



## CONSIGLIO REGIONALE DEL VENETO

*Il Difensore Civico*

19 OTT. 2010

Prot. 1287

(Referente del procedimento:  
il Dirigente Avv. Giovanni Dalla Pria)

Spett.le Commissione Parlamentare  
Affari Costituzionali del Senato.  
SEDE

E P.C.

Sig. Presidente della Giunta Regionale  
del Veneto  
SEDE

Sig. Presidente del Consiglio Regionale  
del Veneto  
SEDE

Sig. Presidente della Prima Commissione  
Consiliare  
SEDE

Oggetto: Memoria in ordine all'audizione avanti la Commissione Affari Costituzionali del Senato del Difensore Civico Regionale del Veneto avv. Vittorio Bottoli, in ordine al disegno di legge n° 2259 del 21/10/2010 - "Carta delle Autonomie".

In ordine ai profili d'interesse per la funzione del Difensore Civico Regionale nell'ambito della cosiddetta "Carta delle Autonomie" va, preliminarmente, osservato che, inerendo il predetto progetto di legge alla definizione delle competenze degli enti locali (conseguente alla modifica del titolo V della Costituzione), esso riguarda, in prevalenza, la disciplina di funzioni relative alla cosiddetta amministrazione attiva.

VIA BRESCIA VECCHIA 8 - 30171 VENEZIA-MESTRE - TEL. 0412383111 - FAX 0415042372  
NUMERO VERDE 800-294000

E-Mail: [diffciv@consiglio.regione.veneto.it](mailto:diffciv@consiglio.regione.veneto.it)  
[www.difensorecivico.veneto.it](http://www.difensorecivico.veneto.it)

Ne consegue che i profili d'interesse del Difensore Civico Regionale sono sostanzialmente ascritti alla funzione di controllo la quale, per quanto attiene sia al controllo eventuale ex art. 127 sia al controllo sostitutivo ex art. 136 D.lgs. 18 agosto 2000 n° 267, non sembra subire variazioni rivenienti dal predetto progetto di legge la cui eventuale approvazione si innesta (non abrogandolo) nel vigente testo unico degli enti locali (T.U.E.L.).

Si ritiene, al riguardo, opportuno sgombrare il campo da un equivoco.

Tale equivoco corrisponde all'opinione (errata in quanto basata su falsi presupposti giuridici) secondo cui la funzione di controllo nel senso classico, ossia esercitata da un organo terzo rispetto all'ente controllato, contrasta con il principio dell'autonomia costituzionalmente garantita ex art. 114 Cost. per il quale sussiste l'equiordinazione tra enti pubblici territoriali.

Siffatto principio costituzionale, infatti, attiene solo all'amministrazione attiva mentre la (contrapposta) funzione di controllo, essendo esclusivamente preordinata all'osservanza e al rispetto del diritto oggettivo su tutto il territorio nazionale, trova la propria fonte di legittimazione nel principio (altrettanto costituzionale) del buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.

Si veda, in proposito, in tal senso Catelani "L'assenza dei controlli di legittimità sugli atti amministrativi delle regioni" (cap. XXIV del Trattato di Diritto Amministrativo diretto da Giuseppe Santaniello, pagg. 311 e ss.) per il quale l'esistenza di spazi di sottrazione del controllo di legittimità verso gli enti locali e la contestuale previsione dello stesso controllo verso l'amministrazione statale contrasta col principio di ragionevolezza e proporzionalità determinando un'indebita "disparità di trattamento" circa gli effetti riflessi del principio di legalità.

Si ritiene, perciò, che la soppressione dell'art. 130 Cost. abbia determinato soltanto la scelta del legislatore di eliminare in generale la copertura costituzionale non dei controlli ma della esclusiva forma del controllo preventivo *necessario* quale condizione legale integrativa dell'efficacia dell'atto amministrativo e, quindi, causa (a torto o a ragione!) di una sorta di "strozzatura" del corrispondente procedimento.

Ciò posto, si ritiene proficuo il mantenimento delle prefate disposizioni.

Con riferimento al controllo preventivo *eventuale* (art. 127 D.lgs. 267/2000), le motivazioni sono contenute nell'articolo allegato pubblicato sulla rivista "Nuova Rassegna" che si allega alla presente relazione.

Al riguardo, giova sottolineare la valenza della suddetta disposizione correlata alla irrinunciabile tutela delle minoranze, tutela immanente al sistema delle autonomie locali.

E', infatti, significativo che il legislatore abbia individuato un preciso strumento di riscontro preventivo di legittimità (con effetto sospensivo dell'operatività giuridica dell'atto esaminato) che si contrappone, in termini pratici e concreti, ai rimedi squisitamente politici ma privi di incidenza giuridica sull'azione amministrativa (interrogazioni, interpellanze etc.).

VIA BRENTA, VENEZIA 8 - 30171 VENEZIA-MESTRE - TEL. 0412383411 - FAX 0415042372

NUMERO VERDE 800-294000

E-MAIL: [diffciv@consiglio-regione.veneto.it](mailto:diffciv@consiglio-regione.veneto.it)

[www.difensorecivico.veneto.it](http://www.difensorecivico.veneto.it)

Parrebbe utile sostituire al termine "Comitato regionale di controllo" (non più esistente ma previsto dalla disposizione), il termine Difensore Civico Regionale attesa la sostanziale fungibilità tra i due organi già configurata dall'art. 136 D.Lgs. 267/2000.

La rimessione della competenza al Difensore Civico Regionale dovrebbe determinare la sottrazione della competenza ai difensori civici locali: tale condizione al fine di rimarcare la necessità dell'assoluta alterità (e perciò, terzietà) dell'organo di controllo rispetto all'amministrazione controllata, alterità ricorrente ove il primo corrisponda a un'autorità indipendente regionale e la seconda alle autonomie locali (Province e Comuni).

Con riferimento al controllo sostitutivo ex art. 136 D.Lgs. 267/2000, è assolutamente opportuno chiarire che la disposizione non è mai stata minimamente scalfita da profili di incostituzionalità.

Quest'ultimi hanno sempre riguardato la differente ed opposta fattispecie di leggi regionali (non statali) contemplanti la previsione di interventi sostitutivi del Difensore Civico regionale verso gli enti locali in vece dell'attribuzione degli stessi poteri ad organi politici della Regione. (Corte Cost. 112/2004).

Diversamente, l'art. 136 D.Lgs. 267/2000 è espressione di fonte normativa statale in quanto è rimessa alla legislazione esclusiva dello Stato la disciplina degli "organi di governo" (art. 117, 2° comma, lett. p) Cost.) tra i quali rientrano le funzioni commissariali.

In tal senso, la disposizione è del tutto compatibile col mutato assetto costituzionale, come ribadito dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, sez. II, 14/1/2009 n° 139; TAR Campania, sez. Salerno, dec. 30/11/2006 n. ric. 1312; TAR Campania, sez. Napoli, dec. 24/10/2007 n° ric. 2470).

Vale la pena rimarcare, sul piano casistico, l'irrinunciabile utilità di essa come concreto strumento propulsivo e correttivo nei confronti delle amministrazioni destinatarie e, per altro verso, come vantaggioso rimedio nei confronti del cittadino che evita così le spese legali e le lungaggini del complesso e articolato procedimento giurisdizionale del silenzio/rifiuto volto a rimuovere e superare l'inerzia dell'apparato amministrativo.

Si ritiene di aderire alle prime interpretazioni offerte dalla dottrina in ordine alla soppressione dell'art. 130 Cost. secondo cui l'assenza di alcuna attribuzione alla legislazione esclusiva dello Stato in materia di controlli determinerebbe la rimessione di tale materia, in via residuale, alla legislazione regionale (art. 117, 4° comma, Cost.): donde la legittimità di quelle legislazioni regionali in materia di difesa civica che contemplano forme di controllo di legittimità sugli enti locali.

Peraltro, al di là delle ridette preclusioni derivanti dalla legislazione esclusiva, anche richiamando come fonte di legittimazione l'art. 97 Cost., si ritiene che lo stesso legislatore ordinario potrebbe ripristinare forme di controllo di legittimità necessario sugli enti locali: come si è detto, l'abrogazione dell'art. 130 Cost. ha eliminato, infatti, la copertura costituzionale dell'istituto ma non ha precluso che lo stesso sia disciplinato dalla legislazione ordinaria (anche se questa, allo stato, vi ha rinunciato).

Via Brèscia Vecchia 8 - 30171 VENEZIA-MESTRE - Tel. 0412383411 - Fax 0415042372

Numero Verde 800-294000

E-Mail: [diffciv@consiglia.regione.veneto.it](mailto:diffciv@consiglia.regione.veneto.it)

[www.difensorecivico.veneto.it](http://www.difensorecivico.veneto.it)

Nella stessa prospettiva, la medesima conclusione potrebbe trarsi in relazione al visto governativo sugli atti dell'amministrazione regionale, la cui copertura costituzionale è stata eliminata per effetto dell'abrogazione dell'art. 125, 1° comma, Cost. ma sembra permanerne la corrispondente potestà di previsione in capo alla legislazione ordinaria in quanto lo stesso visto è espressamente contemplato, anche se in negativo, dall'art. 123, 2° comma, 1° periodo Cost.; l'alto rilievo della fonte normativa induce a ritenere che non possa trattarsi di un errore.

Pertanto, la stessa Corte Costituzionale, nel fornire una definizione del Difensore Civico Regionale, ne ha ricondotta le funzioni a quelle di garanzia di legittimità e regolarità amministrative già proprie dei Comitati Regionali di Controllo (Corte Cost. 112/2004)<sup>1</sup>.

Tanto si rappresenta per quanto di competenza.

Con osservanza.



IL DIFENSORE CIVICO  
(Avv. Vittorio Bottoli)

IL DIRIGENTE  
avv. Giovanni Dal Poz Prià

<sup>1</sup> ...omissis...

la figura del difensore civico regionale è generalmente titolare di sole funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa, in larga misura assimilabili a quelle di controllo, già di competenza, prima dell'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione, dei previsti comitati regionali di controllo, ai quali, del resto, tale figura era già stata equiparata dall'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127 (ora art. 136 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), nonché da alcune leggi regionali successive".

VIA BURESA VENEZIANA, 8 - 30171 VENEZIA-MI-STRE - TEL. 0412383411 - FAX 0415042372

NUMERO VERDE 800-294000

E-MAIL: [difciv@consiglio.regione.veneto.it](mailto:difciv@consiglio.regione.veneto.it)

[www.difensorecivico.veneto.it](http://www.difensorecivico.veneto.it)

VITTORIO BOTTOLI - GIOVANNI DALLA PIA

**IL RICORSO  
DEI CONSIGLIERI  
COMUNALI E PROVINCIALI  
AL DIFENSORE CIVICO**

*Estratto da:*

*"Nuove Rassegne"*

*Noccioli Editore*

*N° 15 2008*

## SOMMARIO

1. INQUADRAMENTO DELLA TEMATICA ..... pag. 9
2. LEGITTIMAZIONE DEI CONSIGLIERI E CONTROLLO SUCCESSIVO DEL DIFENSORE CIVICO ..... pag. 12
3. EFFETTI GIURIDICI DEL RICORSO ALLA LUCE DELL'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA ..... pag. 16
4. PROBLEMATICHE APPLICATIVE DEL CONTROLLO PREVENTIVO EVENTUALE DEL DIFENSORE CIVICO ..... pag. 20

## IL RICORSO DEI CONSIGLIERI COMUNALI E PROVINCIALI AL DIFENSORE CIVICO

SOMMARIO. 1. Inquadramento della tematica. - 2. Legittimazione dei Consiglieri e controllo successivo del Difensore Civico. - 3. Effetti giuridici del ricorso alla luce dell'autotutela amministrativa. - 4. Problematiche applicative del controllo preventivo eventuale del Difensore Civico.

1. La tematica riguarda la natura e gli effetti giuridici degli esposti dei *consiglieri comunali e provinciali* al Difensore Civico, volti ad ottenere un riscontro tecnico-giuridico in ordine alla legittimità di atti o comportamenti adottati dagli organi collegiali od amministrativi dell'Ente<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si può ipotizzare che la natura giuridica dell'istanza al Difensore civico sia assimilabile a quella di un *ricorso amministrativo* (in tal senso "Compendio di Diritto Regionale e degli Enti Locali, La Nuova Università" Ed. Simone 2003, pg. 125; così pure L. D'URVO/F. DEL GIUDICE "Diritto Amministrativo" 2008, XXV Ed. Simone, pg. 234; così pure la L.R. Campania 11/8/1978 n° 23, art. 1, 2° comma, che parla espressamente di "ricorso al Difensore Civico"). Non varrebbe, infatti, relegarla al rango di mera denuncia o reclamo, atteso che, in questo caso, l'Amministrazione destinataria non avrebbe nessun obbligo giuridico di pronunciarsi (v. in proposito A.M. SANDULLI, "Manuale di Diritto Amministrativo", vol. 2°, pg. 1152, Ed. Jovene, Napoli, 1984). Tale condizione sarebbe assolutamente incompatibile con la ratio dell'istituto del Difensore civico il quale, al contrario, è tenuto, per dovere di legge, a corrispondere alle istanze che riceve, in quanto garante della legalità. La natura di ricorso si potrebbe evincere anche dal fatto che ad esso si richiede di verificare la legittimità e (per certi versi) il merito di atti e comportamenti amministrativi, garantendo diritti soggettivi e interessi legittimi e anche di nero fatto. Si può discutere, poi, se l'istanza abbia i tratti di un ricorso gerarchico improprio, attesa la diversità del ramo d'amministrazione decidente rispetto a quella che ha emanato l'atto o sia assimilabile ai cosiddetti ricorsi atipici,

Anche attingendo alla prassi, è normale che un'autorità preposta a garantire la legittimità e regolarità dell'agire pubblico (qual'è quella del Difensore civico) sia chiamata a pronunciarsi su determinazioni adottate da organi collegiali dietro espressa richiesta di componenti di tali organi; l'intervento può, peraltro, riguardare l'ordinaria attività amministrativa dell'Ente.

Precisiamo che alcune legislazioni regionali precludono ai consiglieri regionali di rivolgersi al Difensore Civico Regionale<sup>2</sup>. In questo caso, sembra ammissibile recepire ugualmente, in modo informale, l'eventuale segnalazione del consigliere e procedere in base alle disposizioni che legittimano l'intervento d'ufficio, qualora essa si ritenga giustificata.

Sul piano del diritto positivo, le fattispecie che legittimano (a diverso titolo) tale ricorso sono due.

La prima attiene alle normali funzioni giuridico-propulsive del Difensore Civico (rispettivamente regionale e locale) volte a garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione da abusi e disfunzioni.

L'altra, che riguarda invece solo il Difensore civico locale, è espressamente codificata dall'art. 127 D.Lgs. 8/8/2000 n° 267 ed è una tassativa forma di controllo preventivo (eventuale) di legittimità dell'atto che involge la fase integrativa dell'efficacia del procedimento amministrativo.<sup>3</sup>

Così chiamati in quanto non ascrivibili alle categorie ordinarie. Si ritiene che la certa applicazione ad entrambi i casi del D.P.R. 24/11/1971 n° 1199 ("semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi") (cfr. TAR Emilia Romagna 11/1/1985 n° 18) non crei problemi d'inquadramento, nel senso indicato. Per un verso, infatti, le relative leggi istitutive disciplinano già specificamente il procedimento amministrativo preordinato alla decisione del ricorso (l'art. 3, 1° comma, L.R. Campania 11/8/1978 n° 23 prevede che "il Difensore civico comunica all'amministrazione competente l'avvenuta proposizione del ricorso e il relativo oggetto"). Per altro verso, non pare peregrino ritenere applicabile a tale procedimento i principi del suddetto D.P.R. 1199/71 in quanto compatibili (es. notifica ai concorrenti, obbligo d'integrazione del contraddittorio). Secondo S. PICINAPARO, "La difesa civica nell'ordinamento italiano", CEDAM 2000, pg. 72 l'istanza andrebbe inquadrata tra le azioni popolari poiché, "anche se esperta a tutela di posizioni individuali tende a realizzare l'interesse comune alla legalità della azione amministrativa e al buon andamento della Pubblica Amministrazione" e "il singolo agirebbe in rappresentanza della collettività" (nello stesso orientamento DE VERGOTTINI, voce "Difensore civico", Enciclopedia del Diritto, X, Istituzione Enciclopedia Italiana).

<sup>2</sup> V. ad es. L.R. Veneto 6/6/1988 n° 28 art. 7, comma 5; L.R. Abruzzo 20/10/1995 art. 3, comma 3°, lett. a.; L.R. Emilia Romagna 16/12/2003 n° 25 art. 3, comma 6°. La preclusione non si rinviene nella L.R. Campania 11/8/1978 n° 23.

<sup>3</sup> L'articolo così recita: "le deliberazioni della giunta e del consiglio sono sottoposte al controllo, nei limiti delle illegittimità denunciate, quando un quarto dei consiglieri provinciali o un quarto dei consiglieri comunali nei comuni con popolazione superiore ai 15.000

Mentre quest'ultima forma di tutela è, per il consigliere, un rimedio particolare (perché disciplinato dalla legge in ogni dettaglio), la prima è un rimedio ordinario e consiste in una sorta di controllo successivo che ricorre quando il procedimento è concluso e l'atto amministrativo, sottoposto all'esame, è già efficace.

Tale forma di garanzia è volta a ottenere il riesame dell'atto da parte dell'Amministrazione alla luce dei rilievi del Difensore Civico.

Per tale fattispecie, le varie fonti (legislative e statutarie), disciplinanti la figura del Difensore civico, non prevedono espressamente tale intervento, ossia non dicono, in modo specifico, che i consiglieri possono attivare il Difensore civico.

Scopo del presente studio sarà, in primo luogo, quello di individuare il titolo giuridico che legittima la richiesta di intervento, nel caso del controllo successivo, considerando il rapporto tra i diversi livelli territoriali della funzione tutelaria, ossia quello regionale e quello locale.

Si analizzeranno, quindi, i possibili effetti giuridici, allorché l'atto risulti viziato d'illegittimità, alla luce delle recenti disposizioni in materia di autotutela amministrativa (art. 21 *novies* L. 8/8/1990 n° 241).

Si valuteranno, infine, alcuni profili applicativi dell'art. 127 D.Lgs. 267/90.

Va precisato che, in entrambi i casi, si tratta di rimedi giuridici diversi da quelli politici che attengono, al contrario, alla normale dialettica consiliare (interpellanze, interrogazioni etc.)<sup>4</sup>.

*abitanti ovvero un quinto dei consiglieri nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti ne facciano richiesta scritta e motivata con l'indicazione delle norme violate, entro dieci giorni dall'affissione all'albo pretorio, quando le deliberazioni riguardino: a) appalti e affidamento di servizi o forniture d'importo superiore alla soglia di rilievo comunitario; b) dotazioni organiche e relative variazioni; c) assunzione di personale.*

*Nei casi previsti dal comma 1, il controllo è esercitato dal comitato regionale di controllo ovvero, se istituito, dal difensore civico comunale o provinciale. L'organo che procede al controllo, se ritiene che la delibera sia illegittima, ne dà comunicazione all'ente, entro quindici giorni dalla richiesta, e lo invita ad eliminare i vizi riscontrati. In tal caso, se l'ente non ritiene di modificare la delibera, essa acquista efficacia se viene confermata con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti il consiglio.*

*La giunta può altresì sottoporre al controllo preventivo di legittimità dell'organo regionale di controllo ogni altra deliberazione dell'ente secondo le modalità di cui all'art. 133".*

<sup>4</sup> È fondamentale che esista un rapporto di reale collaborazione tra il Difensore civico e il segretario dell'Ente locale, attese le funzioni giuridiche di quest'ultimo (art. 97 D.Lgs. 267/2000).

2. Le fonti legislative regionali rimettono, genericamente, il diritto di istanza "ai cittadini singoli o associati" o "alle formazioni sociali che abbiano una pratica in corso"<sup>5</sup>. Pare logico che in entrambe le fattispecie rientrano, a vario titolo, anche i consiglieri, i quali divengono così interlocutori istituzionali del Difensore Civico.

Se, poi, si considerano le richiamate legislazioni regionali che prevedono il ricorso dei consiglieri regionali al Difensore Civico, ne dovrebbe derivare, *a contrariis*, che lo stesso ricorso sia ammissibile quando sia presentato da componenti di organi collegiali di enti territoriali diversi dalla Regione.

<sup>5</sup> V. ad esempio L.R. Veneto 6/6/1988 n° 28 art. 1, 1° comma. Le varie legislazioni regionali non escludono, di regola, che il Difensore civico Regionale possa intervenire anche nei confronti delle Amministrazioni diverse da quella regionale e quindi anche di quelle locali (v. in proposito anche S. PICNATARO, *cit.*, pg. 71 e ss.). Peraltro, se la funzione di controllo deve ascrivarsi, in generale, al principio costituzionale d'imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), dette previsioni non sono in contrasto col principio di equidistribuzione tra Enti territoriali (art. 114 Cost.) che dovrebbe riguardare il diverso ambito dell'amministrazione attiva (e perciò non di controllo) (v. G. DALLA PIVA, "Fonte di legittimazione del potere correttivo del Difensore Civico", in "Nuova Rassegna" n° 5, 2008, p. 551). Ben potrebbe, allora, quest'ultima essere disciplinata dalla legislazione regionale in quanto materia residuale e, perciò, ad essa spettante (art. 117, 4° comma, Cost.), teso che tale materia non è prevista né dalla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma, Cost.) né da quella concorrente (art. 117, 3° comma, Cost.). Perciò, il consigliere potrà adire l'organo regionale il quale agirà coordinandosi con quello locale (ove esistente) (cfr. BOTTOLI-DALLA PIVA, "Fondamenti giuridici della funzione di coordinamento della Difesa Civica", in "Il Diritto della Regione-Regione Veneto", n. 3/4 maggio, agosto 2006, Ed. Rubettino, pg. 3 e ss.). Ove istituito, potrà adire l'organo locale che si varrà, a sua volta, della funzione di raccordo con quello regionale. Tale funzione avrà, a sua volta, le due forme di tutela le quali, peraltro, proprio perché tali, non danno luogo a врассопозиции.

La giurisprudenza sembra indirettamente riconoscere tale potere nel momento in cui ne circoscrive l'ambito, fissando precisi limiti (V. TAR Campania - Napoli, sez. I, sentenza 28 dicembre 2007 n. 16583 per la quale: "Nessuna norma dell'ordinamento riconosce al Difensore civico regionale un autonomo potere di controllo sulle attività delle Amministrazioni locali, di carattere così generale da poterlo legittimare all'attivazione di una vera e propria ispezione d'autorità, di natura conoscitiva sull'attività dell'ente. Infatti, la funzione di tale organo è principalmente quella di addivare e correggere eventuali anomalie e emergono relativamente all'attività degli enti locali di riferimento, senza tuttavia dar via ad una sorta di controllo generalizzato ed immanente, che consenta addirittura la minima di organi ispettivi straordinari. È pertanto, illegittima, la nomina, da parte del Difensore civico regionale, di un'ispettrice straordinaria, con il compito di presentare una relazione sull'attività amministrativa di un ente locale, in relazione ad una denuncia presentata da alcuni Consiglieri comunali.).

Nel primo caso, l'inquadramento è intuitivo: i consiglieri sono anche cittadini.

Nel secondo caso, non sembra fuorviante ascrivere al concetto di *formazione sociale* un gruppo consiliare (di regola, rappresentativo di un partito politico) che richieda al Difensore Civico di pronunciarsi in ordine alla correttezza di un determinato atto amministrativo.

In ambito generale, per formazione sociale si deve intendere un centro d'imputazione d'interessi, qualificati giuridicamente e riferiti ad un soggetto collettivo il cui singolo appartenente vede riconosciute e garantite le proprie prerogative quali diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.).

Tale disposizione, secondo il Galgano, "elimina per ciò che attiene alla rilevanza, rispetto allo Stato, delle situazioni giuridiche interne alle formazioni sociali, ogni discriminazione tra formazioni riconosciute e non riconosciute". Ne deriva che "le situazioni giuridiche interne ad esse debbono, al pari delle corrispondenti situazioni giuridiche delle associazioni riconosciute, considerarsi sottoposte al diritto dello Stato"<sup>6</sup>.

Ora, poichè i partiti politici costituiscono associazioni non riconosciute (art. 36 e ss c.c.), essi vanno a tutti gli effetti annoverati tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.<sup>7</sup> Se queste possono ricorrere al Difensore Civico, non è peregrino, allora, ritenere che tale ricorso sia consentito a quei gruppi consiliari che sono (particolare ma) intrinseca espressione di un partito politico e perciò di una formazione sociale.

<sup>6</sup> F. GALGANO, "Diritto Privato", 2° Ed. CEDAM Padova, pg. 615

<sup>7</sup> F. GALGANO, *cit.*, pg. 617 per il quale i partiti politici "sono nel novero di quelle formazioni sociali intermedie tra l'individuo e lo Stato, cui allude l'art. 2 della Costituzione; anzi che all'interno dei partiti e soprattutto all'interno di essi, opera quella protezione del singolo contro gli arbitri dei gruppi intermedii che, per la nostra Costituzione, è demandata allo Stato". L'autore osserva che la giurisprudenza non ha mai dubitato di tale inquadramento. Secondo un primo orientamento, infatti, i partiti politici venivano classificati certamente come associazioni non riconosciute e perciò formazioni sociali ma considerati espressione di ordinamenti sovrani e autonomi. Ne derivava che, in virtù della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, le determinazioni dei medesimi risultavano insindacabili dal giudice che dichiarava la propria carenza di giurisdizione. Più recentemente, la giurisprudenza ha sanpito la sospensione di un congresso provinciale di un partito su istanza della minoranza che lamentava di non essere stata convocata, con violazione del diritto di tutti gli associati di partecipare all'assemblea dell'associazione. Secondo l'autore questo secondo orientamento è conforme all'art. 2 Cost. che opera "un generale riconoscimento di rilevanza, rispetto allo Stato, delle formazioni sociali".

Tale possibilità di ricorso costituisce anche una imprescindibile forma di assicurazione per le minoranze nel contesto della dialettica consiliare. Detta garanzia deve fondatamente ritenersi immanente al sistema giuridico delle autonomie: lo dimostrano l'art. 6, 1° comma, D.Lgs. 267/2000, secondo cui il cosiddetto "contenuto necessario" dello statuto deve contemplare "forme di garanzia e di partecipazione delle minoranze", e l'art. 44 D.Lgs. 267/2000 secondo cui tali condizioni debbono manifestarsi nell'attribuzione alle opposizioni "della presidenza delle commissioni consiliari aventi funzioni di controllo o di garanzia".

In tale prospettiva, se questa tutela è consentita anche attraverso il controllo preventivo eventuale di cui all'art. 127 D.Lgs. 267/2000, che interviene quando il procedimento è *in itinere*, essa deve sussistere anche allorché l'atto amministrativo è esecutivo, attraverso il rimedio dell'autotutela.

Per altro verso, sembra costituire utile spunto per inquadrare la legittimazione del consigliere alla presentazione dell'esposto, la elaborazione giurisprudenziale in ordine all'interesse a ricorrere al giudice amministrativo da parte del consigliere avverso atti dell'organo collegiale.

La giurisprudenza ha affermato che il *munus publicum* esercitato dal consigliere, in quanto conseguente ad un'investitura popolare e democratica, costituisce il titolo giuridico per tutelare, in giudizio, le prerogative proprie dell'organo di appartenenza.

Ne deriva che l'interesse a ricorrere in giudizio dei consiglieri avverso atti degli organi collegiali sussiste solo "allorché (...) vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio dei medesimi e quindi su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere (per esempio, scioglimento del Consiglio comunale e nomina di un commissario ad acta)".

<sup>8</sup> In ambito più generale, è opportuno ricordare il costante orientamento della Corte Costituzionale che ha ritenuto le competenze del Difensore civico, in materia di legalità e regolarità dell'azione amministrativa e vigilanza sulla stessa, assimilabili a quelle dei soppressi Comitati Regionali di Controllo (cfr. Corte Cost. 6/4/2004 n° 112).

<sup>9</sup> Cons. St., V, 31/1/2001 n° 358. Peraltro v. TAR Lombardia, sez. III, 28/2/2002 n° 868 secondo cui "nel rapporto tra consiglio comunale e sindaco, va ritenuta ammissibile l'impugnativa rivolta ad atti di altro organo al quale si rimprovera di aver usurpato i poteri dell'organo consiliare, atteso che il gravame rappresenta l'unica possibilità per i consiglieri di veder accertata la asserita violazione. (...)". V. TAR Lombardia, Milano 2/4/1993 n° 261 secondo cui "l'investitura democratica, cioè a suffragio, di un pubblico ufficio nell'ambito di un organo collegiale consente ad ognuno degli eletti la tutela delle prerogative dell'organo"; la spettanza di tali prerogative "è il presupposto in base al quale può realizzarsi il mandato elettivo ricevuto".

L'osservazione dei giudici circa il *munus publicum* ha un'importanza fondamentale anche per la difesa civica. Ciò va ribadito, sebbene i requisiti preliminari di ammissibilità del ricorso giurisdizionale dei consiglieri, da un lato, e le condizioni giuridiche di presentazione dell'esposto di questi al Difensore Civico, dall'altro, coincidano solo in parte.

In ambito più ampio, il *munus publicum*, che il consigliere ricopre, è il prodotto della volontà generale. Quest'ultima non deve intendersi come la somma di tutti gli interessi individuali del corpo elettorale ma la organica sintesi dei medesimi. Essa è portatrice dei singoli frammenti volitivi costituenti l'intento unitario che la contraddistingue.

Alla base di tale volontà, riposano le esigenze del corpo elettorale che consistono in interessi legittimi (anche collettivi o di mero fatto) e diritti soggettivi che il consigliere ha l'obbligo di rappresentare e tutelare sul piano politico.

Le richiamate fonti normative inducono a ritenere che il consigliere è un intermediario istituzionale delle prerogative giuridiche della collettività allorché sottopone all'esame del Difensore Civico provvedimenti che investono, a vario titolo, siffatte prerogative.

La fonti gli offrono, peraltro, una tutela incondizionata che non soggiace alle doverose restrizioni ricorrenti in sede giurisdizionale: in altre parole egli può richiedere il riscontro in ordine a tutti i vizi degli atti amministrativi contemplati dalla legge, indipendentemente dal fatto che essi incidano o meno sulle prerogative dell'ufficio di consigliere<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> V. TAR Campania, sede Napoli, I, 18/11/2002 n° 7203 secondo cui "tutti gli altri vizi che investono la deliberazione non in quanto deliberazione collegiale, ma come atto amministrativo nella sua rilevanza esterna -- non possono essere denunciati innanzi al giudice amministrativo dai consiglieri comunali, dal momento che la fisionomia e il contenuto dell'atto dell'organo collegiale, e quindi la legittimità dell'atto sotto tutti gli altri profili, diversi dall'iter di formazione dello stesso in quanto atto collegiale, sono sottratti all'azione giurisdizionale dei componenti il collegio, e possono essere portati al controllo giurisdizionale solo dai soggetti destinatari dell'atto (o comunque incisi dallo stesso, in modo da rivestire rispetto al medesimo una posizione qualificata e differenziata di interesse legittimo". V. sempre Cons. St., V, 31/1/2001 n° 358 secondo cui "i conflitti interorganici, all'interno dello stesso ente trovano composizione in via amministrativa (ad esempio, per quel che qui rileva, nella forma della mozione di sfiducia nei confronti della Giunta municipale sottoscritta da un gruppo qualificato di consiglieri comunali)" e secondo cui "non sembra ammissibile un'azione di singoli consiglieri in relazione ad un contrasto funzionale tra Consiglio e Giunta che non può essere risolto prescindendo dalla volontà dei rispettivi organi. Un siffatto contrasto non riguarda, infatti, in modo diretto il singolo assessore o il singolo consigliere, ma i consensi dei quali fanno parte. I quali, si ripete, come organi della stessa

Il sindacato potrà riguardare, come si è detto in premessa, atti e comportamenti degli organi collegiali ma pure dell'apparato amministrativo.

Con riferimento ai difensori civici locali, il titolo giuridico dell'intervento presso di esso dei consiglieri dovrà ricercarsi nelle previsioni dei singoli Statuti (art. 11, D.Lgs. 267/2000). Peraltro, parrebbero illogiche eventuali preclusioni, valendo le considerazioni che precedono soprattutto in questo ambito che è quello, territorialmente, più vicino al cittadino.

3. Le condizioni stabilite dalla legge perché l'Amministrazione ritiri i propri atti viziati, attraverso lo strumento del riesame sono: 1) la previa valutazione dell'interesse pubblico; 2) la ragionevolezza del termine per il ritiro; 3) la valutazione della posizione dei destinatari degli atti e dei controinteressati (art. 21 *novies* L. 241/90)<sup>11</sup>.

Il riesame si fonda, secondo la dottrina maggioritaria, sul concetto di autotutela,<sup>12</sup> ossia il potere dell'amministrazione di risolvere autonomamente i conflitti reali o potenziali derivanti da atti illegittimi. Esso ha natura discrezionale: l'Amministrazione può scegliere di porlo in essere, accertata l'esistenza di tali condizioni.

Più specificamente, il ripristino della legalità violata si atteggia a prerogativa dell'Amministrazione ove l'interesse pubblico si concili con tale ripristino, ove non sia trascorso un tempo irragionevole dalla adozione dell'atto viziato, ove non sussistano legittimi affidamenti dei destinatari dell'atto e dei controinteressati. Detto ripristino è precluso, in assenza di tali presupposti<sup>13</sup>.

*persona giuridica, non sarebbero (tranne il caso di particolari disposizioni di legge) legittimati a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo l'uno contro gli atti dell'altro*», in tal senso TAR Abruzzo, Pescara, 4/11/2004 n° 877.

<sup>11</sup> Cfr. Direttiva del Dipartimento della Funzione Pubblica 17 ottobre 2005 "Direttiva in materia di annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge 30/12/2004 e dell'art. 21 *novies* della legge 7 agosto 1990 n° 241, introdotto dalla legge 11/2/2005 n° 15".

<sup>12</sup> V. CARINGELLA, "Corso di Diritto Amministrativo", tomo II, 2005, Ed. Giuffrè, pg. 1938; G. CORACCIO, voce "autotutela" in Enciclopedia del Diritto, IV, Istituzione Enciclopedia Italiana.

<sup>13</sup> Si è osservato, in dottrina, che la comparazione tra l'interesse pubblico al riesame e la posizione dei destinatari e controinteressati varia a seconda dell'inquadramento dogmatico dell'istituto del riesame stesso. Quest'ultimo può essere ascritto al potere di autotutela, vale a dire al privilegio soggettivo dell'Amministrazione di risolvere i conflitti reali o potenziali, non considerando l'assetto d'interessi regolato dal provvedimento originario ma quel-

Queste osservazioni hanno un rilevante impatto sugli effetti degli esposti dei consiglieri comunali e provinciali al Difensore Civico e sulla corrispondente posizione delle Amministrazioni locali, destinatarie di rilievi da parte di questo.

È, in altre parole, opportuno valutare il tempo trascorso tra l'adozione dell'atto (ripetesi, già produttivo di effetti) e l'esposto, per stabilire i margini del possibile esercizio del riesame.

Ove tale spazio sia ampio, è ragionevole pensare che gli effetti dell'atto si siano consolidati: quindi, anche sotto il profilo dell'interesse pubblico e dell'affidamento legittimo dei destinatari dell'atto e dei controinteressati, l'autotutela è preclusa.

Con riguardo al primo, infatti, l'irreversibile assetto degli interessi conseguenti al consolidamento dell'atto impedirebbe il ripristino della legalità violata. Si pensi al procedimento espropriativo illegittimo in quanto non è stato comunicato all'espropriatore, nei termini di legge, il provvedimento di variante al piano regolatore che assoggetta la proprietà al vincolo preordinato all'esproprio.

Nel caso in cui l'opera pubblica sia compiuta, l'assetto giuridico degli interessi è divenuto irreversibile e risponde, perciò, all'interesse pubblico il mantenimento dello *status quo* rispetto alla riduzione in pristino che conseguirebbe alla rinnovazione della legalità violata.

Con riguardo ai secondi (destinatari e controinteressati), il conseguimento di un risultato utile e giuridicamente rilevante serve a determinare un legittimo affidamento in capo ai medesimi circa la stabilità

lo presente al momento del riesame. In tal caso, la suddetta comparazione sarà, per così dire, alla pari. Si dovrà, cioè, operare (*ex novo*) un equo bilanciamento di entrambi gli interessi, volto a verificare quale delle due posizioni sia prevalente, ossia se l'interesse pubblico al rinnovo della legalità o quello dei destinatari e controinteressati al mantenimento dell'atto illegittimo. Ove, al contrario, il riesame sia ascritto al potere di amministrazione attiva, non vi sarà comparazione. In tale ipotesi, infatti, l'atto di riesame sarà una derivazione di quello originario nel senso che dovrà tener conto solo dell'assetto di interessi esistente al momento dell'adozione di questo e non di quello sopravvenuto. Ne deriva che risulteranno, allora, influenti le posizioni dei soggetti predetti in quanto inesistenti all'epoca dell'adozione. In tal senso, F. CARINGELLA, cit., pg. 1947 secondo cui "l'idea è che, se il riesame consiste nel rinnovare la ponderazione che si sarebbe dovuta effettuare nel provvedimento originario, allora, di fronte all'interesse pubblico, la presenza di affidamenti particolarmente rilevanti, come è irrilevante nel provvedimento originario, a maggior ragione lo è nel provvedimento successivo. Così opinando, si dovrebbe concludere che non v'è affidamento che tenga a fronte dell'interesse pubblico, che dovrà essere perseguito indipendentemente dalle aspettative e dalle situazioni di mero fatto".

dell'assetto degli interessi sotteso all'atto. Tale stabilità è data anche dal decorrere del tempo<sup>14</sup>.

Ora, nel momento in cui l'esposto sia tempestivo, ossia l'atto amministrativo venga presentato all'esame del Difensore Civico in termini di prossimità rispetto all'iniziale decorso dei relativi effetti, le suddette condizioni non sussistono ancora.

Nel caso in cui non ricorrano situazioni giuridiche consolidate; non si può oggettivamente comparare l'interesse pubblico al ripristino della legalità con eventuali sopravvenienze di fatto o diritto ad essa contrarie, in quanto nemmeno queste esistono<sup>15</sup>.

Non c'è affidamento di destinatari o di controinteressati, ove l'atto non abbia spiegato effetti di concreta utilità giuridica verso gli stessi<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Secondo la giurisprudenza, se è vero che l'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo illegittimo è doveroso per l'amministrazione, esso, però, non deve pregiudicare l'interesse, che non ceda ad un più grave interesse pubblico, di chi sugli effetti di quegli atti abbia fatto affidamento; con la conseguenza, quindi, che esso non solo deve essere motivato sull'esistenza di uno specifico interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo, ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità, ma anche in ordine alla effettuata ponderazione di questo interesse, comparativamente a quello del privato alla conservazione degli effetti dell'atto (TAR Lombardia, Milano, I, 17/1/1984 n° 58; in tal senso Cons. St. 24/12/1982 n° 721 e Cons. St., VI, 13/1/1983 n° 2).

<sup>15</sup> In questo caso, l'interesse pubblico viene considerato, dalla dottrina, primario e anteposto a quello secondario di soggetti pubblici e privati (tale sarebbe quello inerente, rispettivamente, alla ragionevolezza del termine e alla stabilità delle situazioni giuridiche) (SANDULLI, cit., vol. I, pg. 708). Peraltro, l'interesse pubblico, in quanto principio generale, può essere valutato anche sotto il profilo secondario. Così, esso costituirà un ostacolo o un sostegno al ripristino della legalità nella misura in cui le suddette condizioni secondarie (d'interesse pubblico), che in astratto vi si contrappongono, siano tali, rispettivamente, da impedire o consentire, in concreto, tale ripristino. Per certa giurisprudenza, infatti, la legittimità dell'annullamento in sede di amministrazione attiva non sarebbe condizionata dall'esistenza di un interesse pubblico a mutare la situazione attuale, bensì soltanto dalla "mancanza di un interesse pubblico a mantenere una situazione consolidata" (Cons. St. sez. V, 7/6/1952 n° 906).

<sup>16</sup> Nell'ambito del diritto comunitario, si distingue tra revoca produttiva di effetti retroattivi e non retroattivi: solo nel primo caso la eliminazione degli effetti prodotti dall'originario atto, incidendo in modo penetrante sull'affidamento dei destinatari di esso o dei controinteressati, va decisa tenendo conto di queste situazioni giuridiche. Esse, peraltro, diventano irreversibili in caso di significativo decorso del tempo. Nell'inverso caso di revoca *ex nunc*, non vi sono affidamenti tutelabili e situazioni giuridiche consolidate, ragion per cui essa è pacificamente ammessa (Cfr. Sentenza SNU-PAT 22 marzo 1961, Società Nouvelle des Usines de Pontieu-Acières du Temple v. Alta Autorità CECA, C-42 e 49/59; Decisione Corte CEE 9 marzo 1978, ANTON HERPES v. Commissione delle Comunità europee, C-54/77).

Si immagini una concessione di suolo pubblico assentita dal Consiglio Comunale in assenza dei presupposti di legge. Ove il destinatario del provvedimento (ossia il concessionario) non abbia tratto vantaggi concreti dalla concessione per essersene avvalso, ad esempio, per un periodo significativo, l'interesse al ripristino della legalità non pare compromesso<sup>17</sup>.

Ne deriva che, se i consiglieri ricorrono al Difensore Civico subito dopo che gli effetti dell'atto cominciano a decorrere e l'organo tutorio riscontri l'illegittimità, l'Amministrazione non potrà sottrarsi ad adottare le opportune determinazioni di ritiro<sup>18</sup>. *Principi obsta!* (para al male sul principio), secondo l'evocazione del Conte Zio di manzoniana memoria.

Proprio perché sollecitate da un'autorità di controllo, tali determinazioni possono fondatamente ritenersi dovute, limitandosi così quel margine di discrezionalità che l'Amministrazione conserva nella contraria fattispecie in cui (al di fuori di ogni attività di controllo esterno) spetti solo ad essa la decisione di adottare il *jus poenitendi*<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La stabilità delle situazioni giuridiche (ora indicate dall'art. 21 *nonies* L. 241/90) non sussiste, secondo la giurisprudenza, in presenza del *potere/dovere* di procedere in sede di autotutela all'eliminazione delle illegittimità verificatesi prima dell'adozione dell'atto terminale di un procedimento amministrativo. Più specificamente, "la giurisprudenza del giudice amministrativo è ferma nell'affermare l'esistenza di un *potere/dovere* della p.a. di procedere in sede di autotutela all'eliminazione delle illegittimità verificatesi prima dell'adozione dell'atto terminale di un procedimento amministrativo" (Cons. St., sez. IV, 29 maggio 1998 n° 900) precisando ulteriormente, con riferimento particolare ai procedimenti di gara, che "qualora l'aggiudicazione sia provvisoria, il suo annullamento in sede di autotutela non necessita di particolare motivazione" (Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2000 n° 4822). Quanto poi al principio di continuità e di concentrazione della gara la giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 12 settembre 2000 n° 4822) ha di recente ribadito come esso non sia "assolutamente in suscettibile di eccezioni, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscano la concentrazione e la conclusione delle operazioni di gara in un numero ristretto di sedute". Ora non v'è dubbio che la necessità di eliminare le illegittimità verificatesi nel corso dell'istruttoria costituisca una situazione che legittima non solo la rinnovazione del procedimento ma anche lo svolgersi delle operazioni di gara in un arco di tempo maggiore del previsto" (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002 n° 638).

<sup>18</sup> In giurisprudenza, infatti, viene esclusa la necessità di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello del ripristino della legalità violata quando l'atto da annullare sia piuttosto recente e non abbia dato luogo a situazioni consolidate (Cons. St., sez. VI, 29/11/1968 n° 716; Cons. St., sez. V, 23/3/1976 n° 124; Cons. St., sez. V, 13/2/1979 n° 277; Cons. St., sez. VI, 16/7/1983 n° 607).

<sup>19</sup> L'interpretazione letterale dell'art. 21 *nonies* è tale per cui, quando non ricorrano i presupposti indicati dalla norma (ossia non c'è interesse pubblico, è trascorso un tempo ec-

Non pare fuori luogo ritenere che, in quanto legislativamente preposto al rispetto del buon andamento dell'agire pubblico, l'azione del Difensore Civico possa, essa stessa, estendersi a valutare la ricorrenza degli enunciati presupposti dell'autotutela, individuando, ad esempio, proprio nella rinnovata legittimità amministrativa la rispondenza all'interesse pubblico ed anzi l'essenza costitutiva di esso.

In questo senso, infatti, non è preclusa al Difensore Civico una valutazione di merito<sup>20</sup>.

4. Si è accennato al fatto che il controllo eventuale di cui all'art. 127 D.Lgs. 267/2000 è uno strumento dei consiglieri comunali e provinciali a garanzia delle minoranze consiliari; esso può, allora, considerarsi una indiretta estrinsecazione dei cosiddetti *diritti politici* tutelati dalla Costituzione (artt. 48 e ss. Cost.).

L'ultimo comma dell'articolo è un rimedio attribuito alla Giunta locale per cautelare, di propria e diretta iniziativa, l'Amministrazione da eventuali illegittimità amministrative.

Tale ratio dell'istituto consente di ritenerlo ancora operante, dopo la riforma del titolo V della Costituzione<sup>21</sup>.

Cessivo dall'adozione dell'atto, vi sono situazioni soggettive stabilizzate), il riesame è precluso. Nel caso inverso (ossia quando i presupposti di questo ricorrono), è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione consentirne l'applicazione (la norma dice "può"). Orbene, se è possibile riflettere sul fatto che il termine "può" sia espressione di una potestà pubblica (ossia di un potere-dovere), ciò sembra fondatamente plausibile nel caso in cui l'esercizio del riesame sia indotto da un organo preposto alla tutela della legalità e regolarità amministrativa, come il Difensore civico, la cui decisione attinge anche al contenuto preconstituito dell'art. 21 *nonies* (Cfr. SANDULLI, cit. vol. I, pg. 710).

<sup>20</sup> La preclusione a valutazioni di merito è, talora, prevista per l'intervento del Difensore Civico nelle sequenze procedurali non ancora esaurite (v. ad es. L.R. Veneto 5/6/1988 n° 28, art. 8, comma 3). Ciò si verifica quando esso è deputato a sollecitare la conclusione di una "pratica in corso", attraverso la tempestiva adozione del provvedimento finale. È logico che, in questo caso, il Difensore civico non può colmare il disservizio, sostituendosi esso stesso all'Amministrazione in scelte intrinsecamente discrezionali e, per di più, non ancora adottate.

<sup>21</sup> Cfr. G. SCIALOJA, "il controllo sugli enti locali e la riforma costituzionale", in "Giorn. Dir. Amm.", 2002, n° 8, pg. 899/906" pg. 904 secondo cui, tra l'altro, la L. Cost. 18/10/2001 n° 3 avrebbe determinato l'abrogazione immediata dei soli artt. 126 e 133, 4° comma, D.Lgs. 267/2000; cfr. R. MERLO, i poteri del controllo sostitutivo del Difensore civico regionale per omissione o ritardo di atti obbligatori per legge, in "il Diritto della Regione" Regione Veneto, n° 3-4 maggio/agosto 2006, Ed. Rubettino, pg. 130 e ss. Per la giurisprudenza favorevole alla vigenza della norma v. Cons. St., sez. V, 31/1/2001 n° 358; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 5/2/2002 n° 619; TAR Campania, sez. I, sent. N° 7614. In senso contrario, TAR Puglia, Lecce, sez. II, 2/2/2002 n° 578.

Esso è utile perché, nella fattispecie dei primi due commi, se l'organo tutorio ravvisa l'illegittimità di un atto amministrativo, questo non può essere annullato e non si verifica così quella "strozzatura" né quella coesistenza del provvedimento che si imputavano (a torto o a ragione) ai vecchi controlli preventivi di legittimità, disciplinati dall'abrogato art. 130 Cost.<sup>22</sup>

Come osservato dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, si tratta di un controllo di legittimità sostanziale che, seppur "nei limiti delle illegittimità denunciate", non è limitato ai soli vizi "di competenza, forma e procedura (...)" rimanendo esclusa ogni diversa valutazione dell'interesse pubblico di cui all'abrogato art. 133 D.Lgs. 267/2000, ma è esteso anche al merito<sup>23</sup>.

Epperò, il predetto accertamento rimette all'organo consiliare la scelta di ritirare l'atto, di convalidarlo (emendandolo dei relativi vizi)<sup>24</sup> o di confermarlo. Ma in questo caso, la conferma (cosiddetta propria) deve contenere una rinnovata motivazione che riscontri puntualmente i rilievi dell'organo tutorio. Questi ultimi costituiscono, a tutti gli effetti, una sopravvenienza di diritto<sup>25</sup>.

Ne deriva che siffatto *quid novi* determina, tra l'altro, la riapertura dei termini per impugnare l'atto confermato davanti al giudice amministrativo e costituisce il sostrato di ulteriori parametri di valutazione utilizzabili in siffatto, eventuale giudizio<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> V.V. CERULLI IRELLI e F. LUCANI, "I principi generali", in E.F. SCHLITZER (a cura di) Il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni, 2002.

<sup>23</sup> Parere Cons. St., sez. I, 14/10/1998 n° 219.

<sup>24</sup> V. art. 21 *nonies*, 2° comma, L. 241/90. V. TAR Lazio, sez. I, 16/1/2002 n° 396.

<sup>25</sup> V. TAR. Toscana, sez. II, 7/12/2005 n° 8271. Nel giudizio di ottemperanza, le sopravvenienze di fatto e di diritto sono inoppugnabili, da parte dell'Amministrazione soccombente, al ricorrere, se intervenute dopo la notifica della sentenza (ineseguita) all'Amministrazione; sono, al contrario opponibili quelle intervenute prima di tale notifica (cfr. Cons. St., Ad. Plen. 8/1/1986 n° 1; TAR Lazio, sez. II, 9/8/1985 n° 2057). A titolo d'esempio, l'annullamento giurisdizionale del diniego di concessione edilizia, di cui l'Amministrazione è edotta in quanto gli è stata notificata la sentenza definitiva, non può essere eluso da una variante allo strumento urbanistico, successiva alla notifica; la variante non può, cioè, essere opposta a più ha diritto al sostanziale rilascio della concessione. Tale congegno è stato elaborato dalla giurisprudenza per evitare frustrazioni di diritti questi. Al contrario, nel controllo eventuale, la sopravvenienza di diritto interviene in una sequenza procedimentale non esaurita nella quale non ci sono situazioni giuridiche soggettive stabili, perciò degne di tutela.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 8/3/2004 n° 1080 che contrappone alla conferma impropria (ossia inerentemente ricognitiva di un precedente atto amministrativo) quella propria, caratterizzata dal completo riesame della fattispecie, attraverso una nuova istruttoria che operi

Non analizzeremo, in questa sede, i profili di costituzionalità della norma e le corrispondenti ragioni avverse.

Si cercherà di evidenziare quali sono le difficoltà applicative della norma, partendo dal presupposto, innanzi tutto, delle sue *ratio ineludibile* e, considerando che, dei due organi preposti alla funzione, esiste solo il Difensore civico locale, nella misura in cui sia previsto dagli Statuti comunali e provinciali.

Ne deriva una situazione variegata per la quale in alcune realtà amministrative la funzione è garantita ed in altre no.

Le conseguenze sono intuibili. A fronte di situazioni in cui esiste una sorta di filtro in ordine alla legalità degli atti, ne corrisponde un'altra in cui ricorrono solo i rimedi della giurisdizione o del riesame nei termini descritti.

Risulta evidente che tale condizione è idonea a creare indirette disparità di trattamento tra collettività i cui rappresentanti istituzionali (in questo caso, i consiglieri comunali e provinciali) godano di tale forma di garanzia e collettività che ne siano private.

Tali disparità si prestano a ipotizzare ripercussioni in ordine al rispetto del principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.); ripetizioni tanto evidenti sol che si rifletta sul fatto che tale garanzia trova anche fondamento nel principio costituzionale d'imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

È altrettanto indubbio che, se la disposizione è conforme al dettato costituzionale, la relativa applicazione costituisce un dovere giuridico.

La soluzione pratica è che tutte le Amministrazioni locali provvedano a dotarsi della figura del Difensore Civico o, diversamente, di avvalersi di quello istituito presso altre Amministrazioni, attraverso l'istituto del convenzionamento<sup>27</sup>.

una riponderazione dell'assetto degli interessi, sotteso all'atto confermato. In dottrina V. R. GALLI, "Corso di Diritto Amministrativo", Ed. Cedam, 1994, pg. 740; MAZZAROLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA "Diritto Amministrativo", vol. II, CEDAM, 2002, pg. 1596.

<sup>27</sup> Per l'esercizio coordinato della funzione di Difesa civica varrà, per gli enti locali, l'art. 30 D. Lgs. 267/2000. Alcune leggi regionali contemplano la possibilità di convenzionamenti tra l'organo regionale e quelli locali. In questi casi, però, essi riguardano "pratiche in corso" (v. art. 7, 4° comma, L.R. Veneto 28/88) o più in generale "pratiche": si può, allora, ritenere che tali collaborazioni siano, di regola, volte a risolvere omissioni o ritardi di procedimenti in fieri, più che ad operare un sindacato di legittimità e di merito su atti conclusivi di procedimenti. Ora se quest'ultima funzione non è preclusa, in generale, al Difensore civico regionale (v. nota 1, Par. 2), il titolo di una convenzione che consenta l'esercizio del controllo eventuale deve essere dato dalla legge: può allora soccorrere l'art. 15 L. 241/90; con riguardo alle leggi

Ci si può chiedere, *de jure condendo* e perciò in termini del tutto ipotetici, se sia percorribile un'interpretazione (per così dire) "necessitata" dell'art. 127 D. Lgs. 267/2000.

È vero che essa rimette la competenza ad organi individuati e quindi le disposizioni in materia di competenza sono norme inderogabili e insuscettibili di estensione analogica. In questo caso, però, vi è una garanzia di rilevanza costituzionale che va assicurata, anche in ragione del principio della continuità ed inesauribilità dell'azione amministrativa.

Tale esigenza sembra, a sommo avviso di chi scrive, superare anche il limite ontologico della garanzia per la quale essa sarebbe una sorta di controllo interno (e perciò, solo per questo, compatibile col mutato assetto costituzionale)<sup>28</sup>.

Orbene, l'alternatività (e quindi la fungibilità) circa la competenza ad adottare la diversa funzione del controllo sostitutivo ex art. 136 D. Lgs. 267/2000 tra Comitato Regionale di Controllo e Difensore Civico regionale potrebbe, seppure in mancanza di espressa previsione, valere anche nel caso che ci occupa, in ragione dell'assolvimento dei suddetti principi.

Sul piano formale, si può riflettere sul fatto che, mentre i primi due commi parlano del Comitato Regionale di Controllo, l'ultimo comma si riferisce, in generale, all' "organo di controllo regionale". A quest'ultima dicitura non pare fuori luogo ascrivere, in termini operativi, il Difensore Civico Regionale il quale potrebbe assolvere la funzione di cui si discute<sup>29</sup>.

regionali v. art. 5, 4° comma, L.R. Liguria 5/8/1986 n° 17 secondo cui il Difensore civico regionale esercita il controllo eventuale di cui all'art. 17, comma 38 L. 15 maggio 1997 (ora art. 127 D. Lgs. 267/90), previa convenzione con l'ente locale.

<sup>28</sup> V. S. CAVITARESE MATTEUCCI, "Il caso dei controlli" in Le Regioni, bimestrale di analisi giuridica e istituzionale, 2/3/2002 Ed. Il Mulino, pg. 447.

<sup>29</sup> Pare, a proposito, utile un richiamo alla prassi amministrativa. Il Difensore civico regionale non è attivato, pur essendo previsto, in tutte le Amministrazioni Regionali. Ci si è chiesti, allora, com'è possibile assolvere la funzione del controllo sostitutivo di cui all'art. 136 D. Lgs. 267/2000 quando ne ricorra l'obbligo. Si è, in qualche caso, avviato a tale disfunzione, attribuendo alla Giunta Regionale siffatte funzioni sostitutive (v. es. Delibera della Giunta Regionale della Puglia del 4 marzo 2008 n° 267 "Nomina del Commissario ad acta di Squinzano per la trasformazione dell'ATO LE/1 in Ente con personalità giuridica ai sensi dell'art. 201 del Decreto legislativo n° 152/2006").

SENTENZA N. 112

ANNO 2004

I poteri sostitutivi fra *emergency clause* e assetto dinamico delle competenze

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

|                  |              |            |
|------------------|--------------|------------|
| - Gustavo        | ZAGREBELSKY  | Presidente |
| - Valerio        | ONIDA        | Giudice    |
| - Carlo          | MEZZANOTTE   | "          |
| - Fernanda       | CONTRI       | "          |
| - Guido          | NEPPI MODONA | "          |
| - Piero Alberto  | CAPOTOSTI    | "          |
| - Annibale       | MARINI       | "          |
| - Franco         | BILE         | "          |
| - Giovanni Maria | FLICK        | "          |
| - Francesco      | AMIRANTE     | "          |
| - Ugo            | DE SIERVO    | "          |
| - Romano         | VACCARELLA   | "          |
| - Paolo          | MADDALENA    | "          |
| - Alfio          | FINOCCHIARO  | "          |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

“...omissis...”

la figura del difensore civico regionale, che, indipendentemente da ogni qualificazione giuridica, è generalmente titolare di sole funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa, in larga misura assimilabili a quelle di controllo, già di competenza, prima dell’abrogazione dell’art. 130 della Costituzione, dei previsti comitati regionali di controllo, ai quali, del resto, tale figura era già stata equiparata dall’art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127 (ora art. 136 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), nonché da alcune leggi regionali successive...”

**"Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"**

*Articolo 127*  
*Controllo eventuale*

1. Le deliberazioni della giunta e del consiglio sono sottoposte al controllo, nei limiti delle illegittimità denunciate, quando un quarto dei consiglieri provinciali o un quarto dei consiglieri nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti ovvero un quinto dei consiglieri nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti ne facciano richiesta scritta e motivata con l'indicazione delle norme violate, entro dieci giorni dall'affissione all'albo pretorio, quando le deliberazioni stesse riguardino:

- a) appalti e affidamento di servizi o forniture di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario;
- b) dotazioni organiche e relative variazioni;
- c) assunzioni del personale.

2. Nei casi previsti dal comma 1, il controllo è esercitato dal comitato regionale di controllo ovvero, se istituito, dal difensore civico comunale o provinciale. L'organo che procede al controllo, se ritiene che la deliberazione sia illegittima, ne dà comunicazione all'ente, entro quindici giorni dalla richiesta, e lo invita ad eliminare i vizi riscontrati. In tal caso, se l'ente non ritiene di modificare la delibera, essa acquista efficacia se viene confermata con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti il consiglio.

3. La giunta può altresì sottoporre al controllo preventivo di legittimità dell'organo regionale di controllo ogni altra deliberazione dell'ente secondo le modalità di cui all'articolo 133.

Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267

**"Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"**

*Articolo 136*

*Poteri sostitutivi per omissione o ritardo di atti obbligatori*

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.

**Legge 15 maggio 1997, n. 127**

**"Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo"**

**Art. 16.**

*(Difensori civici delle regioni e delle province autonome)*

1. A tutela dei cittadini residenti nei comuni delle rispettive regioni e province autonome e degli altri soggetti aventi titolo secondo quanto stabilito dagli ordinamenti di ciascuna regione e provincia autonoma, i difensori civici delle regioni e delle province autonome esercitano, sino all'istituzione del difensore civico nazionale, anche nei confronti delle amministrazioni periferiche dello Stato, con esclusione di quelle competenti in materia di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia, le medesime funzioni di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione che i rispettivi ordinamenti attribuiscono agli stessi nei confronti delle strutture regionali e provinciali.

2. I difensori civici inviano ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati entro il 31 marzo una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente ai sensi del comma 1.

**LEGGE 7 agosto 1990 n. 241** (aggiornata con le modifiche introdotte dalla l. 15/2005 e dalla l. 80/2005)

**NUOVE NORME IN MATERIA DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E DI DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI.**

**Art. 25.**

Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi

1. Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.
2. La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.
3. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati.
4. Decorso inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione.
5. Contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma quarto è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla

scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. La decisione del tribunale é appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al consiglio di stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

6. bis. Nei giudizi in materia di accesso, le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente.

7. Il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti.