di garantire la responsabilità politica dell'ente locale nei confronti del corpo elettorale non pare che possa lasciare alternative: l'atto è senz'altro rimesso esclusivamente alla cognizione dell'organo istituzionalmente competente, salvo la possibilità, nel caso in cui sussista un obbligo di questo ente ad adempiere e questo ente persista nell'inadempimento, di provvedere al suo scioglimento (in questo caso però il controllo non è più un controllo sull'atto ma sull'ente).

3 - Sub b) - Viene chiesto come il difensore civico si debba comportare se esistono rimedi alternativi specifici.

In particolare viene specificato che “il difensore civico è un organo di tutela non giurisdizionale alternativo per sua natura ai rimedi giurisdizionali e che ha come scopo istituzionale proprio quello di trovare soluzione rapida ed informale a quei casi che le forme dei ricorsi giurisdizionali renderebbero di lunga e complessa soluzione”.

In generale, non sembra che l'art. 17, comma 45 limiti la competenza del difensore civico nel caso in cui esistano rimedi alternativi specifici.

In questi casi, occorrerà valutare se, per effetto del generale principio di specialità, il rimedio alternativo specifico sia direttamente rivolto a rimuovere l'inadempimento dell'ente locale ad un obbligo previsto dalla legge: se così è, è ragionevole ritenere che si debba provvedere secondo il rimedio alternativo specifico e non secondo l'istituto del controllo sostitutivo generalmente previsto dall'art. 17, comma 45.

Per il più specifico aspetto degli inadempimenti contrattuali, sui quali pure viene specificamente richiesto di esprimere parere, è possibile richiamare la sentenza del TAR Lazio, I Sez., n. 272/92, cit..

Nel caso deciso da questa pronuncia, l'organo di controllo aveva nominato un commissario *ad acta* per provvedere al pagamento di un debito che sarebbe derivato al Comune per effetto di un contratto di appalto di lavori. Il giudice amministrativo ha avuto modo di statuire: "la fonte dell'obbligo di adempimento da parte del comune non è (...) la legge, bensì, in ipotesi, un atto contrattuale, per cui - ... - l'atto di nomina del commissario ad opera dell'organo di controllo viola il disposto dell'art. 48, legge n. 142/90".

Sotto questo aspetto, la sentenza introduce un criterio di distinzione piuttosto discutibile: l'adempimento di un contratto è un atto "obbligatorio per legge" e rispetto al quale non vi è alcun margine di discrezionalità per l'amministrazione, al punto che si potrebbe sostenere si tratti di un atto vincolato.

Altra e diversa questione è l'adempimento di un contratto sulla cui interpretazione le parti contraenti non concordano. In questo caso, la valutazione dell'obbligatorietà o meno dell'atto omesso dall'Amministrazione comunale verrebbe a coincidere con la soluzione della *res litigiosa* e quindi con una attività che non pare possa essere

ricondotta all'ambito di applicazione dell'art. 17, comma 45, legge n. 127/97 e, più in generale, alle funzioni del difensore civico.

In estrema sintesi, pare si possa affermare la competenza del difensore civico a nominare un commissario *ad acta*, in tutti quei casi in cui l'ente locale minore non emetta un atto "obbligatorio per legge", salvo che sia previsto (come, ad esempio, nel caso delle concessioni edilizie, all'art. 4, sesto comma, d.l. 5 ottobre 1993, n. 328, convertito dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493 e novellato dall'art. 2, comma 60, legge 23 dicembre 1996, n. 662 o in materia di accesso ai documenti amministrativi, dagli artt. 22 e ss., legge n. 241 del 1990) un rimedio specifico per rimediare all'inadempienza dell'ente locale.

Non si applica invece l'art. 17, comma 45 a tutti gli inadempimenti che non riguardano obblighi di provvedere espressamente previsti dalla legge.

4 - Sub c) - Con il quesito sintetizzato con la lettera c) è stato richiesto chi sia competente a fissare il termine.

In particolare viene domandato se questo termine deve essere sempre fissato dal difensore civico o se invece si può agire direttamente, se emerge che l'ente inadempiente era già stato diffidato da altri soggetti pubblici o addirittura direttamente dall'interessato.

Viene inoltre specificato che in via di prassi l'ufficio tende sempre a dare un termine, più o meno breve a seconda dei casi.

Anche su questo punto il Comitato ha espresso una larga gamma di opinioni.

L'art. 17, comma 45, si limita a prevedere una diffida, ma non specifica affatto quale sia il soggetto che debba provvedere a questo adempimento.

Pertanto, anche l'art. 48, legge n. 142 del 1990 non prevedeva quale fosse il soggetto competente ad emanare la diffida e, in questa situazione, la legge regionale delle Marche n. 15/91, la legge regionale del Piemonte n. 30/91, la legge regionale dell'Emilia Romagna n. 7/92 e la legge regionale del Lazio n. 26/92 hanno previsto che sia l'organo di controllo ad effettuare l'invito all'ente a provvedere, vuoi d'ufficio o su richiesta (della Giunta Regionale, per la legge Piemontese; dei soggetti

pubblici o privati, a qualsiasi titolo interessati, anche portatori di interessi diffusi costituiti in associazione o comitati, per la legge marchigiana; dei soggetti interessati, *tout court*, secondo la legge laziale).

In questo contesto, la individuazione esatta del soggetto competente ad emanare la diffida ovvero del soggetto competente a richiedere che sia emanata la diffida potrà essere definitivamente risolta dalla legge regionale che disciplinerà le concrete modalità del controllo sostitutivo.

Fino a quel momento è senz'altro coerente con i principi che si sono illustrati il procedimento sin qui seguito dall'ufficio del difensore civico, che in particolare dovrà valutare se i termini eventualmente assegnati siano stati congrui ed eventualmente invitare di nuovo l'amministrazione ad adempiere.

5 - Sub d) - Con il quesito sintetizzato con la lettera d) viene chiesto se l'espressione "comuni e provincie" sia da intendere come da riferire genericamente a tutti gli enti locali cosiddetti minori (e quindi anche alle comunità montane) o se invece debba applicarsi

un'interpretazione restrittiva e tecnica.

La soluzione di questo quesito non è affatto semplice e anche su di esso sono state espresse varie opinioni all'interno del Comitato: da una parte, il controllo sostitutivo ha lo scopo di garantire la legalità dell'azione amministrativa esercitata dagli enti locali e non vi è perciò ragione per sottrarre le comunità montane a questa particolare forma di ingerenza nella autonomia loro garantita.

Si registra, peraltro, una contraddizione fra la natura e la funzione del controllo sostitutivo, che di per sé non sembrerebbe impedire una estensione di questa forma di controllo anche alle comunità montane, e l'orientamento dominante nella giurisprudenza costituzionale ed in dottrina (v. P. Barile *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, LUISS) secondo cui ogni limite ad una autonomia o ad una libertà deve essere interpretato nella maniera più restrittiva possibile.

In questa situazione, sembra sia da condividere la prassi sin qui seguita, e che può trovare un appiglio anche nell'art. 49, legge 142/90, per il quale le norme sul controllo e la vigilanza dettate per le Province ed i Comuni si applicano, fra l'altro, anche alle comunità montane, segnalando