

**“RIFORMA DEL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI. AUTONOMIE TERRITORIALI E CORTE DEI CONTI TRA
SUSSIDIARIETÀ, ADEGUATEZZA E AUSILIARIETÀ”**

Il Principio di separazione tra politica e amministrazione e modello costituzionale

In una disamina di attenta dottrina (**Il rapporto tra politica e amministrazione** di Maria Cristina Cavallaro) si richiama interessante scritto del 1985 di Mario Nigro (La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale che trovate pubblicato in Scritti giuridici, Milano 1996) il quale osservava come nel nostro ordinamento costituzionale si possono trovare tre modelli di amministrazione, «o, se si preferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee».

Secondo la ricostruzione fatta dalla citata dottrina, richiamando lo scritto di Nigro, la Costituzione disegna anzitutto l'amministrazione come «apparato servente del governo», secondo il modello delineato dall'art. 95 cost., che ricalca sostanzialmente il modello di amministrazione voluto da Cavour nel 1853.

Accanto a questo modello organizzativo, gli art. 97 e 98 cost. delineano un modello di amministrazione imparziale e necessariamente indipendente dal governo e dal potere politico, «gestita da impiegati al servizio esclusivo della nazione»

Infine, esiste un terzo modello che si distingue nettamente dai primi due: se questi, infatti, pur con le loro differenze costituiscono un modello di amministrazione «accentrata», l'art. 5 cost., e oggi in misura più incisiva le norme contenute nel Titolo V cost., sviluppano un modello di amministrazione «autonomistica e comunitaria», che non «presenta comuni province e regioni, ma consiste di essi»

Modelli di Amministrazione ampiamente diversi: quella centrale e quella locale

Basterebbero queste brevi e lucide osservazioni per dimostrare come nel quadro costituzionale sia difficile impostare in termini unitari il tema della separazione (o distinzione) tra politica e amministrazione: è evidente, infatti, che il principio in discorso presenterà tratti e caratteristiche diversi a seconda che venga applicato all'uno o all'altro modello di amministrazione, in particolare, a seconda che si applichi al modello di amministrazione statale ovvero a quella decentrata locale.

In altri termini, la gestione della **“cosa pubblica”** può essere realizzata secondo due diverse modalità.

La prima rimessa integralmente nelle mani del vertice politico; la seconda per la quale l'organo politico impartisce le direttive e programma l'attività complessiva di un dato apparato, la cui gestione concreta è rimessa agli organi di vertice amministrativo, ossia alla dirigenza.

La nostra Costituzione ammette entrambe le ipotesi.

Sotto il profilo normativo

- 1) A partire dagli anni 90, in particolare con il d. lgs. 29 del 1993, sulla privatizzazione del pubblico impiego, si è avviato il più incisivo processo di riforma della dirigenza pubblica.

¹ Nota bibliografica:

2016 giurisprudenzapenale © www.giurisprudenzapenale.com redazione@giurisprudenzapenale.com - **La responsabilità penale del sindaco di un ente locale per omesso impedimento dell'evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi.** di **Lorenzo Brizi***
Il rapporto tra politica e amministrazione di Maria Cristina Cavallaro, in **La dirigenza locale a cura di** Alfredo Contieri - Maria Immordino

- 2) La stessa struttura delle amministrazioni locali esige una disciplina differenziata: la pluralità degli organi istituzionali (consiglio, sindaco assessori, giunta, ma anche dirigenti, segretari comunali) dentro ogni amministrazione e le variegate dimensioni dell'ente (in Italia ci sono oltre 7000 comuni, di cui più della metà non raggiunge i 3000 abitanti e oltre 700 sono inferiori ai 500 abitanti). Quali le particolarità, quindi, del sistema locale.

La prima riguarda la presenza nell'amministrazione locale di *più fonti di indirizzo politico* (consiglio, sindaco, assessori): secondo una certa lettura, questa sovrapposizione tra indirizzo politico del consiglio e del sindaco può essere ricondotta alla sovrapposizione tra la l. 142 del 1990 (che si ispirava ad un modello *parlamentare*) e la l. 81 del 1993 che avrebbe dovuto condurre ad un modello di tipo *presidenziale*, ma che in effetti «ha come innestato il dato nuovo dell'elezione diretta del sindaco o del presidente della provincia entro il preesistente modello», con l'intento di dare «maggiore stabilità e coesione di governo, senza voler abbandonare il modello precedente».

La seconda peculiarità del modello locale riguarda il diverso ruolo e la diversa struttura della dirigenza, diversità legata essenzialmente alle *dimensioni dell'ente*, sicché si passa da comuni con il direttore generale a comuni privi di personale dirigenziale e con gli assessori dirigenti.

In termini assai generali, l'indirizzo politico viene definito come un'attività preordinata alla individuazione dei fini e delle finalità di uno Stato. Rispetto ad una nozione così ampia, in realtà è possibile individuare diverse articolazioni, frutto di rispettive elaborazioni dottrinali.

Distinzione tra atti di indirizzo politico e funzione amministrativa: il tentativo di una distinzione.

In termini generali la giurisprudenza è dovuta intervenire per distinguere la funzione politica è quella di individuare i bisogni prioritari della collettività e di definire le linee di indirizzo per il soddisfacimento di quegli interessi pubblici e si esplica mediante l'adizione di atti politici. Diversamente la funzione amministrativa è quella che si occupa di dare concreta attuazione agli interessi pubblici e si esplica mediante atti amministrativi.

La natura del rapporto tra organo politico e vertice amministrativo.

Secondo quanto s'è cercato sin qui di verificare, il nostro ordinamento nel disciplinare il complesso rapporto tra politica e amministrazione ha operato una separazione di competenze tra organi di vertice politico e organi di gestione amministrativa, in forza della quale i primi possono solo adottare atti di indirizzo, mentre ai secondi compete la concreta attuazione dell'indirizzo politico mediante gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

E questa distinzione appariva chiara e si sperava che la giurisprudenza ne prendesse atto, diversamente sia per la responsabilità amministrativa contabile che per quella penale² le interpretazioni hanno sempre più

² a) Esimente politica

Un particolare aspetto riveste il rapporto tra organi amministrativi e politici per i quali l'art. 1, c. 1 ter, della L. n. 20/94 ha introdotto la c.d. "*esimente politica*", a favore dei titolari di organi politici, i quali abbiano approvato o fatto eseguire in buona fede atti propri della competenza degli uffici tecnici o amministrativi. Tale esimente opera, tuttavia, solo quando la decisione causa del danno ingiusto sia stata assunta "in materia di particolare difficoltà tecnica o/e giuridica" e pertanto non sia evidente, in palese violazione dei più elementari canoni di sana e corretta gestione e degli obblighi di servizio, questo indipendentemente da qualche momento di inerzia e di negligenza (Corte dei conti, Sez. II appello, 11/7/2006, n. 255).

La responsabilità per Assessori e Sindaci, in particolare per i LL.PP. nella violazione delle procedure amministrativo/contabili, sussiste non solo per la mancata attivazione nell'assicurare il rispetto della normativa di

spesso ampiamente applicato tale principio coinvolgendo nella responsabilità anche la parte politica, malgrado la separazione.

Responsabilità penale

Anche sul tema della responsabilità penale è stata più volte riconosciuta una responsabilità del sindaco in relazione al riconoscimento di una posizione di garanzia dello stesso.

Questi, più nello specifico, avrebbe “condizionato”, attraverso la sua omissione, la verifica di eventi dapprima non esercitando un potere impeditivo volto a negare per esempio la concessione dell’area per lo svolgimento del concerto; poi, per non aver adottato poteri di controllo e di sorveglianza sull’operato dei suoi dirigenti.

Di fronte, infatti, all’inerzia di questi nella predisposizione di cautele atte a scongiurare l’evento morte, il sindaco avrebbe dovuto sostituirsi agli organi di concreta gestione, in vista dell’adozione di una delibera con la quale eliminare la situazione di pericolo e rendere la zona maggiormente sicura.

Il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al sindaco avviene attraverso una commistione tra dati normativi e profili sostanziali. Fondamento giuridico dell’obbligo è anzitutto l’art. 50 del Testo Unico degli Enti Locali che definisce il primo cittadino come organo responsabile dell’amministrazione del Comune.

Come segnalato da attenta dottrina si tratta di una disposizione che, sebbene ponga un generale ed ampio obbligo a carico del sindaco, deve necessariamente essere coordinata con il successivo art. 107 Tuel che, in attuazione del principio di separazione tra politica ed amministrazione, individua la responsabilità degli apparati burocratici dell’organizzazione pubblica.

Tale principio, come ampiamente noto, nella elaborazione che ne è stata fornita a seguito della sua prima “consacrazione” negli interventi legislativi degli anni 90, si ripropone l’obiettivo di soddisfare un modello amministrativo il più possibile “neutrale” e “terzo” rispetto all’andamento della “macchina amministrativa”, in attuazione dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost. La reciproca integrazione, infatti, tra un modello, quello politico, teso necessariamente al perseguimento di interessi di parte ed un modello, quello amministrativo, scevro da condizionamenti della maggioranza e caratterizzato da un alto grado di tecnicità e specializzazione, sembrerebbe proporsi l’obiettivo di spogliare il sindaco di ruoli, compiti e funzioni che, *funditus*, non sembrerebbero dover riguardare la sua caratterizzazione politica.

La delimitazione dei poteri del sindaco attuata da tale ultima disposizione viene, tuttavia, considerata dalla sentenza in commento un dato non decisivo ai fini della valutazione di una sua “irresponsabilità” per il fatto verificatosi. Se è vero, infatti, che la norma distingue tra poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo, demandati agli organi di governo, e poteri di concreta gestione demandati agli organi amministrativi, ciò non esclude, ad avviso della Suprema Corte, che il primo cittadino debba svolgere un ruolo di controllo sull’operato di questi ultimi.

settore, ma anche per la pura conoscenza della vicenda che a seguito della funzione ricoperta avrebbe dovuto indurre ad un intervento (Corte dei conti, Sez. II appello, 5/2/07, n. 4).

Inoltre, la responsabilità si estende dalla procedura alla necessità delle corrette condizioni giuridiche per ottenere il finanziamento necessario agli interventi programmati, iniziati, ma non terminati, in quanto trattasi comportamenti caratterizzati “da leggerezza ed imprudenza per le pubbliche finanze locali e quindi una violazione degli obblighi inerenti ad una sana e corretta gestione delle risorse pubbliche” (Corte dei conti, Sez. II appello, 20/2/2007, n. 12).

Il riconoscimento di una posizione di garanzia del sindaco viene poi valorizzato attraverso il richiamo al concetto di “gestore del rischio” così come individuato dalla sentenza *Thyssenkrupp* e che riecheggia, per certi aspetti, quell’indirizzo interpretativo, elaborato dalla dottrina tedesca, che ravvisa una posizione di garanzia nei confronti di chi abbia «la signoria sull’accadimento concreto».

L’impostazione alla stregua della quale la sentenza in commento finisce con il riconoscere una posizione di garanzia in capo al sindaco, nonostante poggia su dati normativi sufficientemente univoci, non convince del tutto.

L’orientamento che tende a costruire una posizione di garanzia in capo al sindaco di un ente locale *anche* per gli eventi lesivi della vita e dell’incolumità individuale dei consociati, finirebbe con l’instaurare una sorta di «dominio della politica sull’amministrazione» da parte di questi, conferendogli compiti e incarichi che, ad una più attenta analisi, non sembrerebbero essere ad esso riconducibili anche (e forse soprattutto) in forza di quel principio di separazione tra politica e amministrazione precedentemente richiamato.

Se, infatti, obiettivo di tale principio risulta essere, in ultima analisi, quello di rispondere all’esigenza di evitare “ingerenze” tra le parti – politiche e tecnico-amministrative – che entrano in gioco nel perseguimento dell’interesse pubblico, sarebbe del tutto contraddittorio, se non paradossale, “esigere” tale immistione quando ci si sposti sul piano della costruzione di obblighi di garanzia.

La validità operativa di tale principio non sembrerebbe in effetti essere “intaccata” dalla presenza di disposizioni che, come, ad esempio, proprio quella di cui all’art. 50 Tuel, attribuiscono all’organo di governo un obbligo di controllo suscettibile, *prima facie*, di ingenerare una responsabilità omissiva in caso di sua mancata attuazione.

Tale disposizione, infatti, nell’affermare, nel primo comma, che «il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell’amministrazione del comune e della provincia», sembrerebbe introdurre un dovere di controllo in capo all’organo di governo «non già *atomistico* ma *sintetico*». Il dovere di vigilanza da esercitare nei confronti dei dirigenti comunali, in quest’ottica, dovrebbe riguardare non i singoli atti adottati da questi quanto, piuttosto, la “gestione dell’ufficio” *lato sensu* considerato, con conseguente responsabilità del sindaco in caso di mancata realizzazione degli obiettivi programmatici fissati dalla compagine governativa e non, dunque, per il mancato assolvimento dei compiti funzionali attribuiti ai dirigenti.

Il principio di separazione tra politica ed amministrazione, detto altrimenti, sembrerebbe far sì che il controllo sulle fonti di rischio rientri nell’ambito della sfera di competenza dei dirigenti. Ipotesi rispetto alle quali il sindaco manterrebbe sì un dovere di sorveglianza ma insuscettibile di fondare una responsabilità per omesso impedimento dell’evento stante la mancanza di *concreti* (ed attuali) poteri impeditivi idonei ad evitare eventi del tipo di quelli che si sono in concreto verificati)

In conclusione, siffatto orientamento sembrerebbe finire con l’attribuire al sindaco delle vere e proprie competenze “divinatorie”, in forza di un ideale “irrealistico” che vede in questi una sorta di organo onnisciente ed onnipresente nella episodicità degli eventi che caratterizzano la vita della collettività. Il richiamo, infatti, ad una «gestione del rischio» del quale il sindaco sarebbe titolare, finirebbe con lo “svuotare” di contenuto la “giuridicità” dell’obbligo richiesta dall’art. 40, secondo comma, c.p. in considerazione del fatto che la rilevanza della condotta omissiva viene esclusivamente fatta desumere dal potere “naturalistico” di impedimento esistente in capo a questi, prescindendo dall’effettiva titolarità degli stessi.

Il rischio è, dunque, quello di finire con l'“idealizzare” la posizione di *primauté* dell'organo di governo, ricercando in lui quelle stesse funzioni “taumaturgiche” che, nel passaggio dallo stato di natura alla società civile, erano state attribuite al Leviatano.

L'elaborazione di “macchine artificiali”, in grado di “salvare” le sorti degli individui dal *caos* ingenerato dallo “stato di natura” e dai “rischi” che esso comporta, potrebbe avvenire solo a costi (e paradossi) particolarmente elevati: l'estensione, pressoché illimitata, degli “obblighi di impedimento” penalmente rilevanti. In tale impostazione interviene l'attuale riforma: all'articolo 50 del TUEL:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente: “Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 107 e nel rispetto del principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e gestione amministrativa, il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili politicamente dell'amministrazione del comune e della provincia. Il sindaco e il presidente della provincia esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo loro attribuite, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare e adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti.

2) al comma 2 sopprimere le parole: “e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti”;

Ed ancora, all'art. 107 “I dirigenti sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.” Ed allora il tema più importante, è quello di ben delineare i vari aspetti che attengono al rapporto Sindaci, politica, dirigenti.

a) una definizione dell'assoluta autonomia dirigenziale che si rapporti in maniera adeguata alla fase di selezione del dirigente come momento “statico”;

b) come momento “dinamico” evolutivo, inteso quale corretta introduzione di tutti i possibili meccanismi atti a garantire l'autonomia decisionale, durata contratti e spoil system della sua attività.

In tal senso, già la Corte Costituzionale ha enunciato il principio che la scelta dei Dirigenti cui conferire incarichi dirigenziali deve essere necessariamente ispirata ai canoni del giusto procedimento e dell'imparzialità anche mediante ricorso ad adeguati criteri nonché a giuste procedure comparative di scelta (cfr. Corte Costituzionale – Sentenze n. 275/2001, 233/2006, 103/2007, 104/2007). Medesimo orientamento è stato indicato, anche, dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha statuito che il potere datoriale in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, violerebbe l'obbligo di correttezza e buona fede, ove l'incarico fosse affidato in mancanza di un'adeguata ed attenta valutazione comparativa di tutti i possibili candidati (cfr. Cass. Sez. lavoro 14.04.2009 n. 9814).

L'incomprensibile diversità di tesi sulla nomina dei dirigenti

È tempo di chiarezza ed uniformità ma soprattutto costituzionalmente orientate, ponte interrotto tra la Sicilia e la Basilicata. “*La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità*” (Piero Calamandrei)