

POTESTÀ STATUTARIA

Modelli organizzativi possibili e spazi della potestà statutaria e dell'autonomia regolamentare*

DI STEFANIA DOTA

ABSTRACT: L'applicazione degli articoli 50 e 107, comma 6, del TUEL ha creato una specie di "corto circuito interno", con una sorta di "dominio della politica sull'amministrazione", per cui paradossalmente il dirigente, oggi, potrebbe non rispondere più di mancata adozione di un atto gestionale, ma, al suo posto, ne risponderebbe il Sindaco, che sarebbe collocato in questa posizione di "garanzia" dal primo comma dell'articolo 50 TUEL, dovendo sovrintendere alla funzione di amministrazione generale dell'ente.

ABSTRACT: *It has created a kind of "internal short circuit" between the application of the article 50 and the power of ordinance of the Mayors and article 107, paragraph 6, of the current Tuel, with a kind of "domination of politics on administration"; so paradoxically, today the manager may no longer be liable for failure to adopt a management act but the Mayor would be liable in his place, which would be in this position of "guarantee" according to article 50, paragraph 1, of the current Tuel, having to supervise the function of the general administration of the institution.*

Il tema del mio intervento doveva essere esclusivamente quello della separazione tra funzione di indirizzo politico amministrativo e gestione, nell'ambito, appunto, di modelli organizzativi in grado di riempire di contenuti tale principio e arginare il pericolo di una responsabilità oggettiva dei Sindaci che la formulazione attuale dell'articolo 107 del TUEL ha creato. Tuttavia, le suggestioni di alcuni argomenti trattati nella sessione precedente ed in particolare sui temi dell'associazionismo, sono talmente forti che voglio spendere una parte del mio breve intervento per alcune precisazioni e integrazioni di quanto è stato detto.

In particolare, sulle Unioni dei Comuni, e sulla necessità, nel nuovo TUEL, di affermare il principio di una loro autonomia organizzativa, sono molto d'accordo con l'intervento del professor Donati e della collega Annalisa D'Amato rispetto al fatto che è ora di superare l'idea che le Unioni dei Comuni siano come i Comuni. Il più volte evocato articolo 32 del TUEL comma 5 va superato. Va superato, aggiungo, anche perché ricordo che, ad oggi, nonostante una parificazione normativa della disciplina in materia di personale, la disciplina delle capacità assunzionali delle Unioni dei comuni però non è quella dei Comuni. La delibera n. 20 del 2018 della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, confermata dalla delibera della stessa sezione delle Autonomie, la n. 5 del 2021, continua ad affermare il principio in base al quale la nuova disciplina per le assunzioni di personale a tempo indeterminato per i Comuni (articolo 33 comma 2 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, e il decreto interministeriale

* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma". Roma, 26 febbraio 2024.

riale del 17 marzo 2020), non si applica alle Unioni di Comuni, ovvero non si applica alle Unioni dei Comuni il principio della c.d. “sostenibilità finanziaria” per definire la capacità assunzionale di tutti i Comuni, introdotto nel 2020.

Che cosa accade? Per questa interpretazione, dovuta all'applicazione stringente della norma che noi vogliamo superare anche attraverso la revisione del TUEL, le Unioni dei Comuni non possono assumere autonomamente oggi neanche per svolgere quelle funzioni il cui esercizio in forma associata sarebbe obbligatorio per legge. Le Unioni dei Comuni, dunque, non hanno bisogno solo di incentivi finanziari, ma di una riforma ordinamentale che ne esalti la potestà organizzativa regolamentare che, ricordava prima il professor Mattarella, è garantita dall'articolo 117 comma 6 della Costituzione. Hanno necessità di organizzarsi per l'esercizio associato di quelle funzioni che sono ritenute adeguate e proporzionali rispetto alla dimensione degli enti e rispetto alla morfologia del territorio in cui l'Unione si forma.

Ecco perché il principio di delega contenuto nello schema predisposto dal Ministero dell'interno e condiviso con ANCI, speriamo si traduca in questa visione autonomistica delle Unioni di Comuni che sono e devono essere altro rispetto agli stessi Comuni.

E vengo al tema della separazione tra indirizzo politico amministrativo e gestione che ha toccato anche il Professore Mattarella, soprattutto vorrei soffermarmi su uno dei suoi corollari giuridici e cioè sul tema della c.d. responsabilità “oggettiva” dei Sindaci.

La Corte costituzionale (*ex pluris* sentenza n. 104/2007; sentenza n. 81/ 2013) ha più volte ribadito che la distinzione tra funzioni di indirizzo politico amministrativo e funzione di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale che trova il suo fondamento nell'articolo 97 della Costituzione.

Il decreto legislativo n. 29/1993 di cui lo scorso anno ricorreva il trentennale e a cui la nostra Rivista ha dedicato un seminario di approfondimento, aveva tradotto in norma il criterio di delega di cui all'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Il tutto, poi riunito nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e ss.mm.ii. per tutte le pubbliche amministrazioni.

Nel vigente testo unico sull'ordinamento degli enti locali, gli articoli 88, 107 e 109 traducono il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico amministrativo e gestione che spetta, in via esclusiva, ai dirigenti.

Poi, come ricordato da Sabino Cassese⁽¹⁾, si è creato una specie di “corto circuito interno” tra applicazione articolo 50 e il potere di ordinanza dei Sindaci e l'articolo 107 comma 6 del TUEL vigente, con una sorta di “dominio della politica sull'amministrazione”, per cui paradossalmente il dirigente - come diceva appunto il consigliere Glinianski - non risponde più oggi ma risponde il Sindaco che sarebbe in questa posizione di “garanzia” in base all'articolo 50 comma 1 attualmente vigente del Testo unico, dovendo sovrintendere alla funzione dell'amministrazione generale dell'ente.

Perché parliamo di un corto circuito interno tra indirizzo politico e gestione? Perché negli anni le disposizioni normative che hanno individuato ulteriori obblighi relativi a controlli e supervisione da parte del Sindaco su atti gestionali sono aumentati in modo esponenziale e di fronte ad eventi lesivi della vita e dell'integrità fisica delle persone, la tradizionale flessibilità delle categorie dogmatiche e, in particolare, del reato omissivo improprio, si è manifestato con tutta la sua evidenza.

La necessità di ricercare, infatti, il dato normativo alla stregua del quale valutare la “giuridicità” dell'obbligo di impedimento dell'evento, ha finito molto spesso con

1 SABINO CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 1341.

l'imporre all'interprete un modello di responsabilità (quella per omesso impedimento dell'evento) che finisce con il cristallizzarsi sulla "funzione" svolta dal Sindaco piuttosto che sul fatto in concreto verificatosi.

È quanto oggi accade con riferimento specifico alla posizione di garanzia ricostruita a carico del Sindaco dove è dato registrare una casistica giurisprudenziale particolarmente ampia.

Dal settore degli appalti pubblici, dove viene riconosciuta una posizione di garanzia sull'operato dell'appaltatore (Cfr., Cass., Sez. IV pen., 29 novembre 2005, n. 14180) secondo cui: «*L'affidamento in appalto dell'esecuzione di opere pubbliche comunali implica che il sindaco assume la veste di committente, che non esclude in capo allo stesso il mantenimento della posizione di garanzia in riguardo alle situazioni di pericolo, da lui conosciute esistenti nell'area interessata dai lavori dati in appalto e temporaneamente sospesi dall'impresa appaltatrice, perché il Sindaco è titolare di poteri autoritativi che gli consentono di supplire all'eventuale inerzia o all'impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell'appaltatore*», alle problematiche ambientali connesse alla gestione dei rifiuti e degli impianti di depurazione, la responsabilità commissiva mediante omissione del Sindaco è stata riconosciuta anche in caso di eventi pregiudizievoli nei confronti della vita e dell'incolumità dei consociati. Ed è certamente quest'ultimo l'ambito interpretativo maggiormente problematico. Ciò non solo per la delicatezza degli interessi che vengono in gioco, ma anche (e soprattutto) perché si tratta di stabilire se il mancato esercizio di poteri impeditivi (tuttavia andrebbe dimostrato che siano tali oggettivamente) esistenti in capo al Sindaco, sia perciò solo in grado di giustificare un ampio e quanto mai evanescente dovere di protezione nei confronti dei consociati rispetto a situazioni di pericolo che potrebbero cagionare loro un danno.

Al quesito, la giurisprudenza penale ha ritenuto di dover fornire una risposta positiva.

Dietro la "rassicurante" affermazione secondo cui non sia rinvenibile nell'odierno assetto normativo un obbligo di protezione in capo al Sindaco che sia tale da renderlo garante di ciascuno dei beni giuridici primari di ogni singolo cittadino, non sono mancate cioè pronunce che hanno viceversa riconosciuto una posizione di controllo in capo all'organo di governo in considerazione dei suoi poteri organizzativi, politici ed amministrativi.

Con la conseguenza che il Sindaco dovrebbe avere oggi proprietà taumaturgiche, dovrebbe tutelare tutti i beni giuridici di qualunque consociato e cittadino residente sul territorio.

Ed è qui che tutto entra in quel corto circuito con il principio di separazione delle funzioni di indirizzo politico amministrativo con la gestione di cui dicevo prima ed evocato dalla stragrande maggioranza della dottrina e che è alla base della richiesta di ANCI di risolvere la problematica con la riforma del TUEL.

L'orientamento che tende a costruire una posizione di garanzia in capo al Sindaco anche per gli eventi lesivi della vita e dell'incolumità individuale dei consociati, finirebbe per conferire proprio al Sindaco compiti e incarichi che, ad una più attenta analisi, non sembrerebbero essere di sua competenza in forza di quel surrichiamato principio di separazione tra politica e amministrazione precedentemente richiamato.

Né la validità operativa di tale principio – a nostro avviso – può 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, 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 ma in

una visione sintetica e non atomistica, ossia non certo sui singoli atti adottati per cui vi è la responsabilità esclusiva dei dirigenti in base all'articolo 107 del Tuel stesso.

Per uscire da tale corto circuito, riteniamo positivo l'articolo 7 comma 1 lettera a) dello schema di legge delega che prevede, su richiesta dell'ANCI il seguente principio appunto di delega: "individuazione dei principi generali ai quali gli statuti e i regolamenti devono attenersi nel delineare la struttura organizzativa dell'ente per assicurarne la separazione rispetto alle funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo riservate agli organi di governo".

A nostro avviso, andrebbe inoltre compiuta una ricognizione di quale sia il bene giuridico da tutelare collegato alla posizione di garanzia del Sindaco. Faccio un'ipotesi: si potrebbe trovare una soluzione attraverso un confronto con quanto avviene oggi in merito alle responsabilità oggettiva in materia di impresa? È solo un'ipotesi di lavoro su cui ragionare per evitare che di un evento lesivo anche dell'incolumità pubblica a volte, risponda il Sindaco che non ha emanato un'ordinanza impeditiva su cui non aveva nessuna competenza tecnica a redigerla e quindi risponda per aver mal controllato, mal supervisionato un'attività gestionale.