In primo luogo si darà conto della modifica costituzionale (per la parte relativa ai controlli) ed ai problemi sorti a seguito dell'approvazione della legge regionale, con uno sguardo al dibattito ancora vivo intorno al significato ed alla portata da attribuire alle modifiche intervenute sul Titolo V della costituzione.

Si passeranno poi in rassegna le disposizioni della nuova legge regionale e del regolamento di attuazione per scoprirne le novità e le conseguenze in termini pratici sul lavoro dell'Ufficio.

Infine si farà il quadro delle istanze pervenute nel corso del 2001 e delle azioni attivate. Il confronto con le relazioni degli anni precedenti aiuterà, sia attraverso i numeri che attraverso le riflessioni che ne derivano, a tracciare delle conclusioni.

3.8.1 Controllo sostitutivo e assetti costituzionali

La riforma costituzionale ha portato con sè l'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione, ossia di quella norma che attribuiva ad un organo della Regione il potere di esercitare il controllo di legittimità sugli atti delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali. Quale significato attribuire alla riforma? Quello di un'automatica abrogazione di ogni forma di controllo ovvero quello, più prudente, di ritenere venuta meno la mera copertura costituzionale del controllo e non anche l'esistenza degli organi e delle norme che disciplinano le forme del controllo.

Il dubbio –presente anche nella migliore dottrina costituzionale– è stato brillantemente risolto dalla Regione Toscana che, anticipando anche il legislatore statale, ha disposto con legge la soppressione del Comitato regionale di Controllo e l'abolizione dei controlli preventivi di legittimità. In ordine a ciò si pongono due riflessioni.

La prima riguarda l'attribuzione al Difensore civico di tutta una serie di competenze prima attribuite al Comitato regionale di Controllo, quasi naturale conclusione di un percorso già iniziato dal legislatore nazionale nel 1997. Con la seconda delle leggi Bassanini era stato affidato al Difensore civico di Comuni e Province (e quindi anche a quello regionale per le amministrazioni convenzionate) il controllo di legittimità su alcuni atti degli Enti locali.

La specificità delle materie e la formalità delle procedure, estranee alle logiche di azione della difesa civica, hanno condizionato l'efficacia di questa norma che in effetti non ha trovato nella pratica troppe occasioni di applicazione. Ora, ancora una volta, si individua nel Difensore civico il naturale "successore" del Co.re.co. nello svolgimento di attività di controllo. Decisione che se per un verso riconosce e valorizza la capacità di azione dell'Ufficio, facendone un punto di riferimento –autonomo e imparziale– per il controllo sull'efficienza della pubblica

amministrazione, per altro verso determina un considerevole aumento degli adempimenti che fanno capo al difensore civico.

La seconda riflessione concerne la problematicità dell'applicazione di una legge che, poco dopo essere entrata in vigore, è stata impugnata dal Governo dinanzi alla Corte Costituzionale. Solo dopo aver conosciuto le decisioni della Corte sarà possibile esprime considerazioni precise in merito. Per il momento si tratta di stabilire se, ed in che misura, alla legge regionale deve essere data applicazione. In questo senso l'orientamento assunto, in conformità alle valutazioni espresse dalla Presidenza della Regione Toscana, è stato nel senso di seguire le indicazioni della legge regionale e porre in essere gli adempimenti da essa previsti.

Il problema non è solo teorico ma, al contrario, soprattutto pratico. La legge è entrata in vigore nei primi giorni del mese di gennaio e si è imposta immediatamente la necessità di predisporre il sistema di controllo e verifica su tutte le amministrazioni locali toscane e sui loro consorzi per accertare il rispetto dei termini previsti dalla legge per l'approvazione del bilancio di previsione.

Qualche problema è sorto a seguito del provvedimento con il quale il Governo ha attribuito ai Prefetti il medesimo potere di controllo relativamente all'approvazione dei bilanci di previsione. Problema che è stato possibile superare in virtù della collaborazione prestata dagli amministratori locali i quali non hanno opposto obiezioni a riconoscere come loro interlocutore il difensore civico. È chiaro, in ogni modo, che si tratta di una questione che troverà definitiva soluzione solo con la pronuncia della Corte.

Al momento è già possibile fornire un dato conclusivo ed importante: alla scadenza del termine previsto dalla legge (e due volte prorogato) tutte le amministrazioni locali toscane hanno approvato il bilancio di previsione e non è stato necessario intervenire in via sostitutiva. Gli atti di diffida ad adempiere hanno trovato puntuale risposta, salvo pochi casi nei quali, comunque, l'approvazione del bilancio è intervenuta immediatamente dopo la scadenza del termine.

In fase di prima applicazione della legge si è posto il problema di delimitare l'ambito del controllo in quanto al difensore civico sono state trasferite le sole competenze in merito di controllo sostitutivo e non anche quelle relative al controllo di legittimità sugli atti che, come detto, sono da considerarsi del tutto abolite. In effetti, le disposizioni contenute nella Lr. 2/02 devono essere lette ed interpretate nell'ambito del complesso delle norme che attribuiscono al difensore civico il potere di nominare un *Commissario ad acta*, e che sempre si riferiscono alle sole amministrazioni locali. Ed è un ambito non del tutto coincidente con quello che era proprio del *Co.re.co.*, sia in relazione alla

individuazione dei soggetti sui quali esercitare il controllo sia, ovviamente, sugli atti sui quali lo stesso controllo viene esercitato.

Un'ultima considerazione. L'Ufficio riceve comunicazione dell'avvenuta approvazione del bilancio di previsione, ma non ha il potere, né la possibilità di sindacare nel merito i contenuti del conto medesimo. Si tratta di una scelta assolutamente consapevole del legislatore sulla quale non si ritiene di dover esprimere considerazioni, ma rimane qualche perplessità connessa al fatto che, in mancanza di riflessioni sul merito degli atti, sarà difficile dare effettività alle ulteriori disposizioni di legge che prevedono un intervento del difensore civico anche in presenza di situazioni di dissesto finanziario dell'ente locale.

La procedura, in caso di nomina del *Commissario ad acta*, è piuttosto complessa e merita qualche parola di approfondimento. L'intervento in sostituzione è previsto non solo in caso di omissioni relative all'approvazione del bilancio preventivo, del rendiconto (questo già avveniva in base alle previsioni della L. 127/97) e degli ulteriori atti obbligatori la cui mancata adozione è considerata equivalente alla non approvazione del bilancio preventivo, ma anche relativamente ai provvedimenti di accertamento dello stato di dissesto e dei provvedimenti di riequilibrio previsti dal Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali. È un campo di azione piuttosto vasto, soprattutto in relazione a queste ultime ipotesi nelle quali si potrebbe porre la necessità di attivare forme di consulenza tecnica per la valutazione dei profili di ordine finanziario.

La lettura comparata dei primi due commi dell'art. 4 della legge 2/02 – l'uno relativo alla diffida, l'altro al termine entro il quale l'ente deve rispondere – porta a concludere nel senso che l'intervento del difensore civico è spostato ad un momento successivo a quello previsto per l'adozione dell'atto. In effetti l'ente deve dare comunicazione dell'avvenuta approvazione dell'atto entro dieci giorni dalla scadenza del termine prescritto dalla legge (ed in questo caso il riferimento è alla legge dello Stato) e solo dopo, si ritiene, il difensore civico dovrà inviare la diffida ad adempiere. La previsione di un atto di diffida, finalmente obbligatoria in ogni caso di intervento sostitutivo, è probabile che consentirà nella quasi totalità dei casi di evitare la nomina del *Commissario*.

La procedura sostitutiva è articolata in due fasi distinte: la prima relativa alla predisposizione dello schema di bilancio da parte della Giunta e la seconda relativa all'approvazione da parte del Consiglio. È significativo il fatto che, nel primo caso, il termine disposto dal difensore civico deve essere non inferiore a trenta giorni, mentre nel secondo non superiore a venti, così come la previsione che la diffida in caso di mancata predisposizione dello schema di bilancio deve essere notificata ai singoli componenti dell'organo.

Per quanto concerne la procedura di accertamento dello stato di dissesto, l'intervento sostitutivo è finalizzato in un primo tempo a verificarne la sussistenza e quindi ad assicurare che l'assemblea deliberi in merito ad esso.

3.8.2 La legge regionale di riforma

La nuova legge regionale sui *Commissari* nominati dalla Regione affronta, e in buona parte risolve, molti dei problemi che si erano posti nell'esercizio delle competenze e che erano stati anche oggetto di segnalazione nelle precedenti relazioni annuali Di particolare interesse, per quanto concerne il lavoro del Difensore civico, risultano essere la disciplina della diffida ad adempiere, la specificazione degli elementi di fatto e di diritto che devono essere contenuti nel decreto di nomina del *Commissario*, gli effetti del provvedimento di nomina e, soprattutto, le nuove disposizioni per le procedure di pagamento dei *Commissari* al termine del mandato.

È stato sancito in via generale il principio in base al quale la nomina è sempre preceduta da diffida ad adempiere entro congruo termine, nonché l'ulteriore specificazione che la diffida deve essere fatta dall'organo competente alla nomina del *Commissario*. Si tratta di una previsione opportuna la cui mancanza aveva creato difficoltà, soprattutto per la gestione delle istanze di cui alla Lr. 52/99 in materia di concessioni ed autorizzazioni edilizie. In tale ultima disposizione è, in effetti, previsto un meccanismo automatico di esame e di nomina del *Commissario*, che deve avvenire entro 15 giorni dal ricevimento dell'istanza da parte dell'Ufficio di difesa civica.

A fronte di ciò è stato sin dal primo momento rilevato come il riconoscimento in capo al Difensore civico di un potere sostitutivo, per essere realmente efficace, non possa che essere pensato in riferimento alle più tipiche funzioni dell'Istituto, ossia al ruolo di mediazione e conciliazione dei conflitti che ne rappresenta il valore differenziale. Imporre formalismi eccessivi al Difensore civico significa privarlo di una delle armi più potenti di cui dispone, la capacità di ravvicinare – attraverso sistemi informali e diretti – le parti in conflitto.

L'esperienza ha dimostrato come in molti casi (e sono la maggioranza) l'azione è più efficace se non automaticamente e meramente repressiva e che la mera possibilità di un intervento in sostituzione costituisce stimolo sufficiente per convincere l'amministrazione a porre in essere gli atti per i quali si contesta l'omissione.

Il termine a diffida realizza contemporaneamente due obiettivi: per un verso consente all'ente inadempiente uno spazio di riflessione e di valutazione delle conseguenze, non solo di ordine

economico, che possono seguire alla nomina del *Commissario*; per altro verso permette al difensore civico di svolgere un'azione di mediazione del conflitto e di acquisire conoscenza anche delle osservazioni dell'amministrazione.

L'automaticità della nomina, in effetti, è prevista in relazione alla mancanza di discrezionalità nell'adozione degli atti, al fatto che in tutti i casi considerati esiste un termine certo ed inderogabile entro il quale concludere il procedimento. Purtroppo la gestione amministrativa non è sempre riconducibile ai formalismi delle norme e talvolta esistono anche valide ragioni che giustificano un ritardo o un'omissione. Concedere la possibilità di esaminare le motivazioni della mancata conclusione del procedimento permette, talvolta, di evitare un provvedimento di diniego.

La specificazione che alla diffida provvede l'organo competente alla nomina del *Commissario* elimina un ulteriore elemento di problematicità, sancendo in via generale che ogni iniziativa, autonoma e precedente, assunta dal soggetto interessato all'adozione del provvedimento non rappresenta atto di diffida utile a far decorrere un termine per la nomina del *Commissario*, rimanendo essa nella libera determinazione del difensore civico.

La nuova legge di disciplina dei *Commissari* ha altresì chiarito il contenuto obbligatorio degli atti di nomina e gli effetti che dalla nomina derivano per l'ente sostituito. Di particolare rilievo è la disposizione in base alla quale le funzioni esercitate, gli atti e le attività posti in essere dal *Commissario* sono direttamente e soggettivamente imputati agli enti sostituiti.

Si tratta di una precisazione importante per gli effetti che produce in ordine all'eventuale impugnazione degli atti del *Commissario*. Escluso ogni dubbio sugli effetti giuridici in capo all'ente sostituito degli atti posti in essere dal *Commissario* (imputazione degli effetti dell'attività; spese per gestione sostitutiva), la questione si pone in relazione alla definizione del rapporto – organico od interorganico – che intercorre tra l'ente sostituito ed il *Commissario*: dalla soluzione che si sceglie dipendono conseguenze sia per quanto concerne l'attribuzione delle eventuali responsabilità per le azioni del *Commissario*, sia per ciò che riguarda il regime di impugnazione degli atti.

Proprio in merito a tale ultimo profilo, l'imputazione soggettiva degli atti all'Ente sostituito muta il quadro di riferimento che, sino ad ora, era apparso valido. L'ente sostituito mantiene dunque il potere di annullamento o revoca in autotutela sui provvedimenti posti in essere dal Commissario, senza necessità di proporre ricorso in sede giurisdizionale.

Non è questa la sede per discutere sulla natura organica o interorganica del rapporto tra *Commissario ad acta* ed ente sostituito. Solo si ritiene di poter far cenno alle conseguenze che si producono allorché si concede all'ente che era rimasto inerte la possibilità di annullare i provvedimenti adottati dal *Commissario*.

Pur se non vengono del tutto a mancare le garanzie di trasparenza del procedimento amministrativo – per annullare, revocare o modificare un atto in autotutela è pur sempre necessario dar conto dell'interesse pubblico attuale alla base della determinazione – certo si indebolisce l'azione del Difensore civico in quanto l'intervento in sostituzione rischia di perdere gli effetti suoi propri.

Non sempre il provvedimento del *Commissario* va nel senso auspicato da chi ha presentato l'istanza, in quanto ad esso si chiede solo di superare il comportamento inerte dell'amministrazione e porre in essere gli atti omessi. È tuttavia frequente assistere a ritardi determinati non da meri problemi organizzativi, ma piuttosto da pregiudiziali in ordine al rilascio del provvedimento richiesto.

In questa situazione, in caso di esercizio dell'autotutela da parte dell'ente sostituito nei riguardi del provvedimento del *Commissario*, rimarrebbe pur sempre la facoltà di proporre ricorso in sede giurisdizionale, ma certo si finirebbe per pregiudicare l'effettività della tutela prestata dal difensore civico.

Ancora meno realistica è poi l'ipotesi per la quale, eliminato l'atto in autotutela ed in mancanza di diverse determinazioni dell'amministrazione procedente, si ricadrebbe nella precedente situazione di omissione e dunque vi sarebbe nuovamente la possibilità di nominare un *Commissario ad acta* secondo un percorso circolare che non giova a nessuna delle parti.

Siamo di fronte, è chiaro, ad una situazione in evoluzione per la quale prima di esprimere giudizi definitivi sarà opportuno valutare le indicazioni provenienti dalla concreta applicazione della norma, anche perché non si sottovalutano neppure le conseguenze che derivano dalla diversa impostazione che obbligherebbe l'ente locale a ricorrere in sede giurisdizionale contro un proprio atto.

Un'altra importante novità è l'individuazione di un meccanismo che ora permette di garantire al *Commissario* il pagamento degli oneri derivanti dalla sua attività, comprensivi sia del compenso che del rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento dell'incarico. Troppo spesso, negli anni passati, vi sono state difficoltà nel far si che l'Ente sostituito liquidasse gli importi dovuti al *Commissario*. Mancavano strumenti di coazione e ciò creava ostacoli anche in sede di affidamento dell'incarico: il soggetto nominato, conclusa la sua attività e trasmessa al difensore civico la relazione e la nota spese, era spesso costretto ad aprire un contenzioso con l'ente sostituito al fine di ottenere il riconoscimento di quanto gli era dovuto.

Delicato di conseguenza il ruolo del difensore civico committente dell'azione ed autore del provvedimento di nomina, cui veniva chiesto un aiuto per adempimenti del tutto estranei all'ambito delle sue competenze e delle sue possibilità. Solo attraverso una intensa e costante opera di mediazione è stato

possibile assicurare a tutti i *Commissari* nominati dal 1997 ad oggi il pagamento di quanto a loro dovuto.

È ora previsto, con opportuna intuizione, che gli enti sostituiti provvedano alle necessarie variazioni di bilancio entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione dell'atto di nomina e che, qualora ciò non avvenga, il difensore civico ha la facoltà di affidare anche questo ulteriore adempimento al *Commissario*, il quale avrà così la certezza di essere retribuito in merito all'attività svolta.

3.8.3 Le statistiche

Nel 2001 sono stati attivati in totale 44 interventi di accertamento per la nomina del *Commissario ad acta*, relativi sia alle richieste di intervento sostitutivo per omissioni di atti obbligatori per legge (TU.EE.LL.), sia alle istanze in materia di concessioni ed autorizzazioni edilizie, di cui alla Lr. 52/99. Un primo dato statistico può essere tratto dal confronto con i numeri degli anni precedenti. L'esperienza maturata in questi primi cinque anni di attività consente di esprimere alcune considerazioni circa i valori tendenziali dei flussi di domande che giungono all'Ufficio. Nella tabella n.1 sono riportati i parziali dei procedimenti aperti dal 1997 al 2001, suddivisi per ambito di competenza (dal 2000 l'art.17, comma 45, della L. 127/97 viene recepito, senza sostanziali modifiche nell'art. 136 del Testo Unico delle disposizioni sull'ordinamento degli Enti locali). Il totale dei procedimenti aperti è pari a 154 pratiche, il 90% delle quali concluse nell'anno di riferimento.

Tabella 1

	1997	1998	1999	2000	2001	1997/ 2001
L.127/97	26	23	11	-----	-----	-------
TU.LL.EE				23	22	-------
Lr. 52/99				27	22	-------
TOTALE	**26**	**23**	**11**	**50**	**44**	**154**

Il numero delle istanze presentate ha subìto, in questi ultimi due anni, un consistente incremento determinato soprattutto dal nuovo ambito di competenze attribuite in materia di concessioni ed autorizzazioni edilizie. Sostanzialmente inalterato rimane il numero di richieste per omissioni di atti obbligatori per legge, salvo una temporanea flessione nel 1999.

Di rilievo è invece la domanda relativa allo specifico settore delle licenze edilizie con quasi 50 istanze formalizzate in due soli anni. Ciononostante è un dato da leggere con attenzione in quanto espressione di un campo di tutela non ancora completamente esplorato e dunque in evoluzione. Il difensore civico regionale è chiamato in causa per le sole realtà locali ancora prive dell'Istituto,

e ciò fa si che si tratti di numeri in continuo aggiornamento. Ad esempio, si deve ritenere che il numero delle istanze presentate nel 2001, pur inferiore in valore assoluto a quello dell'anno precedente, è in realtà sintomatico di un tendenziale aumento di domanda.

Nella tabella 2 sono messi a confronto – limitatamente agli interventi attivati ai sensi della Lr. 52/99 – i valori percentuali delle istanze in relazione all'ente territoriale di riferimento. Lo scorso anno non si mancò di rilevare come quasi il 70% delle istanze provenisse da tre soli Comuni (Firenze, Isola del Giglio e Castiglione della Pescaia) e si ipotizzò che causa di tale concentrazione non fosse una minore efficienza di queste amministrazioni comunali quanto piuttosto una ancora non capillare diffusione della conoscenza del potere di sostituzione da parte della popolazione, troppo legata all'iniziativa di pochi ed informati tecnici del settore.

Nell'aprile del 2001 si è insediato il difensore civico del Comune di Firenze e questo ha prodotto lo spostamento di una quota della richiesta dall'Ufficio regionale a quello comunale. Nella stessa misura si nota una forte diminuzione di contenzioso con il Comune di Isola del Giglio, che non pochi problemi aveva dato nel corso dell'anno precedente. L'aumento del numero delle amministrazioni interessate dalle istanze di controllo sostitutivo sembra un segnale della maggiore conoscenza più ampio del potere di nomina del *Commissario ad acta*.

Tabella 2

Lr. 52/99		
COMUNE	**Nr**	**%**
Castiglione della Pescaia	4	18,18
Isola del Giglio	3	13,64
Campo nell'Elba	2	9,09
Montecarlo	2	9,09
Colle Val d'Elsa	1	4,55
Capoliveri	1	4,55
Lari	1	4,55
San Gimignano	1	4,55
Bagni di Lucca	1	4,55
Pontassieve	1	4,55
Firenze	1	4,55
Pescia	1	4,55
Montepulciano	1	4,55
Reggello	1	4,55
Bucine	1	4,55
TOTALE	**22**	**100,00**

Tabella 3

Lr. 52/99		
Esiti	**Nr.**	**%**
Nomina	0	0,00
Rilascio provvedimento	8	36,36
Diniego provvedimenti	7	31,82
Abbandono o sospensione	4	18,18
In corso	3	13,64
TOTALE	**22**	**100,00**

Tabella 4

Lr. 52/99		
Tempo istruttoria	**Nr.**	**%**
entro 1 mese	12	54,55
entro 2 mesi	2	9,09
più di 2 mesi	2	9,09
aperte	6	27,27
TOTALE	**22**	**100,00**

Nelle tabelle 3, 4 e 5 sono riportati i dati relativi alle istanze presentate ai sensi della Lr. 52/99, con particolare riferimento alle amministrazioni locali interessate, agli esiti ed ai tempi di istruttoria delle pratiche. Nel corso del 2001 è stato nominato un solo *Commissario ad acta*, ma relativo ad una domanda dell'anno precedente. In tutti gli altri casi il procedimento è stato definito senza necessità di dar luogo all'intervento sostitutivo. Nel 36 % dei casi il Comune ha rilasciato la concessione o l'autorizzazione per la cui omissione era stato presentata l'istanza di nomina del *Commissario ad acta*.

Considerevole (quasi il 32%) anche il numero di provvedimenti di diniego, adottati a seguito della diffida del difensore civico. In quattro ipotesi nel corso dell'esame del caso sono emersi elementi per i quali si è ritenuto opportuno suggerire – al fine di evitare un provvedimento negativo – di procedere alla regolarizzazione o integrazione della documentazione mancante.

La perentorietà del termine non consente, in effetti, di sanare istruttorie carenti e si rende talvolta necessario accettare le richieste tardive dell'amministrazione: compito del difensore civico diviene allora quello di controllare la tempestività degli adempimenti una volta che l'interessato abbia provveduto a regolarizzare la documentazione agli atti del fascicolo. Per questo, del resto, i valori delle pratiche ancora aperte (tabella 4) non corrispondono a quelli relativi alle pratiche in corso di cui alla tabella 3: l'istruttoria è stata sospesa in attesa di verificare il rispetto dei termini per la definizione dei procedimenti a seguito dell'avvenuta integrazione documentale da parte dell'interessato.

Un'ultima notazione concerne i tempi di istruttoria delle istanze di nomina del *Commissario ad acta*. Prendendo in considerazione le sole pratiche relative alla Lr. 52/99 (troppo frammentato risulta il quadro dei termini in merito alle disposizioni del TU Enti Locali) si rileva come oltre il 55% delle pratiche sono portate a conclusione entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, mentre nel 10% dei casi si rende necessario qualche approfondimento istruttorio che allunga i tempi di definizione dei procedimenti.

Tabella 5

Nr.	Comune	Esito	Nomina	Apertura	Chisura
1	Montecarlo	Rilascio	NO	gennario	gennario
2	Isola del Giglio	Rilascio	NO	gennaio	febbraio
3	Isola del Giglio	Rilascio	NO	gennaio	marzo
4	Pontassieve	Sospesa	NO	febbraio	NO
5	Colle Val d'Elsa	in corso	NO	febbraio	NO
6	Firenze	Rilascio	NO	febbraio	marzo
7	Capoliveri	Rilascio	NO	marzo	gennaio 2002
8	Castiglione d. Pescaia	In corso	NO	aprile	NO
9	Montecarlo	Rilascio	NO	maggio	maggio
10	Castiglione d. Pescaia	Rilascio	NO	maggio	luglio
11	Castiglione d. Pescaia	Diniego	NO	maggio	giugno
12	Castiglione d. Pescaia	Rilascio	NO	maggio	dicembre
13	Lari	Sospesa	NO	giugno	NO
14	San Gimignano	Definita	NO	luglio	luglio
15	Campo nell'Elba	Diniego	NO	luglio	agosto
16	Bagni di Lucca	Diniego	NO	agosto	agosto
17	Campo nell'Elba	Diniego	NO	settembre	ottobre
18	Pescia	Sospesa	NO	settembre	NO
19	Isola del Giglio	Diniego	NO	settembre	settembre
20	Montepulciano	Diniego	NO	novembre	dicembre
21	Reggello	in corso	NO	dicembre	NO
22	Bucine	Diniego	NO	Dicembre	dicembre

Tabella 6

Art. 136 TU.EE.LL				
Nr.	Comune	Oggetto	nomina	chiusa
1	Isola del Giglio	Piano Insediamenti Produttivi	NO	SI
2	Serravezza	Corte dei Conti/decisione di condanna	NO	SI
3	Cianciano Terme	Corte dei Conti/decisione di condanna	NO	SI
4	Stazzema	Corte dei Conti/decisione di condanna	NO	SI
5	Bagni di Lucca	Corte dei Conti/decisione di condanna	NO	SI
6	Serravezza	Variante Piano di Fabbricazione	NO	SI
7	Consorzio TEA	Alienazione immobili	NO	SI
8	Livorno	Corte dei Conti/decisione di condanna	NO	SI
9	Marciano della Chiana	Nomina membri CdA fondazione	NO	SI
10	Livorno	Ordinanza di demolizione	NO	NO
11	Comune fuori Regione	Occupazione d'urgenza	NO	NO
12	Enti Locali	Approvazione conto consuntivo	NO	SI
13	Castiglion Fiorentino	Svincolo somme c/o C.D.P.	NO	SI
14	Prato	Ordinanza di demolizione	NO	SI
15	Murlo	Ordinanza di demolizione	NO	NO
16	CM Monte Amiata	Indennità di carica Difensore civico	NO	SI
17	Firenze	Conto consuntivo	NO	SI
18	Portoferraio	Ordinanza di demolizione	NO	SI
19	Enti locali	Albo segretari	NO	SI
20	Enti locali	Bilancio di previsione	NO	SI
21	Greve in Chianti	Convocazione consiglio straordinario	NO	SI
22	Comune fuori Regione	Parere su procedura nomina *Commissario*	NO	SI

3.8.4 Uno sguardo alla casistica

A completamento del quadro sull'attività svolta in merito alle richiesta di nomina dei *Commissari ad acta*, si da ora conto di alcune delle questioni esaminate, scelte in relazione alla particolarità della fattispecie. Il numero delle pratiche non consente un esame puntuale dei singoli casi trattati, e per questo si farà riferimento alle sole richieste che hanno sollecitato riflessioni di carattere generale in ordine alla stessa configurabilità dell'intervento sostitutivo da parte del Difensore civico.

Esecuzione delle ordinanze

Uno dei temi di maggior interesse in materia di nomina dei *Commissari ad acta* è quello relativo alle ipotesi di mancata o tardiva esecuzione di un'ordinanza da parte di un Ente Locale. Sono frequenti i casi nei quali al difensore civico viene chiesto di intervenire per assicurare la tempestività degli adempimenti connessi all'attuazione dell'ordine contenuto nel provvedimento, preso atto che sovente le amministrazioni sono tanto tempestive nell'adozione dell'ordinanza quanto poi disattente sull'effettiva esecuzione della stessa. Se per un verso l'emanazione dell'atto è ritenuta necessaria e la sua mancanza fonte di responsabilità, spesso non solo amministrative, per altro verso l'esecuzione del provvedimento è rinviata per timore di incorrere in richieste di risarcimento del danno.

Il provvedimento amministrativo contiene precise indicazioni sul comportamento che deve essere tenuto dal destinatario di esso: gli adempimenti da porre in essere, le precauzioni da adottare, ma soprattutto un termine entro il quale egli deve provvedere e le relative sanzioni. Ma non contiene alcuna indicazione sulle modalità e sui termini entro i quali l'ente locale dovrà, una volta accertato l'inadempimento alla scadenza del termine, assicurare l'esecuzione dell'ordine. E indicazioni non sono previste neppure in fonti primarie. Il quesito che si pone, in concreto, è quello di stabile se, ed in che misura, sia possibile individuare nella mancata esecuzione dell'ordinanza un comportamento omissivo rispetto ad un atto previsto come obbligatorio dalla legge.

Giova in questo senso ricordare ancora una volta quali sono i presupposti, frutto di elaborazioni sia dottrinali che giurisprudenziali, che devono esistere affinché si possa parlare di omissione. È necessario che un certo atto o comportamento sia imposto dalla legge senza discrezionalità in ordine al "se" ed al "quando", pur rimanendo nel potere valutativo dell'Ente la determinazione delle concrete modalità di esercizio del potere. Ci si riferisce ovviamente alla possibilità, per l'Ente procedente, di

decidere il contenuto concreto dell'atto ad esclusione delle sole ipotesi che anch'esso sia vincolato.

In effetti la mancanza di discrezionalità in ordine al "se" ed al "quando" costituisce il supporto minimo per poter definire un adempimento come obbligatorio. Ma questo non impedisce che in singole fattispecie la discrezionalità amministrativa sia limitata anche in relazione agli ulteriori elementi dell'atto.

In tema di ordinanze il problema si pone in quanto il pur necessario esercizio del potere amministrativo non incontra specifici limiti temporali ed è rimesso alla valutazione del titolare del potere. Con ciò incontra un limite piuttosto forte anche il potere del Difensore civico di intervenire attraverso la nomina di un *Commissario ad acta*.

Si tratta dunque di valutare se, in casi particolari, possa superarsi questo ostacolo formale e giungere ugualmente al provvedimento di nomina. La varietà degli atti ordinativi, la loro peculiarità, la mancanza di precise disposizioni normative in merito agli obblighi che fanno capo all'amministrazione locale, rende complesso l'esame della materia e l'individuazione dei comportamenti legittimi ed opportuni nelle singole fattispecie. È un settore, per altro, nel quale convergono interessi in chiaro conflitto all'interno dei quali non è sempre agevole impostare un'azione di mediazione.

L'esecuzione di un ordinanza è un vantaggio per uno, ma contemporaneamente uno svantaggio per altri, egualmente titolari di un aspettativa di tutela da parte del difensore civico e per questo l'uso del potere sostitutivo a fronte di un comportamento inerte della pubblica amministrazione non sempre costituisce soluzione possibile, alla luce di una valutazione comparata degli interessi in gioco.

Il principio della continuità dell'azione amministrativa, in virtù del quale l'esecuzione coattiva del provvedimento ordinatorio si porrebbe quale adempimento obbligatorio per legge, incontra i limiti connaturati all'esercizio della funzione amministrativa ed alla discrezionalità di essa nella misura in cui sia possibile riconoscere l'esistenza di un *fumus boni iuris* nelle obiezioni sollevate dal destinatario del provvedimento per opporsi all'esecuzione dell'ordinanza. In questo senso un intervento sostitutivo del difensore civico si ritiene non opportuno in quanto finirebbe per modificare l'equilibrio degli interessi contrapposti ed ugualmente sottesi all'esecuzione del provvedimento.

Questa considerazione, si ritiene, ha validità generale, ma incontra una significativa eccezione nelle fattispecie nelle quali emergano non solo interessi di natura economico-patrimoniale (ad esempio l'accertamento di un abuso edilizio ed il conseguente ordine di demolizione e riduzione in pristino dello stato dei luoghi), ma più incisive esigenze di tutela della salute pubblica e di pericolo

per la pubblica incolumità. È dunque opportuno distinguere a seconda del tipo di ordinanza oggetto della richiesta di intervento, diversamente considerando le ordinanze "urbanistiche" dai provvedimenti inibitori di attività potenzialmente dannose per la salute.

Per le prime sicuramente non è previsto alcun termine e dunque è difficile ipotizzare un potere di intervento. Ma nello stesso tempo per questo tipo di ordinanze non si ravvisano neppure particolari esigenze di tutela di una parte ed anzi si riscontrano spesso problemi con gli interessi della controparte.

Non si deve poi mancare di considerare come, nella maggioranza dei casi, le richieste di nomina *Commissario ad acta* per assicurare l'esecuzione di un'ordinanza, sono presentate all'Ufficio quando il provvedimento è stato già oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale. Si pone quindi la necessità di stabilire quali comportamenti debba tenere il Comune in pendenza di un procedimento dinanzi al Tar.

È abituale che le amministrazioni in questi casi evitino di portare ad esecuzione i propri provvedimenti per non esporsi al rischio di una richiesta di risarcimento del danno nel caso in cui il Tar riconosca fondamento alle ragioni del destinatario dell'ordine. È un atteggiamento prudente ma che non può essere contestato anche perché il Difensore civico non deve perdere quelle caratteristiche di mediatore imparziale che ne caratterizzano l'azione. Ed in questi casi è sempre presente una controparte portatrice di interessi opposti e di eguale dignità rispetto a quelli di chi ha promosso il procedimento amministrativo.

Si può pervenire a diverse conclusioni, al contrario, per quanto concerne la mancata esecuzione di ordinanze emanate per esigenze di tutela della salute pubblica e della pubblica incolumità. In qualche caso si tratta di provvedimento di portata e significato limitati (quale ad esempio un'ordinanza per far cessare un'attività rumorosa o per impedire il persistere di immissioni moleste in fondo altrui), ma vi sono anche casi di maggiore impatto in quanto colpiscono gli interessi di una fascia rilevante della popolazione. Si intende far riferimento – ed è tema sempre attuale in questi mesi – all'azione dei Comitati spontanei di cittadini che si oppongono alla presenza di impianti di radiotrasmissione, spesso troppo vicini alle abitazioni.

Il problema dell'inquinamento elettromagnetico, del resto trattato in altra parte della presente relazione, è oggi particolarmente sentito in un contesto nel quale non si conoscono con precisione i danni che possono essere provocati da un'esposizione prolungata all'agente inquinante. La letteratura scientifica in questa materia ha sempre oscillato tra gli opposti di un allarmismo eccessivo e di una prudenza forse troppo rigorosa. Quello che è certo è che in mancanza di precise indicazioni si

percepisce la preoccupazione della popolazione di fronte ad un fenomeno di cui non conosce l'esatta portata.

In casi come questi, nei quali è grande la richiesta popolare ed il sentimento di preoccupazione, ci si deve chiedere se e come individuare uno spazio di azione per l'intervento del Difensore Civico. Le conclusioni cui è giunto questo Ufficio, anche in considerazione delle numerose richieste di intervento presentate, sono di segno positivo e fondano su almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo si deve considerare come, sotto il profilo formale, in questi casi è più agevole l'individuazione dell'omissione sanzionabile per legge in quanto il termine per l'adempimento è in qualche modo connaturato alle ragioni poste a giustificazione dell'ordinanza. A differenza di quanto avviene per un ordine di demolizione di un manufatto abusivo, quando esiste un potenziale rischio per la salute dei cittadini, è l'urgenza stessa che ha suggerito al Sindaco l'adozione del provvedimento che si pone quale termine per gli adempimenti relativi. L'omissione si verifica nel momento stesso in cui non si provvede a sanzionare in via coattiva un comportamento inerte del destinatario dell'ordinanza in quanto ogni giorno di ritardo può portare pregiudizio ad un bene di natura primaria.

La seconda considerazione è di natura sostanziale ed è connessa alla valutazione discrezionale di competenza dell'amministrazione procedente. L'accertamento del presupposto fondante il provvedimento ordinatorio – in questo caso il rischio per la salute – è elemento sufficiente per giustificare l'esecuzione dell'atto. Il rischio di incorrere in una richiesta di risarcimento del danno è meno concreto rispetto ad altre fattispecie ed è comunque relativo alle prescrizioni imposte (ad esempio la demolizione della struttura anziché l'interruzione temporanea dell'attività) piuttosto che alla legittimità dell'ordine dato. Anche in questo caso, tuttavia, si ritiene che l'eventuale intervento sostitutivo del difensore civico non possa mai essere automatico ma necessiti sempre di un confronto con le amministrazioni interessate al fine di verificare l'effettiva esistenza del rischio per la salute pubblica, nonché di uno specifico approfondimento istruttorio;

Svincolo di somme pignorate

È stata presentata un'istanza di nomina di *Commissario ad acta* per mancato svincolo, da parte di un'amministrazione comunale, di somme depositate presso la Cassa depositi e prestiti, ed assegnate a seguito di pignoramenti presso terzi al soggetto istante. In questa vicenda, il Comune si trovava nella scomoda posizione di terzo pignorato: a seguito di provvedimenti del giudice, era stato disposto il pignoramento delle somme che l'amministrazione

doveva, a titolo di indennità di esproprio, ad un soggetto nei confronti del quali la parte istante vantava un credito.

L'insufficienza della somma pignorata rispetto alle pretese dei numerosi creditori aveva suggerito al Comune l'opportunità di non disporre direttamente dell'indennità ed anzi depositarla presso la Cassa depositi e prestiti in attesa di indicazioni dal parte del giudice sui criteri di riparto tra i creditori.

Ciò aveva prodotto un ritardo di diversi anni nel pagamento di quanto dovuto e si trattava di accertare se il vincolo posto era legittimo ovvero se configurava gli estremi di un comportamento omissivo rispetto ad un obbligo di legge. In tale ipotesi poi, si poneva l'ulteriore problema di individuare un termine certo entro il quale il Comune avrebbe dovuto procedere allo svincolo delle somme e, in caso di ulteriore inerzia, procedere alla nomina del *Commissario ad acta*.

L'amministrazione comunale aveva motivato le proprie decisioni in riferimento all'insufficienza delle somme depositate presso la Cassa depositi e prestiti in relazione al totale delle assegnazioni effettuate, con successivi provvedimenti, dal Pretore. Perciò, in mancanza di criteri certi in base ai quali operare la divisione delle somme disponibili tra i creditori, il Comune aveva stabilito di congelare tutte le assegnazioni ed attendere indicazioni da parte dell'autorità giudiziaria, anche per non pregiudicare gli interessi di qualcuno degli aventi diritto ed esporsi ad una richiesta di risarcimento dei danni.

È stato fatto presente che in realtà i criteri di riparto erano desumibili dalle disposizioni del codice di procedura civile e che sarebbe stato sufficiente procedere sulla base dell'ordine cronologico delle assegnazioni così come effettuate del Pretore. La parte istante, si riteneva, non entrava in concorso con i creditori pignoratizi intervenuti successivamente all'ordinanza di assegnazione da parte del giudice ed in conseguenza di ciò, il Comune avrebbe potuto legittimamente procedere al pagamento dei creditori secondo l'ordine cronologico di assegnazione.

Grazie al prezioso contributo dell'avvocato della parte istante ed alla collaborazione del Comune è stato possibile ottenere infine lo svincolo delle somme depositate presso la Cassa depositi e prestiti e porre termine ad un contenzioso in atto.

Nomina di Segretario comunale

L'Agenzia Autonoma per la gestione dell'Albo dei segretari comunali e provinciali (sezione regionale Toscana) ha chiesto al Difensore civico di intervenire ai sensi e per gli effetti dell'art. 136 del Dlgs. 267/2000 per la mancata copertura della sede di segretario comunale, rimasta vacante nonostante i numerosi solleciti inoltrati dalla stessa Agenzia. Si tratta di un settore di intervento del tutto nuovo per il quale, in attesa di verificare gli

sviluppi e le prospettive, si possono anticipare alcuni elementi di riflessione.

Non si ritiene di poter avanzare dubbi sulla legittimità dell'intervento sostitutivo in caso di mancata copertura della sede in quanto la legge è ben chiara nell'individuare un termine certo e definito entro il quale il Sindaco deve procedere alla scelta del segretario, e la nuova disciplina non lascia dubbi sulla obbligatorietà della copertura della sede.

La nomina del *Commissario*, tuttavia, porta con se problemi di non secondario rilievo in quanto finisce per sottrarre al capo dell'amministrazione locale la facoltà di scelta del segretario. Il rischio, dunque, è quello di veder venir meno il vincolo fiduciario tra i due principali attori dell'amministrazione locale con riflessi negativi sulla stessa gestione dell'ente.

La diffida ad adempiere serve solo a rendere consapevole il Sindaco degli effetti del provvedimento sostitutivo, ma non è detto – soprattutto se alla base dell'inerzia vi sono concrete difficoltà di natura amministrativa e gestionale – che aiuti a trovare una soluzione effettiva per il problema. Proprio in questi giorni, del resto, la teoria è diventata pratica, in quanto è stato nominato un *Commissario ad acta* per la mancata copertura di una sede di segretario. Di questo procedimento, naturalmente, si darà conto nella relazione del prossimo anno.

3.9 Pubblico impiego

Numerose istanze che pervengono al nostro Ufficio in materia di pubblico impiego riguardano i permessi e i congedi parentali a sostegno della maternità e paternità, e i congedi e permessi dal lavoro in caso di figli disabili. Si tratta di controversie fra dipendenti pubblici ed enti di appartenenza risolvibili spesso attraverso un'opera di mediazione e interpretazione della normativa.

Più difficoltose sono le questioni che investono l'organizzazione del lavoro e l'interpretazione degli accordi scaturiti dalla contrattazione decentrata, problemi che coinvolgono anche il ruolo del sindacato, ma a cui l'Ufficio è chiamato in virtù delle competenze attribuite dalla Lr. 4/94 che, all'art.2, recita "Il difensore civico interviene in caso di ritardo, irregolarità ed omissione nell'attività e nei comportamenti dei pubblici uffici, al fine di garantirne l'effettivo rispetto dei principi di legalità, trasparenza buon andamento dell' azione amministrativa", mentre al successivo art. 3 si individuano le Unità sanitarie locali e le Aziende ospedaliere e l'Amministrazione regionale quali enti