

DECRETO DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONA n. 2 del 12 luglio 2023

**Protocollo d'Intesa stipulato il 21 giugno 2022 tra la Regione del Veneto e il Garante regionale per i diritti della persona per l'attivazione della collaborazione dell'Avvocatura regionale finalizzata al supporto consulenziale legale. Presa d'atto dell'Analisi dell'Avvocatura regionale "I poteri sostitutivi del Difensore civico regionale ex art. 136 TUEL: natura, presupposti, limiti".**

[Consiglio regionale]

Il Garante

PREMESSO:

- che il Garante regionale dei diritti della persona - di seguito anche "Garante" - è una figura prevista all'articolo 63 dello Statuto del Veneto, articolo attuato con legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 con la quale, in ambito regionale, sono state riunite in un'unica figura le funzioni del "difensore civico" del "garante per l'infanzia e l'adolescenza" e del "garante dei diritti delle persone private della libertà personale";
- che il Garante, quindi, assomma in sé tre macro-funzioni:
  - a. garantire in ambito regionale i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di gestori di servizi pubblici, mediante procedure non giurisdizionali di promozione, di protezione e di mediazione [art. 63, comma 1, lett. a), della Legge regionale statutaria 17 aprile 2012, n. 1 nonché artt. 1, comma 2, lett. a), 11 e 12 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche "difesa civica");
  - b. promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza [artt. 1, comma 2, lett. b), 13 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche "tutela minori");
  - c. promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti delle persone private della libertà personale [artt. 1, comma 2, lett. c), 14 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche "tutela detenuti");
- che in data 21 giugno 2022 è stato stipulato il "Protocollo d'Intesa tra la Regione del Veneto e il Garante regionale per i diritti della persona per l'attivazione della collaborazione dell'Avvocatura regionale finalizzata al supporto consulenziale legale. LL.RR. 16 agosto 2001, n. 24 e 24 dicembre 2013, n. 37, di cui alla D.G.R.V. n. 38 del 25 gennaio 2022" (di seguito brevemente anche "Protocollo");
- che il Garante, che già secondo l'ordinamento regionale dispone della facoltà di potersi avvalere, in caso di contenzioso avente ad oggetto la sua figura di rilevanza statutaria e le proprie funzioni istituzionali, del patrocinio dell'Avvocatura regionale, ha ritenuto, con la stipula di tale Protocollo, di usufruire dell'ulteriore funzione di natura consultiva riconosciuta all'Avvocatura dalla legge regionale n. 24 del 2001; Protocollo di intesa volto a permettere al Garante di godere della costituzione di un supporto altamente specialistico di cui avvalersi nell'espletamento delle sue funzioni;
- che l'acquisizione di tale consulenza si è resa opportuna in quanto vi sono, come esplicitato nel Protocollo e nella D.G.R.V. n. 38/2022, varie tematiche giuridiche, in merito alla definizione della natura e dei limiti delle funzioni riconosciute al Garante, che risultano ancora oggi oggetto di discussione tra dottrina e giurisprudenza, tematiche la risoluzione delle quali ha certamente un grande interesse pubblico anche a livello regionale in quanto materie afferenti tutela e difesa dei "diritti della persona";
- che, è apparso di primaria importanza, anche al fine di definire i limiti delle funzioni già attribuite dall'ordinamento, richiedere all'Avvocatura regionale un approfondimento in merito alla natura, all'oggetto ed all'estensione dei poteri riconosciuti al Difensore civico regionale ex art. 136 TUEL ed ex art. 30, l.r. n. 11/2004;
- che l'articolo 136 T.U.E.L., "Poteri sostitutivi per omissione o ritardo di atti obbligatori" sancisce 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"*;
- che l'articolo 30, della legge regionale del Veneto n. 11 del 23 aprile 2004, "Annullamento dei provvedimenti comunali e poteri sostitutivi", al comma 10, stabilisce che: *"Qualora il comune nel procedimento di formazione o di variazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, non possa deliberare su piani urbanistici in presenza delle condizioni che comportino l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 78 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni, il Difensore civico regionale, su istanza del comune interessato, se ritiene sussistano ragioni di interesse pubblico, può nominare un commissario ad acta per adottare il provvedimento in via sostitutiva"*;

Ciò premesso, si rileva che in data 11 aprile 2023, l'Avvocatura regionale ha provveduto a fornire al Garante regionale dei diritti della persona l'esito dell'attività consulenziale richiesta, trasmettendo l'Analisi intitolata "*I poteri sostitutivi del Difensore civico regionale ex art. 136 TUEL: natura, presupposti, limiti*", che si **allega Sub 1**.

Considerata la rilevanza di tale approfondimento, che risulta altresì avallato anche dalla più recente Giurisprudenza amministrativa sul punto, si ritiene opportuno, innanzitutto, prendere atto, col presente provvedimento, dell'allegata Analisi avente ad oggetto la natura, i presupposti e i limiti del potere sostitutivo previsto dall'art. 136 TUEL, nonché dall'art. 30 della Legge regionale 23 aprile 2004, n. 11.

Dalle conclusioni di tale Analisi risulta che, in ragione della necessità di secondare un'esegesi costituzionalmente orientata e richiamando integralmente l'analisi contenuta nell'allegato Sub 1 al presente decreto, si deve ritenere che il potere sostitutivo previsto dall'art. 136 TUEL abbia natura meramente 'procedimentale' e non sostanziale, in quanto la disposizione di legge in parola non attribuisce al Garante regionale dei diritti della persona, soggetto tributario nell'ambito dell'ordinamento della Regione del Veneto delle funzioni di difesa civica, un potere surrogatorio di natura sostanziale e decisoria, ossia non è disposta alcuna traslazione di poteri amministrativi autoritativi in capo al Garante. L'art. 136 TUEL si limita, infatti, a prevedere un mero intervento 'procedimentale' del Difensore civico [Garante regionale dei diritti della persona], il quale si pone quale *legis defensor*, cui è affidato, previo accertamento dell'inadempimento del precetto legislativo, un mero potere strumentale, servente all'esercizio surrogatorio della potestà non esercitata da parte di un distinto soggetto.

Il Garante, perciò, nel dare applicazione alla disposizione di legge in parola, dovrà in via prodromica accertare se l'atto oggetto del potenziale esercizio del potere sostitutivo presenti i connotati dell'obbligatorietà *ex lege* quanto all'*an* [con esclusione, quindi, degli atti la cui obbligatorietà derivi da una fonte contrattuale o da un atto amministrativo] e, sotto il profilo contenutistico, se esso involga una decisione che non comporti la ponderazione di interessi confliggenti, in adempimento di un obbligo di legge che non riconosca ambiti di valutazione se non di tipo tecnico, mediante l'applicazione di criteri di tipo oggettivo, ed in cui la scelta non avvenga sulla base di opzioni di tipo valoriale, sì che tali poteri siano esercitabili anche in via surrogatoria senza ledere la garanzia di autonomia costituzionale degli enti locali negli spazi di propria competenza.

A questo accertamento preliminare, seguirà la verifica, in fatto, se sussista l'omissione ovvero il ritardo da parte dell'ente locale nell'adozione dell'atto, ossia se sia decorso inutilmente il termine perentorio ovvero ordinatorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere.

Ove tali preliminari accertamenti, in diritto e in fatto, abbiano esito positivo, il Garante procederà a invitare l'ente locale inadempiente a provvedere, attribuendo allo stesso un congruo termine a tal fine.

La congruità del termine sarà parametrata, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, al *tempus* previsto originariamente per l'esercizio del potere, di modo che il 'nuovo' termine non sia superiore a quello originariamente previsto, ridotto, però, in considerazione della rilevanza dell'interesse pubblico coinvolto e della lesione da esso sofferto in ragione del perdurare dell'inadempimento, fermi restando, in ogni caso, i termini minimi richiesti dal compimento di un'adeguata istruttoria, ove la stessa risulti essere stata omessa, in tutto o in parte.

Qualora l'inadempimento dell'ente locale perdurasse, il Garante, accertato l'inutile decorso dell'ulteriore termine concesso per l'adozione dell'atto, procederà alla nomina di un commissario ad acta, affinché questi provveda nel termine di legge di 60 giorni.

A tale riguardo, come già previsto dal decreto del Garante regionale dei diritti della persona n. 1 del 22 febbraio 2023, il termine per la conclusione del procedimento, che inizia a decorrere a seguito della mancata adozione dell'atto nel termine previsto nell'invito ad adempiere, è fissato in 45 (quarantacinque) giorni e la nomina del commissario ad acta avverrà, in considerazione della natura dell'atto da adottare e delle specifiche competenze tecniche e professionali richieste, fra funzionari pubblici ovvero professionisti di comprovata esperienza e qualificazione, scelti da apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica ovvero scelti, in relazione alla particolare complessità dell'incarico e alla peculiare professionalità richiesta, da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale.

Il Garante, in considerazione della natura meramente procedimentale del potere sostitutivo conferitogli dall'art. 136 TUEL e della circostanza che la disposizione di legge in parola non opera alcuna traslazione di poteri autoritativi in capo allo stesso, nell'atto di nomina del commissario ad acta, non conformerà il potere surrogatorio, ma si limiterà ad affidarne l'esercizio al nominato commissario ad acta, al più, ove lo ritenga necessario nell'interesse della legge, fornendo allo stesso indicazioni meramente riproduttive del dettato legislativo, senza in alcun modo, dunque, limitarne o vincolarne l'azione che deve considerarsi diretta espressione della *voluntas legis*.

Quanto all'art. 30, comma 10, della Legge regionale della Regione del Veneto, 23 aprile 2004, n. 11, il potere attribuito al Garante deve ritenersi solo latamente sostitutivo. Esso, infatti, può essere esercitato unicamente ove sia il Comune stesso a presentare al Garante un'istanza nella quale rappresenti le ragioni di interesse pubblico in considerazione delle quali si ritenga

necessario che sia nominato un commissario ad acta per l'approvazione o la variazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, nel caso in cui il medesimo comune non possa deliberare in presenza delle condizioni che comportano l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 78 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni.

Il Garante, dunque, ove richiesto dallo stesso Comune impedito a deliberare, il quale rappresenti ragioni di interesse pubblico all'intervento surrogatorio in ordine all'adozione o variazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, conformemente a quanto già previsto nel decreto del Garante regionale dei diritti della persona n. 1 del 22 febbraio 2023, procederà alla nomina del commissario ad acta entro il termine per la conclusione del procedimento, che inizia a decorrere dalla data dell'istanza perfezionata da parte dell'ente locale, di 45 (quarantacinque) giorni.

Il Garante, in ragione della peculiarità del potere sostitutivo in parola, che è sollecitato da parte dello stesso soggetto [forzatamente] inadempiente e in considerazione dell'assenza di traslazione di poteri autoritativi sostanziali in capo allo stesso, si limiterà a nominare il commissario ad acta che adotti il provvedimento in via sostitutiva, senza poterne in alcun modo conformare l'esercizio, non potendo fornire chiarimenti o indicazioni di merito.

Infine, in considerazione di quanto sopra e riprendendo quanto già definito nel decreto n. 1 del 22 febbraio 2023 del Garante regionale dei diritti della persona, si precisa che *"la nomina del commissario ad acta avverrà, in considerazione della natura dell'atto da adottare e delle specifiche competenze tecniche e professionali richieste, fra funzionari pubblici ovvero professionisti di comprovata esperienza e qualificazione, scelti da apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica ovvero scelti, solo in relazione alla particolare complessità dell'incarico e alla peculiare professionalità richiesta per svolgerlo, da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale"* (punto 3 del dispositivo) e che sino alla formazione dell'apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica, *"per ogni singolo procedimento il commissario ad acta sarà comunque scelto da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale"* (punto 6 del dispositivo).

Tutto ciò premesso,

decreta

1. le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto;
2. di prendere atto dell'analisi *"I poteri sostitutivi del Difensore civico regionale ex art. 136 TUEL: natura, presupposti, limiti"*, che si **allega Sub 1**;
3. di confermare, per la conclusione dei procedimenti di nomina, il termine di 45 giorni - quale già individuato nel decreto n. 1 del 22 febbraio 2023 del Garante regionale dei diritti della persona - con *dies a quo* decorrente:
  - a. dalla scadenza indicata nell'invito a provvedere formulato dal Garante regionale dei diritti della persona nei confronti dell'ente locale inadempiente, per la nomina di commissario ad acta ex art. 136 del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, "Testo Unico Enti Locali";
  - b. dalla data dell'istanza perfezionata da parte dell'ente locale interessato, per la nomina di commissario ad acta ex art. 30, comma 10, Legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio";

nonché che il Servizio Diritti della Persona del Consiglio Regionale del Veneto è competente all'istruttoria e alla responsabilità del procedimento e l'Organo competente all'adozione dell'atto finale è il Garante regionale dei diritti della persona e che la nomina del *commissario ad acta* avverrà, in considerazione della natura dell'atto da adottare e delle specifiche competenze tecniche e professionali richieste, fra funzionari pubblici ovvero professionisti di comprovata esperienza e qualificazione, scelti da apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica ovvero scelti, solo in relazione alla particolare complessità dell'incarico e alla peculiare professionalità richiesta per svolgerlo, da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale;

4. di pubblicare il presente decreto, con esclusione dell'allegato, nel Bollettino Ufficiale della Regione del Veneto disponendone la visione con pubblicazione integrale sul proprio sito.

Mario Caramel

Allegato (*omissis*)