

N. 00866/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00772/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm., nel giudizio introdotto con il ricorso 772/11, proposto dal Comune di San Michele al Tagliamento, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Zambelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia Mestre, via Cavallotti 22;

contro

la Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv. ti Ligabue, Mio e Zanon, con domiciliata eletto in Venezia, Cannaregio 23;

il Difensore civico della Regione Veneto, non costituito in giudizio;
Alberto Gennai, quale commissario ad acta, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Alberto Ghepari ed Andrea Gallo, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- a) della diffida 10.3.2011 n. 266, del difensore civico regionale, con la quale è stata intimata al commissario prefettizio del Comune di S. Michele al Tagliamento la conclusione dei procedimenti relativi all'annullamento dei bandi di concorso per i quali era stato avviato da parte del Comune l'annullamento in autotutela e si è concesso all'uopo termine di giorni 15;
- b) del decreto 31 marzo 2011, n. 2/2011, del difensore civico, avente ad oggetto: "Procedimento sostitutivo verso Amministrazione comunale di S. Michele al Tagliamento. Nomina Commissario ad acta art. 136 D. Lgs. 18.8.2000 n. 267" con il quale è stato nominato un commissario *ad acta* nella persona dell'avv. Alberto Gennari ";
- c) della comunicazione 18 aprile 2011 del commissario *ad acta* avv. Alberto Gennari di un incontro prima di provvedere all'adozione dei provvedimenti,
- d) del provvedimento 19 aprile 2011, n. 434, del difensore civico di reiezione della diffida dell'avv. Noacco.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Veneto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 il cons. avv. Gabbricci e uditi l'avv. Zambelli per il Comune ricorrente e l'avv. Ligabue per la Regione Veneto.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il consiglio comunale di S. Michele al Tagliamento fu sciolto nell'ottobre 2010, con la conseguente nomina del commissario straordinario, cui il difensore civico regionale inviò la diffida 10 marzo 2011, n. 266, mediante la quale, giusta art. 136 del d. lgs. 267/00, gli intimò di procedere, entro quindici giorni, all'annullamento d'ufficio della deliberazione di giunta 6 aprile 2010, n. 106, con la quale erano state indette alcune procedure concorsuali per l'assegnazione di posizioni dirigenziali.

1.3. Il Comune non si è adeguato, ed il difensore civico regionale ha allora emesso il decreto 31 marzo 2011, n. 2/2011, avente ad oggetto la nomina di un commissario *ad acta*, ex art. 136 cit. "per procedere all'adozione degli atti preordinati all'annullamento doveroso dei bandi concorsuali approvati in esecuzione della delibera della Giunta comunale 6.4.2010 n. 106, per quanto stabilito dalla legge in materia di autotutela amministrativa assegnando termine di 60 giorni per l'espletamento dell'incarico conferito".

1.4. In seguito, prima di provvedere all'adozione dei provvedimenti, il nominato commissario indiceva un incontro con l'Amministrazione comunale per il 18 aprile, mentre il giorno seguente, con determinazione n. 434, il difensore civico ribadiva la propria competenza.

2.1. Avverso le predette determinazioni ha proposto ricorso il Comune di San Michele al Tagliamento, rilevando, anzitutto, la violazione del citato art. 136, nonché l'eccesso di potere per travisamento e sviamento e mancanza di presupposti, ed altresì carenza di potere.

2.2. Orbene, la disposizione *de qua*, rubricata “poteri sostitutivi per omissione o ritardo di atti obbligatori”, prescrive testualmente che «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».

2.3. Osserva invero l'Ente ricorrente come il riesame dell'atto, ai fini del suo annullamento, richieda da parte dell'Amministrazione l'esercizio di una potestà discrezionale, rimessa alle valutazioni di opportunità ex art. 21 *nonies* l. 241/90: e poiché l'annullamento in autotutela non costituisce dunque un atto “obbligatorio per legge” non può dunque applicarsi ad esso il disposto dell'art. 136.

3.1. La censura è fondata.

La Sezione, con sentenza 22 aprile 2011, n. 672, in una fattispecie simile ha invero rilevato quanto segue.

«9.2. Secondo il costante orientamento della giurisprudenza, condiviso dal Collegio, la nozione di “atti obbligatori per legge”, alla

cui mancata assunzione il citato art. 136 riconnette il potere sostitutivo del difensore civico regionale, va intesa in senso restrittivo come atti doverosi e privi di discrezionalità. Tale nozione, infatti, non potrebbe essere interpretata in senso estensivo, posto che tutte le funzioni amministrative sono doverose per legge e tutte le norme di diritto amministrativo che assegnano compiti e funzioni alle amministrazioni sono, sotto tale profilo, imperative e inderogabili.

9.3. Una diversa e estensiva lettura della nozione di “atti obbligatori per legge”, di cui al citato art. 136 non sarebbe, infatti, costituzionalmente compatibile con il nuovo titolo V della Costituzione, all'interno del quale il Comune è ente autonomo e originario che si pone insieme allo Stato, alle Regioni, alle Province e alle Città metropolitane, come elemento costitutivo della Repubblica (art. 114 Cost.). L'intervenuta abrogazione dell'articolo 130 Cost., ove era prevista la possibilità di un controllo di legittimità e di merito sugli atti degli enti locali da parte di un organo della Regione, non può essere, infatti, senza significato ai fini di una corretta ricostruzione degli ambiti di possibile intervento dell'azione del difensore civico regionale, che, quantunque in posizione di particolare indipendenza rispetto all'apparato regionale, costituisce pur sempre organo di nomina regionale. Anche da tale angolo visuale, dunque, si impone come doverosa la lettura restrittiva della disposizione sopra indicata (Cfr. TAR Liguria, I, 19.9.2008, n. 1661; Tar Campania, Napoli , I, 10.8.2005, 10698).

9.4. Da tali principi il

Collegio non ritiene di doversi discostare, anche in considerazione di quanto chiarito dalla giurisprudenza costituzionale in merito all'esercizio dei poteri sostitutivi da parte di organi regionali nei casi di inerzia dei competenti organi comunali, ritenuto subordinato a precisi limiti di legittimità (cfr. Corte Cost., 2.3.2004, n. 69)».

3.2. Orbene, ex art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, “non sussiste alcun obbligo per l'Autorità emanante di procedere in via di autotutela all'annullamento d'ufficio di un provvedimento da essa adottato, trattandosi di mera facoltà rimessa alla sua discrezionalità ed esercitabile a condizione che sussistano ragioni di interesse pubblico” (così C.d.S., IV, 4 marzo 2011, n. 1414; id., 27 novembre 2010, n. 8291).

3.3. Dunque, l'esercizio del potere d'annullamento d'ufficio in autotutela (almeno in difetto di un provvedimento giurisdizionale che abbia un effetto viziante su di esso – ciò che qui non si verifica), non costituisce evidentemente un “atto obbligatorio per legge”, nel significato di tale sintagma, secondo quanto sopra esposto, con la conseguente illegittimità di tutti i provvedimenti emessi dal difensore civico regionale e qui impugnati, mentre appare priva di contenuto lesivo proprio la convocazione disposta dal commissario *ad acta*.

4. Il ricorso va in conclusione accolto.

Le spese seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe impugnati *sub* a), b) e d).

Condanna la Regione Veneto alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune resistente che liquida in complessivi € 3.000,00, oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge e la rifusione del contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio addì 18 maggio 2011, con l'intervento dei signori magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)