

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Presidenza della Regione
Ufficio legislativo e legale
Posizione di Collaborazione e Coordinamento n. 3

Prot. n. 1431 121.11.2020 del 21 GEN 2021 / Pos. Coll. e Coord. n. 3

Oggetto: Comune di Erice (TP) – Quorum strutturale deliberazione consiliare n. 78/2016 .

Assessorato Regionale delle Autonomie Locali
e della Funzione Pubblica

Dipartimento delle Autonomie Locali

Servizio I – Assetto Istituzionale e Territoriale degli Enti Locali

(rif. nota protocollo n.15616 del 14/12/2020)

1 - Con la nota in riscontro Codesto Dipartimento rappresenta di aver ricevuto richiesta di parere da parte del comune di Erice in merito alla eventuale ipotesi di mancanza del numero legale su una deliberazione consiliare e sulle conseguenze della citata ipotesi di carenza del numero legale sulla validità della deliberazione comunque adottata.

Viene, in particolare, specificato che l'atto in argomento risulta essere stato approvato non da 8 consiglieri - conformemente alle prescrizioni normative, statutarie e regolamentari - ma da 7 consiglieri (Al riguardo vengono richiamati l'art. 30 della l.r. 9/86, l'art. 35 dello Statuto comunale e l'art. 48 del regolamento del consiglio comunale).

Da tale irregolarità potrebbe derivare, secondo quanto rappresentato dal codesto Richiedente, una ipotesi di nullità ai sensi dell'art. 21 septies della L 241/1990 o di annullabilità ai sensi dei successivi articoli 21 octies e e 21 nonies della medesima legge.

Stante l'avvenuto decorso di quattro anni dalla adozione della deliberazione della quale si discute e considerati gli effetti giuridici - nelle more - prodotti dalla stessa, Codesto Richiedente sarebbe dell'avviso di propendere per la annullabilità della deliberazione e non anche per la dichiarazione di nullità (con successivi, probabili, contenziosi e richieste di risarcimento a carico dell' amministrazione comunale).

Sulla questione esposta viene chiesto l'avviso dello Scrivente.

2. In merito alla questione sottoposta si rappresenta quanto segue.

Questo Ufficio è istituzionalmente chiamato a rendere pareri su questioni, di ordine astratto e generale, riguardanti l'interpretazione e/o l'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare).

Nel caso sottoposto vengono, però, in rilievo anche norme di fonte statale, nonché specifiche norme di natura secondaria adottate dall'ente territoriale richiedente e delle quali, peraltro, lo scrivente non è a conoscenza.

Esula, altresì, dalle competenze dello Scrivente ogni valutazione sul merito delle iniziative amministrative da adottare nelle singole fattispecie concrete.

Tuttavia, nell'intento di assicurare un proficuo contributo, si espongono alcune considerazioni tecnico-giuridiche di carattere generale, che potranno servire da supporto per le valutazioni e le determinazioni di competenza esclusiva di codesto Dipartimento e dell'ente interessato.

Con riferimento al primo dei due quesiti sottoposti, viene richiamato la L.R. 9/86, articolo Art. 30 - Numero legale – a mente del quale :”

- 1. Il Consiglio delibera con l'intervento della maggioranza dei consiglieri in carica.*
- 2. La mancanza del numero legale comporta la sospensione di un'ora della seduta in corso.*
- 3. Qualora dopo la ripresa dei lavori non si raggiunga o venga meno di nuovo il numero legale, la seduta è rinviata al giorno successivo con medesimo ordine del giorno e senza ulteriore avviso di convocazione.*
- 4. Nella seduta di prosecuzione è sufficiente per la validità delle deliberazioni l'intervento dei due quinti dei consiglieri in carica. Le eventuali frazioni, ai fini del calcolo dei due quinti, si computano per unità.*
- 5. Nella seduta di cui al comma 4 non possono essere aggiunti argomenti a quelli già iscritti all'ordine del giorno”.*

Deve, però, anche essere richiamato il testo dell'articolo 38 - Consigli comunali e provinciali – del D.Lgs. 18-8-2000 n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che così recita:

“1. L'elezione dei consigli comunali e provinciali, la loro durata in carica, il numero dei consiglieri e la loro posizione giuridica sono regolati dal presente testo unico.

2. Il funzionamento dei consigli, nel quadro dei principi stabiliti dallo statuto, è disciplinato dal regolamento, approvato a maggioranza assoluta, che prevede, in particolare, le modalità per la convocazione e per la presentazione e la discussione delle proposte. Il regolamento indica altresì il numero dei consiglieri necessario per la validità delle sedute, prevedendo che in ogni caso debba esservi la presenza di almeno un terzo dei consiglieri assegnati per legge all'ente, senza computare a tale fine il sindaco e il presidente della provincia.

...(omissis)...”

Unico limite indicato dal legislatore, con la richiamata disposizione, è che il numero dei consiglieri

necessario per la validità delle sedute stabilito dai singoli regolamenti, non può, in ogni caso, scendere sotto la soglia del "terzo dei consiglieri assegnati per legge all'ente, senza computare a tale fine il sindaco e il presidente della provincia".

Viene, in tal modo, stabilita una soglia minima, inderogabile, di presenze nel consiglio comunale, rimettendo all'autonomia normativa dell'ente la determinazione del numero legale per la validità delle sedute (implicante anche la possibilità di stabilire maggioranze qualificate per l'adozione di determinati atti deliberativi sui quali si reputi che debba convergere un più elevato numero di consensi).

Ne deriva che per stabilire quale sia il quorum necessario previsto per la valida adozione delle singole deliberazioni consiliari si deve tener conto di quanto stabilito nello Statuto del Comune interessato nonché nel regolamento del Consiglio Comunale .

Riguardo al secondo quesito avente ad oggetto gli effetti sulla validità di una deliberazione adottata in assenza del numero legale, si osserva quanto segue.

La legge sul procedimento amministrativo, con gli articoli richiamati nella richiesta di parere in riscontro, definisce il caso di nullità (art. 21 – septies¹ l.241/1990) e annullabilità degli atti amministrativi (art. 21 – octies²), nonché quello sulla annullabilità d'ufficio o sulla eventuale convalida(art. 21 - nonies³).

Con riferimento alla nullità può osservarsi che la norma positivizza quattro tipi di nullità:

- 1.nullità strutturale (“che manca degli elementi essenziali”);
- 2.nullità per difetto assoluto di attribuzione (“che è viziato da difetto assoluto di attribuzione”);
- 3.nullità per violazione o elusione del giudicato (“che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato”);
4. nullità testuale (“altri casi espressamente previsti dalla legge”).

Si evidenzia che «le categorie della nullità ed annullabilità, quali vizi che inficiano un atto giuridico

1 Art. 21-septies Nullità del provvedimento (134)

1. E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

2 Art. 21-octies Annullabilità del provvedimento (136)

1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. (138) Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis. (137)

3 Art. Art. 21-nonies Annullamento d'ufficio (139)

1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi (142) dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo. (140) (143)
2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

...omissis....

costituente manifestazione di volontà, si presentano nel diritto amministrativo in relazione invertita rispetto alle omologhe figure valevoli per i negozi giuridici di diritto privato, costituendo la prima l'eccezione rispetto alla seconda; ciò in ragione delle note esigenze di certezza dell'azione amministrativa, che mal si conciliano con la possibilità che questa possa restare esposta ad impugnative non assoggettate a termini di decadenza o prescrizione quale quella di nullità disciplinata dal codice civile, tanto è vero che il codice del processo amministrativo assoggetta la medesima azione ad un preciso termine decadenziale, sebbene più ampio di quello valevole per l'azione di annullamento.» (Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792).

Ancor più efficacemente, la giurisprudenza ha chiarito che, «nell'ambito della invalidità del provvedimento amministrativo, l'illegittimità dello stesso (con conseguente sua annullabilità) costituisce la specie generale di invalidità, laddove le ipotesi di nullità, con riferimento alle categorie indicate dalla legge, devono essere intese come ipotesi residuali di invalidità dell'atto (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957).

E ciò nonostante il legislatore non abbia specificato per l'atto amministrativo quali siano gli elementi essenziali la cui mancanza determina la predetta nullità, lasciando oggettivamente ampio margine all'interprete.

Alla luce di quanto sopra accennato, non sembra possibile ipotizzare la nullità della deliberazione consiliare in mancanza di una espressa previsione normativa in tal senso e salva diversa, esplicita, previsione contenuta nello Statuto o nel Regolamento dell'ente interessato.

Sembra, invece, possibile ricondurre l'invalidità nell'ambito della annullabilità del provvedimento.

Deve, però, escludersi - stante il notevole lasso intercorso dalla adozione della delibera di qua - che la stessa possa essere annullata d'ufficio.

Al contrario, in assenza di impugnative pendenti, e fermo restando che lo Scrivente non è a conoscenza dello stato dell'arte della lottizzazione, deve ritenersi che l'atto e i suoi effetti si siano consolidati, in ossequio al principio della conservazione degli atti amministrativi.

Potrebbe, comunque, essere valutata la possibilità di procedere alla convalida "atto di manifestazione di volontà da parte della medesima autorità amministrativa che ha emanato l'atto invalido, intesa ad eliminare il vizio da cui lo stesso è inficiato". (Consiglio di Stato IV, 14 dicembre 2004, n. 7941).

Al riguardo giova precisare che, dopo l'introduzione dell'art. 21 nonies della legge sul procedimento, come inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, la disciplina della convalida, in diritto amministrativo, ha ricevuto anche un espresso riscontro normativo, con l'indicazione dei presupposti per il suo esercizio, indicati nelle "ragioni di interesse pubblico" e nel "termine ragionevole" (TAR Lazio Sez. I n. 3454 del 2008).

Risulta, altresì utile richiamare l'indirizzo costante della giurisprudenza secondo il quale l'istituto della convalida si distingue dalla rinnovazione dell'atto viziato e altresì della successiva integrazione di un

atto, originariamente incompleto, con la disposizione o clausola mancante; infatti, nel primo caso (convalida), tutti gli effetti giuridici si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa dell'eventuale annullamento per illegittimità (retroattività della convalida), negli altri casi, gli effetti giuridici s'imputano invece interamente all'atto sostitutivo, oppure, quando si tratti d'integrazione, s'imputano all'insieme dei due atti, quello integrato e quello integrante (C. Stato, sez. IV, 13-04-1987, n. 223).

Per altro verso, si deve considerare, tuttavia, che il provvedimento di convalida non ha carattere assolutamente doveroso e vincolato, ma esprime, anche, una valutazione discrezionale legata all'interesse pubblico dell'amministrazione alla conservazione dell'atto invalido, correlata alla protezione dell'affidamento del privato, al mantenimento degli effetti *medio tempore* prodotti dall'atto e alla necessità di non disperdere l'attività giuridica compiuta.

In definitiva, il Consiglio Comunale conserva la disponibilità a porre in essere provvedimenti, aventi la finalità di eliminare eventuali irregolarità e/o illegittimità riscontrate in pregressi provvedimenti dello stesso Consesso: non può infatti disconoscersi alla Pubblica Amministrazione la facoltà di convalidare i propri atti affetti da vizi di legittimità, con una manifestazione di volontà, intesa ad eliminare il vizio da cui l'atto stesso è inficiato, e cioè con l'emanazione di un provvedimento, nuovo ed autonomo rispetto al precedente da convalidare, di carattere costitutivo, il quale, tuttavia, si ricollega all'atto convalidato, al fine di mantenere fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (efficacia *ex tunc* della convalida), per cui gli effetti giuridici si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa all'eventuale annullamento per illegittimità (TAR CAMPANIA, Salerno, sez. II - 13/07/2009, n. 3998).

Nelle superiori considerazioni è l'avviso dello Scrivente.

A' termini dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P.Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti il medesimo.

Si ricorda che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

F.to

Avv. Marina Miceli *

F.to

Avv. Francesca Marcenò*

L' Avvocato Generale
F.to Bologna*

* firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art. 3 comma 2 d.lgs. 39/1993