

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

N.2964/04REG.DEC.

N. 5618 REG.RIC.

N.5745 REG:RIC:

ANNO 2003

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn. 5618 e 5745 del 2003, proposti da:

I - (ric. n. 5618/2003) =

Teresa DE ROSA, nata a Villaricca il 14 dicembre 1977 (CFDRS
TRS 77T54 G309L), rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof.
Riccardo Soprano e Antonio Sasso, con domicilio eletto in Roma,
Lungotevere Flaminio n. 46, presso il Dott. Gian Marco Grez;

contro

Alberto MAURIELLO , rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea
Abbamonte, con domicilio eletto in Roma, via degli Avignonesi
n. 5;

e nei confronti

del Comune di Villaricca, in persona del Sindaco in carica, n. c.;

II - (ric. n. 5745/2003) =

Comune di Villaricca, in persona del Sindaco in carica,
rappresentato e difeso dall'Avv. Prof. Giuseppe Palma, con
domicilio eletto in Roma, via Luigi Luciani n. 1 (presso lo studio
legale Avv. De Lorenzo);

contro

Alberto MAURIELLO , rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea
Abbamonte, con domicilio eletto in Roma, via degli Avignonesi

n. 5;

e nei confronti

Teresa DE ROSA, n. c.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, n. 2236 del 7 marzo 2003, successivamente notificata;

Visti i ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, in entrambi gli appelli, dell'appellato resistente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 24 febbraio 2004, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, gli Avv.ti Sasso, Visone, per delega dell'Avv.to Abbamonte, e De Lorenzo, in sostituzione dell'Avv.to Palma;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con sentenza n. 2236/2003, pubblicata il 7 marzo 2003, la Sezione Prima del Tribunale Amministrativo della Campania ha accolto il ricorso proposto dal Sig. Alberto Mauriello per l'annullamento della deliberazione n. 74 del 21 novembre 2001, con la quale il Consiglio Comunale del Comune di Villaricca ha

nominato il difensore civico, e con essa del provvedimento in data 12 settembre 2001 con il quale il Presidente del Consiglio Comunale ha disposto la riapertura dei termini per la presentazione delle domande per la nomina del difensore civico.

Il Giudice di primo grado, ha ritenuto:

- non tardiva l'impugnazione del provvedimento di riapertura dei termini per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura concorsuale per la nomina del difensore civico, proposta con l'impugnazione del provvedimento di nomina del candidato prescelto;

- nel merito, illegittima la riapertura dei termini per la presentazione delle candidature, in quanto:

a) l'Amministrazione subentrante avrebbe avuto l'obbligo di attivare la procedura sulla base delle domande pervenute nel corso del precedente Consiglio comunale;

b) quanto meno, vi sarebbe stato l'obbligo di specificare le ragioni per le quali si era ritenuto di dovere riaprire i termini per la presentazione di dette candidature;

d) a tale fine non sopperirebbe la nota presidenziale 22 ottobre 2001 (successiva all'avviso del 12 settembre 2001) in cui si faceva cenno al fatto che delle due domande presentate, durante il mandato del cessato Consiglio comunale, due erano irregolari, trattandosi di motivazione postuma rispetto al nuovo avviso, e, dall'altro, perché nell'avviso originario non era stata

fissata una soglia minima di partecipanti;

e) a posteriori, sarebbe significativa la circostanza che, successivamente, la presentazione di un'altra sola domanda sia stata ritenuta sufficiente alla riattivazione della procedura.

Assorbiti, dunque, i motivi di impugnazione direttamente rivolti contro la nomina della controinteressata a difensore civico, il giudice di primo grado ha concluso affermando, fra l'altro, che l'Amministrazione, per effetto dell'annullamento degli atti impugnati, doveva ritenersi tenuta a riaprire il procedimento sulla base delle sole domande tempestivamente pervenute sulla base del primitivo avviso.

2.1. Avverso l'anzidetta sentenza hanno proposto separati appelli la controinteressata ed il Comune di Villaricca.

2.2. La prima, con ricorso rubricato al n. 5618/2003, deduce l'erroneità ed invalidità del procedimento logico seguito dal giudice di primo grado, sulla base delle seguenti censure:

- il provvedimento che dispone la riapertura dei termini di una procedura concorsuale in precedenza bandita sarebbe immediatamente lesiva per il concorrente che vede così allargarsi la rosa dei possibili concorrenti; pertanto esso sarebbe immediatamente impugnabile e sarebbe, di contro, tardiva l'impugnazione proposta soltanto con quella del provvedimento che proclama i vincitori (I motivo);

- nel merito:

- (II motivo) - impropriamente il Tribunale ha ritenuto che, nel caso in esame, si vertesse in ipotesi di riapertura dei termini per la partecipazione alla vecchia procedura;

- al contrario, quella di cui si tratta, sarebbe una nuova procedura di identico oggetto, indetta dall'organo elettivo subentrato al cessato Consiglio comunale;

- sarebbe di nessun rilievo, per i fini che interessano, che il nuovo organo abbia ritenuto di potere annettere validità alle domande presentate sulla base del vecchio bando ormai decaduto, per non essere stata portata a compimento la procedura;

- invero, a termini dello Statuto del Comune, la nomina del Difensore civico consegue non ad una procedura concorsuale, ma una vera e propria elezione, da parte di un determinato Consiglio comunale ed il conferimento del mandato è in stretta correlazione con la fiducia espressa da tale organo con la votazione;

-ne conseguirebbe che non potrebbe sopravvivere la procedura indetta ma non portata a compimento dal Consiglio uscente, e, d'altra parte, non sussisterebbe alcun obbligo, da parte del nuovo Consiglio, di dare seguito alla procedura anzidetta;

- sotto differente profilo, nell'indire la procedura di nomina del difensore civico, o nel riaprire i termini di partecipazione alla procedura utilizzando il precedente avviso e conferendo validità alle domande in precedenza pervenute, non sarebbe configurabile alcun obbligo di motivazione da parte del nuovo Consiglio;

- (III motivo) a tale organo, oltre tutto, non potrebbero addebitarsi omissioni e/o i ritardi dell'organo cessato, nel portare a compimento la procedura, né sarebbero configurabili vincoli derivanti dalle iniziative assunte in ambiti nei quali non sembrerebbero applicabili le norme della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo;
- (IV motivo)- specificamente viziata sarebbe poi la statuizione secondo cui il Comune avrebbe l'obbligo di portare a compimento la procedura secondo l'originario avviso, non vedendosi in che modo possa essere privata l'Amministrazione Comunale della discrezionalità che le compete in tema di nomina del difensore civico.

2.3. Il Comune di Villaricca (ric. n. 5745/2003) deduce censure in buona misura analoghe a quelle della parte privata appellante, in primo luogo sottoponendo a sindacato la sentenza impugnata, per non avere dichiarato l'inammissibilità, irricevibilità del ricorso di primo grado (I motivo).

Più significativi errori *in iudicando*, inficerebbero la sentenza appellata per non avere tenuto conto della natura effettiva del nuovo avviso, dei poteri spettanti al Consiglio comunale in tema di nomina del difensore civico, del collegamento esistente fra tale nomina ed il Consiglio che vi provvede (II motivo), della non perentorietà dei termini fissati dall'art. 2 della L: n. 241 del 1990 (III motivo).

2.4. In entrambi i ricorsi, gli appellanti concludono per la riforma della sentenza impugnata nel senso della reiezione del ricorso di primo grado, con vittoria di spese di entrambi i gradi del giudizio.

3. Costituitosi l'appellato per resistere all'impugnazione, le cause sono state successivamente chiamate alla pubblica udienza del 24 febbraio 2004 e trattenute in decisione.

D I R I T T O

1. Gli appelli devono essere riuniti, perché investono la medesima sentenza e devono, dunque essere decisi contestualmente.

2. Preliminarmente deve essere respinto il motivo di appello che investe il mancato accoglimento, da parte del giudice di primo grado, della eccezione di irricevibilità del ricorso, per la tardività dell'impugnazione dell'avviso con il quale, secondo l'originario appellante, sarebbero stati riaperti i termini di partecipazione al "concorso" per la nomina del difensore civico, nel Comune di Villaricca.

Invero, indipendentemente dalla natura e dal contenuto dell'avviso dalla cui illegittimità viene fatta dipendere, dalla sentenza appellata, l'illegittimità della nomina, deve trovare applicazione il principio, di ordine generale, che individua nelle prescrizioni immediatamente dirette a precludere all'interessato la stessa possibilità di partecipazione alla procedura, quelle che

devono essere tempestivamente ed autonomamente impugnata, in quanto immediatamente lesive, mentre, al contrario afferma che le altre, le quali sono dirette ad ampliare la partecipazione dei candidati, ed a ridurre, quindi, le possibilità statistiche di conseguimento del bene della vita, cui il candidato aspira, attraverso la partecipazione al concorso o alla gara, sviluppano una lesività concretamente percepibile soltanto con il risultato e richiedono, dunque, l'impugnazione della clausola con il provvedimento che conclude (eventualmente. anche soltanto per quel candidato) la procedura (per tutte Sez. V, 26 maggio 2003, n. 2839).

Nel caso in esame, in cui l'originario ricorrente si è visto posporre il candidato che ha potuto partecipare alla procedura per la nomina del difensore civico comunale soltanto per effetto del nuovo avviso pubblicato dal Presidente del Consiglio comunale insediatosi dopo quello che aveva disposto la pubblicazione del precedente avviso, la lesione concreta dell'interesse si è verificata con la nomina del concorrente in questione (attuale appellante), per cui, corretta e tempestiva è l'impugnazione della clausola, che ne ha consentito la partecipazione alla procedura, unitamente al provvedimento di nomina.

3.1. Nel merito, l'orientamento espresso dalla Sezione, nel procedimento incidentale promosso dagli attuali appellanti per la sospensione della esecutività della sentenza impugnata, deve

essere rimeditato, alla luce di un più approfondito esame della questione.

3.2. Lo Statuto del Comune di Villaricca, prevede, all'art. 25, che il difensore civico è nominata dal Consiglio comunale con una maggioranza di almeno due terzi dei consiglieri in prima votazione ed a maggioranza assoluta in seconda votazione.

Le candidature devono essere depositate almeno dieci giorni prima della riunione del Consiglio comunale indetta per la prima votazione e devono essere sottoscritte da almeno 50 elettori residenti nel Comune;

Il Difensore civico (comma 3) resta in carica fino all'insediamento del nuovo Consiglio Comunale, esercitando le sue funzioni fino alla nomina del successore.

3.3. La previsione statutaria, dunque, nulla togliendo alla posizione di indipendenza del difensore civico rispetto all'Amministrazione comunale ed alla stessa Assemblea elettiva che lo ha, a sua volta, eletto, ha inteso porre l'accento sul rapporto fiduciario che viene ad instaurarsi fra la suddetta Assemblea e l'organo cui viene conferito il mandato, e ciò è reso evidente non soltanto dal comma terzo che definisce la durata della carica, e dalla larga maggioranza di consensi richiesti per la nomina, ma anche dalla correlazione fra presentazione delle candidature e seduta del Consiglio comunale in cui è posta all'ordine del giorno la prima votazione.

Non deve trarre in inganno la circostanza che la norma si preoccupi soltanto di stabilire l'intervallo temporale minimo che deve correre fra la presentazione delle candidature e la seduta del Consiglio.

La disposizione, invero, appare volta, in via principale e diretta, a lasciare un ampio margine, ai componenti dell'Assemblea elettiva, per la individuazione dei candidati e la scelta del soggetto sul quale fare convergere i consensi, ma esprime, anche, un contenuto implicito, nel senso della contiguità immanente fra organo elettivo, che indice la procedura di nomina, e cittadini elettori, che propongono la nomina del difensore civico, chiamato, su loro indicazione, ad esercitare le funzioni di tutela, ispettive e fiduciarie, e partecipative, nell'interesse dei cittadini e nei confronti dell'Amministrazione comunale, nel corso del mandato politico-amministrativo conferito dai medesimi cittadini elettori, al Consiglio comunale in carica.

3.4. In tale quadro, l'indizione della procedura (che è, sostanzialmente, una procedura elettorale indiretta) si colloca nell'ambito degli atti latamente politici del Consiglio comunale in carica, di cui il suddetto organo elettivo assume la responsabilità, nei confronti dei propri elettori, anche per ciò che riguarda il compimento degli atti che seguono alla pubblicazione dell'avviso (ovvero, l'inserimento all'ordine del giorno della

elezione del difensore civico, e, in prosieguo, lo nomina dello stesso).

La responsabilità di cui si tratta (priva di sanzione giuridica) è propria di quel determinato Consiglio comunale, il quale non risponde né delle scelte “politiche”, né delle eventuali omissioni del Consiglio comunale uscente.

In altri termini, così come soltanto politicamente il cessato Consiglio comunale è responsabile, nei riguardi dei suoi elettori, della mancata nomina del difensore civico, nel corso del suo mandato, altrettanto, il Consiglio comunale entrante non è vincolato dagli atti posti in essere dalla precedente Assemblea elettiva o delle sue omissioni.

Esso eleggerà (avendone il potere-dovere a norma dello Statuto), un nuovo Difensore civico, che sarà espressione della fiducia allo stesso conferita dalla maggioranza di quel Consiglio, statutariamente prevista, facendo immediatamente decadere quello nominato dalla precedente Assemblea elettiva.

A tale fine dovrà previamente disporre la pubblicazione del relativo avviso, che è atto proprio del Consiglio che procederà alle elezioni e che nessun collegamento può avere, per sua natura, con altro avviso in precedenza fatto pubblicare dal cessato Consiglio.

Ciò anche nella ipotesi in cui l'organo elettivo che l'ha preceduto sia rimasto inerte, non avendo dato corso alla

procedura indetta.

3.5. Le riflessioni che precedono rendono evidente l'errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel ritenere applicabili al caso in esame regole e principi propri dei procedimenti selettivi di tipo concorsuale.

In concreto, non si è avveduto, il Tribunale Amministrativo Regionale, che l'avviso oggetto di impugnazione non ha introdotto una proroga ai termini per la presentazione delle candidature alla nomina di difensore civico fissati nell'avviso pubblicato a cura del cessato Consiglio.

Si tratta, infatti, di un autonomo avviso, espressione di poteri propri della nuova Assemblea elettiva, cui pure, autonomamente, appartiene la scelta di ritenere valide le candidature presentate in precedenza, sulla base dell'avviso del cessato Consiglio.

Sull'inerzia del precedente Consiglio nel dare corso alla procedura, hanno espresso il loro giudizio i cittadini elettori, all'atto della scelta dei loro rappresentanti nella Assemblea elettiva e tale inerzia non è altrimenti sindacabile, davanti al giudice amministrativo, nel senso di potersi fare carico, al nuovo Consiglio, di portare a termine la procedura indetta dal cessato organo.

A tutto concedere, ove anche l'inerzia fosse stata fatta constatare con atto formale (nei confronti del Consiglio che

aveva indetto la procedura), l'obbligo di procedere non avrebbe potuto investire il differente Consiglio comunale in carica, privandolo dei poteri propri di indire, autonomamente, le elezioni dell'organo ed a tal fine di bandire, con carattere di attualità, le candidature.

4. Le considerazioni che precedono conducono, inevitabilmente, alle conclusioni che seguono:

a) secondo le regole statutarie che governano, nel Comune di Villaricca, la nomina del difensore civico, appartiene a ciascun Consiglio comunale di procedere alla nomina, mediante elezione, con le maggioranze statutariamente previste, del Difensore civico cittadino;

b) corollario di tale potere è l'indizione, *ex novo*, di apposita procedura, dando termine per la presentazione delle candidature;

c) costituisce una facoltà (e non un obbligo) del Consiglio comunale in carica, conferire validità a candidatura presentate anteriormente al suo insediamento ed alla pubblicazione del nuovo avviso, sulla base di altra procedura indetta dal precedente Consiglio, dallo stesso non portata a compimento nel corso del suo mandato;

d) non può essere riconosciuto alcun interesse, giuridicamente tutelabile, di quanti abbiano presentato candidature, per la nomina a difensore civico, nel corso del

cessato Consiglio comunale, di vedere conclusa, dalla Assemblea elettiva successivamente insediatasi, la procedura in precedenza indetta, secondo le regole procedurali ivi fissate (fra cui, per quanto interessa, il termine per la presentazione delle candidature).

5. Le considerazioni che precedono devono condurre all'accoglimento degli appelli.

In considerazione della novità della questione devono essere interamente compensate fra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in totale riforma della sentenza appellata (n. 2236 del 7 marzo 2003 della Sezione I del tribunale Amministrativo Regionale della Campania), respinge il ricorso proposto in primo grado;

Compensa interamente fra le parti le spese dei due gradi del giudizio;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 24 febbraio 2004, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Emidio FRASCIONE	PRESIDENTE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI	CONSIGLIERE
Paolo BUONVINO	CONSIGLIERE
Cesare LAMBERTI	CONSIGLIERE
Marzio BRANCA	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani	F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11 maggio 2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale

CONSIGLIO DI STATO -

- Sezione Quinta-

Sent.n. del pos.doc Ord. ndel pos.doc. Par. n.del pos.doc

Presidente: FRASCIONE Estensore: MILLEMAGGI COGLIANI

Parti: Comune diVillaricca ed altro c. Mauriello

Titoletto: Ricorso giurisdizionale – Atto impugnabile e no – Concorso -
Clausola di bando lesiva - Impugnazione immediata – Necessità – Limiti.

Testo massima: La previsione di bando deve essere tempestivamente ed autonomamente impugnata solo quando contenga una prescrizione diretta a precludere all'interessato la stessa possibilità di partecipazione alla procedura concorsuale; al contrario, l'impugnazione deve essere effettuata con il provvedimento conclusivo della procedura, nel caso in cui la lesività della disposizione non sia , in concreto, percepibile, per effetto della successiva applicazione fattane, nel corso della procedura, dall'Amministrazione.

Il Presidente -

- Sezione Quinta -

CONSIGLIO DI STATO -

- Sezione Quinta-

Sent.n. del pos.doc Ord. ndel pos.doc. Par. n.del pos.doc

Presidente: FRASCIONE Estensore: MILLEMAGGI COGLIANI

Parti: Comune diVillaricca ed altro c. Mauriello

Titoletto: Difensore civico – Comune di Villaricca – Mandato fiduciario del Consiglio comunale in carica – Conseguenze.

Testo massima: Le norme statutarie del Comune di Villaricca (art. 23), configurano il Difensore civico come organo che, sebbene autonomo ed indipendente dal Consiglio comunale che lo elegge, è astretto ad esso da un rapporto fiduciario, reso evidente non soltanto dalla durata della carica (coincidente con quella del Consiglio comunale che conferisce il mandato), e dalla larga maggioranza di consensi richiesti per la nomina, ma anche dalla correlazione fra la presentazione delle candidatura e la seduta del Consiglio comunale in cui è posta all'ordine del giorno la prima votazione; pertanto, deve escludersi che una procedura avviata nel corso del mandato di un consiglio Comunale e questo non portata a termine, sia in qualche modo vincolante per il Consiglio subentrante, nel senso che lo stesso sia tenuto a portare a termine la vecchia procedura, e non sia, al contrario, titolare di autonoma potestà, in ordine alla indizione di un nuovo avviso per la presentazione delle candidature.

Il Presidente -

- Sezione Quinta -