



Tesi di dottorato in Diritto Pubblico

XXVI Ciclo

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO - CONTABILE DEL
SEGRETARIO COMUNALE

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Salvatore Alberto Romano

TUTOR

Chiar.mo Prof. Guido Rivosecchi

CANDIDATO

Pietro Dragone

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

IL DANNO ERARIALE

1. NOZIONE	9
2. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL DANNO ERARIALE.	10
3. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA .	20
4. LA RESPONSABILITÀ CONTABILE.	28

CAPITOLO II

LA POLITICA, LA GESTIONE E LE RESPONSABILITÀ: IL TRIANGOLO DELL'INTERESSE PUBBLICO

1. LA DISTINZIONE TRA ORGANI POLITICI E GESTIONALI.	34
1.1. Premesse	34
1.2. La responsabilità amministrativa alla luce della distinzione tra politica e gestione.	41
1.3. La responsabilità amministrativa nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il d. lgs. n. 267/00: un equivoco normativo da chiarire.	45
1.4. Il modello italiano della dirigenza pubblica: dallo Stato unitario alla legge n. 145 del 2002	46
1.5. Il nuovo assetto dei rapporti tra politica e amministrazione: il c.d. principio di distinzione tra azione politica e azione amministrativa.	58

1.6. Il potere di indirizzo politico-amministrativo: la formazione del potere di indirizzo, il controllo sui risultati dell'azione amministrativa e l'incidenza del potere politico sugli atti dirigenziali.	61
2. LE COMPETENZE DEL SINDACO E DELLA DIRIGENZA LOCALE SULLA BASE DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE DELLE FUNZIONI DI INDIRIZZO AMMINISTRATIVO DALLE FUNZIONI DI GESTIONE.	68
3. I RISVOLTI DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE POLITICA-AMMINISTRAZIONE SULL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE IN MERITO AI PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL SINDACO PER COMPORTAMENTO OMISSIVO.	73
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	76

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA CONTABILE DEL SEGRETARIO COMUNALE

1. L'EVOLUZIONE DELLA FIGURA DEL SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE.	
1.1. L'ordinamento prima della riforma.	79
1.2. La figura del segretario comunale dall'Unità all'avvento del Fascismo.	80
1.3. L'ordinamento fascista.	82
1.4. La fase precedente alla riforma delle autonomie.	83
1.5. Il mutamento delle funzioni: la legge 15 maggio 1997, n. 127	85
1.6. Il rapporto con la dirigenza negli enti locali.	88
1.7. Il direttore generale.	90
1.8. Maggiorazione della retribuzione di posizione e segretario-direttore generale.	93
2. L'ALBO DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI	
2.1. L'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali.	93
2.2. Rapporto di lavoro e rapporto di servizio.	94

2.3. Le fasce professionali.	96
2.4. Il percorso di carriera.	97
3. L'ACCESSO ALLA CARRIERA	99
3.1. Il corso concorso e l'iscrizione all'Albo.	99
3.2. La nomina.	100
3.3. La revoca	105
3.4. Le convenzioni di segreteria	107
3.5. Il segretario in posizione di disponibilità.	113
3.6. Supplenze, reggenze e scavalchi - rimborso spese di viaggio.	116
4. LE IPOTESI DI RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO CONTABILE DEL SEGRETARIO COMUNALE DOPO LA RIFORMA DEL '97.	
4.1. Premesse. Ipotesi di responsabilità antecedenti alla riforma del '97.	118
4.2. La casistica del periodo successivo alla riforma Bassanini.	122
5. IL NUOVO RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME.	
5.1 Il segretario comunale responsabile della prevenzione della corruzione.	134
5.1.1 Le funzioni del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione.	135
5.1.2 Il ruolo del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema dei controlli interni previsti dal Dl n. 174 /2012	139
5.2 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa (regolarità tecnica e regolarità contabile) nella fase preventiva.	140
5.2.1 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa nella fase successiva.	142
5.3 Il segretario e il controllo di gestione	143
5.4 Il segretario e il controllo strategico	143
5.5 Il segretario e il controllo delle società partecipate non quotate	144
5.6 Il segretario e il controllo sugli equilibri finanziari	145

5.7 Il segretario e la Corte dei conti nell'ambito della prevenzione della corruzione	146
5.8 Conclusioni	148
6. LE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DEL SEGRETARIO COMUNALE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA CONTABILE.	149
6.1 Illegittima percezione di retribuzioni accessorie.	149
6.2 Illegittima percezione dell'indennità di direttore generale.	165
6.3. Conclusioni.	183

CAPITOLO IV

LE NUOVE FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ ERARIALE EMERGENTI DALLA LEGGE 6 NOVEMBRE 2012, N. 190 E DAI DECRETI ATTUATIVI IN CAPO AL SEGRETARIO COMUNALE.

1. LA CORRUZIONE	185
1.1. Definizione della corruzione	185
1.2. Gli effetti patologici della corruzione	187
2. LA LEGGE 190/2012 RECANTE "DISPOSIZIONI PER LA PREVENZIONE E LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE DELL'ILLEGALITÀ NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE"	
2.1. Le novità legislative.	190
2.2. La centralità della prevenzione e l'adozione del piano anticorruzione da parte del responsabile per la prevenzione della corruzione.	193
3. LE RESPONSABILITÀ ERARIALI DEL "DIRIGENTE PREPOSTO ALLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE".	197
3.1. Il danno erariale per la corresponsione di compensi in presenza di conferimento di incarichi pubblici nulli a soggetti in situazioni di "inconferibilità" o "incompatibilità".	200
4. IPOTESI DI DANNO DERIVANTI DAL "DECRETO SULLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA".	202
4.1. La nuova configurazione della "fattispecie generale" del danno all'immagine	206

4.2. Il sequestro conservativo per la tutela del diritto al risarcimento del danno all'immagine subito dall'amministrazione 211

5. LE ESIMENTI GENERALI E QUELLE SPECIFICHE PREVISTE DALLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE 214

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 216

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Molti anni or sono Antony Asley Cooper scriveva che *“non vi può essere armonia tra l'egoismo individuale e l'altruismo sociale, se l'interesse privato viene guidato da scelte razionali tali da stimare come priorità assoluta l'interesse comune o sorretto da un senso morale quale particolare capacità percettiva, in grado di distinguere immediatamente il bene ed il male”*. Più recentemente nel rapporto annuale 2009 al Parlamento il Servizio Anticorruzione e Trasparenza è stato affermato che la trasparenza, principio costituzionalizzato nell'art.97 della Carta Fondamentale, è l'antidoto alla corruzione. Gli articoli 97 e 98 della Costituzione assegnano alla pubblica amministrazione un ruolo fondamentale per la democrazia, riconoscendole attributi che concorrono ad esprimere l'essenza dello stato di diritto. In particolare il primo comma dell'art. 98 stabilisce, infatti, che gli agenti nell'esercizio delle funzioni pubbliche non possono rispondere ad altri interessi che quelli della Nazione con esclusione di ogni ingerenza di tipo politico. Tali principi hanno come destinatari tutti coloro cui è imputato l'esercizio di funzioni pubbliche, in particolare, le funzioni di amministrazione, siano essi titolari di organi e di uffici in quanto incardinati nell'apparato amministrativo ovvero in quanto eletti negli organi a titolarità politica, il problema che immediatamente si pone è quello di stabilire i confini in termini di competenza e di assunzione di responsabilità tra politica ed amministrazione, in particolare nell'assetto degli Enti Locali, laddove maggiore può essere la difficoltà di applicare il principio di separazione tra politica e gestione. In tale scenario le responsabilità di tipo contabile ed amministrativo in cui può incorrere il segretario comunale sono numerose anche alla luce delle nuove competenze attribuite dalle recenti novità normative in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza dell'attività amministrativa. Nel presente lavoro si è cercato di indagare tale profilo di responsabilità di una figura, come quella del segretario comunale, talvolta definita a geometria variabile, ma più spesso raffigurabile come un personaggio in cerca di autore, perennemente oscillante tra managerialità e controllo, fra periferia e centro dello Stato.

CAPITOLO I

IL DANNO ERARIALE

SOMMARIO

1. NOZIONE - 2. I PRESUPPOSTI DEL DANNO ERARIALE - 3. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA - 4. LA RESPONSABILITÀ CONTABILE.

1. NOZIONE

Il danno erariale può essere definito come il danno sofferto dalle finanze pubbliche a causa del comportamento antigiuridico, doloso o colposo, del soggetto legato all'amministrazione da un rapporto di servizio¹.

La responsabilità amministrativo-contabile, in termini generali, è strutturata in modo analogo alla ordinaria responsabilità civile *ex art. 2043 cod. civ.*, fatte salve tre peculiarità tipizzanti la fattispecie: la qualificazione del soggetto autore del danno, il quale deve essere legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o da un rapporto di servizio, la natura del soggetto danneggiato, che deve essere una pubblica amministrazione, la natura del danno, che deve essere causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Mentre la nozione di danno è consolidata in dottrina e giurisprudenza, ad essere fonte di dubbio è la sua qualificazione come erariale. Da essa discendono conseguenze sia sostanziali che processuali: sostanziali in quanto sarà necessario individuare la tipologia di responsabilità cui ascrivere il danno, sia essa amministrativa ovvero contabile, per determinare il danno risarcibile; processuali poiché la conoscenza delle questioni attinenti al danno erariale è riservata alla giurisdizione della Corte dei conti.

La difficoltà nel delineare il concetto di danno alla finanza pubblica è dovuto al fatto che in Italia, a partire dagli anni '90, è stata condotta una lunga serie di operazioni di privatizzazione formale delle imprese pubbliche, precedentemente rientranti nel regime delle partecipazioni statali e delle aziende municipalizzate. Per privatizzazione in senso formale si intende la trasformazione dell'ente pubblico o dell'azienda municipalizzata in società per azioni, in cui la maggioranza o la totalità delle azioni stesse è di proprietà dello Stato o dell'ente locale. A partire da questa prima fase di privatizzazione, lo strumento societario è stato largamente impiegato a tutti i livelli di governo, tant'è che oggigiorno quasi tutti i servizi erogati da parte

¹ Sul tema, si veda GARRI, *Danno erariale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988.

dei comuni maggiori sono di competenza di società specializzate, la cui maggioranza azionaria fa capo, direttamente o mediante società holding, all'ente territoriale². Proprio per questa ragione è essenziale delineare i confini della nozione di danno erariale, talché si possa valutare, nel caso di danno alla società a partecipazione pubblica, il regime responsabilità cui sottoporre l'agente che ha concorso a cagionare il danno stesso.

2. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL DANNO ERARIALE.

In mancanza di tipizzazione legislativa³, la nozione di «danno erariale» è stata delineata gradualmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Le componenti strutturali del danno erariale sono le seguenti⁴: il rapporto di servizio tra l'agente e l'ente danneggiato, la condotta, il danno all'erario, il nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso e l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave. Il danno deve gravare su un'amministrazione qualificabile come

² Secondo i dati di Unioncamere relativi al 2005, su tutto il territorio nazionale risultano operative circa 5.000 società partecipate da Regioni ed enti locali. Uno studio dell'associazione nazionale dei comuni italiani, l'Anci, aggiornato al 31 dicembre 2010 individua in 4.206 le società italiane non quotate in cui figura come socio almeno un comune. Tra queste, circa il 30% sono società a partecipazione comunale totalitaria. In Friuli-Venezia Giulia, ma anche in Toscana, Emilia-Romagna e Basilicata tutti i comuni detengono partecipazioni azionarie in società.

³ Il regime sostanziale e processuale in materia di danno erariale, e più in generale sulla giurisdizione della Corte dei conti, è frutto della stratificazione nel tempo di disposizioni ricavate da fonti differenti. La Costituzione, all'art. 103, secondo comma, prevede testualmente la giurisdizione contabile nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. Il Regio decreto 18 novembre 1923 n. 2440, legge di contabilità generale dello Stato, agli artt. 82, primo comma, e 83, primo comma, prevede rispettivamente che «L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato è tenuto a risarcirlo» e che «I funzionari [...] sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti». Il Regio decreto 12 luglio 1934 n. 1214, testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, agli artt. 13 e 52 sancisce la competenza della Corte dei conti a giudicare «i conti che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro o di valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalla legge» e «sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni», specificando inoltre che «I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto». Altre norme in materia sono contenute negli artt. 18, 22 e 23 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato e nelle leggi 14 gennaio 1994 n. 19 e 20 di riforma della competenza della Corte dei conti, come novellate dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, che hanno innovato e razionalizzato il *corpus* normativo preesistente, e di cui si parlerà nel prosieguo della trattazione. Infine, va ricordato l'articolo 7 della legge n. 27 marzo 2001 n. 97, che afferma che la sentenza irrevocabile di condanna per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, pronunciata nei confronti di una serie di soggetti tra cui i dipendenti di «enti a prevalente partecipazione pubblica», deve essere comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Sull'argomento, *ex plurimis* si vedano TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 4 e ZAMBARDI-ASTEGIANO, *Compendio di contabilità pubblica*, II ed., Padova, 2007, 258.

⁴ CHINDEMI, *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1166.

pubblica e chiamato a risponderne deve essere un soggetto legato all'amministrazione, non necessariamente a quella danneggiata, da un rapporto di impiego o servizio. Il danno deve costituire la conseguenza di un'attività, omissiva o commissiva, illecita e connessa col rapporto di impiego o servizio, sia essa conseguenza diretta ovvero sia strumentale o strutturale all'esercizio della funzione pubblica⁵.

Innanzitutto è essenziale la qualifica di pubblico dipendente o amministratore del soggetto agente, oltre all'occasionalità necessaria della percezione di somme per l'espletamento di compiti istituzionali⁶: la percezione di risorse pubbliche al di fuori di detta occasionalità perfeziona illeciti civili e penali, ma non riveste profili di responsabilità amministrativa. Non rileva, come nel diritto penale, la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

L'occasionalità necessaria si riscontra quando il fatto causativo del danno, ancorché al di fuori dell'esercizio normale delle mansioni del dipendente, non rispondente a fini istituzionali, finanche abusando dei propri poteri o deviando dai propri doveri, trova nell'espletamento del servizio l'occasione necessaria. Non manca, tuttavia, un orientamento restrittivo secondo cui per aversi l'occasionalità necessaria è richiesto che l'agente agisca come organo dell'amministrazione. Il concetto di «rapporto di servizio» è più ampio rispetto a quello di «rapporto di pubblico impiego» e fin dagli anni cinquanta del secolo scorso il primo ha soppiantato il secondo nella giurisprudenza contabile⁷. Affinché si concretizzi il rapporto di servizio, è necessario che un soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, sia inserito a qualunque titolo nell'apparato organizzativo pubblico e partecipi all'azione amministrativa, essendo investito di un'attività retta dalle regole proprie dell'azione amministrativa⁸.

Il rapporto di servizio, come sopra delineato, è dunque un rapporto di «appartenenza» all'amministrazione in senso lato. La nozione di «rapporto di

⁵ Cfr. C. conti, sez. giur. Lombardia, 27 aprile 2009 n. 298, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 169 (s.m.).

⁶ Si veda C. conti, sez. giur. Veneto, 17 aprile 2009 n. 322, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 171 (s.m.).

⁷ C. conti 30 gennaio 1958 n. 8741, C. conti, Sez. riun., 13 gennaio 1962 n. 5, C. conti, Sez. riun., 21 febbraio 1972 n. 128, richiamate da RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1246.

⁸ Sull'argomento, si veda MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1559.

servizio» è stata progressivamente estesa dalla giurisprudenza, finanche a farvi rientrare qualunque soggetto posto in relazione funzionale con l'ente e compartecipe dell'attività amministrativa dell'ente stesso⁹.

In altre parole, il rapporto di servizio si configura ogniqualvolta il soggetto agente si trovi in una relazione funzionale con l'ente, per cui il soggetto medesimo partecipi alla gestione di risorse pubbliche, vincolato dalle norme sulla corretta gestione delle stesse¹⁰. Coerentemente, è stato ritenuto vincolato da rapporto di servizio con l'amministrazione anche il privato percettore di fondi pubblici a destinazione vincolata. Nella fattispecie, il privato è stato ritenuto «terminale di un'attività di gestione di fondi pubblici e cioè come soggetto agente – pur se occasionalmente – nell'interesse della P.A.», ragion per cui la mancata utilizzazione delle somme erogate per lo scopo per cui sono state assegnate fa sorgere la responsabilità amministrativa del soggetto medesimo¹¹.

L'amministrazione pubblica opera sempre maggiormente secondo schemi privatistici, estranei alle vie tradizionali previste dal regolamento di contabilità, per mezzo di soggetti non organicamente posti al suo interno: è irrilevante dunque il

⁹ Così Cass., Sez. un., 5 aprile 1993 n. 4060, in *Banca dati Dejure*. Conforme Cass., Sez. un., 20 marzo 2008 n. 7446, in *Urb. app.* 2008, 603.

¹⁰ La giurisprudenza ha tratteggiato una nozione molto estesa di «rapporto di servizio». Cfr. Cass., Sez. un., 2 dicembre 2008 n. 28537, in *Riv. Corte conti* 2008, 6, 198, Cass., Sez. un., 9 settembre 2008 n. 22652, in *Riv. Corte conti* 2008, 5, 180, Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Riv. Corte conti* 2006, 5, 182, Cass., Sez. un., 2 marzo 2006 n. 4582, in *Dir e giust.* 2006, 14, 95, con nota di LAINOBRIGUORI, *L'immunità non protegge il parlamentare dal giudice contabile*. La casistica è sterminata. Sull'argomento si rimanda a GARRI, *I giudizi innanzi la Corte dei conti, responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2000, 192.

¹¹ Cfr. C. conti, sez. giur. Campania, 21 marzo 2006 n. 95, in *Foro amm. TAR* 2006, 1156. Nello stesso solco si colloca C. conti, sez. giur. Sardegna, 16 maggio 2008 n. 1181, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2150, la quale ha ritenuto sussistente il rapporto di servizio nei confronti di una società privata che gestiva fondi pubblici destinati alla realizzazione di un piano di interventi specifici di interesse pubblico. La società, pur essendo un soggetto di diritto privato, aveva un capitale sociale alimentato unicamente da risorse pubbliche, per cui la gestione del fondo di dotazione è «fortemente limitata dal collegamento con un pubblico potere e dalla funzionalizzazione del fondo medesimo al perseguimento di pubblici interessi». Per l'interpretazione estensiva del rapporto di servizio, si richiamano ancora C. conti, sez. II centr. d'Appello, 29 luglio 2008 n. 256, in *Foro amm. CdS* 2008, 2249 (s.m.), C. conti 13 marzo 2008 n. 137, in *Foro amm. CdS* 2008, 900, C. conti, sez. giur. Lombardia, 29 settembre 2005 n. 573, in *Foro amm. TAR* 2005, 3013 (s.m.), C. conti, sez. giur. Marche, 19 gennaio 2005 n. 66, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 252 (s.m.), C. conti, sez. giur. Marche, 16 luglio 2004 n. 728, in *Riv. Corte conti* 2004, 4, 120 (s.m.). La recente giurisprudenza di legittimità si è attestata sulle stesse posizioni, affermando la soggezione a responsabilità amministrativa, e non di conto, di dipendenti e amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, per le condotte tenute dopo l'entrata in vigore della legge 20 del 2004 che ha riformato la giurisdizione della Corte dei conti. Si vedano, in proposito, Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003 n. 19667, in *Giur. it.* 2004, 1830, con nota di ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile* e Cass., Sez. un., 11 luglio 2007 n. 15458, in *Foro it.* 2008, I, 555. Sulla responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società per azioni a partecipazione pubblica, si rinvia a Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004 n. 3899, in *Giur. it.* 2004, 1946, con nota di RODRIQUEZ, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*. Altri commenti alla pronuncia: BRIGUORI, *La veste di Spa non salva dai controlli della Corte dei conti*, in *Foro amm. Cds* 2004, 375; VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. civ.* 2005, I, 205. In argomento, si rinvia altresì a MADDALENA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle S.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Riv. amm. R. it.* 1996, 445 e VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti* 2001, 6, 294. Le due ultime pronunce citate, la n. 19667 del 2003 e la n. 3899 del 2004, hanno ampliato l'ambito della responsabilità amministrativa, seguendo iter argomentativi differenti che verranno meglio esaminati *sub cap.* III.

titolo in forza del quale avviene la gestione del denaro pubblico, assumendo rilievo piuttosto la natura pubblica dei fondi impiegati e la loro destinazione a finalità pubbliche. In altre parole, la sussistenza o meno della responsabilità amministrativa dipende non tanto dalla natura dell'agente, quanto dalla natura del danno e degli scopi perseguiti¹².

Naturalmente, l'amministrazione danneggiata può comunque adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ove i vertici dell'ente abbiano la volontà di deliberare la proposizione dell'azione.

Passando ad esaminare la condotta, va ricordato che presupposto per il danno erariale è la condotta illecita, non già l'atto illegittimo.

La condotta che determina il danno deve essere una condotta, omissiva o commissiva, illecita¹³. L'illiceità è data dalla violazione del precetto del *neminem laedere*, ovvero dalla violazione di obblighi contrattuali di servizio. La matrice del danno erariale può dunque essere sia di tipo extracontrattuale che contrattuale; il nocimento deve essere conseguenza della condotta illecita dell'agente pubblico¹⁴. Tra illegittimità del provvedimento e illiceità della condotta non esiste alcun nesso di consequenzialità necessaria, sebbene l'illegittimità di un singolo atto possa considerarsi figura sintomatica di anti-giuridicità della condotta¹⁵. La categoria della legittimità-illegittimità di un provvedimento amministrativo riguarda il rapporto tra potere autoritativo e posizioni soggettive dei privati. Al contrario, la categoria liceità-illiceità riguarda l'idoneità di una condotta a cagionare un danno ingiusto. Il provvedimento amministrativo oggetto di controllo da parte della Corte dei conti, dunque, rileva come mero fatto giuridico, causa o concausa di un danno erariale.

¹² In altre parole, il rapporto di servizio si configura ogni qualvolta vi sia «una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia esso una persona giuridica o fisica, privata o pubblica». Cfr. Cass., Sez. un., 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534. Conformi Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 2289, in *Banca dati Dejure*; Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4112, in *Foro amm. CdS* 2007, 1151, con nota di SAITTA, *L'inibitoria delle decisioni del giudice amministrativo tra soggezione al codice di rito civile ed autonomia procedurale*; Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Foro it.* 2007, I, 2483; Cass., Sez. un., 22 gennaio 2002 n. 715, in *Riv. Corte conti* 2002, 2, 277; Cass., Sez. un., 5 giugno 2000 n. 400, in *Foro it.* 2000, I, 2789; Cass., Sez. un., 30 marzo 1990 n. 2611, in *Giust. civ.* 1990, I, 1726.

¹³ Per la ricostruzione dogmatica della categoria dell'illecito amministrativo, si rinvia a CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.

¹⁴ L'illiceità della condotta è cosa ben distinta rispetto all'illegittimità dell'atto amministrativo. Sul tema, si veda FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.* 2003, I, 79.

¹⁵ FRANCESE, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.* 1987, 1674.

La Corte può perciò valutare incidentalmente l'illegittimità dell'atto amministrativo, ma «al solo fine di coglierne i sintomi o i riflessi di illiceità della condotta posta in essere attraverso l'adozione dell'atto stesso»¹⁶.

La condotta oggetto di controllo giuscontabile non necessariamente deve configurarsi come condotta *contra legem*, essendo sindacabile anche quella formalmente ossequiosa alle norme, tuttavia non conveniente oppure irrazionale secondo i parametri della comune esperienza amministrativa. Si tratta degli atti non conformi ai fini istituzionali dell'ente, di atti *ictu oculi* palesemente irragionevoli o diseconomici, di atti arbitrari o ancora di atti recanti irregolari ordinazioni di spesa. Essa può essere commissiva ovvero omissiva. Significativi esempi di condotte omissive sono le attività di coloro che, investiti di poteri di vigilanza e controllo, omettendo tale vigilanza o controllo concorrono a cagionare il danno all'erario. Sebbene concettualmente sia facilmente ipotizzabile siffatta condotta, si rimarca in questa sede come siano fattispecie praticamente sconosciute nella giurisprudenza contabile, soprattutto per la mancanza di un organo ulteriore incaricato di controllare il controllore.

Qui custodiet ipsos custodes?

Non consegue responsabilità amministrativa se la condotta non è libera, cioè in mancanza di capacità di intendere e di volere, in stato di necessità o di legittima difesa. A nulla vale l'essersi uniformati a prassi reiterate pregresse. La responsabilità è esclusa anche quando la condotta sia stata posta in essere in ossequio ad un ordine del superiore gerarchico competente, salvo che il sottoposto non abbia ommesso di esercitare il proprio diritto-dovere di rimostranza in presenza di ordine palesemente illegittimo.

Relativamente alla condotta, poi, si applica il principio della insindacabilità delle scelte discrezionali, che si evince dall'art. 1, primo comma, della legge di riforma della Corte dei conti n. 20 del 1994. Il giudice contabile, dunque, non può sostituirsi al dirigente nella valutazione circa le scelte migliori da adottare nel caso concreto, piuttosto che circa gli strumenti migliori da impiegare.

In altre parole, il dirigente deve preoccuparsi del fatto che le proprie scelte

¹⁶ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 70.

rispondano al pubblico interesse, e non anche della loro divisibilità da parte della Corte. Proprio in questa ottica, peraltro, si richiede il dolo o la colpa grave per la sanzionabilità del danno erariale. Sottoporre chi assume delle decisioni in seno alla P.A. al rischio di condanna anche per colpa lieve potrebbe condurre all'inerzia degli organi decisionali e, di conseguenza, alla paralisi dell'azione amministrativa. Sono sottratte al vaglio della magistratura contabile, dunque, le decisioni frutto di scelte discrezionali che rientrano nell'autonomia manageriale conferita al dirigente.

Viceversa, sono sindacabili gli atti *contra legem* intesi in senso ampio, essendovi ricompresi anche gli atti lesivi dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di economicità, efficacia ed efficienza e di proporzionalità della stessa¹⁷. La cognizione giuscontabile si estende, perciò, anche agli atti formalmente leciti ma ciò nonostante sconvenienti o irrazionali secondo la comune esperienza amministrativa. Esemplificando, sono stati ritenuti sindacabili, gli atti compiuti da organi incompetenti, gli atti *contra legem*, quelli palesemente irragionevoli, quelli altamente diseconomici, quelli arbitrari, nonché quelli recanti ordinazioni irregolari di spesa¹⁸.

Naturalmente, qualsiasi sindacato dovrà presupporre una valutazione *ex ante*, e non *ex post*, prendendo in considerazione la situazione, le condizioni e gli elementi esistenti al momento della scelta, piuttosto che focalizzarsi esclusivamente sui risultati dannosi della medesima scelta. La valutazione sulla razionalità e sulla congruità delle condotte, quindi, va effettuata in relazione al momento in cui gli amministratori si sono trovati ad agire, avuto riguardo alle esigenze concrete che dovevano perseguire.

Quando la condotta lesiva è posta in essere da più persone, va tenuta distinta l'ipotesi del concorso tra dipendenti pubblici e soggetti estranei da quella in cui il concorso è limitato a soggetti interni all'amministrazione. Nel primo caso, saranno giudicati dalla Corte dei conti solo i soggetti interni, mentre gli esterni saranno

¹⁷ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 74 ss. e segnatamente 82, il quale sull'argomento evidenzia un parallelismo con la giurisdizione amministrativa. I tribunali amministrativi, infatti, al pari della Corte dei conti non possono sindacare il merito delle scelte discrezionali, se non quando la discrezionalità sconfini nell'eccesso di potere. L'Autore, ad ogni modo, sottolinea come il delineato «limite sindacatorio» sia alquanto «sottile».

¹⁸ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 352 passa in rassegna la casistica sul tema.

assoggettati alla giurisdizione ordinaria, attivabile a domanda dell'amministrazione danneggiata. Nel secondo caso, invece, tutti gli interni saranno convenuti nel giudizio contabile, ma la responsabilità erariale sarà graduata secondo l'effettivo apporto di ciascuno alla condotta cagionevole di danno. La responsabilità amministrativa è, in altre parole, personale e parziaria, rimanendo confinata la responsabilità solidale ai casi di concorrenti beneficiari di illecito arricchimento, ovvero che abbiano agito con dolo.

Un caso tipico di concorso di persone nella condotta è rappresentato dalle deliberazioni collegiali. Nella fattispecie, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole. Tra questi ultimi, la responsabilità parziaria va ripartita secondo l'apporto causale e psicologico dato da ciascun partecipante. Il contributo dato dal presidente del collegio, piuttosto che dal relatore o dal proponente la delibera, è ben diverso rispetto a quello del membro «semplice», il quale può addirittura essere escluso dall'addebito se dolosamente indotto in errore dai colleghi¹⁹. Quanto detto varrebbe per i collegi pletorici, o anche per quelli caratterizzati da forte specializzazione tecnica, non già per quelli ristretti, nei quali opererebbe un onere-obbligo di studio delle pratiche deliberate da parte di tutti i componenti²⁰.

Sia relativamente alla responsabilità amministrativa che a quella contabile, assume rilievo l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, mentre le condotte ascrivibili a colpa lieve non comportano responsabilità del dipendente pubblico²¹. In questo ultimo caso, le conseguenze del verificarsi di un danno restano a carico dell'amministrazione. Per valutare la sussistenza della colpa grave, non basta fare riferimento alla diligenza del *bonus pater familias*, bensì alla diligenza qualificata richiesta dalla natura e dalle caratteristiche dell'attività esercitata. Affinché si configuri la colpa grave, quindi, è necessario che l'agente abbia tenuto

¹⁹ C. conti, sez. giur. Lombardia, 17 novembre 2003 n. 1224, in *Riv. Corte conti* 2004, 6, 95.

²⁰ Cfr. C. conti, sez. I app., 13 marzo 1996 n. 9/A, in *Foro amm.* 1996, 3091.

²¹ È il contenuto di più norme: nell'art. 93 del Testo unico degli Enti locali approvato con d.lgs. 18 luglio 2000 n. 267, nell'art. 2 l. 8 ottobre 1984 n. 658, nelle l. 14 gennaio 1994 nn. 19 e 29. Per approfondimenti si rinvia a D'AURIA-LANCIA, *La nuova funzione di controllo della Corte dei conti sui bilanci degli enti locali e delle aziende sanitarie*, in *Foro it.* 2008, I, 29. Originariamente, la responsabilità per dolo o colpa grave era prerogativa solo di alcune categorie di dipendenti pubblici, particolarmente esposti al rischio di cagionare un danno erariale, come i conducenti di autoveicoli e mezzi meccanici, il personale scolastico, il personale dell'amministrazione finanziaria preposto agli accertamenti con adesione, all'autotutela e alla conciliazione delle liti.

una condotta contraria a regole deontologiche elementari²², ovvero che «abbia ommesso di attivarsi come si attiverrebbe, nelle stesse situazioni, anche il meno sprovveduto degli esercenti quella determinata attività»²³. Deve trattarsi di errori inescusabili per la loro grossolanità, assenza di cognizioni fondamentali, difetto del minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale²⁴.

Il dolo qui menzionato coincide con la nozione penalistica di cui agli articoli 42 e 43 cod. pen., cioè con la previsione e la volontà del danno come conseguenza della condotta²⁵. La colpa grave, invece, è data dall'oggettiva prevedibilità dell'evento dannoso, dalla violazione di elementari regole di comportamento, dall'inescusabile approssimazione nella tutela degli interessi pubblici, dall'assenza di difficoltà eccezionali nell'ottemperare ai doveri di servizio violati²⁶. Praticamente, affinché si possa definire grave il grado di colpa, è necessario riscontrare la macroscopica differenza tra il *minimum* di diligenza richiesta nel caso concreto e la condotta tenuta dal dipendente pubblico²⁷.

Particolari problematiche circa la valutazione della gravità della colpa emergono nei casi di *culpa in vigilando* del dirigente. Nella fattispecie, la giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità dell'organo apicale riguarda l'andamento dell'attività di gestione del servizio, e non singoli atti commessi od ommessi dai dipendenti preposti. In caso di organizzazione che prevede autonomo potere di definizione ai singoli dipendenti, non si può invocare automaticamente la responsabilità del dirigente per omessa vigilanza nei casi di illeciti commessi dai sottoposti. Al contrario, la responsabilità si configura in presenza di carenze organizzative, mancanza di direttive, omessa predisposizione di controlli²⁸.

²² C. conti, sez. giur. Trentino-Alto Adige, 8 aprile 2009 n. 32, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 170 (s.m.).

²³ Così CHINDEMI, *op. cit.*, 1167.

²⁴ In questi termini C. conti, sez. giur. Sicilia, 15 dicembre 2003 n. 259, in *Foro amm. CdS* 2003, 3903 (s.m.).

²⁵ Sul punto, a titolo esemplificativo, si vedano C. conti, sez. giur. Sardegna, 18 novembre 2008 n. 2215, in *Riv. Corte conti* 2008, 6, 140, C. conti 1 luglio 2002 n. 228, in *Foro amm. CdS* 2002, 1885 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 giugno 2002 n. 1305, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 214.

²⁶ Cfr. C. conti, sez. giur. Campania, 29 giugno 2000, in *Riv. Corte conti* 2000, 5, 128. Si ha colpa grave in presenza di violazione di precetti chiari e di errori professionali inescusabili, come pure in mancanza del minimo di perizia tecnica, di esperienza e di capacità professionale. In questi termini C. conti, sez. giur. Sicilia, 26 marzo 2007 n. 801, in *Foro amm. TAR* 2007, 1176 (s.m.) e C. conti, sez. giur. Lazio, 23 maggio 2007 n. 738, in *Riv. Corte conti* 2007, 3, 173 (s.m.).

²⁷ C. conti, sez. giur. Veneto, 14 luglio 2005 n. 1010, in *Resp. civ. prev.* 2006, 713, con nota di RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e l'omessa denuncia del fatto dannoso alla Corte dei conti: il caso degli appartenenti alle Forze armate*. Per la valutazione della colpa grave in ambito medico, si veda C. conti, sez. giur. Basilicata, 14 settembre 2006 n. 204, in *Resp. civ. prev.* 2007, 424, con nota di RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e gli errori operatori: il caso del personale medico*. Per alcune «macro-ipotesi di colpa grave» si rinvia a TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 155 ss.

²⁸ Sulla responsabilità dirigenziale, vedasi C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 16 aprile 1997 n. 235, in *Riv. Corte conti* 1997, 5, 140 e C. conti, sez. III, 23 luglio 1996 n. 320, in *Riv. Corte conti* 1996, 5, 97.

L'esonero di responsabilità per *culpa levis*, su cui è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte costituzionale²⁹, è finalizzato ad evitare che il timore di incorrere in responsabilità amministrativa determini il rallentamento o addirittura l'inerzia dell'azione amministrativa. Esso costituisce «un punto di equilibrio tra il *quantum* di rischio da accollare all'apparato pubblico e quello da lasciare a carico del dipendente, in modo da rendere, per i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo, pur nel rispetto delle finalità restitutorie e di prevenzione assolute dall'illecito amministrativo-contabile»³⁰.

Autonomo rispetto all'elemento psicologico è il nesso di causalità tra condotta ed evento³¹. Non essendo stata delineata una nozione specifica per l'ambito amministrativo, si recupera anche in questo caso, come per la determinazione del dolo, la nozione penalistica di «nesso causale». La Corte dei conti, in merito, ha accolto l'orientamento espresso dalla Cassazione penale³², più in particolare rifacendosi al principio della *condicio sine qua non*, che individua la causalità nella circostanza senza la quale non si sarebbe verificato l'evento, al principio della causalità adeguata, secondo il quale c'è causalità quando l'evento è conseguenza della condotta secondo l'*id quod plerumque accidit*³³, o ancora al principio della causalità umana, che prevede l'esclusione del nesso causale ad opera di fatti imprevedibili o atipici³⁴. Il nesso eziologico è escluso solo al verificarsi di una causa che abbia autonoma efficienza e sia di per sé idonea a produrre l'evento, interrompendo ogni legame tra la causa remota ed il presunto danno³⁵.

Il nesso causale, o l'elemento soggettivo, viene meno in presenza di cause di giustificazione, anche queste di derivazione penalistica, come ad esempio

²⁹ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, in *Giust. civ.* 1999, I, 377.

³⁰ Cfr. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 151 che tuttavia esprime delle perplessità sulla generalizzazione dell'innalzamento della soglia di punibilità per tutte le categorie di dipendenti pubblici, a prescindere da qualifica e mansioni. Secondo l'Autore si tratta di «irragionevole appiattimento».

³¹ *Ex multis* C. conti, Sez. riun., 5 marzo 1993 n. 848, in *Riv. Corte conti* 1993, 3, 64.

³² Cass. 9 luglio 2008 n. 37992, in *Dir. e giust.* 15 novembre 2008 (s.m.) con nota di GIOFFREDA, *Responsabilità medica: nessun peso alla condotta del paziente successiva all'errata diagnosi*; Cass. 5 giugno 2008 n. 27959, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2384 e Cass. 3 giugno 2008 n. 26131, in *Cass. pen.* 2009, 4806, (s.m.), con nota di POTETTI, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d. «pacchetto sicurezza»*. Si vedano, sull'argomento, C. conti 12 giugno 2006 n. 133, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 92, C. conti 6 marzo 2006 n. 68, in *Dir. giust.* 2006, 26, 108, C. conti 25 maggio 2004 n. 273, in *Foro amm. Cds* 2004, 1531, C. conti 15 settembre 2003 n. 289, in *Dir. giust.* 2003, 46, 112.

³³ Cfr. C. conti 9 ottobre 1991 n. 303, in *Riv. Corte conti* 1991, 5, 86.

³⁴ C. conti, sez. giur. Sicilia, 20 febbraio 1991 n. 11, in *Riv. Corte conti* 1991, 1, 162.

³⁵ C. conti, sez. giur. Lazio, 26 febbraio 1998 n. 23, in *Riv. Corte conti* 1998, 4, 114.

l'incapacità di intendere e di volere, il caso fortuito e la forza maggiore, l'adempimento di un dovere e l'esercizio di un diritto, lo stato di necessità e la legittima difesa. Queste ultime due cause esimenti, peraltro, previste nel codice penale hanno un loro omologo nella legge n. 3 del 1957, precisamente all'art. 29. Le cause esimenti determinano la non imputabilità della responsabilità per inesigibilità concreta del comportamento del dipendente³⁶. Per contro, non vale come esimente, se non a fini riduttivi, l'essersi uniformati a prassi reiterate³⁷.

Tralasciando l'elemento soggettivo e soffermandoci solo su quello oggettivo, si può affermare che il danno erariale è rappresentato dal deterioramento o dalla perdita di beni o denaro dell'amministrazione, ovvero dal mancato conseguimento di incrementi patrimoniali in capo all'amministrazione. Il danno rispecchia dunque la distinzione tradizionale tra danno emergente e lucro cessante e si rispecchia in ipotesi atipiche frutto di condotte a forma libera.

Il danno come sopra delineato può poi esplicitarsi in un danno diretto ovvero in un danno indiretto. Nel primo caso si è in presenza di un danno arrecato sin dall'origine in capo all'ente pubblico, come nel caso di sottrazione di denaro pubblico, mentre nel secondo caso il danno è cagionato originariamente verso terzi, ma in seconda battuta ricade sul patrimonio pubblico, come nel caso di danno a una società a partecipazione pubblica, danno che in via mediata ricade sull'ente pubblico azionista.

Tradizionalmente, dunque, il carattere essenziale del danno erariale era la patrimonialità: per la sua configurabilità necessitava il pregiudizio di interessi suscettibili di valutazione economica. Tuttavia, siffatta impostazione è stata progressivamente superata dall'evoluzione che portato alla «depatrimonializzazione della responsabilità»³⁸ ed alla emersione del danno biologico risarcibile a prescindere dalla perdita di capacità reddituale del danneggiato³⁹. Recentemente,

³⁶ IEVA, *Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 343.

³⁷ Un tanto nel caso di prassi amministrative *contra legem*. Si vedano C. conti 10 luglio 2006 n. 156, in *Riv. Corte conti* 2006, 4, 42, C. conti 5 aprile 2006 n. 177, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 117, C. conti 15 luglio 2005 n. 465, in *Riv. Corte conti* 2005, 4, 68. Al contrario, talune pronunce riconoscono l'effetto scriminante nel caso di prassi *praeter legem*. Così C. conti, sez. giur. Toscana, 31 gennaio 2006 n. 7, in *Foro amm. TAR* 2006, 414 (s.m.) e C. conti, sez. giur. Umbria, 12 luglio 2001 n. 315, in *Riv. Corte conti* 2001, 3, 182. In dottrina, sul punto si rinvia a REBECCHI, *Prassi contra legem e responsabilità amministrativo-contabile; valore scriminante della colpa grave?*, in *Riv. Corte conti* 1999, 2, 194.

³⁸ Così RODRIQUEZ, *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*, nota a C. conti 7 dicembre 2007 n. 502, in *Resp. civ. prev.* 2008, 1165.

³⁹ Sul punto, C. conti, Sez. riun., 23 aprile 2003 n. 10, in *Giur. it.* 2003, 1710 con nota di POTO, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*. Le Sezioni riunite, in merito, hanno affermato

infatti, si è affermato un filone giurisprudenziale che, a seguito delle riforme degli anni novanta e della mutata sensibilità sociale verso interessi collettivi non necessariamente patrimoniali, tende a tutelare interessi ulteriori rispetto alla mera integrità patrimoniale dell'amministrazione⁴⁰. Il concetto di danno erariale cede il passo a quello del più ampio «danno pubblico», che oltre alla lesione patrimoniale ricomprende la lesione di interessi generali di natura pubblica, comunque suscettibili di valutazione economica, ancorché la Corte dei conti avesse ribadito a più riprese la propria giurisdizione limitatamente ai casi di «nocumento patrimoniale effettivo» subito dalla pubblica amministrazione⁴¹.

In conclusione, si può affermare che, affinché ricorra l'ipotesi del danno erariale, devono coesistere i seguenti presupposti: deve essersi verificata la lesione ingiusta di un interesse economicamente valutabile dello Stato o di altri enti pubblici, la lesione deve essere stata causata da soggetti legati allo Stato o all'ente pubblico da un rapporto di servizio, la condotta dell'agente deve essere dolosa o colposa ed il danno deve avere i requisiti della certezza, dell'attualità e dell'effettività: il nocumento al patrimonio pubblico deve essersi verificato e sussistere all'atto del radicamento del giudizio amministrativo e al momento della decisione, nonché essere reale, anche se non definitivo, e non meramente ipotetico⁴².

3. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA .

Il funzionario, il dipendente, l'amministratore pubblico possono essere responsabili nei confronti della stessa amministrazione per la quale agiscono. A seconda che abbiano commesso un reato, un illecito disciplinare ovvero cagionato un danno, vi sarà responsabilità rispettivamente penale, disciplinare o verso la P.A. A sua volta, la responsabilità verso la P.A. si distingue in responsabilità amministrativa e contabile.

A dette forme di responsabilità va aggiunta, a seguito della recente modifica

che il danno all'immagine patito da un'amministrazione pubblica rappresenta una delle fattispecie del danno esistenziale.

⁴⁰ Cass. 10 luglio 1991 n. 7642, in *Giust. civ.* 1991, I, 1955, Cass. 5 dicembre 1992 n. 12951, in *Foro it.* 1994, I, 561.

⁴¹ C. conti, Sez. riun., 6 maggio 1988 n. 580/A, in *Giust. civ.* 1989, I, 1497.

⁴² C. conti, sez. III centr., 30 luglio 2002 n. 265, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 210 (s.m.).

del pubblico impiego⁴³, la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi attribuiti, la quale comporta la riduzione del trattamento economico accessorio e, nei casi più gravi, l'impedimento al rinnovo dell'incarico. Il tutto figlio di un'ottica nuova in cui inquadrare la P.A., da soggetto che persegue la mera legittimità amministrativa a soggetto operante in ossequio ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità.

Il fondamento della responsabilità del pubblico funzionario o dipendente va rinvenuto nell'art. 28 della Costituzione, che prevede, al primo comma, che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»⁴⁴.

A delimitare tale responsabilità concorrono altresì testi normativi risalenti, come il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato⁴⁵, il quale stabilisce che il danno ingiusto addebitabile all'agente è quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o colpa grave. Il r.d. 2440 del 1923 prevede esplicitamente l'obbligo del risarcimento del danno cagionato dall'impiegato nell'esercizio delle sue funzioni.

Il r.d. 1214 del 1934, poi, radica la giurisdizione in merito presso la Corte dei conti. Sulle competenze della Corte è poi intervenuta l'importante modifica di cui alla l. 20 del 1994, poi novellata dalla l. 639 del 1996, che ha esteso le regole per la responsabilità amministrativa anche ai casi di danno arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza del soggetto cagionante il nocumento, definendo all'art. 1 le caratteristiche dell'azione di responsabilità amministrativa: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali».

Tale ultima riforma ha reso perseguibile il cosiddetto «danno obliquo», vale a

⁴³ Si allude alla cosiddetta «riforma Brunetta» intervenuta con d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, in attuazione della delega conferita con l. 4 marzo 2009 n. 15.

⁴⁴ Sulla portata dell'art. 28 Cost., si vedano *ex plurimis* MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 229 e MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986.

⁴⁵ D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, in particolare l'art. 23.

dire quello patito da amministrazione diversa da quella di appartenenza, facendo sì che assoggettati alla responsabilità amministrativa non fossero più i soli pubblici dipendenti, ma tutti coloro che fossero investiti dello svolgimento continuativo di un'attività nei confronti della P.A., venendo inseriti nella struttura pubblica e sottoposti a norme sull'esercizio dell'attività medesima, norme imposte dalla natura pubblica della funzione. In questo contesto, non rileva tanto la natura del soggetto agente, sia esso persona fisica o giuridica, società partecipata in via totalitaria, maggioritaria o anche solamente minoritaria, quanto l'appartenenza in senso lato all'amministrazione e l'esercizio di funzioni pubbliche sottoposte alle regole amministrative.

La disciplina è stata infine aggiornata nell'ultimo decennio mediante l'introduzione, ad opera della l. 97 del 2001, della responsabilità per danno erariale nei casi di sentenza irrevocabile di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, la quale sentenza va trasmessa al Procuratore presso la Corte dei conti per gli accertamenti patrimoniali del caso. Del 2008, poi, è la legge n. 31, la quale ha introdotto un criterio di riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e contabile in tema di società a partecipazione pubblica, riservando alla seconda le sole fattispecie verificatesi a danno di società a partecipazione pubblica maggioritaria, non quotate in borsa.

Quando la persona, legata all'amministrazione da un rapporto organico o di servizio, leda gli interessi dell'amministrazione stessa cagionando ad essa un pregiudizio, si ha quindi quella particolare forma di responsabilità verso la P.A. che si bipartisce in responsabilità amministrativa e contabile.

La responsabilità amministrativa è di carattere generale e riguarda tutti i danni a contenuto patrimoniale causati dal funzionario o dipendente nei confronti dell'ente cui è legato da rapporto di servizio. Al contrario, la responsabilità contabile si configura in casi particolari, vale a dire solo ed esclusivamente nei riguardi di coloro che rivestono la qualifica di agente contabile. Essi sono gli incaricati della riscossione e del versamento delle entrate dell'ente, e più in generale coloro che maneggiano il denaro pubblico, di diritto o anche meramente di fatto, o che hanno in consegna i beni di proprietà dell'ente. In entrambi i casi il giudizio si tiene dinanzi alla Corte dei Conti, ma con regole diverse. Ad esempio,

solo nel caso del giudizio per responsabilità amministrativa la Corte ha il potere cosiddetto riduttivo, che consente di ridurre il danno risarcibile da parte del funzionario.

Il potere riduttivo è uno strumento teso a commisurare l'entità del risarcimento alla responsabilità del convenuto⁴⁶ e rappresenta un *unicum* nel panorama normativo italiano. Non va confuso con la pronuncia secondo equità, né con la valutazione equitativa del danno certo ma non determinabile. La *ratio* del potere può essere rinvenuta nella «situazione di maggior rischio derivante in alcuni settori di azione dei pubblici poteri, dall'esercizio di attività potenzialmente di danno»⁴⁷. Attualmente, il potere in questione è espressamente previsto dall'art. 1 comma 1-*bis* l. 20 del 1994. Esso consente di ripartire il rischio del danno tra l'autore e la pubblica amministrazione⁴⁸, mediante il potere conferito al giudice di ridurre il *quantum* del danno, finanche alla completa esclusione di qualsiasi addebito al pubblico dipendente⁴⁹.

Ulteriore carattere peculiare della responsabilità amministrativa è l'intrasmissibilità agli eredi. Per tutti i dipendenti pubblici, la responsabilità amministrativa è personale e non si trasmette agli eredi⁵⁰. Il debito che scaturisce dal giudizio dinanzi alla Corte dei conti si trasmette agli eredi limitatamente al caso di indebito arricchimento degli eredi stessi, secondo quanto previsto dall'art. 1 comma 1 l. 20 del 1994. In proposito, non è corretto considerare l'intrasmissibilità una deviazione dal sistema ordinario civilistico, quanto una «connotazione propria della responsabilità amministrativa»⁵¹.

Siffatta ricostruzione di fatto mette in crisi le posizioni dottrinali tradizionali,

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 52 r.d. 12 luglio 1934 n. 1214. Sul punto, si veda C. conti, Sez. riun., 6 giugno 1990 n. 671, in *Riv. Corte conti* 1990, 4, 75.

⁴⁷ Cfr. C. conti 15 febbraio 1994 n. 44, in *Riv. Corte conti* 1994, 1, 79 (s.m.).

⁴⁸ Sul potere riduttivo inteso come potere di ripartire il rischio d'amministrazione, si veda C. conti 10 aprile 2001 n. 134/A, in *Riv. Corte conti* 2001, 2, 123. Concorde C. conti 8 febbraio 1995 n. 6/A, in *Riv. Corte conti* 1995, 1, 117. Non mancano posizioni dottrinali opposte, secondo cui il potere riduttivo costituirebbe strumento di graduazione dell'elemento psicologico e dell'apporto causale da parte del soggetto agente. In tal senso TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile del personale militare*, in POLI-TENORE (a cura di), *L'ordinamento militare*, Milano, 2006, 862 e SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, 102.

⁴⁹ Casi di riduzione totale dell'addebito sono alquanto rari. Un precedente isolato è rappresentato da C. conti 5 ottobre 2001 n. 291/A, in *Riv. Corte conti* 2001, 5, 85.

⁵⁰ Un tanto vale anche per la responsabilità contabile, come affermato da C. conti 18 marzo 2002 n. 88, in *Foro amm. Cds* 2002, 809.

⁵¹ C. conti, Sez. riun., 1 marzo 1996 n. 26, in *Riv. amm. R. it.* 1997, 224. Conformi C. conti, Sez. riun., 4 marzo 1996, n. 10, in *Riv. amm. R. it.* 1997, 224 e C. conti, Sez. riun., 31 ottobre 1994, n. 988, in *Riv. amm. R. it.* 1995, 266, con nota di MADDALENA, *L'intrasmissibilità della responsabilità amministrativa agli eredi*.

che assimilavano la responsabilità amministrativa a quella civile⁵², nelle forme della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nonostante autorevole giurisprudenza abbia ritenuto che la responsabilità amministrativa conservi la sua natura di responsabilità patrimoniale-civilistica, e non abbia assunto quella di responsabilità sanzionatoria-pubblicistica⁵³.

Invero, l'intrasmissibilità non opera in tutto e per tutto, permanendo in capo all'amministrazione danneggiata l'esercizio dell'azione di indebito arricchimento, secondo il principio generale *nemo locupletari possunt cum aliena iactura*. Tale seconda azione non rappresenta la prosecuzione dell'azione nei confronti dell'agente, ma opera come azione autonoma, basata su presupposti specifici e vincolata all'onere probatorio gravante in capo alla procura contabile⁵⁴. Contrariamente a quanto affermato, si è sviluppato in merito un orientamento giurisprudenziale pressoché pacifico, secondo cui esisterebbe una presunzione relativa di indebito arricchimento degli eredi conseguente a quello del loro dante causa, secondo l'*id quod plerumque accidit*.

La conseguenza è l'inversione dell'onere della prova, per cui dovrebbe essere l'erede a dimostrare che i proventi della condotta del proprio dante causa sono stati consumati in vita dal medesimo, e nessun beneficio è stato trasmesso *mortis causa*⁵⁵. Naturalmente, il ragionamento di cui sopra vale in caso di apertura della successione in pendenza del giudizio di responsabilità amministrativa. Al contrario, nel caso in cui l'apertura della successione avviene dopo il passaggio in giudicato della sentenza che accerta la sussistenza del danno erariale e la responsabilità dell'agente, «l'obbligazione risarcitoria deve considerarsi già sorta in capo all'agente (ormai non più presunto) responsabile e già rientrante nel suo patrimonio ereditario»⁵⁶.

Una forma del tutto peculiare di danno erariale è rappresentata dal danno all'immagine, sulla cui nozione e configurabilità si registra una particolare

⁵² Di questo avviso RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, nota a Trib. Udine 25 gennaio 2007, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2618.

⁵³ In tal senso Cass., Sez. un., 21 marzo 2001 n. 123, in *Riv. Corte conti* 2001, 2, 264.

⁵⁴ SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 127.

⁵⁵ «Appare dunque ragionevole presumere, sia pure in via relativa, la consequenzialità di cui si è detto [arricchimento dell'erede come conseguenza normale dell'arricchimento del *de cuius*] lasciando agli eredi la possibilità di superare il dato presuntivo dimostrando che ciò che è stato loro trasferito con l'eredità rappresenta (in tutto o in parte) non un "indebito" ma un "dovuto"». Cfr. C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 17 gennaio 2006, n. 3, in *Riv. Corte conti* 2006, 1, 157 (s.m.). La sentenza per esteso è disponibile in *Banca dati Dejure*. La presunzione di arricchimento come sopra esposta non è aderente né al dato normativo, né alla disciplina ordinaria dell'onere della prova, per cui pare preferibile accogliere la tesi, isolata, espressa in C. conti 18 marzo 2002 n. 88, in *Foro amm. Cds* 2002, 809, secondo cui l'onere di provare l'illecito arricchimento del dante causa e l'indebito arricchimento degli eredi è posto in capo alla procura presso la Corte dei conti.

⁵⁶ In questi termini RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, cit., 2624.

attenzione da parte dei giudici contabili. Il danno all'immagine può essere definito come la perdita di prestigio ed il detrimento alla dignità e rispettabilità dello Stato che consegue alla lesione di un bene immateriale, componente del pubblico potere⁵⁷.

La giurisprudenza, in particolare, si è occupata di definire se si tratta di un danno patrimoniale indiretto, piuttosto che di un danno non patrimoniale, a di definire *an e quantum* del danno medesimo.

Innanzitutto, va detto che l'individuazione del danno all'immagine è avvenuta in seguito di una progressiva evoluzione giurisprudenziale, culminata in una sentenza della sezione Lombardia della Corte dei conti⁵⁸ che ha ritenuto il danno all'immagine come una specie di danno non patrimoniale. Nella fattispecie, il danno era riconducibile al clamore dato dalla stampa ai fatti, che aveva aumentato l'attenzione della cittadinanza sulla vicenda, e con essa il discredito per l'amministrazione pubblica. Tuttavia, in tema di danno all'immagine e al prestigio della P.A. la giurisprudenza è tuttora contraddittoria.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti⁵⁹ hanno ritenuto che questo tipo di danno si risolva in maggiori oneri per la collettività imputabili alla carente utilizzazione delle risorse pubbliche e ai costi aggiuntivi necessari per fronteggiare la minore credibilità dell'amministrazione. Sul piano probatorio, detto danno emergerebbe come danno-evento e non come danno-conseguenza, talché la tutela sia assicurata per il semplice fatto della lesione della prerogativa. La quantificazione

⁵⁷ Così C. conti 7 dicembre 2007 n. 501 (s.m.), in *Resp. civ. prev.* 2008, 1163, con nota di RODRIQUEZ, *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*. Sul tema, si veda altresì RODRIQUEZ, *Il danno all'immagine: amministrazione civile e militare a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 2337, in nota a C. conti sez. Calabria 26 maggio 2009 n. 240. Sull'argomento del danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione, si vedano ARRIGONI, *Moralità pubblica e danno non patrimoniale davanti alla Corte dei conti: due sentenze a confronto*, in *Riv. amm.* 2004, III, 1216, GIRACCA, *Esiste il danno erariale all'immagine di un ente pubblico?*, in *Foro it.* 2000, III, 264, IMPECIATI, *Danno morale: configurabilità e risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *TAR* 1994, II, 102, LUPI, *Osservazioni in tema di danno all'immagine*, in *Riv. Corte conti* 1998, 3, 187, VENTURINI, *Danno c.d. «morale» patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 907, DI STEFANO, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: il danno all'immagine*, in PASQUALUCCI-SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 174, MANFREDI SELVAGGI, *Il danno all'immagine del Comune non dipende da quello patrimoniale*, in *Guida enti locali* 2002, 49, 76, CACACE, *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, PAVONI, *La Corte dei conti e il danno all'immagine della pubblica amministrazione: un anno di pronunce a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 527.

⁵⁸ Si tratta di un caso di corruzione. C. conti, sez. giur. Lombardia, 24 marzo 2004 n. 31, in *Foro amm.* 1994, 2573; con nota di TENORE, *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.* 1994, 1203. Conformi C. conti 27 aprile 1994 n. 114, in *Foro amm.* 1994, 2570 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 12 gennaio 1996 n. 133, in *Riv. Corte conti* 1996, 2, 98.

⁵⁹ C. conti, Sez. riun., 23 aprile 2003 n. 10, già citata alla nota 16. Nello stesso filone giurisprudenziale si collocano C. conti 20 marzo 2007 n. 64, in *Riv. Corte conti* 2007, 2, 82.

del danno viene quindi rimessa all'apprezzamento del giudice. Mentre la pronuncia in questione riconduce il danno all'immagine nell'alveo dell'art. 2043 cod. civ., non sono mancate sentenze che lo fanno rientrare nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ.⁶⁰, così come non mancano decisioni che restano ancorate alla tesi del danno-conseguenza, richiedendo, ai fini del ristoro della pretesa risarcitoria, l'allegazione delle spese sostenute o dei maggiori oneri sopportati al fine di ripristinare l'immagine lesa⁶¹. Di contrario avviso è la giurisprudenza più recente, che qualifica il danno all'immagine come un danno-evento, che rileva quindi a prescindere dal sostenimento di spese per il ripristino del decoro leso⁶².

Aderendo alla tesi del danno all'immagine come danno non patrimoniale, svincolato dunque da commisurazione alle spese necessarie al ripristino dell'immagine medesima, emerge con chiarezza il problema a determinare nel *quantum* l'entità del danno. La soluzione preferita dalla giurisprudenza è la determinazione secondo equità, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., parametrando il risarcimento a criteri quali la gravità dei fatti, l'arbitrarietà della condotta illecita, il clamore destato dalla vicenda⁶³.

La natura giuridica della responsabilità amministrativa ha suscitato un acceso dibattito dottrinale, che l'ha vista ricondurre ora alla responsabilità civile, ora ad una responsabilità diversa, di stampo pubblicistico. Tra i fautori della teoria civilistico-risarcitoria, distinguiamo coloro che propendono per la natura contrattuale della responsabilità da coloro i quali propendono per la natura extracontrattuale. Secondo i primi, la responsabilità amministrativa rientrerebbe nel genere della responsabilità civile contrattuale, avendo essenzialmente natura risarcitoria, con funzione di reintegrazione delle casse erariali, basata sull'esistenza di un rapporto di servizio tra agente e amministrazione danneggiata⁶⁴. Altri

⁶⁰ C. conti 10 gennaio 2005 n. 3, in *Foro amm. CdS* 2005, 236. C. conti, sez. Toscana, 6 giugno 2005 n. 306 e 30 marzo 2005 n. 147, in *Foro amm. TAR* 2005, 901 (s.m.) riconducono il danno all'art. 2059, ma ripudiano la teoria del danno-evento.

⁶¹ *Ex plurimis*, si richiamano C. conti, sez. giur. Sicilia, 18 maggio 2005 n. 1164, in *Riv. Corte conti* 2005, 3, 160 e C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 28 aprile 2006 n. 228, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 162.

⁶² C. conti 2 luglio 2008 n. 283, in *Foro amm. CdS* 2008, 2243, C. conti 26 giugno 2008 n. 272, in *Foro amm. CdS* 2008, 1903, C. conti, sez. giur. Lazio, 10 dicembre 2008 n. 1951, in *Riv. Corte conti* 2008, 6, 131 (s.m.), C. conti 16 aprile 2007 n. 94, in *Riv. Corte conti* 2007, 2, 67.

⁶³ C. conti 24 febbraio 2009 n. 97, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1397, che ha evidenziato un ulteriore profilo di lesione dell'immagine: non verso la collettività, ma anche verso gli stessi dipendenti dell'amministrazione, i quali subiscono l'effetto demotivante del discredito gettato sull'ente presso cui lavorano.

⁶⁴ A questa tesi si rifanno ALESSI, *Responsabilità amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 623, GARRI, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra*

distinguono tra responsabilità contabile ed amministrativa: la prima avrebbe natura contrattuale, essendo ancorata ad un obbligo restitutorio, mentre la seconda sarebbe di tipo extracontrattuale, «espressiva del generale principio del *neminem laedere*», alla luce della riforma del 1994 che ammette la perseguibilità del c.d. danno obliquo, quindi al di fuori di un rapporto contrattuale, ed individuando il termine di prescrizione in cinque anni, termine ordinario per l'azione aquiliana⁶⁵.

A queste prime impostazioni se ne contrappone un'altra, pubblicistico-sanzionatoria, che evidenzia l'aspetto repressivo, afflittivo e di deterrenza, della responsabilità amministrativa, oltre alle differenze con l'ordinario regime contrattuale civilistico⁶⁶, e segnatamente l'intrasmissibilità agli eredi del debito, il potere riduttivo, il grado minimo della colpa grave, l'officiosità dell'azione della procura contabile, oltre alla non esperibilità dell'azione revocatoria da parte della Corte dei conti. Il limite più evidente all'approccio da ultimo esposto è rappresentato dalla atipicità dell'illecito, carattere che manca nei «diritti punitivi», come gli illeciti penali e disciplinari. Inoltre, la pretesa sanzione coinciderebbe con il danno arrecato, che costituisce limite nell'entità⁶⁷.

In aggiunta a queste due teorie, quella privatistica e quella pubblicistica, ne è stata prospettata una terza, secondo cui la responsabilità amministrativa rientrerebbe in un *tertium genus* di illecito speciale, retto da una disciplina autonoma che compendia profili civilistici e penalistici e soggetto ad un'azione pubblica-risarcitoria⁶⁸. Tale ultima lettura pare confermata dall'esistenza di tratti distintivi particolarmente significativi, che differenziano la responsabilità amministrativa dai modelli civilistico-risarcitorio e pubblicistico sanzionatorio, coordinando la natura patrimoniale con il carattere personale della responsabilità, oltre che venire autorevolmente avallata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁹.

risarcimento e sanzione, in *Riv. Corte conti* 1996, 2, 293. Non manca chi, come SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, cit., 2 reputa che la propensione per la teoria della responsabilità contrattuale sia dovuta al termine di prescrizione più lungo ed all'onere probatorio più agevole.

⁶⁵ Così TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 21. Nello stesso senso sembra andare anche la Suprema corte, che con l'ordinanza n. 19667 del 2003, meglio esaminata *infra*, sugli illeciti commessi dai dipendenti di enti pubblici economici sancisce la giurisdizione contabile anche per i danni ad enti diversi da quello di appartenenza.

⁶⁶ SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 10.

⁶⁷ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 26.

⁶⁸ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, in *Giust. civ.* 1999, I, 377 e in *Riv. amm. R. it.* 1998, 945, con nota di MADDALENA, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998*.

⁶⁹ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, cit., e C. cost. 30 dicembre 1998 n. 453, in *Giust. civ.* 1999, I, 647.

Il tema della natura della responsabilità, comunque, con la novella del 1994 che ha delineato un regime speciale puntuale e dettagliato, ha perso di rilievo pratico, in quanto le dissertazioni che originariamente avevano come scopo quello di individuare principalmente il regime probatorio ed i termini per l'azione sono oramai prive di utilità pratica: è pacifico che l'onere della prova grava sempre sulla Procura contabile, mentre il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale è di cinque anni. Relativamente al termine prescrizione, il *dies a quo* coincide, a termine di legge, con la «verificazione» del fatto dannoso. Il concetto di «verificazione», tuttavia, non è univoco nella giurisprudenza contabile. Vero è che la decorrenza del termine inizia col perfezionamento della fattispecie dannosa⁷⁰, ma è altrettanto vero che l'azione illecita e l'effetto dannoso possono prodursi in tempi differenti, anche distanti tra loro, nel qual caso la decorrenza è posticipata al verificarsi dell'evento dannoso. Inoltre, la giurisprudenza contabile richiede un presupposto ulteriore rispetto all'evento, vale a dire la sua conoscibilità oggettiva in capo all'amministrazione danneggiata. Qualora il danno sia oggetto di occultamento doloso, il *dies a quo* coincide con la data della scoperta del fatto da parte dell'amministrazione.

4. LA RESPONSABILITÀ CONTABILE.

Per responsabilità contabile⁷¹ si intende quella peculiare responsabilità patrimoniale, gravante su coloro che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato, ovvero la materiale disponibilità di beni, individuata ex art. 74 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440.

Possono incorrere nella responsabilità contabile gli agenti contabili, inquadrati dalla dottrina in tre diverse categorie: gli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate, gli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del

⁷⁰ C. conti, Sez. riun., 25 ottobre 1996 n. 62/A, in *Riv. Corte conti* 1996, 6, 87. Conformi C. conti, Sez. riun., 26 febbraio 2001 n. 2, in *Riv. Corte conti* 2001, 1, 93 e C. conti, sez. I, 15 luglio 2002 n. 239/A, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 127.

⁷¹ Sull'argomento, si rinvia a GARRI, *Responsabilità contabile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991 per quanto attiene all'inquadramento generale. Per la disciplina in vigore dopo la riforma del 1994, si rinvia a TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 17.

denaro e dell'esecuzione dei pagamenti e gli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di oggetti e materiali appartenenti all'amministrazione⁷².

Il carattere distintivo tra agente contabile ed agente amministrativo è dunque dato dalla disponibilità materiale di denaro o beni appartenenti alla pubblica amministrazione, che è posta a fondamento della «più rigorosa responsabilità»⁷³ dell'agente contabile: mentre la responsabilità amministrativa è conseguenza di qualunque condotta dannosa dolosa o gravemente colposa, la responsabilità contabile si configura in caso di inosservanza dell'obbligazione principale gravante in capo all'agente contabile, vale a dire l'obbligo di restituire i valori gestiti o custoditi.

Ulteriore distinzione interviene in seno agli agenti contabili, tra agenti contabili di diritto e agenti contabili di fatto. I primi sono titolari di una formale e legale investitura, obbligati da norme giuridiche alla custodia dei valori loro assegnati, a differenza dei secondi che maneggiano valori dello Stato senza formale investitura o autorizzazione. Simile fattispecie può ascriversi all'indebita ingerenza fatta in buona fede, allo stato di necessità o ancora per un difetto genetico dell'atto di nomina, tuttavia deve essere comunque collegata allo svolgimento di una funzione pubblica. In difetto, quando cioè un soggetto si dovesse appropriare di denaro o beni dello Stato a prescindere dallo svolgimento di pubbliche funzioni, la responsabilità contabile non si realizza, trattandosi di illecito penale. La contestazione della responsabilità contabile ad agenti di fatto è più frequente di quanto non si possa credere. A titolo esemplificativo, si segnala come sia stato ritenuto agente contabile di fatto il direttore di un centro di formazione professionale ingeritosi illecitamente nella gestione finanziaria del centro allo scopo di distrarre a proprio vantaggio fondi pubblici⁷⁴. Allo stesso modo, è stato considerato agente di fatto il presidente di una società concessionaria di opera pubblica, ingeritosi continuativamente nella gestione delle risorse pubbliche finalizzate alla realizzazione dell'opera⁷⁵. O ancora si riporta il caso di una società affidataria della gestione dei parcheggi comunali a

⁷² La figura dell'agente contabile è tratteggiata, *ex multis*, da RODRIQUEZ, *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, nota a C. Conti 15 luglio 2008 n. 324/A, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2582.

⁷³ Cfr. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 17.

⁷⁴ Cfr. C. Conti 14 febbraio 2005 n. 75, in *Dir. e giust.* 2005, 20, 107.

⁷⁵ C. Conti 20 marzo 2006 n. 125, in *Foro amm. CdS* 2006, 1042.

pagamento che aveva corrisposto all'ente locale solo pagamenti parziali⁷⁶. Anche le Sezioni unite della Cassazione si sono occupate della questione, in sede di regolamento di giurisdizione⁷⁷, sentenziando che la qualità di agente contabile è indipendente dal titolo giuridico in virtù del quale il soggetto abbia il maneggio del denaro pubblico, essendo rilevante piuttosto la relazione tra ente e soggetto, a seguito della quale il maneggio del denaro avvenga in funzione della pertinenza di tale denaro all'ente, secondo uno schema procedimentale di tipo contabile. Secondo la Suprema corte, infatti, la nozione allargata di agente contabile di fatto è in armonia con l'art. 103 Cost., «la cui forza espansiva deve considerarsi un vero e proprio principio regolatore della materia». Ad ogni modo, anche la qualifica di agente contabile di diritto può determinarsi in capo ad un privato, legato alla P.A. da rapporto di servizio. È il caso tipico della banca che curi per conto dell'ente il servizio di tesoreria.

Ciò che preme ribadire è che, affinché si possa parlare di responsabilità contabile, l'appropriazione di beni o denaro pubblici deve pur sempre essere correlata allo svolgimenti di una funzione pubblica, altrimenti la giurisdizione coinvolta sarebbe quella penale, in luogo di quella contabile.

Ad ogni modo, l'agente contabile di fatto soggiace alle medesime disposizioni che vincolano l'agente contabile di diritto, quali *in primis* quelle che obbligano alla restituzione dei valori maneggiati e alla resa del conto all'ente pubblico o alla Corte dei conti, per cui incorrerà nella responsabilità contabile se inadempiente, in tutto o in parte, all'obbligo di restituzione.

La responsabilità contabile è stata a lungo considerata una sottospecie della responsabilità civile, incentrata sull'obbligo contrattuale di custodia. La dottrina più recente, al contrario, ha evidenziato che l'obbligo di custodia non emerge in quanto tale, ma in quanto strumentale all'obbligo di restituire i beni e i valori assegnati all'agente⁷⁸.

Gli elementi caratterizzanti la responsabilità contabile sono gli stessi già visti relativamente alla responsabilità amministrativa, ad eccezione per l'ambito

⁷⁶ C. Conti 6 marzo 2006 n. 109, in *Riv. Corte Conti* 2006, 96.

⁷⁷ Cass. Sez. un. 9 ottobre 2001 n. 12367, in *Foro it.* 2002, I, 440; in *Giust. civ.* 2002, I, 3159, con nota di VISCA, *Sull'obbligo di una società per azioni di rendere il conto giudiziale alla Corte dei conti.*

⁷⁸ Così RODRIQUEZ, *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, cit., 2585.

soggettivo più limitato. Essi sono, quindi, la sussistenza di un rapporto, di diritto o di fatto, tra agente che maneggia il denaro o i beni e lo Stato, il danno, la condotta dolosa o gravemente colposa e il nesso eziologico tra condotta e danno. L'unica differenza risiede nell'obbligazione fatta valere in causa: nell'alveo della responsabilità contabile assume rilievo l'inadempimento dell'obbligo di custodia e di restituzione di beni e valori pubblici, mentre in quello della responsabilità amministrativa si guarda all'obbligo del *neminem laedere* e di non arrecare un danno ingiusto all'amministrazione⁷⁹.

Invero, un altro profilo di differenziazione si potrebbe rinvenire nell'elemento psicologico dell'agente. In particolare, riguardo alla responsabilità contabile opererebbe una sorta di presunzione di colpa, per cui ci sarebbe l'inversione dell'onere probatorio in ordine all'elemento soggettivo. In altre parole, l'agente contabile sarebbe esonerato da responsabilità solo se fornisse la prova che il deterioramento o la diminuzione delle cose affidategli sono imputabili a caso fortuito, forza maggiore, ovvero che il fatto non sia a lui imputabile per negligenza. Questa impostazione è smentita dalla giurisprudenza, che ha chiarito che non opera alcuna inversione dell'onere della prova, persistendo in capo al Procuratore della Corte dei conti l'onere di provare l'esistenza del rapporto di servizio, della condotta, dell'evento e del nesso causale, vale a dire tutti i fatti costitutivi della pretesa dedotta nel giudizio contabile⁸⁰.

La differenza tra la responsabilità amministrativa, esaminata al paragrafo precedente, e la responsabilità contabile, è evidente nella differente formulazione data dagli articoli 81 ed 82 della legge di contabilità generale dello Stato⁸¹, sia sotto il profilo concettuale che sotto quello processuale. Oltre alla già riportata

⁷⁹ C. Conti 23 novembre 2004 n. 379, in *Riv. Corte conti* 2004, 6, 63.

⁸⁰ Sul punto, vedasi RODRIQUEZ, *op. ult. cit.*, 2589. In giurisprudenza, cfr. C. conti, sez. I, 2 giugno 1989 n. 186, in *Riv. Corte conti* 1989, 3, 79. Secondo TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 20, l'indirizzo secondo cui la Procura presso la Corte dei conti debba provare anche il comportamento colposo dell'agente, indirizzo minoritario che si rinviene in C. conti, sez. giur. Abruzzo, 18 ottobre 1999, non è condivisibile. L'onere probatorio gravante in capo all'agente contabile è disciplinato dall'art. 194 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827. Invero, non sono mancati tentativi ricostruttivi del regime probatorio sotto forma della «presunzione di colpa», della «*culpa in re ipsa*», della mera inversione dell'onere della prova, né tentativi di accostamento tra la responsabilità dell'agente contabile e quella ordinaria del debitore o quella del depositario. In argomento, vedasi TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 19, il quale propende per la presunzione della colpa grave.

⁸¹ Dei quali si riporta il testo. R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, Art. 81: «I funzionari amministrativi, incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie delle amministrazioni centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere dei danni che derivino alla amministrazione per loro colpa o negligenza o per la inosservanza degli obblighi loro demandati nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite.

differenza nell'onere probatorio, emerge un ulteriore rilevante differenza tra le due responsabilità oggetto del sindacato della Corte dei conti: mentre il giudizio sull'illecito amministrativo è eventuale, perseguibile su iniziativa del Procuratore che ravvisi un danno, l'illecito contabile può emergere oltre che su iniziativa del Procuratore, anche all'atto della presentazione del conto da parte dell'agente, in occasione della trasmissione alla Corte dei conti da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Al di là dei profili di differenziazione testé riportati, i due tipi di responsabilità «soprattutto dopo le novelle normative del 1994 e del 1996, tendono a convergere verso un'unitaria categoria», quella della «responsabilità finanziaria».

CAPITOLO II

LA POLITICA, LA GESTIONE E LE RESPONSABILITÀ: IL TRIANGOLO DELL'INTERESSE PUBBLICO

Sommario:

1. LA DISTINZIONE TRA ORGANI POLITICI E GESTIONALI. - 1.1. Premesse - 1.2. La responsabilità amministrativa alla luce della distinzione tra politica e gestione. - 1.3. la responsabilità amministrativa nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il d. lgs. n. 267/00: un equivoco normativo da chiarire. - 1.4. Il modello italiano della dirigenza pubblica: dallo Stato unitario alla legge n. 145 del 2002 -1.4.1. La disciplina normativa nell'Italia postunitaria: dalla legge Cavour del 1853 alla Costituzione repubblicana del 1948. - 1.4.2 Dall'istituzione della dirigenza statale (D.P.R. n. 748 del 1972) alla "controriforma" (legge n. 145 del 2002) - 1.5. Il nuovo assetto dei rapporti tra politica e amministrazione: il c.d. principio di distinzione tra azione politica e azione amministrativa. - 1.6. Il potere di indirizzo politico-amministrativo: la formazione del potere di indirizzo, il controllo sui risultati dell'azione amministrativa e l'incidenza del potere politico sugli atti dirigenziali. - 2. LE COMPETENZE DEL SINDACO E DELLA DIRIGENZA LOCALE SULLA BASE DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE DELLE FUNZIONI DI INDIRIZZO AMMINISTRATIVO DALLE FUNZIONI DI GESTIONE. - 3. I RISVOLTI DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE POLITICA-AMMINISTRAZIONE SULL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE IN MERITO AI PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL SINDACO PER COMPORTAMENTO OMISSIVO. - 3. I RISVOLTI DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE POLITICA-AMMINISTRAZIONE SULL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE IN MERITO AI PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL SINDACO PER COMPORTAMENTO OMISSIVO. - 4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. LA DISTINZIONE TRA ORGANI POLITICI E GESTIONALI.

1.1. Premesse

Il principio di distinzione fra attività di indirizzo politico e attività di gestione affidata alla dirigenza costituisce il tratto caratterizzante il processo di riforma della Pubblica amministrazione realizzatosi nel corso degli anni '90, cui si sono ricollegate le riforme del bilancio dello Stato⁸² e della contabilità degli enti pubblici, nonché il processo di semplificazione amministrativa⁸³.

Detto processo di riforma ha subito un'ulteriore accelerazione con riguardo all'evoluzione della struttura dell'ordinamento della Repubblica verso forme di organizzative di tipo "federalistico" che, inizialmente delineato "a costituzione invariata"⁸⁴, ha trovato successiva conferma nelle rilevanti modifiche della parte V della Costituzione attraverso attuate mediante la L. cost. n. 3 del 2001.

La distinzione era stata delineata inizialmente proprio con riferimento alle autonomie locali (L. n. 142/1990, art. 51) che ne stabiliva il principio all'art. 51⁸⁵, accentuando il ruolo della dirigenza anche con riguardo all'attività deliberativa degli organi con la previsione generalizzata dell'apposizione dei pareri di regolarità tecnica e contabile, nonché di legittimità, da parte dei responsabili dei servizi interessati e del segretario comunale.

Essi (art. 53, co. 3°) rispondevano "...in via amministrativa e contabile dei pareri espressi...". Il principio di separazione, che per gli enti locali segnava una frattura radicale con il modello organizzativo preesistente (in precedenza, la generale mancanza di rilevanza esterna degli atti adottati dall'apparato

⁸² Cfr. A. Buscema - C. Chiappinelli, Redazione e approvazione dei documenti di bilancio dello Stato. La nuova struttura del bilancio dopo la L. n. 94/97 e la successiva normativa di integrazione, dettaglio e attuazione, in Atti del Seminario permanente dei controlli della Corte dei conti, Roma, 2000, pagg. 135 e ss.

⁸³ E. Granelli, La semplificazione normativa, amministrativa e contabile, in Atti del Seminario permanente dei controlli della Corte dei conti, Roma, 2000 pagg. 115 e ss. che osserva come la redistribuzione di competenze fra Stato ed autonomie, si colloca nel processo generale di semplificazione dell'azione amministrativa, che si muove su diversi versanti (normativo, strutturale e procedimentale, documentale, contabile e di spesa) rilevando che "...La semplificazione ... è argomento che ha assunto nel tempo complessità crescente. ...

⁸⁴ - E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 7.

⁸⁵ Recita l'articolo: "(...) Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri dettati dagli statuti e dai regolamenti, che si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge o lo statuto non riservino agli organi di governo dell'ente. Spettano ad essi, in particolare, secondo le modalità stabilite nello statuto, la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità sulle procedure di gara e di concorso, la stipulazione di contratti..." - art. 51, co. 2°, 3° e 4°".

burocratico, salvo deleghe limitate, li aveva fatti definire "amministrazioni compatte"⁸⁶ ha trovato la più ampia definizione nell'ambito della riforma del pubblico impiego, attuata inizialmente con il D.L.vo n. 29/1993 successivamente modificato dai DD.LL.vi n. 80 e n. 387 del 1998 e ora confluito nel D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165, che è stata oggetto di ampia riflessione dottrinale⁸⁷ e contrastata applicazione giurisprudenziale, tanto da essersi determinato un'ulteriore recente intervento normativo, che tra l'altro, ha ridefinito in carattere espressamente pubblicistico l'atto di preposizione all'incarico dirigenziale (art. 3 L. 15 luglio n. 145 "Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato").

⁸⁶ Cfr. M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, pag. 74 "...Si dicono amministrazioni compatte quelle in cui gli uffici amministrativi degli apparati hanno compiti meramente serventi rispetto agli organi istituzionali dell'ente ...Gli enti pubblici detti correntemente minori, in breve quelli diversi dallo Stato, hanno avuto ed hanno amministrazioni compatte...".

Va anche rilevato che negli enti locali la distinta figura del dirigente è emersa agli inizi degli anni '80, con l'introduzione della nona e decima qualifica funzionale e la loro collocazione ai vertici delle unità organizzative (rispettivamente di base e di secondo livello). Per gli appartenenti alla decima qualifica era prevista l'attribuzione di funzioni di coordinamento di più strutture organizzative. Era nata pertanto la figura del dirigente locale di livello più elevato il cd. "coordinatore", "...essenzialmente deputato al raccordo dell'operato di più uffici, anche se, diversamente dai coevi dirigenti statali, completamente sprovvisto di competenze esterne, oltre che preposto all'espletamento di incarichi revocabili ed a tempo determinato: sino all'entrata in vigore della L. n. 142/90, quindi, alla "opaca" categoria dei dirigenti locali non era assegnato alcun stabile complesso di funzioni organiche...". Deve invero precisarsi che i suddetti "dirigenti", potevano anche emanare atti a rilevanza esterna, ma solo su delega degli organi istituzionali (cfr. allegato A al D.P.R. n. 347/83- Accordo di lavoro per il personale dipendente dagli enti locali nel 1983). In base a tale accordo i "dirigenti", potevano esercitare detta competenza "...solamente nei rari casi in cui veniva ad essi delegata ed inoltre "dovevano" esercitarla con modalità di "gradimento" dell'organo politico, pena la revoca immediata della delega stessa. La delega, da parte degli organi di governo, di proprie competenze ai "dirigenti" era in genera limitata (quando avveniva) a casi ridotti e poco significativi, che si riferivano, ad es. ad atti dovuti e vincolati, che richiedevano meri accertamenti tecnici (senza, quindi, alcuna facoltà di scelta), quale l'emissione di certificati di servizio o di idoneità a pubblici concorsi svolti dall'ente, o di alcuni atti di liquidazione che presupponevano la semplice verifica della conformità della prestazione eseguita dal fornitore dell'amministrazione rispetto a quella descritta e "ordinata" nell'atto di impegno..." (cfr. F. Botta, *La redazione degli atti amministrativi*, Milano, 2001, pag. 398).

⁸⁷ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 154 e ss.; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, pp. 971 e ss.; M. Rusciano, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. Trim. dir e proc. civ.*, 1998, pp.387 e ss.; S. Raimondi, *La dirigenza nei comuni e nelle province*, in *Dir. Amministrativo*, 1999, pp. 403; G. Morbidelli, *Della responsabilità contrattuale (e di quella "provvedimentale") dei dirigenti*, in *Dir. Amministrativo*, 1999, pp. 201; S. Russo, *Il management amministrativo*, Milano, 2000; M. Clarich, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. Amministrativo*, 2000, pp. 361; L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; M. Renna, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della L. n. 241*, in *Diritto amm.vo*, 2000, pagg. 505 e ss.; G. Gardini, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. Amministrativo*, 2001, pp. 39 e ss.; P. Santinello, *Dirigenza e incarichi, in L'ordinamento degli enti locali*, a cura di M. Bertolissi, Bologna, 2002, pp. 469 e ss.; A. Provenzano, *Il nuovo assetto della dirigenza degli enti locali nel previsto scenario della riforma. Prospettive e soluzione delle problematiche in atto*, in www.giust.it, n. 10/2002; L. Oliveri, *Le principali novità della riforma della dirigenza pubblica*, in www.giust.it, n. 10/2001; L. Oliveri, *Il sistema degli incarichi dirigenziali e delle revoche alla luce delle interpretazioni del giudice del lavoro*, in www.giust.it, n. 8/2000; L. Oliveri, *La fattoria dei dirigenti*, in www.giust.it, n. 6/2001; M. Greco, *Dirigenti, responsabili di procedimento e presidenza delle gare d'appalto*, in www.giust.it, n. 6/2001; L. Oliveri, *Organizzazione interna - Principi di flessibilità e distribuzione delle competenze tra la dirigenza, alla luce della normativa vigente negli enti locali*, in www.giust.it, n. 11/2000; L. Oliveri, *Le competenze della dirigenza nell'assetto degli enti locali disegnato dal testo unico - Il riparto in rapporto al segretario e al direttore generale*, in www.giust.it, n. 10/2000; C. Saffiotti, *Ancora sulla figura del direttore generale dei comuni e delle province*, in www.giust.it, n. 7/8-2000; R. Nobile, *Piccoli comuni e responsabili di servizi fra il D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e la L. 23-12-2000 n. 388. Una querelle mai sopita*, in www.giust.it, n. 1/2001; A. Rende, *Elementi di criticità nell'attuale status dei segretari comunali e provinciali*, in www.giust.it, n. 6/2001; M. Cuccuru, *Il nuovo status dei segretari comunali e provinciali*, in *Foro amm.*, 2001-n. 7-8, pp. 2219 e ss.; G. Nicosia, *I nuovi meccanismi di responsabilizzazione della dirigenza pubblica: gli incarichi di funzione dirigenziale*, in *Foro It.*, 2001, I, 720 e ss.

La disciplina generale sul lavoro pubblico ha confermato il principio di separazione già enunciato nella L. n. 142/1990, accentuandone i contenuti, affermando l'"autonomia gestionale ed operativa" dei dirigenti, che comporta per questi ultimi la piena competenza nella gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, nonché all'adozione degli atti che impegnino verso l'esterno l'amministrazione, compresi quelli a carattere autoritativo, mentre la formulazione originaria del D.L.vo n. 29/1993 e ancor prima l'art. 51 della L. n. 142/1990, incentrandosi sui verbi "gestire- impegnare", avevano fatto ritenere che l'investitura dei dirigenti riguardasse solo gli atti a carattere negoziale o attività a carattere eminentemente tecnico-amministrativo (es. presidenza delle commissioni di gara). Questo problema è stato superato dalla formulazione, ora contenuta nell'art. 4, co. 2° del D.L.vo n. 165/2001, che risulta netto nel chiarire "... che l'adozione di tutti gli atti, ivi compresi quelli di carattere pubblicistico, spetta ai dirigenti, con conseguente esclusione della sfera di competenza politica..." (nello stesso senso per gli enti locali, si veda l'art. 107 del D.L.vo n. 267/2000).

Per quanto attiene agli enti locali la riserva di competenza degli organi di governo è disciplinata dal già citato art. 107 TUEL ("i poteri di indirizzo e di controllo politico- amministrativo spettano agli organi di governo" e dall'art. 48 sulle competenze della giunta ("...la giunta compie tutti gli atti rientranti ai sensi dell'art. 107, co. 1° e 2°, nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o del presidente della Provincia o degli organi di decentramento...")), rilevandosi altresì che il suddetto articolo, delinea ulteriormente la distinzione stabilendo che la giunta non collabora con il Sindaco nell'"amministrazione", ma nel "governo" dell'ente, e quindi nell'adozione di atti che "...riguardano unicamente la "sfera politica", si potrebbe dire, dell'amministrazione...".

L'art. 107, co. 3° del TUEL elenca, in via esemplificativa le competenze dei dirigenti, usando l'espressione "tra i quali in particolare". Ulteriori competenze dei responsabili dei servizi devono essere specificate nello statuto (art. 6 co. 1°), il quale, comunque, data l'attribuzione delle competenze in via legislativa può solo

precisarne gli ambiti, ma non sottrarle alla dirigenza, ovvero attribuirne di ulteriori⁸⁸.

E' pertanto loro attribuito ogni attività gestionale, anche a rilievo esterno.

E' stato al riguardo osservato che è quindi ormai pacifica la competenza dei dirigenti in "...materia di procedure di appalto (oltre che nella presidenza delle commissioni), nonché nella stipula dei contratti (art. 107, co. 3° lett. a, b, c) e la relativa approvazione dei contratti stessi⁸⁹. Ugualmente è "...ormai è pacifico... che le "determinazioni a contrattare", precedenti alla stipulazione dei contratti in genere spettino all'apparato burocratico, rectius al "responsabile del

⁸⁸Cfr. R. Carpino, L'ordinamento degli enti locali, (a cura di M. Bertolissi), pag. 269 - "...In base all'art. 107 la legge o lo statuto hanno la capacità di individuare uno spazio nel quale far rientrare le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo con un limite di carattere generale: la gestione amministrativa e tecnica attribuita ai dirigenti ex art. 107, co. 1°. Ma se la politica non potrà riappropriarsi della gestione per il tramite dello statuto, visto il principio di separazione, è anche vero che nella pratica quotidiana è facile imbattersi in una serie di atti in cui è difficile dividere - quasi fosse una mela - la gestione dalla politica: basti pensare all'approvazione dei progetti di opere pubbliche o ancora alla concessione di contributi o all'approvazione del capitolato speciale in un appalto di servizi, o, infine, al conferimento dell'incarico ad un legale e via di seguito. Emerge, quindi, un ulteriore aspetto in cui lo statuto - come atto fondamentale della vita amministrativa - individua le regole della gestione, dell'indirizzo e del controllo politico-amministrativo (art. 107, co. 2°); in sostanza allo statuto compete il medesimo compito assolto dal legislatore per le amministrazioni statali con l'art. 3 del D.L.vo n. 29/1993, nel momento in cui individua gli atti di competenza del Ministro. Quale sia poi la dimensione dell'indirizzo e del controllo è questione tutta da decifrare: sicuramente indirizzo è diverso da "ordine", che in quanto tale è puntuale e tassativo (in tal senso F. Staderini, Diritto degli enti locali, Padova, 1999, 376). Ma l'indirizzo è comunque connesso alla funzione del Sindaco quale organo responsabile dell'amministrazione del comune (art. 50, co. 1°), alla funzione dell'Assessore di riferimento (v. art. 109 per il potere di revoca della funzione dirigenziale da parte dell'assessore di riferimento), ed al ruolo del Consiglio (art. 42, co. 1°) e quindi non potrà essere generico, ma legato alla responsabilità di cui si è titolari nell'azione amministrativa, anche ai fini della realizzazione del programma amministrativo preso a base per l'elezione; il controllo è invece successivo, rappresentando l'altra faccia dell'indirizzo. Un indirizzo che, come rilevato (L. Vandelli, Ordinamento delle autonomie locali, 3^a ed. Rimini, 2000, 1191), se proposto dall'Assessore si colloca ad un livello di specificazione che rischia di pervenire ad un piano molto vicino a quello dell'atto dirigenziale dal quale deve mantenere una sostanziale distinzione senza sovrapposizioni ed intrusioni. Anche in questo caso dipende dall'autonomia statutaria di ciascun ente individuare una combinazione di metodologie atte a consentire agli organi di governo, rectius alla Giunta, di svolgere le funzioni di indirizzo senza che ciò, da un lato, comporti un'invasione nella gestione, ma dall'altro determini uno scollamento della politica dalla realtà amministrativa di cui è parte. Un esercizio difficile, di cui la legge detta il principio, competendo a ciascun ente, nell'esercizio della propria autonomia, individuare la regola. Ma in questo caso con l'esercizio dell'autonomia normativa possono risolversi i problemi che quotidianamente si incontrano; lo statuto è la sede più indicata per un esame dettagliato a monte dell'azione amministrativa e delle modalità dell'indirizzo e del controllo politico-amministrativo. Viene qui in gioco l'importanza dello statuto e di un suo costante adeguamento come strumento per esercitare l'azione amministrativa e quella politica in conformità al principio di separazione...". Circa i profili di "armonia" del sistema delineato dal Tuel, viene ancora evidenziato (R. Carpino, op. cit., pag. 271) " l'art. 42, lett. l, prevede una competenza del consiglio per acquisti, alienazioni immobiliari, permuta e concessioni che "non rientrano nell'ordinaria amministrazione di funzioni e servizi della giunta, del segretario o di altri funzionari". Anche in questo caso, sgombrato il campo dalla difficoltà esegetica circa l'individuazione degli atti di ordinaria amministrazione, va rilevato come non dovrebbe più sussistere l'ipotesi di acquisti di ordinaria amministrazione da parte della giunta alla quale ora sono affidate solo funzioni di governo... Ed ancora l'art. 49 prevede l'obbligo del parere del responsabile del servizio sulle deliberazioni che "comportano impegno o diminuzione di entrata" qualora non costituiscano mero atto di indirizzo; ma ciò non può riferirsi ad una capacità della giunta di impegnare che compete al dirigente (v. art. 107, co. 3°, lett. d) quanto piuttosto all'esigenza che ciascuna deliberazione che incide sulla gestione del bilancio venga supportata anche dal punto di vista tecnico e contabile ...Il quadro complessivo che emerge non è unitario; come in effetti altrettanto non unitaria era la previgente normativa; si tratta di disposizioni - gli artt. 42, lett. l e 49 - la cui applicazione dovrebbe essere limitata se non esclusa...".

In tema di riparto di competenze, fra consiglio e giunta (e quindi nell'ambito degli atti di indirizzo) cfr. TAR Calabria, Sez. II, 13 dicembre 2001, n. 2085, in Foro amm., 2001, p. 3331 - "...Non è in contrasto con l'art. 1 co. 4° e 5, L. 3 gennaio 1978, n. 1, che prescrive l'approvazione da parte del consiglio comunale dei progetti preliminari di opere pubbliche, la disposizione dello statuto comunale che stabilisce che la giunta approva i progetti: infatti, l'art. 1 attribuendo all'intervento consulente l'effetto di far venire meno ogni necessità di varianti allo strumento urbanistico in caso di difformità del progetto dalle destinazioni di piano, non ha un ruolo di criterio fondante in generale della suddivisione di competenze tra consiglio e giunta".

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 1999, n. 64, in Urbanistica e appalti, 1999, 1005 e ss., con commento di M. De Palma;... e TAR Veneto, sez. I, 23 marzo 2000, n. 831 e TAR Lombardia, Milano, sez. III, 9 maggio 2001, n. 373.

procedimento di spesa" (art. 192 del T.U.), inserendosi, peraltro, in un quadro già delineato dalla giunta che, sulla base del bilancio di previsione deliberato dal consiglio, approva il PEG e con esso gli obiettivi gestionali, lo stanziamento di spesa e l'attribuzione delle risorse ai responsabili dei servizi (art. 169 T.U.). Ancora, ai dirigenti vengono attribuiti atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di "impegni di spesa", che, a norma degli artt. 182 e 183, costituiscono la prima fase dei rispettivi procedimenti⁹⁰.

La lettura congiunta dell'art. 107 e dell'art. 6 del T.U. - che assegna ora allo statuto il compito di disciplinare i modi dell'esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio - "...porta a concludere che, ferma restando l'attribuzione al sindaco della rappresentanza istituzionale (art. 50, co. 2° del T.U.) a quest'ultimo, oppure ai dirigenti, potrà spettare, in base alle scelte statutarie, la rappresentanza sopraindicata (v. art. 16, co. 1° lett. f del... D.L.vo n. 165/2001 che affida ai dirigenti di uffici dirigenziali generali il potere di promuovere e resistere alle liti, nonché di conciliare e transigere...) Non si nascondono tuttavia alcune perplessità in ordine alla disposizione in esame poiché l'azione e la resistenza in giudizio può investire la responsabilità dell'intero ente e non solo del settore cui il dirigente è preposto. Pertanto, la rappresentanza dei dirigenti può essere intesa non come esclusiva, ma come concorrente con quella del sindaco...", sicché appare proponibile che per dette situazioni gli statuti "...possano lasciare in capo alla giunta la deliberazione ad litem, per poi affidare, se prevista dallo statuto, la rappresentanza in giudizio dell'ente al dirigente. Nel complesso, tuttavia, l'effettivo ruolo dello statuto nella disciplina delle attribuzioni degli organi (che d'altronde

⁹⁰ Cfr. L. Girolami, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di M. Bertolissi, cit., pag. 674 "...Gli atti di impegno sono di competenza dei responsabili dei servizi, che provvedono secondo le modalità fissate nel regolamento di contabilità. Gli atti di gestione infatti attengono all'attuazione degli obiettivi e dei programmi, e come tali sono contrapposti agli atti di indirizzo, che invece competono agli organi politici. Questa netta separazione fa sì che i responsabili dei servizi abbiano poteri esclusivi, il cui esercizio da parte di un soggetto diverso determinerebbe "l'incompetenza assoluta ad esercitarli" - (circ. Min. interno, 15 luglio 1997, n. 1). L'unica eccezione è costituita da quelle ipotesi per le quali la legge prevede, espressamente e tassativamente, provvedimenti del consiglio e giunta che comportano impegni di spesa. Tali atti, comunque, possono essere delegati ai responsabili dei servizi, in base all'autonomia statutaria degli enti locali (circ. Min. interno, 1° ottobre 1997, n. F.L. 25/97). Il combinato disposto degli artt. 183 e 151 co. 4° attesta che deve essere verificata la copertura finanziaria, dell'impegno che si vuole assumere...In concreto, deve accertarsi l'effettività dei mezzi per fronteggiare la spesa, onde evitare che venga erogata senza che si sia determinato il debito e senza che siano rispettati gli equilibri di bilancio. Lo scopo, infatti, non è solo quello di assicurare il rigoroso rispetto delle previsioni di bilancio, ma è soprattutto di impedire che tramite entrate gonfiate e spese sottodimensionate si producano residui, e conseguentemente risultati di amministrazione non reali.

Per una prospettiva simile in giurisprudenza cfr. CdC, sez. enti locali, n. 1 del 15 febbraio 1991, in *Rivista della Corte dei Conti*, 1991, III, 67 ss.

devono essere solo "specificate" e non più determinate- art. 6, co. 2° T.U.) appare piuttosto limitato.

Il "rinverdito" principio di differenziazione tra politica e gestione sembrerebbe infatti aver disegnato un assetto delle competenze davvero rigido sotto questo profilo. Ciò è confermato dal co. 4° dell'art. 107, che consente esclusivamente alla legge di derogare - ed "espressamente" - alle attribuzioni dei dirigenti (recependo quanto già stabilito dall'art. 4, co. 3° D.L.vo n. 165/2001), sia dal successivo co. 5°, il quale dispone il trasferimento alla competenza dei dirigenti dell'adozione di "atti di gestione o provvedimenti amministrativi" conferiti agli organi di governo... salvo quanto previsto dall'art. 50 co. 3° (circa la funzione di sovrintendenza all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia che il sindaco e il presidente della provincia continuano ad esercitare), nonché dal già citato art. 54 in riferimento alle funzioni del sindaco quale ufficiale di governo...".

Dall'evoluzione normativa richiamata può dedursi che il principio di distinzione si è andato affermando progressivamente e non senza poche resistenze.

Proprio tale differenziazione è alla base dell'eccezione al principio di separazione introdotto, per i comuni fino a 3000 abitanti, dalla legge finanziaria per il 2001 (L. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 53, co. 23°) con le quali si è consentita la deroga alle disposizioni dell'art. 107 TUEL consentendo, attraverso l'adozione di atti organizzativi e regolamentari, l'attribuzione ai componenti dell'organo esecutivo, la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere anche di adottare atti di natura tecnica gestionale. L'eccezione, inizialmente attivabile solo con riferimento a motivate esigenze di contenimento della spesa, è stata (legge finanziaria 2002) rimessa alle valutazioni discrezionali degli organi deliberativi dell'ente, con l'ampliamento della sfera dei comuni interessati a quelli fino a 5000 abitanti (art. 29, co. 4° L. 28 dicembre 2001, n. 448).

In definitiva sulla questione è davvero illuminante il parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, che con il parere reso in data 10 giugno 1999 ammette che "la demarcazione delle competenze è "prima facie" assai chiara: ai dirigenti spetta (ovviamente nel quadro degli indirizzi prefissati) tutta l'attività

amministrativa concreta, anche ove essa si estrinsechi attraverso atti di imperio; rimangono invece attratte nelle attribuzioni degli organi di direzione politica le attività che involgono l'esercizio di "puissance publique" ovvero gli atti di discrezionalità politica"⁹¹.

Un ulteriore problema, che qui può solo essere accennato, riguarda il nuovo assetto costituzionale a seguito della L. cost. n. 3/2001, che ha previsto la riserva di legislazione esclusiva allo Stato (art. 117 co. 1° lettera p) in materia di "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane", con attribuzione di una specifica ed "autonoma" (ai sensi dell'art. 114, co. 2°), potestà regolamentare e statutaria in ordine "all'organizzazione" e "allo svolgimento" delle funzioni loro attribuite agli enti locali. Nonostante la previsione di cui all'art. 1 co. 3° del D.L.vo n. 165/2001, per il quale le proprie disposizioni costituiscono "norme fondamentali di riforma economico sociale della Repubblica", vi è da chiedersi se, potendosi far rientrare le norme in tema di competenza dei dirigenti in quella dell'"organizzazione", non possa ritenersi realizzato un possibile ambito di competenza legislativa regionale residuale (e non concorrente - art. 117, co. 3°), con la conseguente possibilità che leggi regionali prevedano la possibilità per gli enti "già locali" di una modificazione degli ambiti di competenza fra organi politici e dirigenza, attraverso la riformulazione degli statuti (cfr. disegno di L. n. 1545 "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3", il quale prevede all'art. 2 co. 4°, prevede che "La disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei comuni, delle province e delle città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della regione, secondo le rispettive competenze, conformante a quanto previsto dagli artt. 114, 117, co. 6°, e 118 della costituzione")⁹².

⁹¹ Cfr. L. Oliveri, L'individuazione dei confini che separano la funzione di indirizzo e controllo, spettante agli organi di governo, e la funzione gestionale, spettante alla dirigenza, in *Comuni d'Italia*, dicembre 2001, pag. 1625.

Recentemente tali affermazioni sono state riprese dal Tar Sardegna sent. n. 692/01.

⁹² In senso affermativo, per la "esclusiva" permanenza del principio cfr. G. Sciullo, Intervento al Convegno "Regioni ed enti locali" - Venezia, 11 novembre 2002-11-14. Sulla permanente vigenza del TUEL, anche con riferimento alla materia dell'organizzazione, fino all'entrata in vigore di nuove norme regionali in materia cfr. C.A. Manfredi Selvaggi, Effetti del nuovo assetto costituzionale sull'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, in www.giust.it, 2002-2, il quale osserva come la potestà legislativa residuale delle regioni "...si differenzia dalla concorrente perché "è pura" e cioè non ha il limite ed il vincolo della "determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato". Ciò vuol dire che

1.2. La responsabilità amministrativa alla luce della distinzione tra politica e gestione.

Si deve ora tentare di porre l'attenzione su alcuni dei profili sostanziali della responsabilità amministrativa, in relazione all'anzidetto principio di distinzione, in particolare su alcune delle norme contenute nell'art. 1 co. 1°, 1° ter e 1° quater, della L. n. 20/1994, come modificato dall'art. 3 della L. n. 639/1996.

La riforma della responsabilità amministrativa attuata attraverso tali leggi⁹³, viene inquadrata⁹⁴ proprio nell'ambito del "nuovo modello di dirigente pubblico" e del correlativo principio di distinzione delle sfere "politica" e "gestionale".

Tuttavia, come si è visto, tale modello organizzativo, pur delineato fin dall'inizio degli anni '90, si è in realtà definito, quantomeno sotto il profilo normativo, solo alla fine del decennio mentre le norme in materia di responsabilità amministrativa sono state poste nel corso di tale processo.

Per ciò che concerne quanto stabilito dall'art. 1 co. 1° ter, "nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a

lo Stato può legiferare anche in tali materie ma le regioni non sono vincolate a quanto disciplinato dallo Stato, potendo ben discostarsene con una disciplina autonoma. In tale potestà legislativa residuale quindi le regioni hanno soli i limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato però può legiferare per cui rimangono validi tutti i testi legislativi vigenti anche nelle materie non riservate allo Stato o alla potestà concorrente (si pensi solo alla legge sul procedimento amministrativo, alla legge quadro sui lavori pubblici, o al TU delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Anzi, su questa strada ci si è spinti fino ad affermare, proprio in relazione al TUEL che "i principi fissati dalla legislazione statale, pur non essendo certamente vincolanti per la potestà legislativa residuale delle Regioni, costituiscono pur sempre punti di riferimento della materia che non possono essere disattesi a cuor leggero (T. Miele, La riforma costituzionale del titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento, in www.gius.it n. 11/2001)..."

⁹³ Cfr. S. Pilato, Personalità della responsabilità amministrativa e parziarietà dell'obbligazione risarcitoria: aspetti teorici e profili sistematici, in *RCdC*, 1996, 2, pp. 367 e ss., e La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/94, Padova, Cedam, 1999; F. Staderini, La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione, in *RCdC*, 1996, 2, pagg. 293 e ss.; A.L. Borrelli, Il pubblico ministero contabile e l'attività discrezionale, in *RCdC*, 1996, 2, pagg. 375 e ss.; M. Ristuccia, Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti, in *RCdC*, 1997, 2, pp. 245 e ss.; P. Maddalena, La colpa nella responsabilità amministrativa, in *RCdC*, 1997, 2, pagg. 272 e ss.; L. Giampaolino, Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti. Innovazioni in tema di responsabilità amministrativa, in *Foro Amm.*, 1997, 11-12, pp. 3328 e ss.; F. Staderini, La giurisdizione contabile oggi, in *RCdC*, 1997, 5, pp. 345 e ss.; I. Nicoletti, La nuova disciplina della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti locali, in *Amm. e cont.*, 1999, - nn. 1-2, pp. 38 e ss.; P. Santoro, I nodi caldi della responsabilità amministrativa, *ivi*, pp. 96 e ss.; L. Schiavello, Responsabilità amministrativa, in *Enc. dir.*, III agg. pagg. 895 e ss.; P. Maddalena, La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale, in www.amcortecont.it e Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo, in www.lenuovevociheldiritto.com/testi/maddalena/html; A. Ciaramella, La cd. "riserva" di funzione amministrativa ed il suo significato nel sistema della responsabilità amministrativa. L'ambito di immunità dalla responsabilità amministrativa dei componenti delle Assemblee legislative regionali, a fronte di un'autonomia "forte" costituzionalmente garantita, in www.amcorteconti.it; L. Schiavello, La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, Giuffrè, 2001; C. Pagliarin, Colpa grave ed equità nei giudizi innanzi alla Corte dei conti, Università di Ferrara, 2002.

⁹⁴ Cfr. E.F. Schlitzer, Profili sostanziali della responsabilità amministrativo contabile, in *AA.VV.* (a cura di E.F. Schlitzer), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, pagg. 41 e ss.

coloro che hanno espresso voto favorevole. Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione...". Si è in presenza di una disposizione che, nel circoscrivere i profili di responsabilità degli organi deliberativi di derivazione politica, sembra tener conto di un modello organizzativo nel quale l'attività amministrativa, anche nella sua esplicazione concreta, era ancora saldamente concentrata presso di essi.

Il principio di distinzione fra politica e gestione si trova piuttosto enunciato nella seconda parte della disposizione, ove si afferma l'irresponsabilità per gli atti approvati, autorizzati o consentiti, in buona fede, dagli organi politici, rientranti nella competenza "propria" degli uffici tecnici e amministrativi. È stato al riguardo osservato che gli "...istituti richiamati (approvazione, autorizzazione, assenso all'esecuzione) rimarcano la diversa titolarità degli atti, nel senso che trattasi di atti di competenza altrui che dagli organi politici sono soltanto approvati o autorizzati" nell'esecuzione. Il rapporto dei titolari degli organi politici con questi atti è comunque un rapporto di controllo o di procedimento di secondo grado...".

Anche in tal caso tuttavia la configurazione dei rapporti organizzativi tra politica ed amministrazione sembra tuttavia ancora concentrata su quelle attività (e conseguenti atti) per le quali sussista tuttora una competenza degli organi politici, e sulla necessità che alla decisione pervenga attraverso "...adeguate istruttorie, trasparenti proposte, congrui pareri amministrativi e tecnici, in relazione alle diverse fattispecie procedurali...". Un'ottica, quindi, ancora di condivisione di competenze fra tecnici ed amministratori.

In generale, pur in presenza di attribuzioni degli uffici tecnici, "...è da dire che spetta pur sempre agli amministratori dell'ente locale la generale attività di cura ed attenzione circa il regolare andamento dei servizi municipali⁹⁵".

Le esemplificazioni appena proposte, sicuramente incomplete data la estrema varietà di fattispecie ipotizzabili ed in concreto esaminate dalla giurisprudenza tendono comunque ad evidenziare come, l'interrelazione della

⁹⁵ Cfr. CdC, sez. II, centr. n. 85/2002/A del 21 febbraio 2002.

responsabilità amministrativa fra dirigenza (responsabili di servizi) e organi politici sia, quantomeno con riguardo agli enti locali, ancora molto evidente.

Quanto alla responsabilità esclusiva dei dirigenti, essa viene affermata o con riferimento alle ipotesi in cui, pur trattandosi di attività che comunque presuppongano un intervento deliberativo, sussista la "buona fede" degli amministratori ovvero, in maggior parte, nel caso di attività prettamente tecnico-amministrative, che non coinvolgano in alcun modo il livello di governo⁹⁶. Responsabilità esclusiva del dirigente è stata anche affermata abbastanza recentemente da Sez. II, 11 aprile 2000, n. 129 secondo cui "...Il dovere di diligenza, che obbliga qualunque pubblico impiegato ad assicurare il più efficace rendimento nel servizio, deve essere particolarmente avvertito da parte dei dirigenti ai quali è richiesto un impegno di tipo manageriale da valutarsi, non solo con riferimento alla legittimità formale dell'azione amministrativa, ma anche con riguardo all'efficacia e all'efficienza dell'azione stessa; sussiste pertanto, la responsabilità per colpa grave dei dirigenti che, anche per assenza della collaborazione e cooperazione reciproche, abbiano esposto l'ente di appartenenza alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'omessa copertura assicurativa contro il rischio incendio di un bene di proprietà pubblica...".

Detta responsabilità amministrativa (anche dei preposti ai servizi), peraltro, è stata esclusa, allorché l'evento dannoso sia riconducibile ad omissione di iniziative che richiedano comunque l'impulso da parte degli organi di governo⁹⁷.

Può quindi ritenersi, come prima approssimazione, che la giurisprudenza contabile, tuttora individui frequenti punti di contatto e conseguente corresponsabilità fra dirigenza e governo sicché appare ancora arduo individuare nette linee di confine, se non con riferimento alle vicende, caratterizzate da marcata tecnicità e non coinvolgenti, nemmeno sotto il profilo dell'alta vigilanza, gli organi di vertice politico amministrativo.

⁹⁶ Cfr. CdC, sez. III, 3 agosto 2001, n. 225.

⁹⁷ Cfr. CdC, sez. Umbria, 7 febbraio 2001, n. 64 - "...deve escludersi la responsabilità amministrativa per mancanza di colpa grave dei funzionari istruttori di un comune per l'omesso contrasto dell'abusivismo pubblicitario, fenomeno eventualmente riconducibile ad altri presupposti causali, quali l'incertezza normativa (sino al 31 dicembre 1998) e l'omesso impulso di atti di organizzazione dei servizi da parte di altri soggetti al vertice della struttura amministrativa)

Inoltre si vede come venga ad evidenziarsi una possibile scriminante per la dirigenza nel caso di omissione da parte del vertice politico dell'adozione dei necessari atti di indirizzo.

La questione del riparto di responsabilità fra "politica" e "dirigenza" può anche essere osservata anche con riguardo alla disposizione di cui all'art. 1 della L. n. 20/1994, che stabilisce per il giudice contabile "...l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali...⁹⁸".

Va ricordato infine che è ricorrente, tuttora, l'affermazione in giurisprudenza circa la non rilevanza del profilo dell'illegittimità dell'atto amministrativo nel giudizio contabile in quanto gli atti della Pubblica amministrazione "...non vengono in rilievo come tali ma come fatti giuridici idonei a modificare la realtà giuridica ed a produrre i conseguenti effetti giuridici; e pertanto, l'accertamento anche incidentale, del giudice contabile non cade mai sulla legittimità -illegittimità di un atto, ma sulla liceità - illiceità del fatto giuridico che ha comportato una diminuzione patrimoniale per la P.A.⁹⁹.

Infatti, nell'ambito dei danni derivanti da provvedimenti, la situazione dannosa viene a realizzarsi proprio a causa di un atto o provvedimento formalmente legittimo portato ad esecuzione.

Infine, per ciò che concerne ancora il rapporto "politica" - "dirigenza", può osservarsi che le sentenze contabili, nella maggior parte, allorché hanno trattato la questione, avevano oggetto attività poste in essere da amministratori degli enti, sia di livello prettamente politico (consigli comunali, giunte, sindaci), sia di tipo politico-amministrativo (consigli di amministrazione).

Ciò nella considerazione che ambiti di vera discrezionalità, alla dirigenza, sono stati riconosciuti solo recentemente, con le innovazioni introdotte nel Tuel e nel D.L.vo n. 165/01, discutendosi, in passato finanche sulla possibilità che la dirigenza potesse emettere atti a carattere pubblicistico (seppure vincolati).

⁹⁸ Quanto alla nozione di "discrezionalità amministrativa", ci si limita a richiamarne l'accezione di "facoltà di scelta" fra più opzioni ugualmente lecite nell'adozione di provvedimenti rivolti all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse (cfr. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, pp. 65 e ss.; Landi - Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1974, pag. 11). In particolare detto fine deve essere rispondente alla causa del potere esercitato ("...non già dunque un qualsiasi fine pubblico, ma solo quello specifico per il quale la norma abbia attribuito "quel potere" alla P.A...." (cfr. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, vol. I, pag. 376).

⁹⁹ Cfr. CdC, sez. riun., sent. 18 aprile 1996 n. 22/A, in *RCdC*, 1996, 4, II, pag. 41.

1.3. La responsabilità amministrativa nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il d. lgs. n. 267/00: un equivoco normativo da chiarire.

Con specifico riferimento al testo unico degli enti locali si può affermare che esso consolida la disciplina ex art. 58 L. n. 142/90. Infatti l'articolo 93 del tuel considera, al primo comma, il rinvio alle norme e alle disposizioni vigenti sulla responsabilità degli impiegati civili dello stato; al comma quarto, invece, si afferma che la prescrizione dell'azione matura in cinque anni dalla commissione del fatto: inoltre la responsabilità non si estende agli eredi, salvo il caso di illecito arricchimento degli stessi¹⁰⁰.

Sia l'enunciazione del principio della personalità della responsabilità, che la previsione del termine quinquennale di prescrizione sembrano pleonastiche perché già stabilite dalle norme statali per tutti gli impiegati, già operative nell'ordinamento locale, essendo pubblici dipendenti anche quelli che prestano il proprio servizio presso gli enti territoriali.

Piuttosto va risolto l'equivoco per cui le norme non si riferiscono che ai Comuni e alla Province, lasciando così scoperti gli amministratori e i dipendenti degli altri enti locali: per es., le Comunità montane. Solo la lettura sistematica di tutto l'impianto normativo in parola permette di fugare tale dubbio (e tale sciagura!).

L'articolo 93 rinvia alle norme statali, valide per tutti i dipendenti pubblici; talché ogni amministratore e dipendente pubblico deve ritenersi sottoposto alle norme suddette, senza alcuna eccezione. Anzi è tale la chiarezza di tali disposizioni che le norme sulla responsabilità amministrativa si estendono automaticamente ad ogni ente locale: per es. anche alle Camere di Commercio, alle Unioni di Comuni, etc.

¹⁰⁰ Le norme recate dal presente articolo vanno sistematicamente interpretate tenendo conto che, per il principio generale espresso dall'art. 2935 c. c., "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere"; pertanto poiché non sarebbe utilmente azionabile alcuna pretesa risarcitoria in un momento in cui il danno non sia ancora concreto ed attuale, dette disposizioni vanno intese nel senso che la prescrizione decorre dal momento in cui, con il concretizzarsi del danno, viene a completamento la fattispecie illecita produttiva del danno stesso (cfr CdC Toscana, sez. giurisd., 29 maggio 1998, n. 322, in RCdC 1998, IV, pag. 102).

Secondo la Suprema Corte di Cassazione¹⁰¹ l'art. 58, oggi l'art 93 Tuel, ha avuto l'effetto di estendere al settore della responsabilità per danno erariale arrecato all'ente locale dal suo amministratore o dipendente le norme di carattere processuale che riservano alla giurisdizione della Corte dei Conti tutte le controversie in tema di responsabilità patrimoniale di funzionari, agenti ed impiegati statali, con la conseguenza che viene meno, anche rispetto agli amministratori degli enti locali, la necessità di distinguere tra responsabilità formale (riservata alla giurisdizione contabile ai sensi dell'articolo 260 r.d. n. 383/34) e generica responsabilità amministrativa (riservata alla giurisdizione ordinaria dagli articoli 261 e 265 r. d. citato, abrogati in forza dell'articolo 64 l. n. 142/90).

1.4. Il modello italiano della dirigenza pubblica: dallo Stato unitario alla legge n. 145 del 2002

L'accoglimento del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo amministrativo dalle funzioni di gestione, introdotto nell'ordinamento degli Enti locali a far data dalla l. n. 142/1990, ha avuto significative ripercussioni sul piano organizzativo di tali enti, determinando un nuovo assetto dei criteri di riparto delle funzioni amministrative comunali e l'attribuzione alla dirigenza locale di competenze esterne.

La dimensione organizzativa del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione proietta importanti riflessi anche sul piano del riparto delle responsabilità, sia penale che amministrativa, fra amministratori locali, da un lato, e dirigenti e segretari comunali, dall'altro. Tale situazione ha sollecitato un ripensamento, da parte della giurisprudenza contabile, in merito ai presupposti della responsabilità amministrativa e contabile.

Per questo motivo appare indispensabile, per una più completa comprensione dello sviluppo della giurisprudenza sulla responsabilità amministrativa e contabile della dirigenza e del segretario comunale, effettuare un

¹⁰¹ Cfr. Cass. Civ. S. U. 12 giugno 1999, n. 325, in Giust. Civ. mass. 1999, pag. 1339.

esame della distinzione tra attività di indirizzo ed attività di gestione, ricostruendo le continue oscillazioni di tale dicotomia all'interno del nostro ordinamento.

1.4.1. La disciplina normativa nell'Italia postunitaria: dalla legge Cavour del 1853 alla Costituzione repubblicana del 1948.

La dirigenza ha rappresentato, sin dalle origini dello Stato italiano, il momento di collegamento tra politica e amministrazione, il punto di emersione delle contraddizioni insite in tale relazione. Negli ordinamenti democratici moderni la dirigenza è, difatti, caratterizzata dalla tensione fra due valori inevitabilmente confliggenti: il principio di sovranità popolare, espressione della rappresentanza politica, e il principio di imparzialità, che richiede un'amministrazione al servizio dell'intera collettività, non del ceto politico¹⁰².

Il modello originario del rapporto venne disegnato dalla legge Cavour n.1611 del 1853 che delineò un assetto gerarchico-piramidale dell'amministrazione, frutto del connubio tra principi costituzionali inglesi e criteri organizzativi di derivazione francese. Da un lato, infatti, secondo l'ispirazione inglese, venne affermata la piena responsabilità dei Ministri dinanzi al Parlamento, non soltanto per la direzione dell'attività amministrativa, ma anche per l'esecuzione (non fu riconosciuta alcuna rilevanza esterna agli uffici dei ministeri e agli atti dei rispettivi dirigenti). Dall'altro lato, però, nell'organizzazione dello Stato, si adottò un modello accentrato di stampo napoleonico, in cui i ministeri erano i veri gestori di tutte le politiche¹⁰³. In questo modello, quindi, l'alta burocrazia scompariva dietro il ministro, risultando formalmente priva di autonomi poteri, agendo esclusivamente su delega o per conto dell'organo politico.

Questo modello fu messo in discussione appena pochi anni dopo da numerose proposte di riforma, rimaste però soltanto sulla carta. Tali progetti miravano, da un lato, a superare la finzione costituzionale della responsabilità ministeriale; dall'altro lato si proponevano di portare a compimento la

¹⁰² Battini S., *Il personale*, in Cassese S. (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, parte Generale, Tomo I, Giuffrè, Milano 2003, pp. 524.

¹⁰³ Nell'organizzazione ministeriale le due figure chiave erano il segretario generale, chiamato ad assicurare una sorta di mediazione tra il ministro ed i vertici degli apparati, ed il segretario particolare del ministro.

distinzione fra governo e amministrazione, al fine di frenare il fenomeno deprecabile della commistione tra politica e amministrazione.

Con l'avvento della Sinistra nel 1876, si registrarono cambiamenti significativi nel rapporto tra amministrazione e politica, per il venir meno della osmosi tra vertici politici e vertici amministrativi (fenomeno che caratterizzò il primo ventennio postunitario, favorito dalla ristrettezza delle élites dirigenti del Paese). Successivamente all'approvazione del primo Statuto dell'impiego pubblico nel 1908, la burocrazia accettò di assumere un ruolo subalterno nella determinazione delle linee di azione dell'amministrazione, a favore della classe politica; in altri termini, la dirigenza preferì rinunciare alle responsabilità per "rifugiarsi" in un sistema di garanzia delle carriere e di stabilità dell'impiego¹⁰⁴.

Nel periodo fascista il rapporto fra politica e amministrazione non subì significative modifiche.

Il modello cavouriano, quindi, rimasto sostanzialmente in vigore per oltre un secolo, subì mutamenti profondi con l'approvazione della Costituzione repubblicana del 1948, che introdusse per la prima volta il tema della distinzione dell'amministrazione dal governo (artt. 97 e 98 Cost.). Nel dibattito in sede di Assemblea costituente, emerse l'opportunità di stabilire norme di rango costituzionale sull'amministrazione, che prevedessero, peraltro, il riconoscimento di un ruolo autonomo della dirigenza in funzione dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione stessa, nonché di un suo corretto rapporto con la classe politica¹⁰⁵.

La Costituzione del 1948, tuttavia, non sembra offrire in merito al rapporto politica-amministrazione indicazioni univoche. Una contraddizione si rinviene tra gli artt. 95 e 97. Il primo afferma che i ministri sono responsabili individualmente degli atti dei propri dicasteri e parrebbe, dunque, optare per una precisa scelta in favore di un ordinamento amministrativo statale accentrato e gerarchizzato, dove il ministro tenga sotto controllo l'azione amministrativa del proprio dicastero.

¹⁰⁴ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* È proprio a partire dal termine dell'età giolittiana che si è assistito al distacco del personale amministrativo dalla sfera politica ed il suo affermarsi sempre più come ceto separato, anche se sottomesso alla politica.

¹⁰⁵ Fautore di questa linea di pensiero fu Costantino Mortati che espresse l'esigenza di assicurare ai funzionari, "*al servizio della collettività e non dei singoli partiti, alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici*" riportato in Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., p. 47.

L'altro, invece, nel disporre che l'ordinamento dei pubblici uffici determina sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità dei funzionari, sembrerebbe prevedere una distinzione fra momento della scelta politica e quello della sua attuazione amministrativa, demandata a funzionari autonomi e responsabili del proprio agire¹⁰⁶.

Un'altra contraddizione tra le disposizioni della Carta costituzionale può ravvisarsi fra lo stesso principio della responsabilità ministeriale per gli atti dei dicasteri e il principio di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 comma 1). La responsabilità ministeriale esprime, difatti, un'idea di politicizzazione dell'attività amministrativa, nel senso che l'organo politico tenderà a ricondurre in tutti gli atti riferiti alla sua responsabilità personale, ben precise preferenze politiche. Ciò è quindi in contrasto con il principio di imparzialità dell'amministrazione¹⁰⁷.

Nella Costituzione può dirsi, comunque, che emerge un quadro certamente innovatore rispetto al passato: essa prefigura non un modello univoco dell'organizzazione amministrativa, bensì una pluralità di possibili modelli organizzativi. Essa sembra prevedere, rifiutando il modello gerarchico, un'amministrazione garantita dalle ingerenze illecite della politica, ma non per questo isolata dalla direzione politica: in tal senso l'appartenenza al medesimo titolo di entrambi gli artt. 95 e 97 Cost. pare esprimere proprio un *continuum* fra governo e amministrazione, al fine di garantire l'unità di indirizzo, senza pregiudicare l'attribuzione di autonomi poteri e responsabilità alla burocrazia.

L'attuazione del quadro costituzionale ha visto, però, il prevalere del principio della responsabilità ministeriale, o meglio la sua interpretazione più restrittiva¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., pp. 50-51. Tale antinomia è peraltro confermata dal principio generale di cui all'art. 5 Cost., per cui la Repubblica attua, nei servizi che dipendono dallo Stato, il più ampio decentramento amministrativo. Ciò non può non significare anche autonomia di decisione e autonoma responsabilità dei vertici amministrativi.

¹⁰⁷ D'Orta C., *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1994, 1, p. 159. A sostegno dell'imparzialità dell'amministrazione possono altresì richiamarsi altre disposizioni costituzionali, quali quella sul reclutamento dei pubblici dipendenti tramite concorso (art. 97, comma 3), e soprattutto quella per cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98, comma 1).

¹⁰⁸ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 160-161. Ciò ha alimentato la concezione della burocrazia come apparato esclusivamente ausiliario e esecutivo.

1.4.2 Dall'istituzione della dirigenza statale (D.P.R. n. 748 del 1972) alla "controriforma" (legge n. 145 del 2002)

Nel corso degli anni '60 del secolo scorso, in dottrina, ha cominciato a farsi strada un orientamento interpretativo nuovo, secondo il quale l'antinomia fra gli artt. 95 e 97 della Costituzione sarebbe solo apparente. Nel nuovo sistema costituzionale, che dà rilievo ai valori del policentrismo, del pluralismo e della specializzazione, la responsabilità del ministro per gli atti del proprio dicastero va intesa in senso meno rigido, ossia come responsabilità politica complessiva per tutti gli atti di quel ramo di amministrazione, e come responsabilità specifica per quanto attiene alle proprie attribuzioni. L'art. 95, dunque, non pregiudicherebbe l'attribuzione di autonomi poteri e responsabilità alla burocrazia¹⁰⁹.

In questo nuovo quadro è maturata quella che è stata definita la più significativa riforma organizzativa dopo la Costituzione, attuata con il D.P.R. n. 748 del 1972¹¹⁰: l'istituzione, mediante una scissione dell'ex carriera direttiva, della dirigenza statale, con l'obiettivo di attenuare la relazione gerarchica tra organi politici e uffici burocratici, e di attribuire alla dirigenza maggiori poteri¹¹¹.

La dirigenza dello Stato venne articolata in tre qualifiche gerarchicamente ordinate: primo dirigente, dirigente superiore e dirigente generale. Ad esse si aggiungevano particolari qualifiche ancora superiori in alcune amministrazioni (ad es. i prefetti di prima classe nell'amministrazione dell'interno)¹¹².

Caratteristica fondamentale del nuovo modello fu il tentativo di sottrarre l'alta burocrazia alla piena dipendenza gerarchica dal ministro, trasformandola in un corpo di collaboratori del vertice politico dotato di competenze proprie ed autonome. A ciascun livello dirigenziale vennero attribuiti non soltanto precisi compiti di direzione di uffici (o ispettivi o di studio), ma, soprattutto, nell'ambito di

¹⁰⁹ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 161-162.

¹¹⁰ Il D.P.R. fu adottato in base alla legge delega n. 249 del 1968, integrata e modificata dalla legge delega n. 775 del 1970.

¹¹¹ Battini S., *Il personale*, op. cit., p. 526.

¹¹² D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 162-163. Il dirigente generale è caratterizzato da una continua e stretta collaborazione con il ministro, e quindi è implicato nelle scelte di tipo politico-amministrativo; il dirigente superiore è chiamato ad esplicare attività di carattere ispettivo; il primo dirigente è preposto ad uffici o divisioni che non rivestono posizioni di carattere strategico all'interno dell'amministrazione.

indirizzi e programmi definiti dal ministro, effettivi e autonomi poteri di decisione, nonché poteri negoziali in nome e per conto dell'amministrazione (secondo le materie ed entro i limiti di importo stabiliti dalla legge). A tali poteri fu fatta corrispondere una precisa responsabilità dirigenziale per i risultati, connessa all'osservanza degli indirizzi del governo e del ministro e all'azione degli uffici di preposizione.

Si prevede, infine, che sulle attribuzioni dei dirigenti il ministro non potesse incidere se non attraverso atti formali di annullamento, revoca o riforma dei provvedimenti dei dirigenti (da adottare entro un breve termine) ovvero, per limitate categorie di atti, con provvedimenti espliciti di riserva a sé o di avocazione di questioni¹¹³. All'attribuzione alla dirigenza dei nuovi compiti, corrispose l'introduzione di un nuovo tipo di mobilità verticale ed orizzontale¹¹⁴.

La riforma del 1972, però, non produsse i risultati sperati dal legislatore, non riuscendo nel tentativo né di creare un rapporto nuovo tra politica e amministrazione, né di delineare una nuova figura di dirigente pubblico.

Nella legge, da un lato, convivevano ancora residui della tradizionale concezione dell'organizzazione statale assieme a spunti di novità. Infatti, il decentramento di poteri ai dirigenti si rivelava in realtà sostanzialmente timido¹¹⁵. Dall'altro lato, alle indecisioni legislative si sommarono poi carenze attuative, nel senso che in sede di attuazione, le norme di maggior rilevanza furono disapplicate o ebbero un'applicazione molto timida, secondo un atteggiamento decisamente conservatore¹¹⁶.

In definitiva, la riforma della dirigenza era fallita per effetto di due forze contrapposte, ma convergenti nei risultati: da una parte, la resistenza dei vertici

¹¹³ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., pp. 65-66.

¹¹⁴ Cassese S., *L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato*, in *Politica del diritto*, 1998, 1, pp. 162-163. Per quanto concerne la mobilità verticale, si prevede che al primo livello della dirigenza (primo dirigente) potesse accedersi con un corso-concorso, unico per tutti i ministeri, gestito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione, collocata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Tuttavia tale nuovo meccanismo di selezione non ebbe successo. La mobilità orizzontale fu introdotta dalla L. n. 382 del 1975 che istituì un ruolo unico per tutti i dirigenti, salvo alcune eccezioni. In tal modo la gestione della carriera veniva sottratta ai singoli ministeri e si consentiva una mobilità orizzontale, con il passaggio da un ministero all'altro. Tuttavia la disposizione relativa alla costituzione di un ruolo unico dei dirigenti, seppur mai abrogata, non venne in realtà mai attuata.

¹¹⁵ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 162-164. Ciò sia per i limiti ad esso posti (tetti di importo ai poteri di spesa dei dirigenti, fra l'altro ben presto erosi dall'inflazione, ed esclusione di alcune categorie di atti), sia per la persistenza di penetranti poteri di ingerenza del ministro nelle attribuzioni dei dirigenti.

¹¹⁶ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 162-164. In tal senso, lungi dal difendere le proprie esclusive attribuzioni, la dirigenza accettò di buon grado il ridimensionamento di ruolo rispetto alle previsioni della riforma.

politici a spogliarsi del potere che avevano da sempre esercitato e che hanno continuato di fatto a conservare; dall'altra, l'atteggiamento passivo dei dirigenti, intimoriti dalle nuove competenze che la legge comportava¹¹⁷.

Alla fine degli anni '80 del XX secolo ha ripreso vigore il dibattito sul rapporto fra politica e amministrazione e sulla dirigenza pubblica. Il principio dell'autonomia ha iniziato a delinarsi come criterio regolatore dei rapporti fra politica e amministrazione: la distinzione tra la funzione di indirizzo politico-amministrativo e la funzione di gestione amministrativa si è affermata come valore funzionale alla creazione di un'autentica classe dirigente amministrativa.

Il primo passo verso una decisa valorizzazione dell'autonomia gestionale della dirigenza è stato compiuto dalla legge n. 88 del 1989 sulla ristrutturazione dei due maggiori enti del parastato: INPS e INAIL. Tale legge ha potenziato il ruolo della dirigenza, sia mediante più precise attribuzioni, sia invertendo l'ordinario criterio in tema di competenze residuali, e cioè affidando queste competenze non all'organo politico ma alla dirigenza¹¹⁸.

Il secondo intervento riformatore è stato attuato con la legge n. 142 del 1990 sull'ordinamento delle autonomie locali. In essa è stabilito in modo netto il principio per cui la definizione degli obiettivi e i poteri di indirizzo e controllo spettano agli organi politici, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti¹⁸.

Negli anni '90 nel nostro Paese sono state approvate molte importanti riforme amministrative: esse hanno avuto avvio con la riforma del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, attuata con il D.Lgs. n. 29 del 1993 e con la quale si è attuata, tra l'altro, la c.d. "prima" privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici¹¹⁹.

¹¹⁷ Colapietro C., *Government and Administration...* op. cit., pp. 66-67. Questa disamina è stata efficacemente sintetizzata da S. Cassese con la formula per cui tra dirigenza politica e dirigenza amministrativa ha operato, nonostante le riforme, uno "scambio sicurezza-poteri", nel quale i dirigenti hanno di fatto rinunciato ad esercitare gli autonomi poteri amministrativi e di gestione ad essi conferiti dalle norme in cambio della esenzione da responsabilità e della non eccessiva interferenza dei politici sulla loro carriera e sicurezza di *status*.

¹¹⁸ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., pp. 166-167

¹¹⁹ È stata inizialmente messa in dubbio la legittimità costituzionale della c.d. prima privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti (generalmente), in particolare per violazione dell'art. 97 della Costituzione (volto a garantire l'autonomia dei funzionari e l'imparzialità dell'amministrazione). La sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1996, nel riconoscere la legittimità della nuova normativa, ha affermato in particolare che "*una diversificazione del regime del rapporto, con duplicazione della relativa fonte, non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è, come accade per i magistrati, una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad esempio, stabilità ed*

Novità del decreto è, anzitutto, il carattere tendenzialmente generale del nuovo assetto del rapporto politica-amministrazione, non più limitato a specifici settori dell'amministrazione¹²⁰.

Principi cardine della riforma, per quanto di immediato interesse, sono:

- a. attribuzione dell'autonomia gestionale ed operativa ai dirigenti: la legge ha attuato in modo netto il principio di separazione tra politica ed amministrazione, riservando ai dirigenti l'attività gestionale e al ministro il solo potere di indirizzo e coordinamento. L'art. 3 del decreto legislativo sancisce una netta distinzione delle rispettive competenze. In base ad esso, agli organi di governo è riservata l'individuazione degli obiettivi generali e dei programmi da realizzare e la verifica della corrispondenza dei risultati dell'attività espletata agli indirizzi impartiti⁵¹ alla dirigenza spetta la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica. Ciò comporta per il dirigente, in definitiva, la possibilità di adottare tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno²¹
- b. strettamente connessa è l'affermazione del principio di responsabilità, in quanto l'autonomia dirigenziale nella gestione del proprio ufficio, al fine del conseguimento degli obiettivi fissati in sede politica, comporta la responsabilità per il perseguimento degli obiettivi stessi¹²¹
- c. tra dirigenza e organo politico non sussiste più una relazione di tipo gerarchico, che implicava il potere di ingerenza concreta da parte del ministro nell'attività dei dirigenti, ma una forma di sovraordinazione meno intensa, inquadrabile nella direzione. Nella direzione manca il potere di ordine dell'organo sovraordinato,

inamovibilità". La scelta "tra l'uno e l'altro regime resta affidata alla discrezionalità del legislatore", ferma restando la necessità di garantire il "corretto bilanciamento" tra imparzialità e buon andamento, riservando, come nella fattispecie, alla legge "una serie di profili ordinamentali", e sottraendo conseguentemente alla contrattazione tutti quegli aspetti "che partecipano del momento organizzativo della pubblica amministrazione". In definitiva, la Corte chiarisce come l'imparzialità "non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del pubblico dipendente, ben potendo viceversa trovare regolazione... in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici".

¹²⁰ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., p. 170. Tale assetto, naturalmente, può valere soltanto nelle amministrazioni in cui gli organi di governo sono direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica: ministeri e amministrazioni statali, regioni, province, comuni.

¹²¹ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., p. 72.

sostituito dal potere di emanare indirizzi e direttive: l'ordine pretende mera applicazione, mentre la direttiva implica un adattamento valutativo da parte dell'ufficio subordinato, ammettendo altresì la non attuazione, se motivata¹²²;

d. la semplificazione delle qualifiche dirigenziali: si passa dalle tre qualifiche di cui alla normativa precedente il 1993 a due (dirigente generale e dirigente);

e. modifica dei criteri di reclutamento e formazione: sono mutati in modo incisivo i criteri di reclutamento e di formazione, con la riforma della Scuola superiore della pubblica amministrazione;

f. in tema di nomina dei dirigenti generali, il decreto legislativo ne prevede tre forme diverse¹²³.

Punto fondamentale della riforma del '93, è che la dirigenza generale dello Stato è stata esclusa dalla c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro, al fine di garantire la sua posizione di autonomia nei confronti del corpo politico¹²⁴.

La distinzione delle sfere di competenza tra indirizzo e gestione non ha determinato, comunque, l'interruzione di quel necessario processo caratterizzato da reciproche influenze e condizionamenti tra politica e amministrazione, che anzi il legislatore si fa carico di disciplinare, provvedendo a coordinare i compiti degli organi politici e le attribuzioni dirigenziali secondo un processo di natura circolare²⁵.

Prima ancora che si completasse la fase transitoria della prima privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, il legislatore è intervenuto nuovamente per portare a compimento la riforma, conferendo al Governo una nuova delega con la legge n. 59 del 1997¹²⁵, da cui sono poi derivati i

¹²² Cassese S., *L'alta dirigenza italiana...*, op. cit., pp. 163-164.

¹²³ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., p. 172. La distinzione tra le due sfere non potrà determinare una totale incomunicabilità tra politica e amministrazione, in quanto il dirigente svolgerà comunque un ruolo essenziale: una sorta di cerniera fra pubblica amministrazione e politica, fungendo altresì da supporto a quest'ultima nell'individuazione degli elementi essenziali delle direttive di azione impartite alla pubblica amministrazione.

¹²⁴ Cassese S., Mari A., *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, *Politica del diritto*, 2001, 1, pp. 13-14.

¹²⁵ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., pp. 73-74. La legge delega n. 59 del 1997 (la c.d. "legge Bassanini 1") rappresenta l'avvio di un'organica riforma della pubblica amministrazione nel segno del decentramento e della semplificazione amministrativa, che investe il rapporto stesso tra il sistema amministrativo, il sistema politico e la società civile.

successivi decreti legislativi nn. 80 e 387 del 1998 (la c.d. "seconda" privatizzazione della dirigenza pubblica).

Il D.Lgs. n. 80 del 1998 ha esteso il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali delle amministrazioni pubbliche, che erano stati esclusi dalla prima privatizzazione; in particolare, riformulando gli artt. 3 e 14 del D.Lgs. 29/93, ha sviluppato il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, tracciando una linea netta di separazione tra poteri politici e poteri dirigenziali. La nuova versione dell'art. 3, comma 1, contiene, infatti, un elenco tassativo delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo di competenza del ministro, con la conseguenza che tutte le attribuzioni residue rientrano nell'ambito delle competenze dirigenziali, indicate peraltro nel comma 2¹²⁶, e garantite da una duplice clausola di salvaguardia: quella di cui al successivo comma 3, contenente l'espressa previsione che le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni legislative¹²⁷; e quella prevista dall'art. 45 comma 1 del D.Lgs. n. 80 del 1998, secondo cui "**le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi... si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti**"¹²⁸.

Altri punti salienti della riforma del 1998 sono:

- a. i dirigenti statali, compresi i dirigenti di più alto livello, sono inseriti in un ruolo unico articolato in due fasce¹²⁹;
- b. i dirigenti sono legati all'amministrazione da un rapporto di lavoro di diritto privato, regolato contrattualmente;
- c. tutti gli incarichi dirigenziali dello Stato sono conferiti a tempo determinato ed hanno una durata compresa fra i 2 e i 7 anni,

¹²⁶ Battini S., *Il personale*, op. cit., p. 536. Nell'ambito di questo processo, mentre l'indirizzo politico-amministrativo condiziona la gestione amministrativa, quest'ultima influisce sull'elaborazione degli indirizzi, soprattutto attraverso le informazioni provenienti dagli uffici di controllo.

¹²⁷ D'Orta C., *Politica e amministrazione*, in Carinci F. e %oppoli L. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano 2005, p. 955. Nel secondo comma non si parla più, come nella versione originaria, soltanto di "gestione", ma si fa riferimento espresso anche alla "**adozione degli atti e provvedimenti amministrativi**"; parallelamente la responsabilità dirigenziale per risultati, prima riferita all'attività gestionale, è ora ridefinita come responsabilità dei dirigenti, "in via esclusiva", per "**attività amministrativa... gestione e... relativi risultati**". I dirigenti divengono, quindi, titolari esclusivi dell'attività di amministrazione concreta.

¹²⁸ D'Orta C., *Politica e amministrazione*, op. cit., p. 956. Si tratta di una disposizione di interpretazione autentica non retroattiva.

¹²⁹ Cassese S., Mari A., *L'oscuro ruolo...*, op. cit., p. 15. Nella prima fascia sono ricompresi i dirigenti generali e tutti coloro che hanno ricoperto incarichi di tale livello per un periodo di almeno cinque anni, anche non continuativi; nella seconda fascia sono iscritti tutti gli altri.

con facoltà di rinnovo¹³⁰;

d. alla scadenza del contratto, esso può essere rinnovato a discrezione del soggetto competente al conferimento. Prima della scadenza del termine, gli incarichi dirigenziali possono essere revocati nelle ipotesi di inosservanza delle direttive generali o di risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione ovvero per risoluzione consensuale del contratto. Gli incarichi di maggior rilievo (segretari generali e capi dipartimento), invece, seguono le sorti dei governi, in quanto possono essere confermati, revocati o rinnovati entro novanta giorni dal voto di fiducia al nuovo Governo (altrimenti si intendono confermati sino alla loro naturale scadenza).

La reale portata della nuova disciplina della dirigenza pubblica non può essere apprezzata se non viene considerata nell'ambito delle contestuali riforme del sistema amministrativo: la revisione dell'organizzazione del governo (i D.Lgs. nn. 300 e 303 del 1999) e le riforme che hanno investito la struttura dei bilanci delle pubbliche amministrazioni nonché i controlli sull'attività amministrativa (in particolare, rispettivamente, la legge n. 94 del 1997 e il D. Lgs. n. 289 del 1999)¹³¹.

Da ultimo, il D.Lgs. n. 165 del 2001, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", emanato ai sensi dell'art. 1 comma 8 della legge n. 340 del 2000, ha raccolto in un testo unico le norme che regolano i rapporti di lavoro relativamente al personale contrattualizzato dipendente delle pubbliche amministrazioni¹³².

¹³⁰ Cassese S., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale (dopo la legge n.145/2002)*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 12, pp. 1341-1342. Più precisamente gli incarichi di segretario generale dei ministeri, di capo dipartimento o di capo delle strutture articolate in uffici dirigenziali generali, sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri e su proposta del ministro competente ai dirigenti di prima fascia; gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali generali sono conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente, ai dirigenti di prima fascia oppure, nella misura di un terzo, ai dirigenti di seconda fascia o, entro il limite del 5%, ad esperti estranei all'amministrazione; gli uffici di livello dirigenziale sono conferiti con decreto del dirigente generale titolare dell'ufficio di appartenenza.

¹³¹ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., pp. 75-76. In particolare, il disegno di legge di bilancio deve essere accompagnato da apposite "note preliminari", attraverso le quali i ministri illustrano al Parlamento il programma e gli obiettivi che intendono perseguire, in relazione ai quali verranno poi misurati i risultati conseguiti nell'attività svolta. A seguito dell'approvazione della legge di bilancio, i ministri assumono la provvista finanziaria per l'attuazione delle loro politiche ed avviano la gestione annuale con l'emanazione di una direttiva generale per l'azione amministrativa rivolta ai dirigenti, a cui vengono intestate le risorse e le responsabilità per l'attuazione del programma. Si tratta di disposizioni coerenti con la logica della separazione fra funzioni di indirizzo e funzioni di gestione.

¹³² Colapietro C., *Governo e Amministrazione...* op. cit., pp. 80-81. Così prevede la Circolare 31 luglio 2002 del Dipartimento della Funzione Pubblica, contenente le modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza, nella premessa sulle novità della legge.

La legge n. 145 del 2002 si rivela ben più incisiva di quanto appaia ad una prima lettura, come si evince dai suoi concreti contenuti e dall'effettiva portata modificativa. Si tratta, infatti, di un provvedimento di vasta portata, che prevede "**numerosa e profonde modifiche... all'assetto complessivo della dirigenza statale**"³⁴, realizzando pressoché una riscrittura della normativa in materia di dirigenza pubblica statale. La legge ha realizzato un'autentica "controriforma" della dirigenza statale. In essa, possono individuarsi due obiettivi di fondo: l'introduzione nella disciplina della dirigenza di maggiori elementi di flessibilità e di nuove forme di mobilità, da un lato, la determinazione di un nuovo equilibrio tra politica e amministrazione, dall'altro.

Per quanto concerne il primo obiettivo, si fa riferimento al consistente ampliamento delle possibilità di affidamento di incarichi dirigenziali generali a dirigenti di seconda fascia (art. 3, comma 1, lett. d); all'aumento della possibilità di attribuzione degli incarichi dirigenziali sia ad estranei alla pubblica amministrazione particolarmente qualificati, sia a dirigenti di altre amministrazioni pubbliche (art. 3, comma 1, lett. g ed f); alla reintroduzione della modalità di accesso alla qualifica dirigenziale attraverso il corso-concorso selettivo gestito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione, aperto anche agli esterni (art. 3, comma 5); alla previsione di disposizioni volte a favorire la mobilità dei dirigenti per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale (art. 7 comma 1)¹³³. Tuttavia, nella legge, appaiono altresì elementi di rigidità, quali, ad esempio, la disposizione che elimina il criterio della rotazione nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali (art. 3, comma 1, lett.a), nonché quella che sopprime il ruolo unico della dirigenza e ricostituisce distinti ruoli dirigenziali presso ciascuna amministrazione dello Stato (art. 3, comma 4).

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, il legislatore ha inteso fissare un

¹³³ D'Auria G., *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, Giornale di diritto amministrativo, 2002, 11, p. 1158. Il ruolo unico dei dirigenti avrebbe dovuto costituire uno strumento diretto a consentire la circolazione dei dirigenti fra le amministrazioni statali. Tuttavia, in realtà, ha svolto solo in parte tale funzione, mentre ne ha compiuta una non prevista: quella di legittimare le amministrazioni a disfarsi dei propri dirigenti, non attribuendo loro incarichi di alcun genere e, così, collocandoli presso il r.u.d., senza attivare il procedimento di valutazione delle loro prestazioni (secondo l'art. 5 del d.lgs. 289/99), e, tanto meno, avviare procedimenti sanzionatori nei loro confronti. La nuova legge n. 145 ha, invece, abolito il ruolo unico, ripristinando la situazione precedente: un ruolo di dirigenti per ogni amministrazione

nuovo punto di equilibrio tra politica e amministrazione. In realtà, tuttavia, si è pervenuti ad una forte accentuazione del legame fra la dirigenza pubblica statale e gli organi politici. Si fa riferimento alla nuova disciplina degli incarichi dirigenziali e delle modalità per il loro conferimento, secondo l'art. 3, comma 1: "soggettivizzazione" dei criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali; "ripubblicizzazione", nella forma del provvedimento amministrativo, dell'atto di conferimento dell'incarico; riduzione della durata degli incarichi dirigenziali³⁷; rimozione automatica dei titolari degli uffici dirigenziali di vertice da parte di ogni nuovo governo (c.d. *spoils system*, ossia azzeramento dei vertici burocratici con il passaggio da un governo all'altro), nonché generalizzazione retroattiva a tutti gli incarichi di funzioni dirigenziali, di livello generale e non, dello *spoils system* in sede di prima applicazione della legge; riformulazione della disciplina sulla responsabilità dirigenziale (art. 3, comma 2).

La legge n. 145 ha, altresì, previsto la delegabilità delle funzioni dirigenziali nei confronti di personale privo della qualifica di dirigente (nonché l'introduzione della figura di vicedirigente)¹³⁴.

Il risultato complessivo della riforma è stato quello di un consistente rafforzamento della posizione degli organi politici, a scapito dell'autonomia dirigenziale, a causa di un chiaro e deciso spostamento dell'equilibrio fra politica e amministrazione a favore della prima, con conseguente precarizzazione, debolezza, dipendenza e fidelizzazione della posizione dei dirigenti.

1.5. Il nuovo assetto dei rapporti tra politica e amministrazione: il c.d. principio di distinzione tra azione politica e azione amministrativa.

Il c.d. principio di separazione fra politica e amministrazione consiste nell'attribuzione di funzioni distinte, anziché sovrapposte, agli organi politici (ricoperti da titolari non professionali, espressione diretta o indiretta di

¹³⁴ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...*, op. cit., pp. 82-84. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 17 del d.lgs. n. 165/01 sancisce che i dirigenti, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, possono delegare per un periodo di tempo determinato, con atto scritto e motivato, alcune delle competenze comprese nelle funzioni di cui alle lett. b), d) ed e) del comma 1 a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati.

rappresentanza politica) e agli organi burocratici di vertice (i cui titolari, ossia i dirigenti, hanno una legittimazione tecnico-professionale). Esso consiste, più precisamente, nella distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo, proprie degli organi politici, e funzioni di gestione amministrativa, riservate alla dirigenza¹³⁵.

Il D.Lgs. n. 29 del 1993 ha previsto l'applicabilità del principio a tutte le pubbliche amministrazioni con organi di vertice espressione, diretta o indiretta, di rappresentanza politica. Ai sensi di tale principio, il criterio di distribuzione delle competenze tra organi di vertice dell'amministrazione, attribuiti a titolari politici, e uffici amministrativi, attribuiti invece a titolari professionali, attiene alla natura delle funzioni: la legittimazione politica abilita all'esercizio di funzioni di indirizzo, ossia di fissazione dei fini, mentre la legittimazione tecnico-professionale abilita, invece, all'esercizio di attività di attuazione e gestione, cioè di perseguimento concreto degli obiettivi stabiliti in sede politica. Si fa qui riferimento alle attribuzioni di tipo finale, per cui agli organi politici spetta l'adozione degli atti a contenuto normativo e delle direttive volte a orientare l'attività degli uffici amministrativi; ai vertici burocratici spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi e, più in generale, di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

Con riguardo, invece, alle attribuzioni di tipo strumentale (uffici, risorse umane e finanziarie), la distribuzione delle competenze tra politici e dirigenti si fonda sul c.d. criterio della soglia¹³⁶. Per cui, agli organi politici spettano le decisioni sulla macro-organizzazione degli uffici (linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza), nonché la ripartizione del personale e delle risorse finanziarie tra i vari uffici dirigenziali generali; alla dirigenza competono gli atti di c.d. micro-organizzazione degli uffici e l'ulteriore ripartizione, nonché gestione, delle risorse umane e finanziarie tra i vari centri di responsabilità nell'ambito degli uffici dirigenziali generali¹³⁷.

¹³⁵ D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., p. 153. Tale principio è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge n. 142 del 1990, legge di riforma degli enti locali (in particolare l'art. 51 comma 2).

¹³⁶ Battini S., *Il personale*, op. cit., pp. 530-532.

¹³⁷ Battini S., *Il personale*, op. cit., pp. 533-534. In particolare, le competenze degli organi di governo sono elencate nell'art. 4 comma 1 del D.Lgs. 165/01, anche se, in considerazione dell'inciso "*in particolare*", tale indicazione non può comunque considerarsi preclusiva di altri compiti stabiliti da diverse fonti. Le competenze dei dirigenti e dei dirigenti generali sono invece enunciate negli artt. 16 e 17 del D.Lgs.: si tratta di un'elencazione non esaustiva, diretta ad individuare i compiti

L'introduzione della riserva di competenze per i dirigenti comporta la riconduzione del rapporto tra vertici politici e vertici burocratici alla formula organizzatoria della "direzione": la sfera di competenza dell'organo sovraordinato non è comprensiva di quella dell'organo subordinato, e il primo non ha poteri di ordine nei confronti del secondo, bensì il potere di emanare indirizzi e direttive¹³⁸. Il principio di separazione fra indirizzo e gestione non esclude, ma anzi implica momenti di collegamento e coordinamento fra attività politica e attività amministrativa. Essi consistono, da una parte, nella partecipazione della dirigenza all'esercizio delle funzioni direttive proprie del vertice politico, e, dall'altra, nell'esercizio, da parte di quest'ultimo, di poteri di controllo sull'attività gestionale riservata alla dirigenza¹³⁹.

In realtà, più che di separazione fra politica e amministrazione è più corretto parlare di distinzione. La distinzione descrive la coesistenza di soggetti con diversa legittimazione o diversi compiti all'interno di una medesima amministrazione, mentre la separazione indica soluzioni organizzative consistenti nella creazione separata di strutture amministrative: a compiti diversi, corrispondono strutture diverse¹⁴⁰.

Attribuendo al termine "distinzione" questo significato, si cerca di riportare la politica in un preciso ambito (posizione di obiettivi, indirizzi operativi, distribuzione delle macro-risorse, scelte e mediazioni di fondo), valorizzando, entro questi confini, l'autonomia delle amministrazioni.

Il principio di distinzione contribuisce a dare una sostanza nuova e a riaffermare il principio di imparzialità della pubblica amministrazione, previsto dall'art. 97 della Costituzione. Si pone, dunque, la necessità che tale principio diventi effettivamente operativo, che non rimanga soltanto un principio sulla carta.

principali, anche perché la sfera d'azione della dirigenza è individuata nel suo complesso dall'art. 4 comma 2.

¹³⁸ D'Orta C., *Politica e amministrazione...*, op. cit., p.959.

¹³⁹ Battini S., *Il personale*, op. cit., pp. 535-536. Riguardo al primo punto, l'organo politico adotta le direttive generali per l'azione amministrativa e gestionale nonché le decisioni di assegnazione delle risorse ai centri di responsabilità, tenendo conto delle proposte formulate dai dirigenti generali (art. 16 comma 1 del D.Lgs. 165/01). Quanto al secondo punto, gli organi politici hanno il compito di verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e gestionale agli indirizzi impartiti, avvalendosi a tal fine di appositi organismi di controllo, sotto la loro diretta.

¹⁴⁰ Merloni F., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti fra "politica" e "amministrazione")*, Diritto Pubblico, 1997, pp. 350-351.

1.6. Il potere di indirizzo politico-amministrativo: la formazione del potere di indirizzo, il controllo sui risultati dell'azione amministrativa e l'incidenza del potere politico sugli atti dirigenziali.

In merito alle funzioni di indirizzo politico-amministrativo, l'art. 4 comma 1 del D.Lgs. n. 165 del 2001, dopo aver confermato che spetta agli organi di governo delle amministrazioni l'esercizio di tali funzioni e la verifica dei risultati dell'attività amministrativa e gestionale, elenca le categorie di atti qualificabili "di indirizzo"¹⁴¹.

Il comma prevede una clausola di chiusura (lett. g), che riconduce al potere di indirizzo politico-amministrativo tutti gli altri atti che il D.Lgs. demanda agli organi di governo delle amministrazioni¹⁴².

La riforma compiuta dal D.Lgs. n. 29 del 1993 con gli artt. 3 e 14, oggi confluiti negli artt. 4 e 14 del D.Lgs. n. 165 del 2001, prevede rilevanti disposizioni per razionalizzare il processo di formazione dell'indirizzo politico-amministrativo. Anzitutto l'esercizio del potere di indirizzo viene delineato come un processo a cascata, che parte dall'individuazione degli obiettivi e priorità per concretizzarsi, poi, attraverso piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa¹⁴³, la gestione e l'organizzazione¹⁴⁴.

Il Consiglio di Stato, sez. II, n. 1661 del 2003, ha affermato che, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 165/01, "**rimangono attratte nella sfera dell'organo di**

¹⁴¹ Fiorentino L., *Dirigenti, poteri di gestione e mancato esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo da parte dei ministri*, Il Foro italiano, 1996, 12, pt. 3, p. 609. In tal senso, la Corte dei Conti (sezione controllo Stato, deliberazione n. 104 del 1995) ritiene che il corretto funzionamento del sistema non può che fondarsi sul raccordo funzionale tra i poteri dell'organo politico e quelli dei dirigenti. L'esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo deve, tuttavia, mantenersi nell'ambito di un rapporto di alta direzione nei confronti delle competenze di gestione dei dirigenti, senza sfociare in un rapporto di gerarchia.

¹⁴² Merloni F., *Amministrazione "neutrale"...*, op. cit., p. 327-329. Le motivazioni di fondo dell'introduzione del principio di distinzione sono essenzialmente due: da un lato, l'esigenza di una diversa distribuzione delle responsabilità amministrative, rispetto ai precedenti "sconfinamenti" della classe politica nella gestione amministrativa; dall'altro l'esigenza di funzionalità delle pubbliche amministrazioni.

¹⁴³ Fiorentino L., *Dirigenti, poteri...*, op. cit., pp. 609-610. Le direttive devono avere carattere di generalità, tempestività, debbono essere espresse in forma scritta e fissare gli indirizzi riguardanti l'attività amministrativa di ciascun ministero, o di articolazioni significative di esso, nell'ambito delle linee generali, degli obiettivi e delle priorità stabilite dal governo (in tal senso si esprime, tra gli altri, il Tar Lazio, sez. III, n. 2765 del 2001). In caso di mancata adozione delle direttive, tale circostanza non comporta l'interdizione di ogni attività di gestione da parte dei dirigenti. In tal senso la Corte dei Conti (sez. controllo Stato, deliberazione n. 104 del 1995) ha ritenuto che l'interdizione riguardi soltanto l'assunzione di "nuovi oneri" a carico del bilancio, in quanto derivanti da scelte amministrative di natura discrezionale; perciò il dirigente può e deve adottare atti di gestione a carattere ordinario e corrente (ad esempio pagamenti in conto residui, spese obbligatorie, adempimento di obbligazioni verso terzi per scadenza di termini, ecc...).

¹⁴⁴ D'Orta C., *Politica e amministrazione...*, op. cit., p. 980. L'inciso "in particolare" contenuto nell'articolo lascia intendere che l'elencazione degli atti di competenza degli organi di governo non preclude l'attribuzione ad essi di altre competenze risultanti da altre fonti.

governo politico le attività che involgono l'esercizio della c.d. puissance publique, per tale intendendosi non tutte le attività di imperio, ma solo quelle inerenti ai fondamentali interessi dello Stato-apparato e dello Stato-ordinamento, nonché quelle di discrezionalità politica, per tale intendendosi quelle libere nella valutazione degli interessi da soddisfare e tutelare e nelle relative determinazioni finalistiche o strumentali".

Nel processo assume fondamentale importanza lo strumento della "direttiva generale annuale sull'azione amministrativa e sulla gestione", che, ai sensi dell'art. 14 comma 1 del D.Lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 8 del D.Lgs. n. 286 del 1999, ogni ministro deve adottare annualmente per conseguire gli obiettivi di modernizzazione dell'apparato amministrativo⁵¹.

In secondo luogo, si è tentato di risolvere la causa principale della tradizionale debolezza del potere di indirizzo degli organi di governo, ossia la mancanza di un adeguato supporto tecnico all'elaborazione dell'indirizzo, attraverso l'introduzione e la disciplina, con regolamenti governativi, di appositi uffici di diretta collaborazione con i ministri (art. 14 comma 2 del D.Lgs. 165/01)¹⁴⁵.

In terzo luogo, l'art. 14 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 165/01 stabilisce un preciso collegamento giuridico tra funzione di indirizzo e potere di bilancio.

Infatti, entro dieci giorni dall'approvazione della legge annuale di bilancio, l'organo di governo deve non soltanto definire obiettivi, priorità, piani e programmi per l'azione amministrativa e gestionale, ma anche assegnare ai dirigenti preposti ai centri di responsabilità (ossia agli uffici dirigenziali generali o di livello equivalente) le risorse umane, materiali ed economico-finanziarie necessarie all'attuazione degli indirizzi stabiliti¹⁴⁶.

L'organo di governo assegnerà concretamente a ciascuna direzione

¹⁴⁵ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...*, op. cit., p. 89. Questo processo deve svolgersi periodicamente e comunque almeno ogni anno, entro dieci giorni dall'approvazione della legge di bilancio. Tale processo muove dalla redazione della nota preliminare, che evidenzia il collegamento tra gli stanziamenti e gli obiettivi perseguiti, ed accompagna lo stato di previsione di ciascun ministero; prosegue con l'adozione, entro dieci giorni dall'approvazione del bilancio, di un atto di indirizzo per la gestione amministrativa, il quale menziona i criteri entro i quali può svolgersi concretamente l'autonomia gestionale ed operativa dei dirigenti. Nel corso dell'esercizio finanziario si effettuano monitoraggi sullo stato di attuazione delle politiche pubbliche, che possono dar luogo a c.d. processi di autocorrezione.

¹⁴⁶ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...*, op. cit., p. 90. Tuttavia, analizzando le note preliminari e le direttive generali per l'azione amministrativa predisposte sino ad ora, emerge che il modello ideato dal legislatore è rimasto sostanzialmente inattuato: infatti, gli atti della sequenza o non vengono predisposti, oppure, se vi sono, assumono carattere generico e formale.

generale i capitoli o quote dei capitoli di spesa del bilancio dell'amministrazione corrispondenti alle funzioni della direzione generale e agli indirizzi impartiti per la sua attività. I dirigenti acquisiscono, così, l'orizzonte finanziario necessario per ordinare razionalmente le scelte gestionali, in una logica di budget-obiettivo¹⁴⁷.

Gli organi di direzione politica, oltre ad esercitare la funzione di indirizzo politico-amministrativo, sono chiamati a verificare i risultati dell'azione amministrativa e della gestione e la loro conformità agli indirizzi impartiti: si assiste, quindi, alla valorizzazione del controllo sui risultati e sulla gestione, diretto a valutare concretamente la funzionalità complessiva dell'amministrazione¹⁴⁸.

Il sistema dei controlli amministrativi, fino al 1993, era caratterizzato dai seguenti aspetti: i controlli avevano ad oggetto essenzialmente singoli atti dell'amministrazione e non la sua attività complessiva; erano quasi esclusivamente di legalità e contabili, cioè verificavano la conformità dell'atto alle norme e la carenza di una spesa in bilancio; erano numerosi, pervasivi e, spesso, duplicati da organi diversi, intralciando l'attività quotidiana delle amministrazioni.

La riforma dei controlli ha seguito, essenzialmente, due linee direttive: semplificazione dei controlli giuridico-contabili sui singoli atti, eliminando i controlli preventivi di legalità sugli atti minori, indicando modalità a campione per i controlli successivi ed eliminando le duplicazioni di controlli sullo stesso atto da parte di organi diversi; introduzione di controlli sui risultati complessivi dell'attività amministrativo-gestionale, in termini di efficienza (rapporto costi/risultati) e di efficacia (rapporto obiettivi/risultati, ovvero risultati attesi/risultati effettivamente conseguiti)¹⁴⁹.

In questo mutamento di prospettiva, la gestione operativa dei dirigenti è

¹⁴⁷ D'Orta C., *Politica e amministrazione...*, op. cit., p. 994. Questo sistema assume oggi un'efficacia assai più concreta a seguito dell'adozione della riforma del bilancio dello Stato, coerente con l'autonomia gestionale della dirigenza. In tal senso è intervenuto il D.Lgs. n. 279 del 1997 che, confermando la ripartizione del bilancio dello Stato in stati di previsione della spesa per ciascun ministero, ha introdotto, come novità, la riarticolazione del bilancio in: 1) "funzioni-obiettivo", individuate con riguardo all'esigenza di definire politiche pubbliche di settore; 2) "unità previsionali di base": esse definiscono un insieme di risorse finanziarie riferito ad un'area omogenea di attività, sono affidate alla gestione di un unico centro di responsabilità amministrativa e sono determinate in modo da assicurare la rispondenza della gestione finanziaria agli obiettivi specifici posti nel quadro delle più generali funzioni-obiettivo.

¹⁴⁸ Colapietro C., *Government e Amministrazione...*, op. cit., pp. 90-91. I dirigenti divengono responsabili di fronte agli organi di direzione politica non più per i singoli atti, bensì per il risultato complessivo della propria azione e per l'osservanza all'indirizzo politico-amministrativo.

¹⁴⁹ D'Orta C., *Politica e amministrazione...*, op. cit., p. 995.

accompagnata, da un lato, da controlli interni¹⁵⁰, svolti dai servizi di controllo interno o dai nuclei di valutazione⁵⁷; dall'altro lato, da controlli esterni, effettuati dalla Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 20 del 1994 e diretti a verificare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, nonché il funzionamento dei controlli interni alle diverse amministrazioni¹⁵¹.

L'esercizio, da parte del vertice politico, dei poteri di controllo sull'attività gestionale riservata al vertice amministrativo rappresenta un momento di collegamento e coordinamento fra attività di indirizzo e attività di gestione. Si fa riferimento all'attività di valutazione e controllo strategico (ossia a due dei quattro tipi di controllo istituiti dal D.Lgs. n. 286/99), che mira a verificare "l'effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive ed altri atti di indirizzo politico", ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 286/99 (questi tipi di controllo si distinguono dal controllo di gestione che è diretto, invece, a supportare la funzione dirigenziale, ed è pertanto svolto da strutture che rispondono ai dirigenti); tale attività è realizzata da strutture che rispondono direttamente agli organi di indirizzo politico e ad essi riferiscono in via riservata, di regola supportandoli anche nell'attività di valutazione dei dirigenti⁵⁹.

Tuttavia il D.Lgs. n. 286/99 è rimasto pressoché inattuato, dal momento che nessuna amministrazione dello Stato ha realizzato un sistema effettivamente funzionante di valutazione delle prestazioni, dei comportamenti organizzativi e dei risultati conseguiti dai dirigenti; anche il potere del ministro di controllo dei risultati dell'attività amministrativa risulta ancora quasi completamente inattuato, in uno stato di relativa inconoscibilità dell'attività e dei risultati della gestione amministrativa.

¹⁵⁰ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...*, op. cit., p. 91. Il nuovo assetto dei controlli interni è stato delineato dal D.Lgs. n. 286 del 1999. Il decreto ha introdotto quattro tipi di controlli: controlli di gestione, controlli strategici, sistemi di valutazione dei dirigenti e controlli di regolarità amministrativa e contabile.

¹⁵¹ D'Orta C., *Politica e amministrazione...*, op. cit., p. 996-997. La legge n. 20/94 ha soppresso il controllo preventivo di legittimità e contabile della Corte su tutti gli atti minori delle amministrazioni statali, potenziando i controlli preventivi di legittimità sugli atti di maggior rilievo del Governo; ha integrato il sistema organizzativo dei controlli di gestione avviato dal D.Lgs. n. 29/93, dando vita ad uno stretto collegamento tra Corte dei Conti e servizi di controllo interno delle singole amministrazioni. Inoltre, la competenza della Corte dei Conti in materia di controlli sui risultati dell'attività delle amministrazioni è stata estesa dai ministeri e dagli enti pubblici nazionali all'attività dell'intero settore pubblico, autonomie territoriali incluse.

1.4. Il potere di gestione dei dirigenti tra potere di amministrazione concreta e responsabilità dirigenziale

Il D.Lgs. n. 29 del 1993, nella sua formulazione originaria, si mostrava assolutamente laconico in ordine al potere residuale del ministro sugli atti dei dirigenti. Era previsto un solo potere specifico, quello di avocazione, per particolari motivi di necessità ed urgenza specificamente indicati nel provvedimento di avocazione¹⁵². Nulla, invece, si diceva in merito al permanere del potere ministeriale di annullamento, revoca o riforma, così come in ordine al potere di decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dirigenziali, poteri che erano espressamente previsti dal D.P.R. n. 748 del 1972.

Il colpevole silenzio del legislatore del '93 esponeva, dunque, la riforma al rischio grave di una compressione del ruolo dei dirigenti¹⁵³. A tale situazione di incertezza ha posto rimedio la nuova disciplina dettata dagli artt. 9 e 11 del D.Lgs. n. 80 del 1998, modificativi degli artt. 14 comma 3 e 16 comma 4 del D.Lgs. n. 29/93.

Il D.Lgs. n. 80/98 prevede una clausola "di chiusura" per raccordare i due poli, quello politico e quello amministrativo, attraverso la previsione, in situazioni particolari, di poteri speciali del ministro di intervento nell'area riservata alla dirigenza. Tali poteri possono esplicitarsi in tre ipotesi: in primo luogo, in caso di inerzia o ritardo da parte del dirigente nell'adottare atti o provvedimenti, protrattosi oltre il termine perentorio fissato dal ministro; in secondo luogo, in caso di "***grave inosservanza di direttive generali da parte del dirigente competente, che determinino pregiudizio per l'interesse pubblico***"; infine, nel caso di adozione di provvedimenti o atti illegittimi.

Nelle prime due ipotesi, il ministro può nominare un commissario ***ad acta***, dandone comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri¹⁵⁴; nel terzo caso, invece, può esercitato il "***potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità***".

¹⁵² D'Orta C., *La riforma della dirigenza...*, op. cit., p. 176. Il potere di avocazione del ministro si prestava ad un'interpretazione alquanto estensiva, che finiva con lo smentire l'estraneità dei ministri alle concrete scelte di gestione dei dirigenti.

¹⁵³ Merloni F., *Amministrazione "neutrale"...*, op. cit., pp. 338-339.

¹⁵⁴ Battini S., *Il personale*, op. cit., p. 533.

Il novellato art. 16 comma 4 sancisce la soppressione del potere ministeriale di decisione sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti adottati dai dirigenti preposti al vertice dell'amministrazione e dai dirigenti di uffici dirigenziali generali.

Analizzando le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 80/98, appare preoccupante la previsione del potere ministeriale di annullamento degli atti dirigenziali per motivi di legittimità, in quanto, attraverso quel particolare vizio di legittimità che è l'eccesso di potere, il ministro potrà verificare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa negli atti adottati dai dirigenti; ciò comporta, nel caso di alcune figure sintomatiche di eccesso di potere (ad esempio disparità di trattamento, motivazione insufficiente, illogicità, ecc.), il rischio di un ritorno ad un giudizio di merito da parte del ministro nelle scelte del dirigente in ordine all'amministrazione concreta¹⁵⁵.

L'art. 4 comma 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001 attribuisce ai dirigenti l'attività di amministrazione concreta e di gestione (gestione tecnica, finanziaria e amministrativa), nel quadro degli indirizzi stabiliti dagli organi politici e con responsabilità per i risultati.

Gli artt. 16 e 17 del D.Lgs. elencano, rispettivamente, per i dirigenti degli uffici dirigenziali generali e per i dirigenti, compiti e poteri (l'elencazione non è esaustiva).

In particolare, l'art. 16 prevede che i dirigenti generali hanno compiti propositivi e consultivi, esecutivi nell'attuazione dei piani predeterminati, organizzativi, di indirizzo, di controllo nei confronti dei dirigenti (anche con capacità sostitutiva), esprimono la volontà dell'amministrazione all'esterno e decidono sui ricorsi gerarchici avverso gli atti non definitivi dei dirigenti.

L'art. 17 afferma la imprescindibilità della gerarchia fra dirigenti generali e dirigenti ordinari. Il potere di amministrazione concreta dei dirigenti ricomprende tutti i poteri di gestione, preclusi invece agli organi politici.

¹⁵⁵ C. D'Orta, *Politica e amministrazione*, op. cit., pp. 991-992. La soluzione prevista per le prime due ipotesi costituisce un rimedio tecnico, e ciò è dimostrato dal fatto che il ministro non subentra personalmente, con propri atti, al dirigente, ma si limita a nominare un commissario *ad acta*: l'intervento del ministro sull'amministrazione concreta non è, quindi, diretto, ma mediato da un funzionario. La soluzione prevista per il terzo caso, dà adito, invece, ad una valutazione fortemente negativa in merito alla scelta del legislatore, in quanto appare poco coerente con la distinzione fra politica e amministrazione, nonché con il principio della piena responsabilità dirigenziale per i risultati dell'attività amministrativo-gestionale.

L'ingerenza della classe politica nella sfera gestionale nonché ogni residuo potere riconducibile ad un rapporto di tipo gerarchico fra politici e dirigenti, risultano fortemente ridimensionati¹⁵⁶.

Nella pratica, tuttavia, si è delineato un assetto dei rapporti ben diverso da quello teorico: i ministri non adempiono all'obbligo di fissare, attraverso direttive chiare, gli obiettivi dell'azione amministrativa, e i dirigenti, in mancanza di direttive, richiedono al ministro il preventivo, naturalmente informale, assenso all'adozione di atti o allo svolgimento di attività che la legge riserva alla loro competenza esclusiva. La giurisprudenza ha comunque ammesso, in determinati casi, l'esistenza di una competenza dei ministri anche per atti di amministrazione concreta¹⁵⁷. Da ciò deriva la potenziale paralisi dell'attività discrezionale di amministrazione concreta.

In origine il D.Lgs. n. 165 del 2001 ha previsto quattro fattispecie di responsabilità dirigenziale, cui si ricollegavano conseguenze diverse: una responsabilità generica per i risultati negativi dell'attività amministrativa o della gestione, nonché per il mancato raggiungimento degli obiettivi¹⁵⁸; una responsabilità per grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente ed una responsabilità specifica per i risultati negativi dell'attività e della gestione¹⁵⁹.

L'art. 3 comma 2 della legge n. 145 del 2002, sostituendo il comma 1 e abrogando il comma 2 dell'art. 21 del D.Lgs. n. 165/01, ha introdotto una nuova disciplina sulla responsabilità dirigenziale, nella quale, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare nei casi e con le modalità previste dalla contrattazione

¹⁵⁶ Battini S., *Il personale*, op. cit., p.530 In proposito, v'è da menzionare la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. II, n. 1661 del 2003, la quale ha stabilito che alla dirigenza spetta tutta l'attività di amministrazione concreta, "compresa quella che si manifesta con atti di imperio, anche di rilevante incidenza su interessi privati singolari e collettivi", mentre rimangono nell'ambito della sfera dell'organo di governo politico, "le attività che involgono l'esercizio della c.d. *puissance publique*, per tale intendendosi non tutte le attività di imperio, ma solo quelle inerenti ai fondamentali interessi dello Stato-apparato e dello Stato-ordinamento, nonché quelle di discrezionalità politica, per tale intendendosi quelle libere nella valutazione degli interessi da soddisfare e tutelare e nelle relative determinazioni finalistiche o strumentali".

¹⁵⁷ 69 In particolare, quando risulti dalla "specificità della normativa di settore" o quando il provvedimento amministrativo abbia "*un'ampissima latitudine discrezionale, tale da elevarlo al rango di scelta discrezionale di fondo e sostanzialmente di discrezionalità politica, assimilabile a quella di un atto di indirizzo politico-amministrativo*" (rispettivamente, Corte dei Conti, sez. controllo Stato, III collegio, deliberazione n. 104 del 1995, e Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere n. 7 del 1999).

¹⁵⁸ Colapietro C., *Governo e Amministrazione...*, op. cit., pp. 95-97. Tali due fattispecie potevano dar luogo alla revoca dell'incarico dirigenziale ed all'assegnazione ad altro incarico, anche tra quelli di consulenza e di ricerca.

¹⁵⁹ D'Auria G., *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 11, p. 1169. Tali ipotesi potevano comportare, previa contestazione degli addebiti al dirigente interessato e relativo contraddittorio, l'esclusione dal conferimento di ulteriori incarichi di pari livello dirigenziale per un periodo di almeno due anni, ovvero, nei casi di maggiore gravità, il recesso dal rapporto di lavoro.

collettiva, ha ridotto il quadro delle fattispecie di responsabilità dirigenziale, riducendole a due: mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza delle direttive imputabili al dirigente (in quest'ultimo caso la revoca dell'incarico dirigenziale è condizionata dalla violazione non qualificata delle direttive ministeriali, mentre nella formulazione originaria conseguiva alla grave inosservanza delle direttive)¹⁶⁰.

Per quanto concerne le sanzioni, il quadro delle stesse viene delineato in ragione della gravità del comportamento tenuto: divieto di rinnovo dello stesso incarico; revoca dell'incarico, con collocazione del dirigente a disposizione; recesso dal rapporto di lavoro secondo le "disposizioni del contratto collettivo", con soppressione, quindi, del previgente riferimento alle "norme del codice civile".

Il risultato finale del legislatore del 2002 non è stato, però, quello di favorire l'effettiva costruzione di un circuito virtuoso tra autonomia e responsabilità dirigenziale, bensì quello di spostare l'asse dell'imputazione della responsabilità dirigenziale più sul profilo dell'inosservanza delle direttive che su quello del mancato raggiungimento degli obiettivi.

Tutti i provvedimenti adottati in relazione a questa seconda forma di responsabilità (grave o comunque specifica), dovevano essere emanati previo conforme parere del Comitato dei garanti di cui all'art. 22 del D.Lgs. n. 165/01.

2. LE COMPETENZE DEL SINDACO E DELLA DIRIGENZA LOCALE SULLA BASE DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE DELLE FUNZIONI DI INDIRIZZO AMMINISTRATIVO DALLE FUNZIONI DI GESTIONE.

La l. n. 142/1990, nel mettere mano ad un rinnovamento dell'ordinamento degli Enti locali, ha introdotto un principio destinato ad avere grande fortuna negli anni a venire e ad improntare di sé l'intero panorama delle amministrazioni a vertice politico. Si tratta del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo e

¹⁶⁰ Merloni F., *Amministrazione "neutrale"...*, op. cit., pp. 342-343. In tale contesto, assumono rilevanza i problemi relativi alla chiarezza degli atti di indirizzo nella precisazione degli obiettivi, alla quantità e qualità delle risorse attribuite per il raggiungimento degli obiettivi, dell'ampiezza dei poteri attribuiti ai dirigenti quanto all'organizzazione degli uffici e del lavoro e, soprattutto, alla gestione del personale assegnato agli uffici.

controllo politico-amministrativo, affidate agli organi elettivi, dalle funzioni di gestione amministrativa, affidate alla dirigenza, sancito, per la prima volta a chiare lettere, dall'art. 51, l. n. 142/1990¹⁶¹, successivamente confermato, con riguardo all'ordinamento degli Enti locali, dall'art. 107, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, ed esteso alla generalità delle Amministrazioni Pubbliche a vertice politico dal d.lgs. n. 29/1993 e dal successivo d.lgs. n. 165/2001¹⁶².

L'art. 50, d.lgs. n. 267/2000¹⁶³, dopo aver individuato, al comma 2, le funzioni proprie del Sindaco quale organo di governo di vertice dell'Ente locale, chiamato a rappresentare l'ente, a convocare e presiedere la Giunta, a sovrintendere al funzionamento degli uffici e dei servizi e alla esecuzione degli atti, al comma 3 conferma la spettanza ai dirigenti dell'attività di ordinaria amministrazione, richiamando espressamente il successivo art. 107. Restano, peraltro, di spettanza del Sindaco alcune competenze di amministrazione attiva, come accade nel caso delle ordinanze contingibili ed urgenti, che il medesimo può emanare sia in qualità di rappresentante della comunità locale (art. 50, comma 5, d.lgs. n. 267/2000) che in qualità di ufficiale del Governo (art. 54, comma 4, d.lgs. n. 267/2000)¹⁶⁴. In tale ultimo caso, peraltro, a seguito delle modifiche apportate al d.lgs. n. 267/2000 dal d.l. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2008, la competenza del Sindaco si estende all'adozione di provvedimenti non aventi il carattere della contingibilità e dell'urgenza purché finalizzati allo scopo di

¹⁶¹ A proposito del quale v. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di «dirigenza» di Comuni e Province ex art. 51 l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, vol. II, 1227 ss. In merito al problema dei rapporti politica-amministrazione negli Enti locali v. MERCURIO-ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Napoli, 2009; BOSCATI, *La dirigenza degli Enti locali fra logica fiduciaria e logica manageriale: il rapporto con gli organi politici ed il nodo degli incarichi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali - L'impiego pubblico negli Enti locali*, 2007, 117 ss.; GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli Enti locali*, in *Lav. nelle P.A.* 2007, 25 ss.; MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'Ente locale tra «rapporto di fiducia» e «principio di separazione» delle funzioni politico-amministrativa e gestionale*, in *Le Regioni*, 2002, 21 ss.; RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lav. nelle P.A.*, 2002, 902 ss.; CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, 1030 ss.; BELOTTI-MARAFFI, *Ceto politico e dirigenza amministrativa nei Comuni italiani*, Bologna, 1994. Più in generale, sul ruolo della dirigenza pubblica, v. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale, Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006; GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.

¹⁶² Per approfondimenti v. i saggi di MOSCHELLA, *La forma di governo e la rappresentanza politica*; e di NOCITO, *Organizzazione degli uffici e disciplina del personale negli Enti locali*, in GAMBINO (a cura di), *Diritto regionale e degli Enti locali*, Milano, 2009, rispettivamente 335 ss. e 441 ss.

¹⁶³ A commento dell'art. 50, d.lgs. n. 267/2000, v. ANDREIS, *Art. 50*, cit., 330 ss.; CARPINO, *Art. 50*, in BERTOLISSI (a cura di), *Commentario al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, 2002, 277 ss.

¹⁶⁴ Sul potere di ordinanza del Sindaco v. CAVALLO PERIN, *Art. 50, Sez. II e Art. 54*, in CAVALLO PERIN-ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., rispettivamente 342 ss. e 361 ss.

prevenire e di eliminare gravi pericoli per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana¹⁶⁵.

Un'importante deroga a regime al canone organizzativo di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione riguarda i Comuni di minori dimensioni, per i quali vale, comunque, la regola secondo la quale, in assenza di personale con qualifica dirigenziale, le relative funzioni possono essere attribuite ai responsabili degli uffici dei servizi (art. 109, comma 2, d.lgs. n. 267/2000).

Il regime derogatorio risale alla l. n. 388/2000, il cui art. 53, comma 23, ha legittimato i Comuni con popolazione inferiore ai tremila abitanti ad attribuire, con regolamento, ai componenti dell'organo esecutivo (Sindaco e assessori) la responsabilità degli uffici e dei servizi e il potere di adottare atti, anche di natura tecnica e gestionale. Tale soluzione organizzativa in deroga al principio di distinzione politica-amministrazione deve avvenire nel rispetto di alcune condizioni: mancanza dimostrata e non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti; esigenza di operare un contenimento della spesa, da documentare ogni anno con apposita deliberazione in sede di approvazione di bilancio; assenza del conferimento di analoghe funzioni al Segretario comunale.

Siffatta disciplina derogatoria è stata successivamente modificata dalla l. n. 448/2001 nel senso di ampliarne i margini di operatività, innalzando, da un lato, il tetto massimo della popolazione ai cinquemila abitanti ed eliminando, dall'altro, il requisito della mancanza non rimediabile di figure professionali. In tal modo ai Comuni con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti — che rappresentano, peraltro, la percentuale più alta dei Comuni italiani — è offerto uno strumento non più eccezionale, ma ordinario per l'organizzazione dei propri uffici attraverso regolamenti organizzatori in deroga alla riserva di competenze dirigenziali operata dall'art. 107, d.lgs. n. 267/2000¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Sul tema, per approfondimenti, v. ITALIA, *La sicurezza urbana: le ordinanze dei Sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, 2010.

¹⁶⁶ La previsione in sede legislativa di siffatta possibilità di deroga ha suscitato molte critiche in dottrina. V., fra gli altri, ROMANO, *Le alterne fortune del principio di distinzione fra indirizzo politico e attività di gestione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2002, 839 ss.; OLIVIERI, *Violazione del principio di separazione delle competenze tra organi di governo e dirigenza nei Comuni con meno di cinquemila abitanti*, in *www.giust.it*, n. 6, 2002; NOBILE, *Piccoli Comuni e responsabili dei servizi fra mostri giuridici ed innovazioni legislative: repetita non iuvant*, *ivi*, n. 1, 2002; NOBILE, *Piccoli Comuni e responsabili dei servizi fra il d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e la legge 23 dicembre 2000, n. 388. Una querelle mai sopita*, *ivi*, n. 1, 2001; OLIVIERI, *Il doppio regime dell'ordinamento locale*, *ivi*, n. 12, 2000.

L'art. 107, comma 2, d.lgs. n. 267/2000¹⁶⁷, ribadisce la riserva alla dirigenza di tutte le funzioni amministrative non ricomprese espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo amministrativo e di controllo degli organi di governo dell'ente; il successivo comma 3 contiene un elenco, esemplificativo, di competenze spettanti alla dirigenza «secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente»¹⁶⁸.

Il tenore letterale dell'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 267/2000, consente di dubitare se le funzioni ivi elencate possano intendersi come automaticamente attribuite alla dirigenza. Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, affermato la necessità dell'intermediazione della fonte locale, osservando che il passaggio delle competenze gestionali in capo ai dirigenti avviene *ope legis* solamente per le Amministrazioni statali, restando subordinato, per le Regioni e gli Enti locali, all'emanazione di atti organizzativi e normativi di livello sub-primario¹⁶⁹. Soluzione quest'ultima che, da un lato, appare maggiormente rispettosa dell'autonomia degli enti in questione, dall'altro, però, non pone la dirigenza al riparo dall'inerzia delle Amministrazioni locali¹⁷⁰.

Ad ogni modo, occorre ricordare che il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo amministrativo dalle funzioni di gestione trova fondamento nell'art. 97 Cost., essendo diretta emanazione dei principi di buon andamento e di

¹⁶⁷ A commento dell'art. 107, d.lgs. n. 267/2000, v. CASALINI, *Art. 107, Sez. II*, in CAVALLO PERIN-ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 577 ss.; SANTINELLO, *Art. 107*, in BERTOLISSI (a cura di), *Commentario al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, cit., 469 ss.

¹⁶⁸ L'art. 107, comma 3, recependo le modifiche apportate dall'art. 6, l. n. 127/1997, all'art. 51, l. n. 142/1990, prevede che i dirigenti adottino, altresì, gli atti ad essi delegati dal Sindaco, in base alle previsioni dello statuto e dei regolamenti, con formula di difficile ambientazione nel quadro della distinzione indirizzo/gestione. Infatti, come osserva TALAMO, *Lo strano caso del Comune di Curinga (ovvero politici, dirigenti e contratti integrativi negli Enti locali)*, in *Lav. nelle P.A.*, 2000, 793, le competenze delegabili o rientrano nella sfera gestionale — nel qual caso di esse non sarebbe titolare un organo di governo — oppure in quella di indirizzo e controllo — con confusione di ruoli tra organo di indirizzo e organo indirizzato. Per conciliare siffatta previsione con il principio di distinzione indirizzo-gestione, si potrebbe ipotizzare che le funzioni delegabili siano solo quelle spettanti al Sindaco in qualità di ufficiale del Governo (ipotesi interpretativa, però, contraria al tenore dell'art. 54, d.lgs. n. 267/2000, e respinta dall'autore) oppure che si tratti di delega in senso atecnico, essendo una mera designazione dell'organo incaricato di svolgere una data competenza gestionale.

¹⁶⁹ Nel senso indicato v. Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2003, n. 3717, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1906 ss., con commento di MAGGIORA, *Non è automatico negli Enti locali lo spostamento di competenze dagli organi di governo ai dirigenti*; Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2001, n. 2293, *ivi*, 2001, 871 ss.; Cons. Stato, Sez. I, 21 aprile 1999, n. 2767/96, in *Cons. Stato*, 2000, I, 175 ss. Sul punto v. LUONGO, *Statuti e regolamenti comunali e principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2204 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali; OLIVIERI, *Statuti e principio di distinzione tra attività di gestione e attività di indirizzo politico e di controllo*, in *www.giust.it*; STANCANELLI, *Le competenze dei dirigenti negli Enti locali dopo la legge n. 127 del 1997*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 1045 ss.; ID., *Lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo - Organizzazione, personale e Segretari comunali*, *ivi*, 1997, 725 ss.

¹⁷⁰ La giurisprudenza più recente pare propendere per la tesi che esclude la necessità di atti organizzativi e normativi sub-primari affinché possa affermarsi la spettanza ai dirigenti locali dei poteri di gestione di cui all'art. 107, d.lgs. n. 267/2000. Per un riscontro v., ad es., TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 novembre 2010, n. 7183; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 14 giugno 2010, n. 14240; Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1444. In merito alle difficoltà applicative del principio di distinzione indirizzo-gestione nell'ordinamento locale v. BARBATI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, in CONTIERI-FRANCARIO-IMMORDINO-ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., vol. I, 123 ss.

imparzialità dell'azione amministrativa, secondo quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale a far data dalla fondamentale sentenza n. 103/2007¹⁷¹; come tale esso costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico al quale Regioni ed Enti locali debbono uniformarsi¹⁷². Da ciò dovrebbe scaturire la conseguenza dell'immediata operatività dell'attribuzione ai dirigenti degli Enti locali di tutte le funzioni di amministrazione attiva, essendo rimessa allo statuto e ai regolamenti dell'ente solamente la scelta in ordine alle modalità esecutive del suddetto principio di distinzione.

A tutela della sfera di competenza riservata alla dirigenza nei confronti sia della legislazione del passato che di quella a venire, l'art. 107, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, precisa che le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate, in futuro, solo espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative; il comma 5 impone, infine, di interpretare le norme previgenti, non allineate alla distinzione indirizzo-gestione, nel senso dell'attribuzione alla dirigenza della competenza all'emanazione di atti e provvedimenti amministrativi, espressione di poteri di ordinaria amministrazione.

Il rapporto tra il principio di riserva delle funzioni di gestione amministrativa e la legislazione previgente è, peraltro, complesso, poiché il legislatore, nel redigere il comma 5 cit., ha ritenuto opportuno far salve le attribuzioni puntuali del Sindaco riconducibili, sulla base di valutazioni non ancorabili a parametri oggettivi, alla funzione di indirizzo amministrativo. Il pericolo di una vanificazione del rinnovato assetto dei rapporti organi di governo-dirigenza è insito nell'accoglimento della tesi secondo la quale la distinzione delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione deve essere intesa come criterio tendenziale da contemperare con le singole discipline di settore, non potendosi ritenere sottratte al vertice politico quelle decisioni che, pur esprimendosi in atti

¹⁷¹ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro it.*, 2007, I, 1630 ss., con nota di DALFINO, *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione ed il giusto procedimento*.

¹⁷² Come afferma NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la «buona amministrazione»*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali - La dirigenza*, 2009, 78, «fra i principi non di matrice *stricto sensu* costituzionale, ma più propriamente di derivazione costituzionale — e certamente capaci di interessare trasversalmente, e quindi conformare, la disciplina di tutte le dirigenze — è ravvisabile pure quello relativo alla distinzione/separazione dell'indirizzo politico dalla gestione amministrativa».

puntuali e concreti, coinvolgono scelte fondamentali dal punto di vista giuridico, politico, economico¹⁷³.

3. I RISVOLTI DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE POLITICA-AMMINISTRAZIONE SULL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE IN MERITO AI PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL SINDACO PER COMPORTAMENTO OMISSIVO.

La responsabilità amministrativa del Sindaco, al pari di quella degli altri amministratori locali e del personale degli Enti locali, è disciplinata dall'art. 93, d.lgs. n. 267/2000, con rinvio alle disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato: r.d. n. 2440/1923, art. 82; T.U. n. 1214/1934, art. 52; d.P.R. n. 3/1957, artt. 18 e 19; l. n. 20/1994, art. 1¹⁷⁴. I presupposti della responsabilità degli organi di governo e dei dirigenti degli Enti locali sono, pertanto, comuni agli altri pubblici dipendenti: comportamento, attivo o omissivo, in violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di servizio; dolo o colpa grave; nesso eziologico; danno erariale¹⁷⁵.

Nel contesto di una disciplina comune a tutti i dipendenti pubblici, la sussistenza della responsabilità amministrativa del Sindaco è condizionata dalle regole di riparto delle funzioni amministrative fra organi politici ed organi burocratici, dovendosi, a tale proposito, distinguere fra il regime previgente l'emanazione della l. n. 142/1990, nel quale gli organi di governo erano titolari sia di funzioni di indirizzo amministrativo che di amministrazione attiva, e il regime successivo, nel quale agli organi di governo spettano le sole funzioni di alta

¹⁷³ In tal senso v. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 1999, n. 7, in *Lav. nelle P.A.*, 1999, 909, che seleziona due criteri per decifrare, nella normativa previgente, fra gli atti a carattere puntuale e concreto, quelli ancora riservati all'organo politico: da un lato, quello dell'analisi delle norme di settore, le quali «spesso — direttamente o implicitamente — forniscono indicazioni trancianti per la soluzione dei problemi»; dall'altro, quello, indicato come secondario e da utilizzare solo come estrema *ratio*, della «latitudine della discrezionalità commessa all'organo».

¹⁷⁴ Per un riscontro v. TORCHIA, *La responsabilità*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, t. II, 1503 ss.

¹⁷⁵ Sul tema v., per tutti, RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in questa *Rivista*, 2009, 1246 ss.; TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2008; LASALVIA, *La responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti*, Roma, 2007; MELE, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, 2004; PASQUALUCCI et alii, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa: amministratori e dipendenti di Regioni ed Enti locali*, Milano, 2002.

amministrazione. Occorre, inoltre, ricordare che l'art. 1, comma 1-ter, l. n. 20/1994, prevede, in linea con il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione, che la responsabilità per atti rientranti nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi non si estende «ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione».

Nel regime previgente la legge n. 142/1990, ai sensi degli artt. 142 e 151, r.d. n. 148/1915, il Sindaco era definito quale capo dell'amministrazione comunale e ad esso era riservata la competenza inerente l'esecuzione delle deliberazioni del Consiglio e della Giunta.

La concentrazione delle competenze gestionali in capo al Sindaco determinava l'assunzione di responsabilità amministrativa per l'attività di ordinaria amministrazione dell'ente. All'epoca, l'orientamento prevalente nella giurisprudenza contabile era nel senso della sussistenza di una sorta di responsabilità amministrativa oggettiva del Sindaco per «posizione»¹⁷⁶.

Nell'ordinamento attuale la responsabilità amministrativa dell'organo monocratico di governo non può essere collegata esclusivamente al ruolo di organo chiamato a sovrintendere al complessivo funzionamento della struttura burocratica, ma deve essere agganciata ad un'effettiva partecipazione dello stesso, in termini di condotta, commissiva o omissiva, gravemente colposa, al compimento dell'attività da cui è scaturito un danno per la pubblica amministrazione¹⁷⁷.

Allo scopo di superare l'orientamento più risalente volto a configurare una responsabilità «per posizione» del Sindaco, diviene determinante rivolgere attenzione all'elemento soggettivo, configurando la colpa grave in modo tale da evidenziare un'effettiva violazione degli obblighi scaturenti dal rapporto di servizio; la dimostrazione della colpa grave deve essere puntuale, tenendo conto delle risorse organizzative, finanziarie e di personale disponibile¹⁷⁸.

¹⁷⁶ In tal senso v. Corte conti, Sez. II, 16 ottobre 1989, n. 268, in *Riv. Corte conti*, 1989, 86.

¹⁷⁷ Corte conti, Sez. giur. Campania, 21 luglio 2010, n. 1352; Corte conti, Sez. giur. Campania, 11 marzo 2010, n. 417. Come precisa Corte conti, Sez. giur. Calabria, 21 maggio 2010, n. 312, «la determinazione della gravità della colpa va compiuta con criterio *ex ante*, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto nonché delle particolari modalità di svolgimento dell'attività da parte dell'agente».

¹⁷⁸ Corte conti, Sez. giur. Campania, n. 1352/2010, *cit.*

L'esigenza di ancorare la responsabilità del Sindaco ad una partecipazione effettiva, in termini soggettivi ed eziologici, al compimento della fattispecie causativa di danno erariale è particolarmente evidente nel caso di comportamenti omissivi. Per imputare una responsabilità *in omissendo* in capo al Sindaco o ai singoli assessori occorre dimostrare l'esistenza di un obbligo giuridico di attivarsi. Dopo l'emanazione della l. n. 142/1990 e, soprattutto, dopo gli interventi correttivi di cui alla l. n. 127/1997, diverse fattispecie di responsabilità degli amministratori locali per comportamento omissivo dovrebbero, pertanto, essere riviste alla stregua del principio di distinzione politica-amministrazione.

In effetti, si riscontra la propensione della giurisprudenza contabile ad approfondire i limiti della responsabilità *in omissendo* del Sindaco in relazione a competenze di carattere gestionale. Tale indirizzo giurisprudenziale è particolarmente evidente in materia di responsabilità amministrativa per procedimenti espropriativi, preceduti da occupazione temporanea d'urgenza, non conclusi entro i termini previsti. La competenza ad emanare il decreto di esproprio è espressamente attribuita ai dirigenti dall'art. 6 del d.P.R. n. 327/2001; in ogni caso, anche nel silenzio del legislatore, trattandosi di competenza di amministrazione puntuale, quest'ultima dovrebbe intendersi sottratta all'organo politico.

In ordine alla responsabilità *in omissendo* del Sindaco, si delineano nella giurisprudenza più recente della Corte dei conti due differenti orientamenti: l'uno, maggiormente rigido, nega radicalmente che si possa affermare la responsabilità amministrativa dell'organo monocratico di governo in caso di mancato esercizio di competenze gestionali¹⁷⁹; l'altro, più elastico, ritiene plausibile l'ipotesi di responsabilità amministrativa per omessa vigilanza sull'attività degli organi burocratici¹⁸⁰. In base al secondo orientamento¹⁸¹, diviene fondamentale, onde

¹⁷⁹ Corte conti, Sez. giur. Campania, 29 gennaio 2010, n. 79, per la quale, poiché gli atti del procedimento espropriativo hanno indubbia valenza gestionale e, conseguentemente, non sussiste la competenza dell'organo politico, non si può «imputare alcuna responsabilità amministrativa in mancanza del necessario presupposto dell'esistenza di un potere»; Corte conti, Sez. giur. Campania, 16 novembre 2009, n. 1390, in cui trovasi affermato che «la responsabilità amministrativa degli organi politici in relazione ad atti rientranti nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi può venire in rilievo esclusivamente in ipotesi di condotte commissive tenute in mala fede (escludendosi, quindi, il rilievo di quelle omissive — art. 1, comma 1-ter, l. n. 20/1994)».

¹⁸⁰ Corte conti, Sez. giur. Campania, n. 1352/2010, *cit.*; Corte conti, Sez. giur. Campania, n. 417/2010, *cit.*; Corte conti, Sez. giur. Lazio, 2 marzo 2009, n. 262, in cui trovasi statuito, con riguardo agli artt. 50 e 107 del d.lgs. n. 267/2000, che l'affermazione «che ogni e qualsivoglia responsabilità di tipo gestionale gravi sul dirigente preposto al settore d'interesse e affranchi da ogni obbligo relativo il vertice politico, appare conclusione che va oltre la *ratio* e la lettera della norma.

evitare di configurare una responsabilità «per posizione» del Sindaco, l'indagine sull'elemento soggettivo accanto a quella sulle effettive risorse strutturali dell'ente.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'ordinamento vigente, dunque, la responsabilità amministrativa del Sindaco deve, di norma, essere collegata al compimento di atti di alta amministrazione e non di amministrazione puntuale. Tale soluzione interpretativa, fondata sul principio di distinzione delle funzioni di indirizzo amministrativo dalle funzioni di gestione, implica che, al fine di decidere in ordine alla responsabilità amministrativa di amministratori locali e dirigenti, assuma rilevanza la collocazione temporale del comportamento, fungendo la l. n. 142/1990 da linea di demarcazione fra responsabilità «per posizione» del Sindaco e responsabilità per effettiva sussistenza di colpa grave¹⁸².

Questa regola deve essere temperata dalla circostanza che il Sindaco, in quanto organo chiamato a sovrintendere al buon funzionamento degli uffici amministrativi ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000, può essere responsabile per omessa vigilanza rispetto al compimento di atti di amministrazione attiva; inoltre, occorre tenere conto delle eccezioni al principio di riparto delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione previste da norme in deroga nonché del diverso riparto delle responsabilità in caso di delega di funzioni ai dirigenti.

Con riguardo al caso di specie occorre, in particolare, ricordare che il potere di emanare l'ordinanza-ingiunzione è un potere di amministrazione attiva; come

Entrambe le disposizioni ... non elidono una responsabilità diretta del Sindaco qualora egli venga meno a doverosi compiti di sovrintendenza degli uffici comunali o non formuli chiari indirizzi».

¹⁸¹ V., altresì, Cass. civ., 29 settembre 2009, n. 20864, per la quale, allorché sussista un'apposita articolazione burocratica a cui sia preposto un dirigente, la responsabilità amministrativa del Sindaco inerente ad attività di ordinaria amministrazione è configurabile sulla base dei seguenti presupposti: «quando si sia al cospetto di violazioni derivanti da carenze di ordine strutturale, riconducibili all'esercizio dei poteri di indirizzo e di programmazione, ovvero quando l'organo politico sia stato specificamente sollecitato ad intervenire, ovvero ancora quando sia stato a conoscenza della situazione antiggiuridica derivante dalle inadempienze dell'apparato competente, e abbia cionondimeno omesso di attivarsi, con i suoi autonomi poteri, per porvi rimedio». In senso analogo v. Cass. civ., 27 settembre 2006, n. 21010.

¹⁸² Corte conti, Sez. giur. Campania, 26 marzo 2010, n. 531; Corte conti, Sez. giur. Campania, 12 settembre 2007, n. 2393. - V., ad es., Corte conti, Sez. I, Giur. Centrale, 20 settembre 2010, n. 526, in tema di mancata riscossione di crediti relativi a canone di locazione di un immobile comunale concesso a società privata; Corte conti, Sez. giur. Sicilia, 20 aprile 2010, n. 776, relativamente a fattispecie di mancato pagamento di sanzione amministrativa comminata a seguito di violazione in materia edilizia; Corte conti, Sez. giur. Sicilia, 29 novembre 2005, n. 3684, in tema di prescrizione del diritto di credito alla riscossione di somme dovute a titolo di sanzione amministrativa a causa di tardiva emanazione dell'avviso di mora da parte della concessionaria per la riscossione.

tale esso dovrebbe considerarsi, a far data dalla l. n. 142/1990 e, soprattutto, dalla l. n. 127/1997, di competenza dei dirigenti¹⁸³. Una conferma in tale direzione proviene dall'art. 107, d.lgs. n. 267/2000¹⁸⁴, che assegna esplicitamente ai dirigenti il potere di irrogare le sanzioni amministrative, esemplificando con particolare riguardo al settore dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale¹⁸⁵. In tale senso è orientata quella parte della giurisprudenza più recente, che non esita a riconoscere il carattere di atto di gestione dell'ordinanza-ingiunzione e l'estraneità del Sindaco alle funzioni sanzionatorie; ovviamente, devono essere fatte salve le eccezioni dovute a norme in deroga, fra le quali rientra, in particolare, quella relativa alle dimensioni dell'ente, laddove inferiore ai cinquemila abitanti.

¹⁸³In tal senso v. Cass. civ., 8 aprile 2009, n. 8560; Cass. civ., 6 ottobre 2006, n. 21631.

¹⁸⁴Nel senso della spettanza ai dirigenti della competenza ad emanare le sanzioni amministrative alla luce del d.lgs. n. 267/2000 v. CASALINI, *Art. 107, Sez. II*, cit., 583.

¹⁸⁵V., però, l'art. 7-bis, d.lgs. n. 267/2000, che, richiamando, quanto a competenza, l'art. 17, l. n. 689/1981, sembra indicare nel Sindaco l'organo competente ad emanare l'ordinanza-ingiunzione con riguardo alla violazione dei regolamenti locali. A commento di tale disposizione v. CIOFFI, *Art. 7 bis*, in CAVALLO PERIN-ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico*.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO CONTABILE DEL SEGRETARIO COMUNALE

SOMMARIO:

1. L'EVOLUZIONE DELLA FIGURA DEL SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE. - 1.1. L'ordinamento prima della riforma. - 1.2. La figura del segretario comunale dall'Unità all'avvento del Fascismo. - 1.3. L'ordinamento fascista. - 1.4. La fase precedente alla riforma delle autonomie. - 1.5. Il mutamento delle funzioni: la legge 15 maggio 1997, n. 127. - 1.6. Il rapporto con la dirigenza negli enti locali. - 1.7. Il direttore generale. - 1.8. Maggiorazione della retribuzione di posizione e segretario-direttore generale. - 2. L'ALBO DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI - 2.1. L'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali. - 2.2. Rapporto di lavoro e rapporto di servizio. - 2.3. Le fasce professionali. - 2.4. Il percorso di carriera. - 3. L'ACCESSO ALLA CARRIERA - 3.1. Il corso concorso e l'iscrizione all'Albo. - 3.2. La nomina. - 3.3. La revoca - 3.4. Le convenzioni di segreteria. - 3.5. Il segretario in posizione di disponibilità. 3.6. Supplenze, reggenze e scavalchi - rimborso spese di viaggio. - 4. LE IPOTESI DI RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO CONTABILE DEL SEGRETARIO COMUNALE DOPO LA RIFORMA DEL '97. - 4.1. Premesse. Ipotesi di responsabilità antecedenti alla riforma del '97. - 4.2. La casistica del periodo successivo alla riforma Bassanini. - 5. IL NUOVO RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME. - 5.1 Il segretario comunale responsabile della prevenzione della corruzione.- 5.1.1 Le funzioni del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione. - 5.1.2 Il ruolo del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema dei controlli interni previsti dal Dl n. 174 /2012. - 5.2 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa (regolarità tecnica e regolarità contabile) nella fase preventiva. - 5.2.1 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa nella fase successiva. - 5.3 Il segretario e il controllo di gestione. - 5.4 Il segretario e il controllo strategico. - 5.5 Il segretario e il controllo delle società partecipate non quotate. - 5.6 Il segretario e il controllo sugli equilibri finanziari. - 5.7 Il segretario e la Corte dei conti nell'ambito della prevenzione della corruzione. - 5.8 Conclusioni. - 6. LE IPOTESI DI RESPONSABILITA' DEL SEGRETARIO COMUNALE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA CONTABILE. - 6.1 Illegittima percezione di retribuzioni accessorie. - 6.2 Illegittima percezione dell'indennità di direttore generale.

1. L'EVOLUZIONE DELLA FIGURA DEL SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE.

1.1. L'ordinamento prima della riforma.

L'evoluzione della disciplina giuridica dei segretari comunali nell'ordinamento nazionale può agevolmente essere distinta in tre fasi.

Viene innanzi tutto in evidenza il primo periodo, immediatamente successivo all'unificazione nazionale, durante il quale si è proceduto anche in questo settore a ridurre ad unità un'articolata fenomenologia variamente atteggiatesi negli ordinamenti degli stati preunitari. Questo periodo iniziale vede la connotazione del segretario quale dipendente dell'ente locale.

Nella fase successiva, che prende l'avvio nel contesto delle grandi riforme legislative dello stato fascista, il modello che viene progressivamente ad affermarsi è quello di un segretario dipendente statale, quasi braccio operativo del governo nelle autonomie.

La cosiddetta statizzazione del segretario comunale¹⁸⁶ ha costituito il modello vigente fino agli anni novanta del secolo scorso nel corso dei quali si è assistito ad una sorta di ritorno all'antico attraverso il ripristino di un legame diretto, anche se non di dipendenza, tra il segretario e l'ente presso il quale presta

¹⁸⁶ AA. VV., *GUIDA NORMATIVA*, CEL, 1997; AA. VV., *GUIDA NORMATIVA*, CEL, 2005; AA. VV., *L'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI*, MAGGIOLI, 2003; AA. VV., *LO SNELLIMENTO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA (COMMENTO ALLA L. 127/1997)*, MILANO, 1997, p. 100 ss.; BARRERA P., *SEGRETARI E DIRETTORI GENERALI: RIFLESSIONI A MARGINE DEL CONGRESSO ANDIGEL*, ROMA, 1 DICEMBRE 2004, INEDITO; BARUSSO E., *IL SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE*, GIUFFRÈ, 2001; DANZI – CANOSSO – CARLINO – IUDICELLO, *IL NUOVO CONTRATTO DI LAVORO DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI*, IL SOLE 24 ORE, 2001; GIOVENCO, *SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE*, IN NN. D. I., XVI, UTET, 1969, p. 932; GRIFFINO, COMMENTO AGLI ARTT. 51, 52 E 53 DELLA L. 142/1990 IN ITALIA-BASSANI (A CURA DI), *LE AUTONOMIE LOCALI*, II, MILANO, 1990, p. 633; LUPO – MATARAZZO, *IL SEGRETARIO COMUNALE, PROFILI GIURIDICI E FUNZIONALI*, CUNEO, 1993; MATARAZZO, *IL SEGRETARIO COMUNALE*, IN PAOLINI – SAIIA (A CURA DI), *MANUALE DEGLI ENTI LOCALI*, ROMA, 1996; MEOLI C., VOCE *SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE*, IN *DIGESTO DELLE DISCIPLINE PUBBLICISTICHE*, QUARTA EDIZIONE, UTET, 1999; MEOLI C., *IL SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE NELLA NUOVA LEGISLAZIONE*, IN *GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, 1997, p. 985 ss.; PERIN M., *LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL SEGRETARIO COMUNALE*, RELAZIONE AL CONVEGNO *CONTROLLO DEI PROCESSI DI GESTIONE ALL'INTERNO DELL'ENTE LOCALE: IL CONTESTO, LE REGOLE E LE FUNZIONI DEL SEGRETARIO COMUNALE*, COMUNE DI NETTUNO, 20 MAGGIO 2005, INEDITO; ROMANO A., *SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE*, IN NN. D. I., APP. VII, UTET, 1987; SANTELIA D., VOCE *SEGRETARIO COMUNALE E PROVINCIALE*, IN *ENCICLOPEDIA GIURIDICA*, XXVIII, ISTITUTO DELL'ENCICLOPEDIA ITALIANA TRECCANI, 1992; STADERINI, *LA NUOVA DISCIPLINA DELL'APPARATO BUROCRATICO LOCALE*, NR, 1997, p. 1209 ss.; STADERINI, *IL NUOVO ORDINAMENTO DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI*, NR, 1997, p. 1733 ss.; STANCANELLI, *ORGANIZZAZIONE, PERSONALE E SEGRETARI COMUNALI*, IN *GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, 1997, p. 725 ss.; VIRGA, *LA FIGURA DEL SEGRETARIO COMUNALE DOPO LA LEGGE BASSANINI N. 127/1997*, NR, 1997, p. 2198 ss.

la sua opera.

1.2. La figura del segretario comunale dall'Unità all'avvento del Fascismo.

La figura del segretario comunale è alquanto risalente ed era in particolare propria dell'esperienza giuridica di diversi stati preunitari.

Lo Stato unitario dovette affrontare il problema dell'unificazione legislativa e, analogamente a quanto compiuto in numerosi altri settori, lo fece utilizzando come modello di riferimento la legislazione del Regno di Sardegna¹⁸⁷.

La prima legge comunale e provinciale del Regno d'Italia (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. A) rende di generale vigenza l'obbligo, già proprio degli stati sardi, che ogni comune si doti di un segretario comunale. Questi - configurato quale dipendente comunale, pur se in posizione apicale - era nominato e licenziato dal consiglio dell'ente.

Oggetto di specifica disciplina regolamentare¹⁸⁸ erano le condizioni per l'accesso alla "carriera". Tra queste merita di essere sottolineato il possesso di una "patente di idoneità" che doveva essere rilasciata dal prefetto, previo esame da parte di un'apposita commissione.

Dal quadro legislativo richiamato può trarsi qualche prima considerazione.

Ci troviamo dinanzi ad un soggetto che non solo è dipendente dell'ente autonomo locale ma che intrattiene con esso un rapporto di impiego di natura privatistica. Si tratta inoltre di un impiego particolarmente "precario", attesa la possibilità di licenziamento, senza obbligo di motivazione, da parte del consiglio comunale.

Nondimeno, la legge configura il segretario come "obbligatorio", ritenendone evidentemente imprescindibili e legate ad un interesse pubblico le funzioni. Si ha altresì cura di accertarne *ex ante* l'idoneità professionale con la

¹⁸⁷ Per un sintetico quadro della legislazione pre-unitaria, con particolare riguardo a quella sardo-piemontese, v. D. Santelia, voce *Segretari comunali e provinciali*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, p. 1.

¹⁸⁸ R. D. 8 giugno 1865, n. 2321.

“patente prefettizia”. Infine, al segretario viene demandata la responsabilità - sotto un penetrante controllo prefettizio - dell'intera attività degli uffici comunali.

Le incongruenze della disciplina appaiono di palmare evidenza. Ad esse è andata gradatamente ponendo rimedio l'evoluzione normativa successiva.

Così la legge 30 dicembre 1888, n. 5865, ha teso a rendere maggiormente stabile il rapporto di impiego, da un lato, prevedendo l'obbligatoria conferma in servizio per almeno sei anni dopo il biennio di prova, dall'altro, apprestando rimedi amministrativi avverso i licenziamenti ritenuti illegittimi.

Un'altra tappa decisiva è costituita dalla pubblicizzazione del rapporto di impiego che venne a determinarsi, nel contesto di quella complessiva del personale degli enti locali, ad opera del r. d. 19 settembre 1899, n. 394.

La successiva legge 7 marzo 1902, n. 144, pur ribadendo lo *status* di dipendente comunale del segretario, ne aggravò il procedimento per la nomina e la revoca, richiedendo un particolare quorum, nonché il previo conseguimento per esami di una apposita patente di abilitazione.

Il definitivo assetto della disciplina dei segretari comunali, lungo le linee guida appena richiamate, venne determinato con il successivo Testo unico della legge comunale e provinciale (TULCP) approvato con R.D. 21 maggio 1908, n. 269, e, in termini ancora più netti, con il successivo TULCP 4 febbraio 1915, n. 148.

Per la nomina del segretario viene così richiesta la c. d. “patente” al cui rilascio provvede il Ministero dell'interno, previo esame scritto e orale. Al posto di segretario si accede in esito ad un pubblico concorso e la nomina acquista carattere di stabilità dopo un quadriennio di esperimento. Il licenziamento non è quindi possibile *ad nutum* ma l'amministrazione che intenda procedervi deve farlo almeno sei mesi prima della scadenza del periodo di esperimento e previa delibera motivata del consiglio, adottata con la maggioranza dei due terzi dei consiglieri intervenuti. Contro tale delibera è ammesso il ricorso giurisdizionale alla Giunta provinciale amministrativa e l'appello, anche per il merito, alla quinta sezione del Consiglio di Stato.

1.3. L'ordinamento fascista.

Sin dall'avvento del regime fascista venne perseguito un disegno di compressione delle autonomie locali.

Dopo un'ampia messe di interventi di modifica al TULCP 148/1915, posti in essere con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2839, il definitivo "smantellamento" delle autonomie locali fu attuato con la legge 4 febbraio 1926, n. 237, e con il R.D. 3 settembre 1926, n. 1910. In ciascun comune, le attribuzioni di consiglio, giunta e sindaco vengono accentrate nel podestà, un organo monocratico di nuova istituzione direttamente nominato dal Governo.

A tale svolta non poteva non corrispondere una profonda inversione di tendenza in tema di *status* dei segretari comunali, attraverso la c. d. statizzazione della categoria; questa, per effetto del R.D.L. 13 dicembre 1928, n. 1953, convertito dalla legge 13 dicembre 1928, n. 2944, viene posta alle dipendenze dello Stato. Il segretario, qualificato come funzionario statale, viene nominato dal Ministro dell'interno o dal prefetto, nel rispetto delle procedure previste dalla legge. Rispetto al prefetto, il segretario viene collocato in una posizione di assoluta subordinazione, che si concretizza nell'attribuzione al rappresentante del Governo di ampi poteri di direzione e di controllo.

Il definitivo assetto della disciplina si determina con il TULCP 3 marzo 1934, n. 383, che realizza "il pieno recupero del segretario nell'organizzazione statale, riconoscendogli un preminente ruolo di servizio pubblico e sottraendolo, in concreto, alla disponibilità delle Amministrazioni locali"¹⁸⁹.

Nel medesimo contesto normativo si compiono i passi decisivi per l'unificazione delle carriere dei segretari comunali e di quelli provinciali, unificazione che venne definitivamente sancita con la legge 27 giugno 1942, n. 851.

D'ora innanzi a tale unitaria categoria si farà costantemente riferimento, ancorché si utilizzino espressioni sintetiche.

¹⁸⁹ Santelia, *op. cit.*, p. 2.

1.4. La fase precedente alla riforma delle autonomie.

L'assetto disciplinare così delineato è rimasto nelle sue linee portanti immutato fino all'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Infatti, con il ripristino delle istituzioni rappresentative locali e l'affermazione dei principi di autonomia e decentramento da parte della Costituzione repubblicana, la configurazione del segretario come funzionario statale non subisce modificazioni. Ciò nonostante l'intima contraddittorietà della statizzazione rispetto alle rifulsive libertà locali.

Con la legge 8 giugno 1962, n. 604, che ha sostituito quasi interamente la precedente legge 9 agosto 1954, n. 748, vengono introdotte rilevanti innovazioni per lo stato giuridico e l'ordinamento della carriera del segretario; in particolare, al fine di assicurare una migliore selezione nell'accesso alla carriera, viene prescritto, come titolo di ammissione al concorso, il diploma di laurea in giurisprudenza o altra equipollente, in sostituzione della precedente "patente" che viene così eliminata.

Successivamente, con D.P.R. 23 giugno 1972, n. 749, si estendono ai segretari le qualifiche della dirigenza, suddividendone la carriera in due tronconi, uno direttivo e uno dirigenziale.

Il nucleo centrale della disciplina non risulta comunque intaccato dal succedersi di queste norme di dettaglio. In particolare non viene messa in discussione la statizzazione che, anzi, viene confermata dalla stessa legge 142/1990 che, all'art. 52, ripropone la configurazione del segretario comunale quale funzionario dello Stato, rinviando ad una legge successiva l'organica disciplina dello *status*.

Nelle previsioni di molti la legge 142/1990 avrebbe dovuto rappresentare un equilibrio normativo di medio-lungo periodo. La realtà è stata assai differente e a quella legge sono state presto apportate radicali modifiche¹⁹⁰.

¹⁹⁰ È stato opportunamente sottolineato come la legge 142/1990 avesse visto la luce in un momento particolarissimo per le nostre istituzioni, e, soprattutto con riguardo alla figura del segretario, avesse rappresentato un precario compromesso, raggiunto *in extremis*, fra quanti rimanevano ancorati alla concezione "classica" di un funzionario con finalità essenzialmente

Come già evidenziato, l'art. 52 della legge 142/1990 afferma innanzi tutto la necessarietà del segretario comunale in ogni ente locale, qualificandolo come funzionario statale e rinviando ad una legge successiva l'istituzione di un albo nazionale a cui gli stessi debbono essere iscritti nonché l'ulteriore disciplina in tema di trattamento economico, attribuzioni e responsabilità, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, modalità di accesso e progressione in carriera. La legge avrebbe dovuto altresì prevedere un organo composto, in modo paritetico, da rappresentanti degli enti locali, del Ministero dell'interno e dei segretari preposto alla tenuta dell'Albo e chiamato ad esercitare funzioni di indirizzo e di amministrazione.

Non può al riguardo non concordarsi circa il rischio di confusione terminologica che è ingenerato dalla circostanza che il segretario, da un lato, sia qualificato funzionario statale ma, dall'altro, ne venga prevista l'iscrizione in un albo, termine con il quale, nel nostro ordinamento, ci si riferisce normalmente alle libere professioni¹⁹¹.

Quanto ai compiti, la norma di cui al terzo comma dell'art. 52 elenca le funzioni del segretario, prevedendo che esse debbano essere disimpegnate nel rispetto delle direttive impartite dal sindaco o dal presidente della provincia, ai quali è legato da una dipendenza funzionale. Delineando una figura dotata di maggiore autonomia, viene rafforzato il ruolo, tradizionale per il segretario, di cerniera e di raccordo tra organi politici ed apparato burocratico dell'ente locale.

Segretario e vertice politico si pongono nella struttura organizzativa dell'ente locale in posizione "complementare e sinergica". Ciascuno di essi rappresenta, rispettivamente con riguardo all'attività di governo e a quella gestionale, "l'elemento di sintesi, di direzione unitaria e di coordinamento"¹⁹².

La maggiore indipendenza e autonomia della figura è altresì amplificata dalla preposizione del segretario rispetto all'apparato burocratico dell'ente. Egli, infatti, sovrintende e coordina l'attività dei dirigenti assicurando in tal modo una

garantiste, e chi, invece, richiedeva una trasformazione del ruolo e della funzione del segretario, per renderlo compatibile con le esigenze autonomistiche, nel frattempo erano più urgenti e pressanti. Cfr. Carlino - Manzone, *Il Segretario comunale e provinciale*, in AA. VV., *Guida normativa*, CEL, 2005, p. 536.

¹⁹¹ Cfr. Carlino - Manzone, *op. loc. cit.*

¹⁹² In tal senso, Matarazzo, *Il segretario comunale*, in Paolini - Saija (a cura di), *Manuale degli enti locali*, Roma, 1996, p. 344.

unitarietà di direzione e consentendo il necessario raccordo tra le scelte degli organi politici e la loro realizzazione, anche con funzioni di sorveglianza e di impulso. La posizione di supremazia gerarchica nei confronti di tutto il personale, fa sì che in capo al segretario possa genericamente ricondursi una responsabilità di risultato dell'attività degli uffici comunali.

Proprio nella prospettiva di garantire il corretto funzionamento dell'apparato burocratico dell'ente vanno inquadrate le ulteriori attribuzioni previste dalla legge, riguardanti, in particolare, l'attuazione dei provvedimenti, la responsabilità dell'istruttoria delle deliberazioni e il compito di provvedere agli atti esecutivi delle stesse, la partecipazione alle riunioni della giunta e del consiglio. Tale "partecipazione" vale a connotare la figura di un ruolo attivo nel processo di formazione dell'atto e quindi non come mero verbalizzante della volontà della giunta.

Non solo. Accanto a tali funzioni, il successivo art. 53 prevede che - esclusivamente in ordine ai profili di legittimità - il segretario possa essere chiamato a svolgere una attività consulenziale, obbligatoria ma non vincolante, sulle proposte di deliberazione da sottoporre all'esame della giunta o del consiglio (parere di legittimità). Inoltre, ove l'ente sia sprovvisto di responsabili di servizio, il segretario è chiamato a fornire anche il parere di regolarità tecnica e contabile.

Quella che emerge dalla ricostruzione normativa è la figura di un segretario che, partecipando in modo penetrante a tutte le attività dell'ente locale, costituisce un essenziale punto di riferimento neutrale, anche se solo parzialmente autonomo, per la corretta gestione dell'ente.

1.5. Il mutamento delle funzioni: la legge 15 maggio 1997, n. 127

La legge 15 maggio 1997, n. 127 ha proceduto ad una trasformazione giuridica e funzionale della figura del segretario comunale nell'ambito delle trasformazioni in senso autonomistico dell'ordinamento degli enti locali, recependo in particolare la richiesta dei sindaci di poter scegliere il segretario,

richiesta originata dalla sostanziale insofferenza per la natura "ibrida" dello stesso, che dipendeva funzionalmente dall'ente ma era amministrato dallo Stato. Soprattutto nel riscriverne le funzioni si è posto l'accento su quelle di consulente al servizio dell'ente.

La legge costituisce in effetti l'esito di un lungo braccio di ferro fra le associazioni di categoria dei segretari e il mondo delle autonomie, dal quale proveniva sempre più forte la rivendicazione di un ruolo diverso e decisivo nella nomina del segretario in coerenza con la grande novità legislativa costituita dall'elezione diretta del sindaco e del presidente della provincia.

Non si è in vero trattato di un mutamento repentino. Già nella legge finanziaria per il 1996 (legge 28 dicembre 1995, n. 549), pur priva di specifica attinenza con la materia che ci occupa, venivano introdotte (art. 1, commi 84 e 85) alcune importanti novità nella disciplina dei segretari. Con tali disposizioni, infatti, nel sopprimere la previsione di una legge per la disciplina della nomina e della revoca del segretario, si stabiliva che nomina e revoca dovessero avvenire d'intesa con il sindaco e con il presidente della provincia.

È evidente che una immediata attuazione della novella legislativa avrebbe pesantemente inciso sul complessivo assetto normativo. Non a caso sull'argomento intervenne un prudente parere del Consiglio di Stato¹⁹³ che si pronunciò per la non immediata applicabilità delle nuove disposizioni, ritenendo che "il testo letterale appare chiaro nel senso che la procedura dell'intesa presuppone l'esistenza dell'Albo, fra gli iscritti al quale il Ministero dell'interno, da una parte, e l'Ente locale interessato, dall'altra, dovranno scegliere (d'intesa fra loro) il funzionario da officiare come Segretario dell'Ente stesso". Intesa che avrebbe presupposto valutazioni discrezionali incompatibili con un sistema basato su procedure concorsuali, ispirate a criteri di obiettività ed imparzialità.

Il Ministero dell'interno - con circolare 28 febbraio 1996, n. 11 - prendeva atto di tale parere, di fatto nuovamente rinviando il problema alla futura legge sullo *status*.

¹⁹³ Cfr. C.d.S., sez. I, 21 febbraio 1996, n. 1, su quesito del Ministero dell'interno.

La legge 127/1997 (che contiene le disposizioni relative al segretario nell'art. 17, commi 67-86¹⁹⁴) interviene in tale panorama pervenendo ad una configurazione del segretario in coerenza con un assetto più decisamente autonomistico dei poteri locali.

Il segretario viene qualificato quale dipendente pubblico (e non più statale) recidendosi del tutto il legame con lo Stato e confermando l'intento già palesato dal legislatore della legge 142/1990.

Il complesso di nuovi compiti e funzioni rendono il segretario "intrinseco al comune ed alla sua organizzazione, legato a questo nell'attuazione dei programmi di gestione e nella realizzazione negli obiettivi dell'azione amministrativa e politica"¹⁹⁵.

Più specificatamente il comma 68 attribuisce al segretario *"compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti"*. Tali compiti si possono in concreto atteggiare secondo modalità diversificate in quanto la loro concreta portata è rimessa alle discipline proprie di ciascun ente (previsioni statutarie, regolamentari e atti sindacali); è in proposito evidente il rischio che possa risultarne frustrato quel maggior coinvolgimento del segretario nella vita amministrativa dell'ente prefigurato dal legislatore.

"Il segretario può diventare l'elemento di chiusura dell'attività e dell'organizzazione dell'ente, assicurando il raccordo tra i programmi e l'utilizzo delle risorse organizzative e funzionali, individuando e proponendo i necessari adeguamenti dell'ordinamento dell'ente, ricercando ogni utile strumento operativo, valutando e proponendo le misure ritenute più idonee per realizzare gli obiettivi secondo i principi dell'efficacia, efficienza e trasparenza. È evidente che in questa complessiva azione il segretario dovrà assicurare la massima obiettività e mantenere il ruolo assegnatogli per non rischiare di 'politicizzare' la sua funzione svuotandola

¹⁹⁴ Il testo definitivo delle norme può risultare di difficile comprensione e coordinamento, anche perché su di esso ha notevolmente influito il modo in cui si è giunti alla votazione finale, con un voto di fiducia posto dall'esecutivo su un maxi-emendamento.

¹⁹⁵ Meoli C., voce Segretario comunale e provinciale, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, quarta edizione, UTET, 1999.

*dei contenuti positivi*¹⁹⁶.

Le funzioni di assistenza giuridico amministrativa sostituiscono il parere di legittimità sugli atti. Non più tenuto al controllo del singolo atto, il segretario è ora invece chiamato ad assicurare che l'azione di governo sia conforme ai criteri di economicità, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione, nel frattempo sanciti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Non si tratta di garantire il rispetto del principio di legalità in senso formale, dovendosi avere riguardo alla legalità in senso sostanziale, con riferimento alla complessiva attività dell'ente locale nell'ambito delle norme statali, statutarie e regolamentari¹⁹⁷.

L'analisi dell'impatto della riforma non può prescindere dalla novità costituita dalla previsione (art. 6) del direttore generale quale responsabile dell'attuazione degli obiettivi dell'ente. Infatti, l'introduzione di tale nuova figura rende in concreto solo eventuali i compiti di sovrintendenza e coordinamento delle funzioni dei dirigenti in capo al segretario.

1.6. Il rapporto con la dirigenza negli enti locali.

La legge 142/1990 ha sancito (art. 51, comma 2) nel nostro ordinamento la distinzione tra politica e gestione con una chiara disposizione a mente della quale *“spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge o lo statuto non riservino espressamente agli organi di governo dell'Ente”*.

Nel vigore della legge 142/1990 si è posta la questione se al segretario, oltre alle competenze espressamente indicate dall'art. 52, spettassero anche quelle che l'art. 51 assegna ai dirigenti.

Il Ministero dell'interno ha in proposito espresso un'opinione negativa fondata innanzi tutto sulla considerazione che, come “funzionario dello Stato”, il segretario non avrebbe potuto assumere la rappresentanza esterna dell'ente locale, non sussistendo rispetto ad esso l'indispensabile requisito della “immedesimazione organica”.

¹⁹⁶ Meoli C., *op. cit.*

¹⁹⁷ In tal senso, cfr. Corte dei Conti, sez. II, n. 88/2004, su appello a Corte dei Conti, sezione toscana, 8 ottobre 2001, n. 1179.

Di segno opposto è stata invece l'opinione del Consiglio di Stato¹⁹⁸. È stato in particolare sostenuto che il segretario è da considerare "funzionario dello Stato" solo in un senso "molto peculiare e limitato". Se infatti l'ordinamento ha inteso garantire al segretario una posizione "relativamente indipendente rispetto all'ente locale", ciò si è realizzato essenzialmente per i profili relativi allo "stato giuridico ed al trattamento economico, in una parola alla carriera". Per quel che attiene invece alle funzioni, il segretario non è certo "organo dello Stato", né dipende gerarchicamente da organi dello Stato.

Al contrario, le funzioni che l'art. 52 direttamente gli attribuisce valgono a connotarlo "come un soggetto che partecipa a pieno titolo all'amministrazione attiva dell'ente, tanto quanto i dirigenti e, anzi, in posizione sovraordinata rispetto a questi ultimi".

Ne consegue che, a seguito della introduzione della separazione fra il livello dell'indirizzo e del controllo, proprio degli amministratori elettivi, e il livello della gestione amministrativa, proprio dei dirigenti, "è giocoforza ritenere che a questo secondo livello appartenga, prima di ogni altro, il segretario, siccome posto dalla legge, con espressioni inequivocabili, al vertice dell'apparato burocratico-esecutivo".

Seguendo questa impostazione, non pare possibile revocare in dubbio che al segretario, oltre ai compiti a lui direttamente assegnati dalla legge, possano essere affidati, in determinate condizioni, compiti e funzioni di norma attribuiti a dirigenti.

È stato al riguardo sostenuto che il principio di esclusività delle competenze dirigenziali, che la legge prevede nei riguardi degli organi di governo, non opera invece nei confronti del segretario comunale e provinciale, come pure del direttore generale. Benché tali soggetti non siano dirigenti, nella stretta nozione accolta dalla normativa, rientra infatti nelle possibilità dell'amministrazione locale l'adozione di scelte organizzative che, al fine di un miglior perseguimento dei propri obiettivi, comportino l'affidamento al direttore generale ed al segretario di

¹⁹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, 10 luglio 1991, parere n. 1620.

compiti specifici, quali la presidenza di concorsi o di gare, quando non la responsabilità di uno o più servizi¹⁹⁹.

I rapporti con la dirigenza sono scanditi anche attraverso istituti di carattere economico quali il c. d. galleggiamento di cui all'art. 41, comma 5, del CCNL del 16 maggio 2001. Tale norma prevede che la retribuzione di posizione del segretario non sia inferiore a quella stabilita per la funzione dirigenziale più elevata nell'ente; si tratta di una sorta di clausola di salvaguardia per evitare che, per la presenza di dirigenti all'interno dell'ente, la retribuzione di posizione del segretario possa risultare inferiore a quella attribuita ai primi.

1.7. Il direttore generale.

La disciplina della figura del direttore generale negli enti locali - originariamente inserita nel contesto della legge 142/1990 (art. 51-*bis*), ad opera dell'art. 6, comma 10, legge 127/1997 - è stata successivamente riprodotta nell'art. 108 TUEL (D.Lgs. 267/2000).²⁰⁰

La materia è stata recentemente disciplinata dall'art. 2, commi 183-186, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (finanziaria per il 2010) e dall'art. 1-quater lett. d) della legge 26 marzo 2010 n. 42 con cui è stata soppressa la figura del Direttore Generale nei comuni inferiori a 100.000 abitanti. L'art. 108 richiamato disponeva invece che le province e i comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti potessero procedere alla nomina del direttore generale, con contratto a tempo determinato e al di fuori della dotazione organica. La medesima possibilità era riconosciuta anche ai comuni con popolazione inferiore al predetto limite di 15.000 abitanti, purché si convenzionassero al fine del raggiungimento della medesima soglia. In merito alle vicende relative alla soppressione e alle problematiche nascenti si rinvia alla specifica trattazione.

¹⁹⁹ Cfr. Carlino - Manzone, *op. cit.*, p. 538. Si sottolinea altresì come la richiamata impostazione trovi ancor più forte giustificazione "all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale 3/2001, che ha assegnato alla fonte regolamentare locale la competenza esclusiva per quel che riguarda la disciplina dell'organizzazione e l'esercizio delle funzioni locali".

²⁰⁰ L'art. 2, comma 186 della Legge 23.12.2009, n. 191, nel testo modificato dal D.L. 25.01.2010, n. 2 come convertito in Legge 26.03.2010, n. 42, prevede quanto segue: "Al fine del coordinamento della finanza pubblica e per il contenimento della spesa pubblica, i comuni devono adottare le seguenti misure: (...omissis) d) soppressione della figura del direttore generale, tranne che nei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti".

Le norme hanno limitato la figura agli enti sopra i 100.000 abitanti senza comunque modificare le funzioni e la disciplina delle interazioni con gli altri soggetti di riferimento dell'ente quali il segretario comunale e i dirigenti.

La durata dell'incarico non può comunque eccedere quella del mandato sindacale o presidenziale.

A fronte della possibilità di revoca *ad nutum* previa delibera di giunta, in conseguenza del semplice venir meno del rapporto fiduciario, il direttore generale contratta con l'amministrazione il compenso per il proprio incarico.

Le funzioni del direttore generale o *city manager* sono quelle manageriali tipiche, tendenti ad assicurare il risultato della gestione e a recuperare sempre più forti margini di efficacia ed efficienza dell'apparato.

Il direttore generale provvede ad attuare gli indirizzi e gli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, secondo le direttive impartite dal sindaco o dal presidente della provincia, predispone il piano dettagliato di obiettivi previsto dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 197 TUEL, predispone la proposta di piano esecutivo di gestione di cui all'art. 169 TUEL. Al direttore generale rispondono i dirigenti dell'ente, con esclusione del segretario.

Quando il direttore generale non sia stato nominato, le relative funzioni possono essere conferite al segretario.

In tale ipotesi, al segretario spetta, in base a quanto previsto dall'art. 44 del CCNL dei segretari del 16 maggio 2001, una specifica indennità completamente distinta dalla retribuzione allo stesso spettante per il disimpegno dei compiti propri dell'ufficio ed oggetto di specifica contrattazione al momento dell'assunzione dell'incarico.

Prima dell'avvento del nuovo contratto dei segretari comunali e provinciali si era posto il problema se per le funzioni di direttore generale attribuite al segretario potesse essere erogato un corrispettivo.

Mentre a livello ministeriale si sosteneva l'illegittimità di ogni corrispettivo aggiuntivo, a causa della mancata previsione dello stesso nei contratti collettivi,

tale tesi è stata fortemente contestata sulla base della considerazione che i contratti collettivi allora vigenti non avrebbero potuto contenere una previsione del genere in quanto stipulati precedentemente alla entrata in vigore della legge 127/1997²⁰¹.

Da quanto precede sembra emergere il chiaro intendimento del legislatore di configurare il direttore generale come un soggetto dotato di competenze autonome e diverse da quelle spettanti al segretario. Ne è riprova la circostanza che, in assenza del direttore, le relative funzioni non rifluiscono automaticamente sul segretario, essendo a tal fine necessario un atto di attribuzione esplicito, che, se del caso, potrebbe anche non ricomprendere tutte le funzioni di spettanza del direttore generale.

Un significativo indice di diversità può essere altresì rintracciato nel rapporto con i dirigenti. Infatti, mentre il segretario svolge nei confronti di questi essenzialmente una funzione di vigilanza e coordinamento, che sembrano qualificarlo come *primus inter pares*, il rapporto tra direttore generale e dirigenti è indubbiamente di tipo gerarchico-funzionale²⁰².

Pur distinte, le figure del segretario e del direttore generale sono chiamate ad interagire nella complessa macchina organizzativa dell'ente. È quindi opportuno che, ove il capo dell'amministrazione intenda avvalersi della facoltà di procedere alla nomina del direttore generale, l'assetto organizzativo sia contestualmente adeguato disciplinando - secondo l'ordinamento dell'ente e nel rispetto dei distinti ed autonomi ruoli - i rapporti tra segretario e direttore²⁰³.

²⁰¹ In non pochi casi, le amministrazioni avevano proceduto alla corresponsione del corrispettivo, adottando clausole di salvaguardia in previsione dei futuri contratti collettivi.

²⁰² Per un'approfondita disamina della questione, con particolare riguardo al tema dell'avocazione, cfr. Carlino - Manzone, *op. cit.*

²⁰³ In tal senso Carlino - Manzone, *op. loc. cit.*, ove si richiama, in particolare, l'esigenza di introdurre, "nella dotazione organica, le modifiche necessarie ad individuare gli uffici direttamente dipendenti dal Segretario, per evitare che si possano creare conflitti fra lo stesso e il Direttore. Il Segretario, in questo modo, potrà svolgere i propri compiti in modo effettivamente autonomo e potrà contare sulla collaborazione di una propria struttura, sia pure di dimensioni essenziali e comunque proporzionata all'ente e ai compiti assegnatigli, che non debba in ogni caso rendere conto al Direttore Generale".

1.8. Maggiorazione della retribuzione di posizione e segretario-direttore generale.

Il vigente contratto collettivo di categoria, all'art. 41, comma 4, riconosce agli enti la possibilità di attribuire al segretario, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, una maggiorazione della retribuzione di posizione di cui all'art. 41, comma 3, secondo condizioni, criteri, parametri da definirsi in sede di contrattazione decentrata integrativa nazionale. Il Contratto collettivo integrativo siglato il 22 dicembre 2003, oltre a provvedere al riguardo, ha altresì stabilito che le funzioni individuate quali condizioni per poter erogare la maggiorazione della retribuzione, ove le stesse coincidano con le attività ed i compiti tipici del direttore generale, non possano essere computate ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione, qualora il segretario sia stato nominato direttore generale.

Quanto precede comporta che il segretario nominato direttore generale (adesso nei comuni superiori a 100.000 abitanti) può avere titolo, oltre all'indennità di direzione generale, anche alla maggiorazione della retribuzione di posizione nei casi in cui determinati compiti siano formalmente affidati al segretario in quanto tale e non siano stati invece affidati, dalle norme o da altri atti organizzativi, al segretario quale direttore generale²⁰⁴.

2. L'ALBO DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI

2.1. L'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali.

L'art. 7 comma 31-ter della Legge n. 122 del 30 luglio 2010, con il quale è

²⁰⁴ In vero la richiamata previsione del contratto decentrato ha formato oggetto di rilievi da parte del Ministero dell'economia e delle finanze che - nella cornice di una complessiva critica degli accordi sottoscritti - ne ha revocato in dubbio l'opportunità.

stata soppressa l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali e disposta la successione a titolo universale del Ministero dell'Interno ha altresì abrogato gli artt. 102 e 103 del TUEL.

La modifica legislativa non ha riguardato l'albo nazionale, articolato in sezioni regionali e disciplinato dall'art. 98 del TUEL, né la categoria dei segretari e le loro funzioni di cui all'art. 97 del TUEL, né gli aspetti fondamentali legati alla loro gestione come la nomina, la revoca, la disponibilità e la mobilità di cui agli artt. da 99 a 101 del TUEL.

Permane pertanto l'articolazione in un albo centrale che ha sede a Roma e in 18 sezioni regionali, di norma ubicate nei comuni capoluogo di regione²⁰⁵ che hanno competenza in merito all'adozione dei provvedimenti e degli atti relativi alla gestione dei segretari iscritti alla rispettiva sezione regionale dell'Albo.

L'iscrizione all'Albo dei segretari è subordinata al possesso dell'abilitazione concessa dalla ex - SSPAL - oggi Ministero dell'Interno - al termine di un corso-concorso di formazione della durata di 9 mesi, seguito da un tirocinio pratico di 3 mesi presso uno o più comuni. Invero la durata del corso prima che l'art. 1, comma 524, della legge finanziaria 2007 ne stabilisse l'attuale durata era pari a 18 mesi più un tirocinio pratico di 6 mesi.

2.2. Rapporto di lavoro e rapporto di servizio.

L'ordinamento introdotto dalla legge 127/1997 (poi confluito nel TUEL) e dal D.P.R. 465/1997 prevedeva che i segretari comunali e provinciali fossero dipendenti dell'Agenzia (art. 102 TUEL ora abrogato) e iscritti in un apposito Albo professionale gestito dalla stessa Agenzia, territorialmente articolato per regioni. A tale Albo il sindaco o il presidente della provincia attingono per individuare e nominare il segretario in possesso dei requisiti necessari per ricoprire la propria sede di segreteria. Si instaura in tal modo un rapporto fiduciario di durata

²⁰⁵ Non sono comprese le regioni autonome Trentino Alto-Adige e Valle d'Aosta. La sezione Veneto e la sezione Friuli sono ubicate rispettivamente a Vicenza e Udine.

corrispondente al proprio mandato.

Ai sensi dell'art. 99, commi 1 e 2, TUEL, il segretario dipende funzionalmente dal sindaco o dal presidente della provincia che lo ha nominato, divenendo così titolare di un rapporto di servizio a tempo determinato, corrispondente alla durata del mandato del capo dell'amministrazione. A quest'ultimo spettano, ai sensi dell'art. 15, comma 1, D.P.R. 465/1997, le attribuzioni in ordine agli istituti contrattuali connessi con il rapporto funzionale del segretario con l'ente locale presso cui presta servizio.

A ben vedere non si tratta di una autentica novità se si considera che, anche nel previgente ordinamento, il segretario era titolare di un rapporto d'impiego con il Ministero dell'interno e di un rapporto "organico" con l'ente locale presso cui prestava servizio.

Rispetto a prospettazioni tese a immaginare che in occasione dell'assunzione della titolarità e per tutta la durata della stessa venisse meno il rapporto con l'Agenzia, residuando esclusivamente quello con l'ente locale, è intervenuta una chiara e risolutiva pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁰⁶.

In particolare, la Corte si è soffermata su di una ricostruzione sistematica degli elementi normativi che si affiancano e corroborano l'esplicita previsione normativa (art. 17, comma 67, legge 127/1997) a mente della quale i segretari, per tutta la durata della propria carriera, sono dipendenti dell'Agenzia, "senza alcuna riserva o delimitazione per il periodo in cui siano espletate dette mansioni".

A tali fini viene richiamato come la dipendenza del segretario dal Capo dell'amministrazione sia qualificata di carattere meramente "funzionale" (comma 70), all'uopo "adottando una nozione propria dei rapporti di servizio".

Nello stesso senso indirizza la previsione che il segretario possa essere "revocato" con provvedimento motivato (comma 71), "atto tipico della cessazione di un incarico su iniziativa del proponente (non della rescissione di un rapporto di lavoro)".

²⁰⁶ Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 14 maggio 2001, n. 205.

Pure segnalata è la circostanza che - a fronte della previsione in base alla quale il segretario iscritto all'Albo, in caso di revoca (o di mancanza) dell'incarico, viene collocato in "posizione di disponibilità" (comma 72) fino al conseguimento di un nuovo incarico - la legge prevede che durante il periodo di disponibilità l'Agenzia eserciti nei confronti del segretario medesimo "poteri di pertinenza del datore di lavoro, affidandogli incombenze inerenti alla gestione dell'Albo, attività di consulenza, mansioni presso altre amministrazioni".

In conclusione, per la Corte regolatrice, la "assegnazione" del segretario da parte dell'Agenzia all'ente locale altro non è che l'atto "con cui il datore di lavoro gestisce il rapporto d'impiego in corso, distaccando il proprio dipendente presso l'ente territoriale". L'assegnazione interviene "in un rapporto d'impiego già nato (e destinato a perdurare)" e non è indirizzato all'assunzione del lavoratore.

2.3. Le fasce professionali.

L'art. 12 del D.P.R. 465/1997 aveva individuato una disciplina transitoria del percorso professionale dei segretari, prevedendo cinque fasce professionali con una progressione tra le stesse legata all'anzianità di servizio e tenendo ferma la classificazione di comuni e province ai fini dell'assegnazione del segretario prevista nelle tabelle A e B allegate al D.P.R. 23 giugno 1972, n. 749.

La contrattazione collettiva avrebbe poi dovuto stabilire definitivamente le fasce professionali, col relativo percorso di carriera; a ciò ha provveduto il contratto collettivo di lavoro stipulato il 16 maggio del 2001.

Il contratto, all'art. 31, individua tre fasce professionali: A, B e C. Alle fasce sono collegati altrettanti livelli demografici degli enti locali, fatte salve le precedenti riclassificazioni. L'inserimento nella fascia professionale esprime l'idoneità del segretario ad essere nominato negli enti del livello demografico correlato.

Il portato più evidente e rilevante del contratto di lavoro è costituito dal

superamento della previgente distinzione tra segretari dirigenti e funzionari. Il contratto inquadra infatti i segretari in un'unica qualifica professionale, cui corrisponde una nuova struttura retributiva unitaria, articolata in funzione della sede di servizio.

La circostanza che tale struttura retributiva sia collegata al trattamento economico dirigenziale, determinerebbe ad avviso di alcuni interpreti una sostanziale attribuzione ai segretari della qualifica dirigenziale, che si esplica lungo un percorso professionale il cui sviluppo è legato prevalentemente alla verifica della capacità professionale attraverso la partecipazione ai corsi organizzati dalla SSPAL²⁰⁷.

Si tratta di una conclusione in linea di principio condivisibile, benché essa trovi piena conferma testuale esclusivamente con riguardo ai segretari di fascia "B" e "A". A conferma di tale assunto, può richiamarsi la norma di cui all'art. 32 del CCNL che, per il caso di mobilità di un segretario appartenente a tali fasce verso altre pubbliche amministrazioni, ne prevede l'equiparazione al personale con qualifica dirigenziale dell'amministrazione di destinazione. Con riguardo ai segretari di fascia "C" viene invece prevista l'equiparazione alla categoria o area più elevata prevista dal sistema di classificazione vigente presso l'amministrazione medesima.

I contratti collettivi del 2008 non hanno portato alcuna variante del quadro normativo delineato dal CCNL del 2001 incidendo soltanto sui livelli retributivi per i bienni economici 2002-2003 e 2004-2005 e disponendo l'inglobamento della indennità integrativa speciale (I.I.S.) dal 1° gennaio 2002 nella voce stipendio tabellare.

2.4. Il percorso di carriera.

Nella fascia iniziale "C" sono iscritti i segretari che abbiano conseguito l'abilitazione rilasciata dalla Scuola a seguito del superamento del corso concorso.

²⁰⁷ Danzi - Canossi - Carlino - Iudicello, Il nuovo contratto di lavoro dei segretari comunali e provinciali, Il Sole 24 ore, 2001.

All'iscrizione consegue l'idoneità ad essere nominati in enti fino a 3.000 abitanti.

Nella fascia "B" sono inseriti i Segretari idonei alla nomina in Enti compresi tra 3.000 e 65.000 abitanti, non capoluogo di provincia. L'iscrizione nella fascia si consegue col superamento di un corso di specializzazione cui possono accedere i segretari dopo due anni di servizio nella fascia C.

Nella fascia "A", infine, sono inseriti i Segretari idonei alla nomina in enti superiori a 65.000 abitanti. Anche tale iscrizione è subordinata al superamento di un corso di specializzazione cui possono accedere i Segretari dopo due anni di servizio in enti la cui popolazione sia compresa tra i 10.001 e i 65.000 abitanti.

Nelle fasce professionali "A" e "B" sono individuati due differenti livelli demografici cui è collegata l'anzianità per l'idoneità alla nomina. Nell'ambito della fascia "B" viene individuato un primo livello di enti - 3.001-10.000 abitanti - nei quali si può essere nominati con l'iscrizione nella fascia stessa. Per la nomina, invece, in enti superiori a 10.000 abitanti, occorre un'anzianità di servizio di almeno due anni in enti inferiori. Parimenti nella fascia "A" l'idoneità alla nomina, in enti superiori a 250.000.000 abitanti, nei capoluoghi di provincia, e nelle province, si consegue dopo due anni di servizio in Enti con popolazione oltre i 65.000 abitanti.

Tale disciplina è considerata rispondente all'esigenza di collegare l'idoneità a svolgere funzioni in situazioni più complesse alla maturazione di esperienze professionali in enti di dimensioni più ridotte²⁰⁸.

Di particolare evidenza l'anzianità richiesta per i comuni oltre 250.000 abitanti, comuni capoluogo e province. In particolare per i comuni capoluogo e le province i requisiti richiesti per la nomina del segretario si svincolano dall'entità demografica o dalla classificazione dell'ente ricollegandosi alla sua denominazione (se capoluogo o provincia) e ritenendosi strettamente correlata alla stessa una maggiore complessità dell'azione amministrativa e conseguentemente la necessità di una qualificata e maggiore esperienza del segretario.

²⁰⁸ Danzi - Canossi - Carlino - Iudicello, op. Cit..

3. L'ACCESSO ALLA CARRIERA

3.1. Il corso concorso e l'iscrizione all'Albo.

Il presupposto per l'esercizio delle funzioni di segretario comunale e provinciale è l'iscrizione nell'apposito Albo a norma dell'art. 97, comma 1, TUEL, articolato in sezioni regionali.

Il successivo art. 98 prevede che all'Albo si acceda dopo il conseguimento dell'abilitazione rilasciata dalla Scuola superiore per la formazione e la specializzazione dei dirigenti della pubblica amministrazione locale (SSPAL), a seguito della frequentazione di un corso cui possono accedere, per concorso nazionale, i laureati in giurisprudenza, scienze politiche ed economia e commercio.

L'art. 13 del D.P.R. 465/1997 che prevedeva una durata del corso pari a 18 mesi seguito da un tirocinio pratico di sei mesi presso uno o più comuni è stato modificato dall'art. 1, comma 524, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) che ne ha modificato la durata riducendola a 9 mesi di corso più tre di tirocinio.

Il numero di posti messi a concorso è naturalmente predeterminato tenendo conto che il numero degli iscritti non può superare il numero dei comuni e delle province, ridotto del numero delle sedi unificate e maggiorato di una percentuale "funzionale all'esigenza di garantire una adeguata opportunità di scelta da parte dei sindaci e dei presidenti di provincia" (art. 98, comma 2, TUEL).

I vincitori sono assegnati alle sezioni regionali sulla base dell'ordine della graduatoria e delle preferenze espresse nonché tenendo conto delle esigenze delle stesse sezioni.

Anche se l'iscrizione all'albo costituisce certamente la *conditio sine qua non* per essere nominati da parte dei sindaci, è bene aver presente che il rapporto di lavoro con l'ex Agenzia si instaura solo con la prima nomina e la conseguente presa di servizio presso un ente locale quale segretario titolare. L'art. 15 del CCNL di categoria specifica al riguardo che l'inizio del rapporto di lavoro coincide con la

prima effettiva assunzione in servizio, instaurandosi con la sottoscrizione del contratto individuale. La mancata accettazione della prima nomina comporta, ai sensi dell'art. 13, comma 10, D.P.R. 465/1997, l'automatica cancellazione dall'albo e la restituzione di una percentuale della borsa di studio percepita durante il corso.

Pertanto, fino alla prima nomina e alla relativa presa di servizio in un comune, coloro che hanno conseguito l'abilitazione di cui all'art. 98 del D.Lgs. 267/2000 risultano nell'Albo quali meri "iscritti", non potendosi configurare in questa fase alcun rapporto sinallagmatico di lavoro. Solo dopo il verificarsi di tali presupposti il neo-segretario diviene al tempo stesso titolare di un rapporto di lavoro con l'ex Agenzia e di un rapporto funzionale con l'ente locale, cui spettano, giusto il disposto dell'art. 15, comma 1, D.P.R. 465/1997, le attribuzioni in ordine agli istituti contrattuali connessi con tale rapporto, ivi compresa la retribuzione.

3.2. La nomina.

In materia di nomina, il quadro normativo di riferimento è costituito dagli artt. 97 e 99 del TUEL, dall'art. 15 del D.P.R. 465/1997, nonché dalla deliberazione del Consiglio nazionale di amministrazione dell'Agenzia 15 luglio 1999, n. 150, che ha dettato le procedure per la copertura delle sedi nonché per i casi di inerzia degli enti locali.

Si rileva, in primo luogo, come per i comuni e le province sussista l'obbligo di avere un segretario titolare, dipendente dell'ex Agenzia, e nominato dal sindaco o dal presidente della provincia, che lo scelgono tra gli iscritti all'Albo.

Ai sensi dell'art. 99, comma 3, del TUEL e dell'art. 15, comma 2, del D.P.R. 465/1997, tale nomina, di carattere fiduciario, può essere disposta, previa comunicazione al titolare, non prima di 60 giorni e non oltre 120 giorni dalla data di insediamento del capo dell'amministrazione. Nel caso di sede vacante la procedura deve concludersi entro 120 giorni dalla data della vacanza.

A tale proposito si ricorda che il termine iniziale per il computo dei 120 gg.

è da individuarsi nell'atto di proclamazione degli eletti²⁰⁹.

L'analisi della normativa nonché della giurisprudenza²¹⁰ permette di evidenziare la necessità e l'obbligatorietà della presenza di un segretario all'interno dell'ente imponendo la copertura della sede vacante e termini perentori entro i quali provvedere.

La configurazione della nomina quale atto obbligatorio per legge fa propendere nel caso in esame per l'applicazione alla fattispecie dell'art. 136 TUEL a mente del quale *“qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino od 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”*.

In caso di inerzia del capo dell'amministrazione in presenza di una sede vacante l'ex Agenzia richiede al difensore civico l'intervento sostitutivo²¹¹.

La perentorietà del termine dei 120 giorni assume una sua fondamentale importanza ove si consideri che, nel caso di mancato esercizio del potere di nomina, il segretario in servizio presso la sede si intende confermato. Ove pertanto la procedura di nomina non si concluda nel termine suddetto ne consegue la decadenza del sindaco dalla facoltà di nomina. Non è sufficiente a tal fine la richiesta di avvio della procedura finalizzata alla sostituzione del titolare ma è necessario che il nuovo segretario sia nominato, che cioè si renda “concreta” la volontà di sostituzione²¹².

L'impossibilità di nominare prima di 60 giorni dall'insediamento appare funzionale a consentire al nuovo sindaco di “apprezzare” il segretario,

²⁰⁹ Cfr. deliberazione dell'Agenzia n. 333 del 4 ottobre 2001.

²¹⁰ Cfr. TAR Lazio n. 1472/2003.

²¹¹ Cfr. TAR Emilia, sentenza 25 ottobre 2004, n. 3687. Nella circostanza è stata statuita in modo inequivoco la legittimazione dell'Agenzia a richiedere l'intervento sostitutivo, ritenendo manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale della richiamata norma del TUEL.

²¹² In sede di prima attuazione, il D.L. 26 gennaio 1999, n. 8, convertito dalla legge 25 marzo 1999, n. 75, ha fornito l'interpretazione autentica degli art. 17, commi 70 e 81, della L. 127/1997, chiarendo che i segretari in carica al momento dell'entrata in vigore del D.P.R. 465/1997 si intendono confermati nell'incarico se il sindaco non ha attivato il procedimento di nomina del nuovo segretario nel termine di cui all'art. 15, comma 6, del citato D.P.R. (a decorrere dal sessantesimo giorno successivo ed entro il termine massimo di centoventi giorni dalla sua entrata in vigore) e che l'attivazione del procedimento di nomina non richiede un provvedimento di non conferma o revoca del segretario in carica. Tale interpretazione è peraltro esplicitamente ristretta al primo periodo di attuazione del nuovo ordinamento, trovando applicazione nel periodo a regime l'art. 15, comma 2, del D.P.R. 465/1997, il cui tenore letterale non lascia adito a dubbi.

permettendo di valutarne in un congruo periodo la professionalità o la “compatibilità” con le esigenze dell’Amministrazione.

Da rilevare come la mancata conferma, nonostante qualche difforme pronuncia giurisprudenziale assunta nel primo periodo di attuazione della riforma, non sia atto su cui gravi l’obbligo di motivazione. La mancata conferma non ha infatti una sua autonoma rilevanza provvedimentale, conseguendo automaticamente all’esercizio del potere di nomina. Ciò risulta coerente con quanto previsto dall’art. 99, comma 2, TUEL, in cui si precisa che la nomina del segretario ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco e che - nonostante il segretario cessi automaticamente dall’incarico con la cessazione del mandato del sindaco (quindi senza necessità di un provvedimento motivato) - il segretario medesimo continua ad esercitare le funzioni fino alla nomina del nuovo titolare.

Rispetto alla necessità che l’atto di nomina sia motivato si registrano invece posizioni contrastanti.

I sindaco, infatti, esercita un diritto di scelta che, generalmente, si conforma a criteri che tengono eminentemente in considerazione le esigenze dell’ente amministrato e che, difficilmente, possono essere sindacabili in virtù delle diverse e specifiche caratteristiche di ciascun ente. Il provvedimento di nomina si contraddistingue, quindi, per l’ampia discrezionalità che caratterizza il diritto di scelta riconosciuto al sindaco dalla legge: la nomina avviene *intuitu personae* ed il rapporto che in tal modo si instaura è di tipo fiduciario, presupponendo valutazioni personali basate su “giudizi di valore” più che su giudizi di fatto.

Tali valutazioni personali non sono sindacabili *ab extra* e, quindi, non necessitano di una motivazione²¹³, quale parametro per verificare la corrispondenza tra scopo in concreto perseguito e fine astratto prefissato dalla norma²¹⁴.

²¹³ Nel senso di ritenere vigente un generale obbligo di motivazione cfr Saffioti in AA. VV., *L’ordinamento degli enti locali*, Maggioli, 2003, pag. 835 ss.

²¹⁴ La stessa giurisprudenza, invero, con riferimento a casi analoghi, ha più volte chiarito che il giudizio di tipo fiduciario non necessita di motivazione, in quanto necessariamente soggettivo e quindi insindacabile (cfr. TAR Lombardia, sez. Milano 6. 10. 95, n. 1218; Id., sez. Brescia, 29. 1. 96, n. 97; TAR Lazio, sez. II, 3. 3. 95, n. 322, TAR Puglia, sez. I, Bari, 8. 11. 93, n. 745; C.d.S., sez. VI, 2.11.83, n. 806).

Nonostante tali presupposti, il Consiglio di Stato, con una recente pronuncia²¹⁵, è tuttavia intervenuto per precisare i limiti alla discrezionalità di scelta del sindaco. Infatti le nomine degli organi di vertice delle amministrazioni si configurano quali “atti di alta amministrazione” ma ciò non esime il sindaco dall’indicare le ragioni che hanno portato alla scelta. Considerando che comunque il sindaco deve nominare il segretario fra gli iscritti all’Albo che abbiano degli specifici requisiti, la motivazione “deve esporre le ragioni che hanno condotto alla nomina di uno di essi, anche se la motivazione della scelta - effettuata *intuitu personae* - da formularsi all’esito di un apprezzamento complessivo del candidato e senza alcuna valutazione comparativa rispetto agli altri aspiranti, comporta soltanto la necessità di comprovare la avvenuta valutazione del possesso dei prescritti requisiti del prescelto, in modo che possa dimostrarsi la ragionevolezza della scelta effettuata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 1999, n. 120; 1° settembre 1998, n. 1139).”

Ciò detto con riguardo all’inquadramento strettamente giuridico dell’atto di nomina, può essere utile indicare sinteticamente le fasi in cui si articola il procedimento, così come delineate dalla citata deliberazione 150/1999:

- avvio del procedimento di nomina da parte del sindaco o del presidente della provincia tramite richiesta all’ex Agenzia di pubblicare l’avviso di ricerca di un segretario per l’ente;
- pubblicazione dell’avviso di vacanza della sede sul sito *internet* dell’ex Agenzia, per dieci giorni consecutivi;
- individuazione da parte del capo dell’Amministrazione del segretario da nominare e conseguente richiesta di assegnazione all’Agenzia;
- assegnazione da parte dell’ex Agenzia, una volta accertato il possesso da parte del segretario individuato dei requisiti prescritti per poter ricoprire la sede di segreteria dell’ente;
- adozione, da parte del sindaco o del presidente di provincia, del provvedimento di nomina del segretario assegnato e relativa trasmissione

²¹⁵ L’Agenzia in tali ipotesi si riservava una valutazione caso per caso.

dell'atto all'interessato e all'ex Agenzia;

- accettazione e assunzione in servizio del segretario nominato, da comunicare tempestivamente all'ex Agenzia per il conseguente aggiornamento dell'Albo.

Una procedura di nomina peculiare, per il soggetto che la pone in essere, è quella che promana dal commissario straordinario che si insedia a seguito dello scioglimento del consiglio comunale e provinciale.

Superando un iniziale orientamento restrittivo, l'Agenzia ha infatti riconosciuto la generale possibilità per l'organo straordinario di nominare un nuovo segretario²¹⁶. Tale possibilità era stata in un primo momento limitata ai casi di sede vacante e a quelli di scioglimento del consiglio comunale o provinciale conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamenti di tipo mafioso²¹⁷.

La scelta compiuta dall'Agenzia è coerente con le posizioni al riguardo palesate dal Ministero dell'interno che, nell'ambito dei propri poteri di vigilanza, aveva rilevato che "la figura del commissario straordinario, in linea di principio, non trova limitazioni alla sua iniziativa e alle sue determinazioni salvo quelle ipoteticamente dettate, caso per caso, dal provvedimento di nomina (art. 141, comma 3, D.Lgs. 267/2000)" e aveva richiesto all'Agenzia di riconsiderare il proprio orientamento onde far venir meno "ogni elemento di disomogeneità delle prerogative del commissario straordinario, rispetto a quelle dell'organo elettivo, in ordine alla potestà di nomina e revoca del segretario comunale e provinciale"²¹⁸.

A prescindere dal soggetto che procede alla nomina, si è posta la questione se la stessa sia da considerare atto amministrativo o se, alla luce della privatizzazione del rapporto di impiego, costituisca piuttosto un atto di diritto privato.

Le conseguenze di tale alternativa sono evidenti, sia con riguardo ai già richiamati profili relativi alla motivazione dell'atto, sia soprattutto ai fini della

²¹⁶ Cfr. C.d.S., sez. IV, decisione n. 2706 del 25 maggio 2005.

²¹⁷ Cfr. delibera del Consiglio nazionale AGES 14 settembre 2004, n. 118, che ha revocato la precedente deliberazione 7 marzo 2001, n. 80.

²¹⁸ Nello stesso senso un parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, Sezione Consultiva, nell'adunanza del 2 maggio 2001 (n. 290).

competenza giurisdizionale.

La questione non è stata risolta in modo univoco né in dottrina né in giurisprudenza. In particolare, a fronte di un orientamento della magistratura amministrativa nel senso di ritenere l'atto di nomina un provvedimento amministrativo, si è andata consolidando una giurisprudenza ordinaria che propende per una qualificazione della nomina in chiave privatistica²¹⁹.

Secondo la ripartizione tradizionale, una volta sciolto in senso privatistico il dubbio sulla natura dell'atto, ne sarebbe conseguita la competenza a decidere sulla mancata conferma e sulla revoca in capo alla magistratura ordinaria. Infatti, la duplicità di rapporto (di servizio con l'ente locale e di lavoro con l'ex Agenzia) non presuppone una duplicità di competenze giurisdizionali rispettivamente del giudice ordinario o del giudice amministrativo, a seconda che si tratti di controversie del segretario con l'agenzia o l'ente locale.

In effetti, "siffatte controversie, traenti, comunque, causa dalla qualità di pubblico dipendente del segretario, devono ritenersi devolute, in ogni caso, alla cognizione del giudice ordinario, attesa l'ampia portata della normativa che (salvo tassative eccezioni che non riguardano, però, il segretario comunale) attribuisce appunto, a quel giudice la cognizione di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (art. 63 D.Lgs. 165/2001)"²²⁰.

3.3. La revoca

Ai sensi dell'art. 100 del TUEL *"il segretario può essere revocato con provvedimento motivato del sindaco o del presidente della provincia, previa deliberazione della giunta, per violazione dei doveri d'ufficio"*.

Al riguardo l'art. 15, comma 5, del D.P.R. 465/1997 prevede altresì che la deliberazione sia assunta previo contraddittorio con l'interessato e che *"a tal fine"*

²¹⁹ Cfr. Ord. Trib. di La Spezia 26 aprile 1999.

²²⁰ Cfr. Corte di cassazione a ss.uu. n. 10207 del 26 giugno 2003. Nello stesso senso, Carlino - Manzone, *op. cit.*, p. 542-543, ove si sottolinea come le modifiche normative affidando alla cognizione del giudice ordinario l'intero rapporto che lega il segretario all'ente, hanno reso prive di rilievo pratico siffatte considerazioni.

sono preventivamente contestate per iscritto le gravi violazioni ai doveri d'ufficio, sono valutate le giustificazioni rese per iscritto, ed è sentito personalmente il segretario, qualora lo richieda, in sede di seduta della giunta comunale e provinciale”.

Altre norme in merito al procedimento da seguire sono contenute nell'art. 18 del CCNL di categoria. In particolare è previsto che *“l'ente, prima di adottare il provvedimento di revoca, contesta per iscritto al segretario i fatti o i comportamenti costituenti gravi violazioni dei doveri d'ufficio, convocandolo non prima che siano trascorsi cinque giorni dal ricevimento della contestazione per sentirlo a sua difesa. Il segretario può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferire mandato o da un legale di sua fiducia. Ove il segretario, nonostante la convocazione, non si presenti nel giorno stabilito o, comunque, non adduca entro lo stesso termine giustificazioni per iscritto, l'ente adotta il provvedimento di revoca di cui al comma 2”.*

Dalla circostanza che l'ordinamento prevede, ai fini della revoca, la necessaria sussistenza di gravi violazioni ai doveri d'ufficio consegue la constatazione che il segretario non sia revocabile *ad nutum* nel momento in cui cessi il rapporto fiduciario con il sindaco o che il segretario non sia più ritenuto “funzionale” agli obiettivi perseguiti dall'ente, ma solo nel momento in cui il segretario medesimo sia venuto meno ai propri compiti istituzionali previsti dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti. Così argomentando, la revoca non potrebbe di conseguenza essere motivata sulla base del semplice mancato raggiungimento di risultati imputabile al segretario.

Peraltro, l'art. 19, comma 10, del D.P.R. 465/1997 e l'art. 101, comma 3, del TUEL, facendo specifico riferimento al mancato raggiungimento dei risultati, sembrano affiancare tale fattispecie a quella delle gravi e ricorrenti violazioni di legge. Ciò ha indotto parte della dottrina a configurare la possibilità di addivenire, anche in questi casi, alla revoca²²¹.

Certamente l'atto di revoca non è configurabile quale licenziamento in

²²¹ In tal senso Saffioti, op. cit., pag. 867 ss.

quanto non incide sul rapporto di lavoro che intercorre con l'ex Agenzia ma sul rapporto di servizio che lega il segretario all'ente di titolarità: il segretario revocato, infatti, è posto in posizione di disponibilità con un trattamento economico ridotto (art. 19, comma 10, del D.P.R. 465/1997).

Alcuni autori²²² ritengono che nel caso che ci occupa si determini un demansionamento, almeno nel periodo in cui il segretario è posto in disponibilità. In senso difforme può però argomentarsi ove si consideri che, nel periodo di disponibilità, il segretario può essere utilizzato per incarichi di supplenza e reggenza e quindi svolge tutte le funzioni alla pari dei segretari non revocati.

Nel senso di una "perdita di professionalità" o di un "declassamento" anche alcune pronunce della giurisdizione ordinaria²²³ nelle quali si precisa che, nel momento della nomina, il segretario acquista un diritto soggettivo al mantenimento della carica fino al termine del mandato del sindaco. Pertanto, mentre il rapporto fiduciario può giustificare la nomina, il suo venir meno non consente la revoca per la quale è richiesto lo specifico presupposto della grave violazione dei doveri d'ufficio; cosa che d'altra parte è quanto meno necessaria per consentire al segretario di svolgere con un certo margine di autonomia le funzioni istituzionali.

3.4. Le convenzioni di segreteria

Ai sensi dell'art. 98, comma 3, TUEL, *"i comuni possono stipulare convenzioni per l'ufficio di segretario comunale comunicandone l'avvenuta costituzione alla Sezione regionale dell'Agenzia"*.

In materia rileva altresì l'art. 10, comma 1, del D.P.R. 465/1997 che prevede che *"i comuni, le cui sedi sono ricomprese nell'ambito territoriale della stessa sezione regionale dell'Agenzia, con deliberazione dei rispettivi consigli comunali, possono anche nell'ambito di più ampi accordi per l'esercizio associato di funzioni, stipulare*

²²² Carlino - Manzone, *op. cit.*

²²³ Ordinanza del 28.8.2000 del Tribunale di Udine; ordinanza del 13.9.2000 del Tribunale di Vallo della Lucania.

tra loro convenzioni per l'ufficio di segreteria".

L'art. 3-*quater* del decreto-legge 31 marzo 2005, n. 44, recante disposizioni urgenti in materia di enti locali²²⁴, ha infine introdotto una deroga alla predetta disposizione, stabilendo che *"i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, appartenenti a regioni diverse, posti in posizione di confine, che condividono analoghe condizioni territoriali, ricompresi in sezioni regionali diverse dell'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, per assicurare e garantire lo svolgimento delle mansioni delle segreterie comunali nel rispetto dei criteri di economicità, efficienza ed efficacia, possono, a condizione che non derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, nell'ambito di più ampi accordi per l'esercizio associato di funzioni, stipulare convenzioni per l'ufficio di segreteria comunale o aderire a convenzioni già in atto"*.

L'istituto della convenzione non costituisce invero una novità del nuovo ordinamento dei segretari.

Già la precedente disciplina prevedeva infatti la possibilità di una gestione in forma associata del servizio di segreteria. Tale previsione era peraltro accompagnata da penetranti limiti rappresentati dalle dimensioni degli enti convenzionandi.

Disponeva al riguardo l'articolo 18 del D.P.R. 23 giugno 1972, n. 749, che *"i comuni delle classi 4^a e 3^a appartenenti alla stessa provincia hanno facoltà di unirsi in consorzio fra loro per il servizio di segreteria"*; veniva in tal modo implicitamente sancito il principio secondo cui, per comuni di più elevate dimensioni, non è possibile convenzionarsi.

Nel nuovo ordinamento, alla mancanza di parametri precisi nella disciplina legislativa si è dovuto sopperire con vari interventi deliberativi dell'Agenzia che è utile sinteticamente ricapitolare.

Nel 1998²²⁵ il Consiglio nazionale, al fine di garantire il regolare funzionamento delle numerose segreterie comunali, aveva stabilito di non

²²⁴ La norma è stata introdotta dalla legge di conversione 31 maggio 2005, n. 88.

²²⁵ Cfr. delibera n. 21/3 del 26 novembre 1998.

consentire la costituzione di convenzioni di segreteria tra comuni di classe superiore alla seconda e comunque tra quei comuni le cui popolazioni fossero tali che, sommate, superassero la soglia demografica di 65.000 abitanti.

A seguito delle sollecitazioni del Ministero dell'interno, che aveva richiesto di revocare tale decisione, nel 2000²²⁶ l'Agenzia è intervenuta nuovamente sulla questione, formulando l'indirizzo per cui le convenzioni per l'ufficio di segreteria, disciplinate dall'art. 10 del D.P.R. 465/1997, dovessero essere stipulate in maniera tale da consentire al segretario l'effettivo svolgimento delle funzioni previste dalla legge, nel rispetto dei principi generali che presiedono al buono e corretto andamento della pubblica amministrazione, nonché dei principi di adeguatezza organizzativa degli enti interessati alla convenzione.

Nello stesso anno l'Agenzia ha provveduto a disciplinare dettagliatamente la procedura relativa alla stipula delle convenzioni²²⁷.

I successivi interventi deliberativi hanno riguardato aspetti di dettaglio, ma non meno significativi. Così è stata precisata la natura costitutiva e non semplicemente ricognitiva dei provvedimenti assunti dall'Agenzia e dalle sezioni regionali ai fini della riclassificazione a seguito di stipula di convenzioni²²⁸.

Di grande importanza è poi la precisazione che l'istituto della convenzione, in assenza di una norma puntuale, non può costituire un mezzo surrettizio di revoca del segretario ma costituisce esclusivamente uno strumento volto a garantire, in armonia con le esigenze delle amministrazioni comunali interessate, l'effettivo e ottimale espletamento delle funzioni da parte del segretario²²⁹.

In sostanza - se si fa eccezione per il divieto di procedere alla convenzione "mista" tra comuni e province, imposto dall'art. 98, comma 3, TUEL²³⁰ - può dirsi che non erano previsti limiti espressi al convenzionamento delle sedi di segreteria.

È nel 2003 che il Consiglio nazionale dell'Agenzia, proseguendo nel filone delle proprie deliberazioni "pretorie", indica come limite invalicabile alla

²²⁶ Cfr. delibera n. 105 del 27 aprile 2000, integrata e modificata dalla deliberazione 135 del 29 maggio 2000.

²²⁷ Cfr. delibera n. 164 del 27 luglio 2000.

²²⁸ Cfr. delibera n. 270 del 6 settembre 2001.

²²⁹ Cfr. delibera n. 181 del 4 aprile 2002.

²³⁰ Cfr. delibera 31 ottobre 2000, n. 253 e ord. TAR Emilia Romagna 5 giugno 2001, n. 151.

possibilità di costituire una convenzione di segreteria il fatto che la stipula della stessa comporti la messa in disponibilità di uno dei titolari dei comuni convenzionati²³¹.

A tale conclusione - peraltro coerente con i precedenti deliberati - l'Agenzia perviene in considerazione di alcune pronunce dei giudici del lavoro²³² che avevano ritenuto illegittimi, e quindi disapplicato, gli atti relativi alla stipula di convenzioni di segreteria nel presupposto che la stipula medesima, costituendo una ipotesi di nomina del segretario comunale, fosse possibile soltanto nell'arco temporale ristretto (non prima di sessanta e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento) previsto dall'art. 99 TUEL. Poiché il decorso di tale termine comporta che il precedente segretario si intende confermato per una durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, la convenzione "fuori termine" integrerebbe una ipotesi di revoca del segretario non prevista dalla legge. La revoca infatti ai sensi dell'art. 100 TUEL e dell'art. 15 del D.P.R. 465/1997 può essere disposta solo per violazioni dei doveri d'ufficio.

A fronte del proliferare delle convenzioni di segreteria e considerato che le convenzioni costituite tra un numero eccessivo di comuni comportano anche il rischio di determinare una consistente riduzione delle sedi, con conseguenti pesanti ricadute sul numero dei segretari in posizione di disponibilità, il Consiglio nazionale ha ritenuto di dover tornare sull'argomento²³³ e, nell'esaminare casi specifici, ha assunto in concreto l'orientamento di non prendere atto di convenzioni di segreteria costituite da più di quattro comuni o delle quali facciano parte due o più comuni di classe 1/B²³⁴.

Ciò in quanto il rilevante numero degli enti convenzionandi, da un lato, e la loro elevata classe di appartenenza, dall'altro, non consentono al segretario l'ottimale espletamento delle funzioni previste dalla legge, in conformità ai principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di adeguatezza organizzativa

²³¹ Cfr. delibera 5 febbraio 2003, n. 17.

²³² Cfr. Tribunale di Potenza, ordinanza 20 gennaio 2001, n. 1803; Tribunale di Mantova, 27 dicembre 2001, n. 186; Tribunale di Ascoli Piceno, n. 837/2001.

²³³ Cfr. delibere n. 154 e n. 158 del 5 ottobre 2004.

²³⁴ Da segnalare come l'intervento deliberativo in parola scontasse un pronunciamento sfavorevole del Consiglio di Stato, sez. IV, 31 agosto 2004, n. 4111, in cui si precisava che la possibilità di cooperazione tra enti locali non era soggetta ad un potere di approvazione in capo all'Agenzia.

degli enti convenzionandi.

Infatti, pur se la scelta di stipulare una convenzione di segreteria è espressione del principio di autonomia dell'ente locale, l'Agenzia è intervenuta sulla base della considerazione che, come datore di lavoro del segretario, essa ha il compito di garantire al segretario medesimo un adeguato espletamento delle proprie funzioni per cui, nello stipulare convenzioni di segreteria, "debbono contemperarsi l'autonomia degli enti locali con l'interesse pubblico all'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa degli stessi, nonché l'esigenza di non ledere il diritto del segretario a svolgere in maniera ottimale ed adeguata le funzioni previste dalla legge".

A fronte delle ordinanze di sospensiva pronunciate dai giudici amministrativi sulla scorta dei ricorsi presentati da alcuni comuni contro le richiamate decisioni²³⁵, l'Agenzia ha ricercato la collaborazione dell'ANCI al fine di pervenire ad una regolamentazione per quanto possibile condivisa.

Sulla base di questo "percorso di mediazione", si è pervenuti ad una nuova delibera²³⁶ con la quale è stato deciso di:

- 1) non prendere atto di convenzioni per la gestione associata del servizio di segreteria con comuni di classe I/B o superiore;
- 2) che la stipula di convenzioni per il servizio di segreteria è possibile fra un numero massimo di quattro comuni, di cui uno solo può eventualmente appartenere alla classe II;
- 3) che in deroga a quanto previsto al punto 2), la costituzione di convenzioni di segreteria è possibile fra un numero di comuni superiore a quattro (di cui uno solo potrà eventualmente appartenere alla classe II), purché la popolazione complessiva non sia superiore a 15.000 abitanti, previa autorizzazione da parte della competente sezione regionale, che dovrà valutarne caso per caso la compatibilità con l'esercizio adeguato, efficace ed efficiente delle funzioni del segretario, ed ove ricorrano

²³⁵ Ord. TAR Toscana 15 dicembre 2004, n. 1292.

²³⁶ Cfr. delibera 12 aprile 2005, n. 46.

condizioni oggettive che rendano difficoltosa per gli enti la copertura delle sedi;

4) che in ogni caso, la distanza tra i comuni facenti parte della convenzione deve essere tale da consentire al segretario l'esercizio ottimale delle funzioni previste dalla legge. La valutazione in ordine a tale criterio è rimessa alla sezione regionale competente.

Contestualmente alla suddetta deliberazione, il Consiglio respingeva le istanze di convenzionamento di alcuni comuni.

Anche in questo caso però i giudici amministrativi sono intervenuti per sospendere l'esecutività delle deliberazioni dell'Agenzia²³⁷ costringendo la stessa a ritornare sulle proprie decisioni²³⁸.

Infine con delibere n. 83 e 84 del 30 maggio 2007 ha rigettato convenzioni di segreteria ritenendo di non poter prendere atto di convenzioni di segreteria delle quali faccia parte un comune capoluogo di Provincia in quanto la complessità della gestione di tale ente necessita di una presenza costante e di un impegno maggiore da parte del segretario e non consente allo stesso un ottimale espletamento delle funzioni previste dalla legge, in conformità ai principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di adeguatezza organizzativa degli enti convenzionandi. Anche quest'ultima delibera però non ha superato il vaglio del giudice amministrativo²³⁹. Allo stato comunque il Consiglio non ha mai preso atto di convenzioni in cui faceva parte un comune capoluogo.

Da quanto fin qui illustrato, appare evidente che i problemi posti dalle convenzioni sono seri e bisognevoli di un intervento chiarificatore risolutivo. È assolutamente necessario un esplicito intervento del legislatore funzionale a realizzare un equo temperamento tra le istanze degli enti locali e quelle dei segretari in un contesto ordinamentale che, è bene ribadirlo, favorisce ed incentiva i comuni che intendono associarsi per gestire al meglio servizi e funzioni e realizzare economie di spesa.

²³⁷ Ordinanza TAR Toscana 7 giugno 2005, n. 452; Ordinanza TAR Lombardia 22 giugno 2005, n. 1698.

²³⁸ Cfr. delibera 21 settembre 2005, n. 127.

²³⁹ Sentenza TAR Liguria 11 ottobre 2007, n. 1737.

3.5. Il segretario in posizione di disponibilità.

L'istituto della disponibilità è disciplinato dall'art. 101 TUEL e dall'art. 19 del D.P.R. 465/1997.

Il segretario comunale o provinciale non confermato, revocato o comunque privo di incarico è collocato in posizione di disponibilità per la durata massima di due anni durante i quali rimane iscritto all'Albo ed è posto a disposizione dell'ex Agenzia per le attività dell'ex Agenzia stessa o per attività di consulenza, per incarichi di supplenza e di reggenza ovvero per l'espletamento di funzioni corrispondenti alla qualifica rivestita presso altre amministrazioni pubbliche che lo richiedano, con oneri a carico dell'ente presso cui il segretario medesimo presta servizio.

I segretari collocati in posizione di disponibilità vengono iscritti, in relazione alla fascia professionale di appartenenza, nella sezione nazionale o nella sezione regionale dell'albo nel cui ambito territoriale è compresa l'ultima sede di titolarità. Salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo con riguardo ai casi di supplenza e reggenza, durante il periodo di disponibilità la corresponsione del trattamento economico del segretario compete all'ex Agenzia.

Invero il periodo massimo di disponibilità è stato oggetto di revisione da parte della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005) che - all'art. 1, comma 46, che ha modificato i commi 1 e 4 dell'art. 101 TUEL - ha previsto la riduzione del termine della disponibilità da quattro a due anni.

Tuttavia la norma non ha introdotto una disciplina transitoria che si ponesse a salvaguardia degli eventuali diritti quesiti dei segretari il cui periodo di disponibilità (prima quadriennale), alla data di entrata in vigore della legge finanziaria, non risultava ancora scaduto.

In particolare, con l'entrata in vigore della legge, si è posto il problema di conciliare il principio *tempus regit actum* con quello della non retroattività della legge. È in particolare possibile configurare due possibili soluzioni interpretative:

- a) un'interpretazione estensiva, per la quale i segretari collocati in posizione di disponibilità nel 2001, 2002 e 2003, per i quali non sono ancora decorsi i *quattro* anni di disponibilità di cui alla previgente normativa, sono collocati in mobilità d'ufficio, ai sensi degli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, alla scadenza del quadriennio di disponibilità;
- b) un'interpretazione restrittiva, secondo la quale i segretari collocati in posizione di disponibilità nel 2001, 2002 e 2003, per i quali risulta già scaduto il *biennio* di disponibilità, devono essere collocati in mobilità d'ufficio, ai sensi degli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 165/2001, dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria.

In argomento il Dipartimento della Funzione Pubblica ha rilevato - sulla scorta anche di talune pronunce giurisprudenziali ²⁴⁰ - che: "tra le due interpretazioni possibili, quella secondo cui la nuova disciplina (Finanziaria 2005) si applica anche ai rapporti in corso e quella in base alla quale invece la novella riguarda soltanto gli ingressi in disponibilità successivi al 1 gennaio 2005 si ritiene preferibile la seconda. A tale conclusione si perviene, oltre che considerando le ragioni di tutela delle aspettative dei soggetti coinvolti, i quali, nel compiere le proprie scelte circa l'accettazione di eventuali proposte di incarichi da parte degli organi di governo locale, hanno fatto affidamento sulla durata quadriennale della disponibilità, anche esaminando l'orientamento della giurisprudenza".

La norma in questione pertanto si applicherebbe esclusivamente ai segretari collocati in disponibilità a decorrere dal 1^o gennaio 2005. Siffatta interpretazione è stata fatta propria dal Consiglio nazionale di amministrazione dell'Agenzia²⁴¹.

Decorso il periodo massimo di disponibilità senza che il segretario abbia preso servizio in qualità di titolare in altra sede, il segretario viene cancellato dall'Albo e nei suoi confronti vengono attivate le procedure di mobilità d'ufficio ai fini del successivo collocamento presso altre pubbliche amministrazioni.

²⁴⁰ Cass., 3 marzo 2000, n. 2433; Cass. 18 maggio 1999, n. 4805.

²⁴¹ Cfr. deliberazione n. 45 del 12 aprile 2005.

In ordine alle modalità nel computo del termine di disponibilità, l'art. 19, comma 12, del D.P.R. 465/1997 dispone che lo stesso resta sospeso durante il periodo in cui il segretario è collocato in aspettativa per maternità, mandato elettorale o sindacale, per malattia e in ogni altro caso previsto dalla legge.

Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 101 TUEL²⁴² ha disposto la sospensione del periodo di disponibilità nei casi in cui il segretario sia “[...] *utilizzato in posizione di distacco, comando, aspettativa, fuori ruolo o altra analoga posizione presso altre amministrazioni pubbliche e in ogni altro caso previsto dalla legge [...]*”. Fra le “altre analoghe posizioni” possono essere ricompresi anche gli utilizzi presso altre pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 19, comma 5, del D.P.R. 465/1997 e, in ultima analisi, anche gli incarichi di supplenza e reggenza.

Come infatti sostenuto dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dal Ministero dell'interno all'uopo interpellati dall'Agenzia, l'interpretazione sistematica della disposizione in analisi fa propendere per una estensione del regime di sospensione anche agli incarichi di supplenza e reggenza. Infatti il comma in parola è inserito nell'art. 101 TUEL che disciplina le forme di utilizzo dei segretari in disponibilità. Trattandosi in questo caso di una tipologia “aperta”, che si può cioè attuare mediante istituti diversificati (consulenze, supplenze, utilizzi, ecc.), è possibile applicare alla fattispecie il criterio analogico. Tale analogia troverebbe il suo fondamento nell'espletamento della prestazione lavorativa a favore di soggetto diverso dall'Agenzia su cui grava l'onere della retribuzione del segretario in disponibilità. Ciò si verificherebbe a mente dell'art. 19, comma 8, del D.P.R. 465/1997 anche per il conferimento degli incarichi di reggenza e supplenza presso i comuni e le province con oneri a carico dell'ente.

L'organo di governo dell'Agenzia ha aderito a tale impostazione²⁴³, ritenendo altresì che siffatta interpretazione, oltre ad essere la più conforme alla *ratio* della norma, garantisca una parità di trattamento tra i segretari in disponibilità, a parità di effettiva prestazione di lavoro, a prescindere dal soggetto pubblico che se ne avvale.

²⁴² Il comma è stato inserito ad opera dell'art. 3-*quater* del D.L. 28 maggio 2004, n. 136, all'uopo integrato dalla legge di conversione 27 luglio 2004, n. 186.

²⁴³ Cfr. delibera 25 gennaio 2005, n. 7.

3.6. Supplenze, reggenze e scavalchi - rimborso spese di viaggio.

Come già ricordato, ai sensi dell'art. 19, comma 2, del D.P.R. 465/1997, l'Agenzia può utilizzare i segretari collocati in disponibilità per incarichi di supplenza (nel caso in cui il titolare sia assente per ferie, malattia, ecc.) e reggenza (nel caso di sede vacante).

Durante il disimpegno di tali incarichi, gli oneri stipendiali diretti ed indiretti sono a carico dell'ente locale, fatta salva l'ipotesi della supplenza espletata per sostituire il titolare in aspettativa obbligatoria o facoltativa per maternità; in tal caso gli oneri permangono a carico dell'ex Agenzia.

Anche il segretario titolare di sede può svolgere servizio di reggenza o supplenza presso un ente diverso dalla sede di titolarità; in questi casi si parla di reggenza o supplenza a scavalco. Il compenso per il servizio a scavalco grava e viene erogato direttamente dal comune presso cui il segretario è incaricato. Diversamente da quanto dianzi segnalato con riguardo ai segretari in disponibilità, ai segretari titolari cui venga assegnato un incarico a scavalco non viene erogata l'intera retribuzione ma una indennità percentuale calcolata in rapporto allo stipendio tabellare.

Con il contratto collettivo integrativo di livello nazionale, siglato il 22 dicembre 2003, sono stati fissati i criteri e le modalità per il conferimento degli incarichi di reggenza e supplenza a scavalco nonché la misura dei compensi da riconoscere in tal caso ai segretari incaricati. Successivamente criteri e compensi sono stati rivisti sempre in sede di contrattazione decentrata dall'accordo del 12 gennaio 2009.

Quest'ultimo prevede che al segretario che svolge incarichi a scavalco, attribuibili per un periodo non superiore a 120 giorni nel caso di reggenze e a un anno nel caso di supplenze, spetti un compenso aggiuntivo stabilito in misura percentuale sulla retribuzione complessiva in godimento di cui all'art. 37, comma 1, lett. da a) ad e) del CCNL del 16 maggio 2001, ragguagliata al periodo di incarico.

Gli accordi regionali potranno fissare tale percentuale nella misura massima del 25%.

Nella fase transitoria, e nelle more della contrattazione decentrata regionale le percentuali di maggiorazione sono definite nella misura del 15% per gli incarichi fino a 60 giorni e del 25% per gli incarichi di durata superiore.

La modifica rispetto alla contrattazione integrativa decentrata del 2003 si è resa necessaria in considerazione della sensibile diminuzione rispetto a cinque anni fa del numero dei segretari in disponibilità e del maggior ricorso all'uso dello scavalco per poter garantire il servizio di segreteria.

È stato quindi necessario, rispetto a prima, innalzare l'arco temporale massimo dello scavalco e la percentuale in base a cui calcolare il compenso.

Si consideri che il previgente contratto decentrato del 2003 prevedeva l'applicazione, per le reggenze e le supplenze (fino a 30 giorni) di un'aliquota di maggiorazione dell'8%.

A decorrere dal 13 gennaio 2009, la percentuale di cui sopra cessa di esistere essendo stata elevata per tutte le tipologie d'incarico, anche per i primi 30 giorni - in assenza di accordi regionali - al 15%.

Tali incarichi devono essere conferiti, con provvedimento motivato dell'ex Agenzia, sentite le amministrazioni interessate. Il conferimento degli incarichi della specie a segretari titolari di sede deve peraltro avere carattere residuale.

Tali limitazioni rispondono all'evidente finalità di rendere prioritario il massimo utilizzo dei segretari in disponibilità e consentire all'ex Agenzia di contenere una parte degli oneri che sulla stessa gravano per il trattamento economico erogato.

In precedenza, nel caso di supplenze, reggenze e scavalchi, oltre al compenso predetto erano rimborsate anche le spese di viaggio connesse all'espletamento del servizio. Le delibere del Consiglio Nazionale dell'Agenzia che avevano previsto tale disciplina son ostate revocate con decreto del presidente dell'Unità di Missione prot. n. 25402 del 17.5.2011 che in forza di un conforme

parere del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha ritenuto sussistente il diritto al rimborso solo nel caso in cui il servizio sia reso nelle segreterie convenzionate e secondo le modalità stabilite dallo stesso. In tale parere, prendendo le mosse dalla delibera a sezioni riunite della Corte dei Conti n. 9/CONTR/11 per cui l'art. 45 comma 2 del CCNL del 16 maggio 2001 dei segretari comunali e provinciali relativo al rimborso delle spese sostenute dal segretario titolare di sede di segreteria convenzionata non era stato reso inefficace dall'entrata in vigore dell'art. 6, comma 12, della legge n. 122/2010 che ha introdotto misure restrittive in materia di uso del mezzo proprio da parte dei dipendenti pubblici, si specificava che:

«a) deve ritenersi disapplicata qualsiasi disposizione, a qualsiasi titolo posta in essere, che ancora l'entità del rimborso chilometrico alle tariffe ACI. Viceversa deve ritenersi attribuibile solo un'indennità chilometrica pari ad un quinto del costo della benzina verde per ogni chilometro (solo per i segretari comunali che prestano servizio nelle sedi convenzionate);

b) nelle convenzioni di segreteria devono essere predeterminate puntuali misure volte a circoscrivere gli spostamenti del Segretario tra una sede e l'altra a quanto strettamente necessario alle esigenze lavorative, attraverso una programmazione delle presenze che riduca al minimo indispensabile gli oneri di rimborso per gli enti;

c) si ritiene altresì che nessun rimborso spetti per i tragitti abitazione - luogo di lavoro e viceversa.»

4. LE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO CONTABILE DEL SEGRETARIO COMUNALE DOPO LA RIFORMA DEL '97.

4.1. Premesse. Ipotesi di responsabilità antecedenti alla riforma del '97.

Il ruolo del segretario comunale (o provinciale, a seconda dell'ente di appartenenza), in seno all'ordinamento istituzionale di comuni e province, si è

sempre contraddistinto per la sua rilevante centralità. E ciò, pur nella mutevolezza delle competenze affidate, di volta in volta, dal legislatore a tale categoria di funzionari pubblici, essendo stati questi ultimi, sin dall'inizio, intestatari di fondamentali compiti concernenti la gestione amministrativa delle suddette realtà territoriali.

Prima dell'avvento della L. n. 142/1990, con cui è avvenuta — com'è noto — la prima grande riforma delle autonomie locali, al segretario competeva, in base al vecchio regolamento n. 297/1911 — oltre che di assistere alle sedute della giunta, con voto consultivo in ordine alla legalità di ogni proposta o deliberazione (art. 59) — altresì di eseguire tutti gli adempimenti di legge spettanti al comune, nonché le deliberazioni del consiglio e della giunta, in conformità delle disposizioni all'uopo impartite dal sindaco, assumendone la relativa responsabilità (art. 81).

Anche negli enti più grandi — e, dunque, maggiormente articolati — sebbene le funzioni elencate in quest'ultima norma fossero affidate ai responsabili dei vari uffici in cui tali amministrazioni erano ripartite, residuava comunque al segretario «...la responsabilità della vigilanza sull'andamento delle ripartizioni stesse... » (art. 84).

Successivamente, né il R.D. n. 148/15, così come il R.D. n. 383/34 — entrambi recanti il testo unico della legge provinciale comunale — hanno innovato in tema di competenze segretariali, confermando l'impianto ideato con il R.D. n. 297/11, che è rimasto, dunque, per lungo tempo la principale fonte regolativa del rapporto funzionale intercorrente tra i suddetti funzionari e l'ente territoriale di appartenenza.

Non si creda, peraltro, che *l'exkursus* normativo fin qui tracciato abbracci un periodo temporale troppo lungo e non interessante ai fini del presente discorso. Si consideri, al riguardo, che ancora a tutt'oggi numerose azioni di responsabilità amministrativa vengono iniziate per fattispecie di illecito erariale disciplinate dal suesposto quadro ordinamentale.

Il giudizio *de quo*, infatti, concerne sempre aspetti patologici della vita amministrativa dell'ente che possono manifestarsi anche a molti anni di distanza dalla loro verifica, senza che per questo sia da ritenersi prescritto il diritto dell'amministrazione al risarcimento del danno erariale così cagionato. Ciò

soprattutto in ragione dell'oramai consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la prescrizione dell'azione di responsabilità intestata al p.m. contabile, nel caso di danni indiretti (ossia derivanti dalla condanna dell'ente, perlopiù innanzi al giudice civile, al pagamento di somme a favore di terzi a titolo risarcitorio), inizia a decorrere solo dal passaggio in giudicato della predetta sentenza di condanna, ovvero dal giorno in cui l'eventuale transazione stipulata con il danneggiato sia divenuta esecutiva²⁴⁴.

Così, ad esempio, sono ancora molte le delibere di riconoscimento di debiti fuori bilancio che, comunicate alle Procure regionali ex art. 23 comma 5 L. n. 289/02 (su cui v. oltre), danno luogo ad azione di responsabilità per danni erariali conseguenti alle maggiori somme cui l'ente è condannato per ipotesi di accessione invertita, ovvero per il mancato tempestivo pagamento di somme dovute in virtù di contratti d'appalto, ecc.

In tali casi, le lungaggini del processo civile, acuite dalla riforma del codice di rito, avvenuta intorno agli anni Novanta (che ha anche stabilito il consequenziale affidamento ai giudici onorari dell'arretrato), fanno sì che le pronunce del giudice ordinario avvengano a molti anni di distanza dall'accadimento dei fatti e che sulla scorta di essi, poi, la Corte sia chiamata ad individuare precise responsabilità in capo ai singoli funzionari, adoperando un quadro normativo già da tempo non più vigente.

Per alcune interessanti fattispecie riguardanti la responsabilità del segretario comunale valutata alla stregua dei compiti ad esso affidati in base al R.D. n. 1911/297, si vedano alcune recenti decisioni della magistratura contabile²⁴⁵

Con l'entrata in vigore della L. n. 142/90 inizia la lenta evoluzione — perfezionatasi con le modifiche apportate al predetto testo dalla L. n. 127/97 (ed. Bassanini *bis*) ed in gran parte, poi, confluite nel D.Lgs. n. 267/00 (T.U.EE.LL.) — del ruolo del segretario comunale verso una nuova dimensione. Non più sostanziale *factotum* dell'amministrazione comunale, con consequenziale ascrizione a

²⁴⁴ C. conti, SS.RR., n. 3/QM/2003

²⁴⁵ es. sez. Campania, n. 70/02 e sez. Sardegna n. 457/00, su www.rivistacortecoriti.it.

questi — anche sotto il profilo contabile — di gran parte delle responsabilità gestorie riconnesse all'attività amministrativa di comuni e province, ma qualificato organo di consulenza giuridica, cui si aggiungono importanti funzioni roganti, nonché — se del caso — di direzione e coordinamento dell'ente locale, nei casi previsti dalla legge.

Per apprezzare il mutamento di prospettiva basterà proseguire nella narrazione circa l'evoluzione legislativa concernente questa particolare figura.

L'art. 52 comma 3 L. n. 142/90, nell'originaria formulazione *ante* L. n. 127/97, così recitava «.../7 segretario, nel rispetto delle direttive impartitegli dal sindaco o dal presidente della provincia da cui dipende funzionalmente... sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, cura l'attuazione dei provvedimenti, è responsabile dell'istruttoria delle deliberazioni, provvede ai relativi atti esecutivi e partecipa alle riunioni della giunta e del consiglio... ».

A tali competenze si ricollegava, poi, il regime delle correlate responsabilità, sancite dal successivo art. 53 L. cit., secondo cui ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta ed al consiglio doveva essere corredata del parere, in ordine alla regolarità tecnica e contabile, non solo del responsabile del servizio interessato e del responsabile di ragioneria, quanto anche del segretario comunale o provinciale *sotto il profilo di legittimità*.

E nel caso in cui l'ente non avesse funzionari responsabili dei servizi, i pareri in questione andavano tutti resi da quest'ultimo, nei limiti — ovviamente — delle sue competenze, rispondendone in via amministrativa e contabile.

La norma, infine, assegnava ai segretari comunali e provinciali la responsabilità dell'esecuzione dei provvedimenti giuntali e consiliari, unitamente al funzionario preposto.

Da tale quadro normativo è facile ricavarne l'impressione che pur sotto l'impero della L. n. 142 il segretario avesse ancora un ruolo di massimo tutore della gestione burocratica dell'ente di cui era titolare, che si rifletteva, inevitabilmente, anche per quanto concerne l'apporto causale agli illeciti erariali perseguiti in sede contabile.

A conferma di quanto appena affermato, si consideri come, nei giudizi

tuttora pendenti innanzi alla Corte dei conti, la prima operazione logica che si compie per valutare la sussistenza di una corresponsabilità di tale organo nella produzione di un danno erariale risiede nel verificare se la fattispecie si inquadri o meno temporalmente sotto la vigenza di siffatto articolato normativo.

4.2. La casistica del periodo successivo alla riforma Bassanini.

Le cose peraltro cambiano con l'avvento della L. n. 127/97, il cui art. 17 (commi da 67 a 86), trasforma completamente la figura del segretario comunale. A parte i fondamentali cambiamenti concernenti lo *status* giuridico di quest'ultimo, che qui tralasciamo per economia del discorso, la succitata norma ha il merito di operare quel radicale mutamento innanzi accennato circa il ruolo affidato a tale categoria di funzionari.

Profondamente modificando la precedente regolamentazione, e, per ultimo, l'art. 52 L. n. 142/90, le norme racchiuse nel suddetto articolo hanno inteso, da un lato, abbandonare definitivamente la concezione di un rapporto di sopraordinazione tra Stato ed ente locale — realizzata tramite la contrapposizione della legittimazione politica degli organi elettivi di tali enti con la natura di derivazione statale del segretario — e, dall'altro, coerentemente a questa scelta, ridisegnare non solo lo *status* di questo (non più «funzionario statale», quale prima era, ma «dirigente o funzionario pubblico dipendente da apposita agenzia» (art. 17 cit., comma 67), sebbene anche le sue funzioni.

«*Il segretario comunale e provinciale...*», recita, infatti, il primo periodo del comma 68 «*...svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti...* ».

A questi compiti primari possono aggiungersi quelli di sovrintendenza dello svolgimento delle funzioni dei dirigenti e coordinamento della loro attività per l'ipotesi in cui non venga nominato il direttore generale, ed in via residuale, ai sensi della *e*), «*...ogni altra funzione, attribuitagli dallo statuto, o dai regolamenti, conferitagli dal Sindaco o dal presidente della Provincia...*».

Si tratta, quindi, nell'intenzione del legislatore del '97, di una figura professionale alla quale è, per legge, demandato un ruolo di garanzia, e ciò perché la attività dell'ente possa dispiegarsi nell'interesse del suo buon andamento, e talora, in presenza di incarichi espressi, anche una attività dirigenziale o di alta esecuzione²⁴⁶.

Il nuovo ruolo affidato al segretario comporta inevitabilmente che sussista un vincolo di fiduciarità tra questi ed il capo della amministrazione (sindaco o presidente della provincia): il legislatore ha, pertanto, attribuito al secondo la scelta nominativa del primo, prevedendosi anche, coerentemente, l'automatica cessazione dell'incarico con lo spirare del mandato elettorale (comma 70). Viene, altresì, prevista la possibilità della sua revoca, a causa di «violazione dei doveri d'ufficio» (comma 71).

Di massima importanza, poi, risultano le disposizioni contenute nei commi 85 e 86 dell'art. 17 L. n. 127/97, con le quali si è inteso eliminare, una volta per tutte, mediante la modifica dell'art. 53 L. n. 142/90, tanto l'obbligo per il segretario di rendere il parere di legittimità sulle delibere giuntali e consiliari quanto la responsabilità di quest'ultimo in ordine alla corretta e tempestiva esecuzione dei suddetti provvedimenti. Ciò, del resto, in coerenza con il nuovo ruolo assunto dalla dirigenza in seno agli enti locali, conseguente all'introduzione del principio di separazione tra politica e gestione quale criterio volto a regolare i rapporti tra organi elettivi e burocratici nella gestione di tali amministrazioni.

Le modifiche apportate dall'art. 17 cit., sono state poi, di massima, assorbite dal D.Lgs. n. 267/00, recante — com'è noto — l'attuale testo unico degli enti locali e, dunque, la disciplina ricognitiva della precedente legislazione via via stratificatasi nel tempo *in subiecta materia*.

Afferma, infatti, l'art. 97 T.U.EE.LL. che «...*il segretario comunale e provinciale svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità detrazione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti...*» (comma 2). Il sindaco e il presidente della provincia, laddove intendano avvalersi della figura del direttore generale, disciplinano, i rapporti tra questi due organi (comma 3).

²⁴⁶ così Cass., sez. lav., n. 12403/03.

Il segretario, poi, qualora manchi il direttore generale, «...sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività...» (comma 4). Infine egli: “... partecipa con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta e ne cura la verbalizzazione; ... esprime il parere di regolarità tecnica e contabile, in relazione alle sue competenze, nel caso in cui l'ente non abbia responsabili dei servizi; roga tutti i contratti nei quali l'ente è parte ed autentica le scritture private e gli atti unilaterali nell'interesse dell'ente; esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia.”

Il segretario comunale può anche essere investito contestualmente delle funzioni di direttore generale dell'ente, laddove il sindaco (o il presidente della provincia) non intenda nominare un soggetto ad hoc (art.108, comma 4, TUEL), ciò solo negli Enti con oltre 100.000 abitanti, dopo la riforma di cui si è parlato in precedenza.

Sotto il profilo squisitamente amministrativo-contabile, è a dirsi come nell'ipotesi in cui il segretario accenti su di sé anche il suddetto ruolo, egli assuma un obbligo preminente di risultato in ordine all'attuazione del programma di governo idoneo presumibilmente a fondare, in gran parte dei casi, una potenziale corresponsabilità nella causazione degli illeciti erariali .

Il segretario, infatti, in tali ipotesi coordina l'attività dei vari uffici preposti alla trattazione degli affari di competenza dell'ente, sovrintendendo all'operato dei vari responsabili di servizi ed assicurando la corrispondenza dell'attività esecutiva all'indirizzo politico formulato da giunta e consiglio .

La formulazione omnicomprensiva di tali funzioni, dunque, pur nel doveroso riscontro di tutti i requisiti di illecito contabile (condotta, danno nesso di causalità, dolo o colpa), finalizzato ad impedire ogni forma di responsabilità oggettiva o di posizione, rende davvero arduo escludere la rilevanza causale dei comportamenti, quantomeno omissivi, resi dal suddetto organo nell'esercizio dei propri compiti istituzionali, qualora sussista un danno erariale.

Analoga situazione si crea laddove, mancando un responsabile del competente servizio, sia il segretario a dover rendere il prescritto parere di regolarità ex art. 49 TUEL. In tal caso, invero, la sua posizione non differisce di

molto da quella già posseduta all'epoca in cui egli era tenuto a formulare, in base all'originario art. 53 della legge 142/90, il parere di legittimità delle delibere dell'ente locale.

Evidentemente, infatti, ogni atto endoprocedimentale anche consultivo (quale certamente è il parere in questione), idoneo a favorire un'attività amministrativa illegittima – e pertanto, potenzialmente foriera di danno alle pubbliche finanze, concorre alla causazione dell'illecito contabile (*ex multis* Corte Conti, sez. III, n.141/03).

Del resto, lo stesso art. 49, comma 3, riconosce la responsabilità amministrativa e contabile di coloro che rendono i suddetti pareri.

Più articolato il discorso concernente la posizione del segretario alla luce della novella del '97, poi trasfusa nell'attuale TUEL laddove egli non ricopra né incarichi direttoriali, né si trovi nella particolare situazione di cui all'art. 97, comma 4, lettera b).

L'abolizione del parere di legittimità di cui all'art. 53 legge n.142/90 potrebbe indurre a ritenere che egli non sia più passibile di responsabilità in sede amministrativa, quale precisa scelta del legislatore.

In realtà le svariate pronunce della Corte che si sono prese la briga di analizzare il mutato assetto ordinamentale concernente la suddetta figura sembrano orientarsi verso soluzioni non così scontate.

Valga al riguardo la sentenza n. 88 della II sezione centrale d'appello del 12/02/2004 che effettua un'analitica disamina della tematica de qua. Nel definire la causa in questione – avente ad oggetto la responsabilità di sindaci, assessori e segretari per aver concorso a far sì che un dipendente comunale di settimana q.f. venisse indebitamente remunerato come un funzionario di livello superiore, pur in assenza del posto vacante in organico e sol perché gli era stata affidata la responsabilità, in sostituzione del titolare, di un servizio, nonostante tali compiti rientrassero perfettamente anche nel mansionario della qualifica di appartenenza — la Corte così esordisce sul punto: «...osserva il Collegio, relativamente ai compiti ed alle responsabilità del Segretario comunale, che nella normativa precedente alla L. 142/90, le funzioni di detto Organo erano sì determinate, ma in modo piuttosto vago e frammentario, con l'indicazione di compiti di organizzazione e direzione

degli uffici, di pubblico accertamento, di natura esecutiva e conservativa degli atti ed anche di assistenza alle sedute del Consiglio e della Giunta...».

Prosegue, poi, la Corte «...in quest'ultima sede, peraltro, il menzionato funzionario aveva un generico "voto consultivo circa la legalità di ogni proposta o deliberazione" senza però che tale attività fosse scandita e definita, come poi avvenuto, quale puntuale obbligo di servizio diretto ad un necessitato controllo di legalità delle iniziative degli organi politici...».

Ancora, «...con l'entrata in vigore della L. n. 142/90 sono stati determinati con precisione i compiti e le funzioni del Segretario comunale (cfr. artt. 51 e 52). L'art. 53 ha, poi in particolare, previsto che su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla Giunta ed al Consiglio doveva essere richiesto il parere, perciò obbligatorio, (successivamente inserito nella deliberazione), sotto il profilo di legittimità, del Segretario comunale il quale, quindi, rispondeva in via amministrativa e contabile del parere espresso...».

Siffatta previsione, stigmatizza il Collegio, discende dalla filosofia che informa la legge sulle autonomie locali, rivolta essenzialmente a stabilire una linea di demarcazione fra attività di direzione politica, affidata ad organi rappresentativi della collettività locale e competenze tecnico-amministrative e contabili, riservate ad organi geneticamente e funzionalmente differenziati e quindi autonomi rispetto ai primi.

Il Collegio giudicante procede, infine, a trarre le proprie conclusioni in ordine alla riforma introdotta con l'art. 17 commi 67 e ss. L. n. 127/97, poi recepite dal T.U.EE.LL., evidenziando innanzitutto che, con tali norme «...il Segretario comunale non è più un funzionario o dirigente dello Stato, posto al vertice dell'apparato burocratico dell'Ente locale, essendo diventato il più stretto collaboratore e consulente del Sindaco, con la conseguenza che a quest'ultimo è attribuita una facoltà di scelta (del Segretario) libera, fiduciaria e discrezionale e perciò non necessitante di motivazione... ».

Successivamente, entrando nel vivo del problema, la sezione d'appello afferma che: «...dalla riferita successione cronologica legislativa, il Collegio trae motivi, anzitutto, per confutare l'affermazione degli appellanti secondo cui "a far data dal 15 maggio 1997 (rectius dal 18 maggio 1997, giorno di entrata in vigore

della L. 127/97), il Segretario comunale non potrebbe essere sottoposto a giudizio di responsabilità, dato che l'art. 17 commi 85 e 86 avrebbe recato un limite normativo a tale azione... ».

Chiarisce, infatti, il predetto giudice che, al di là dell'emissione obbligatoria del parere sulle proposte di deliberazioni della Giunta e del Consiglio ed al di là della responsabilità per gli atti e le procedure attuative di quelle deliberazioni — ambedue non più previste per effetto dei ricordati commi 85 e 86 — è indubitabile che permangono in capo al Segretario comunale tutta una serie di compiti e di adempimenti « *...che, lungi dal determinare un'area di deresponsabilizzazione del Segretario, lo impegnano invece ad un corretto svolgimento degli stessi, pena la sua soggezione in ragione del rapporto di servizio instaurato con l'ente locale, all'azione di responsabilità amministrativa, ove di questa ricorrano gli specifici presupposti... ».*

Per l'effetto di tali argomentazioni la Corte ha, nell'occasione, confermato la sentenza di primo grado che aveva riconosciuto la corresponsabilità del segretario comunale per il parere comunque da lui reso, sebbene non più dovuto, sulla legittimità della delibera giuntale con la quale si erano disposti gli indebiti aumenti stipendiali al dipendente in questione.

Dunque, in estrema sintesi, può dirsi che, secondo l'autorevole opinione del giudice contabile d'appello, ogniqualvolta il segretario renda un parere spontaneamente o, comunque, a tanto sollecitato da altri organi dell'ente locale, egli ne risponderà in sede amministrativo-contabile — a dispetto dell'abrogazione del parere di legittimità *ex art. 17 comma 86 L. n. 127/97* — qualora tale attività consultiva, in quanto illegittima, agevoli la produzione di un danno erariale.

E ciò proprio in virtù della sua funzione, scolpita nell'art. 97 T.U.EE.LL., di massimo consulente giuridico-amministrativo dell'ente locale, che fa sì che i propri pareri assumano particolare rilevanza nella formazione delle scelte da assumersi e, dunque, specularmente, incidano consistentemente, sotto il profilo causale, alla verifica dell'illecito contabile, qualora tali decisioni siano illegittime e ledano le pubbliche finanze comunali o provinciali.

L'orientamento innanzi richiamato è stato, poi, ribadito da una successiva sentenza, sempre della stessa sezione centrale d'appello della Corte dei

conti, di poco successiva (la n. 197 del 23 giugno 2004), chiamata a decidere di un'azione intentata dall'attore pubblico contro la giunta (per la delibera emanata) e il segretario (per il parere di regolarità tecnico-amministrativa, reso in assenza del competente responsabile del servizio) di un comune, che si era indebitamente accollato, mediante transazione, gli oneri derivanti da una controversia risarcitoria riguardante un terzo privato e un agente di polizia rurale (non dipendente comunale, ma solo in rapporto di servizio volontario con l'ente), per un incidente stradale avvenuto nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali.

Oltre a confermare quanto espresso poco prima nella sentenza n. 88/04, in ordine alla corresponsabilità del segretario che renda comunque il parere sulla legittimità di un atto, obbligatorio o facoltativo che sia, per le motivazioni colà vedute, il Collegio di seconde cure — nel riformare la decisione di primo grado — ha avuto modo di chiarire che la valenza meramente endoprocedimentale del parere reso non impedisce a questo di contribuire alla verifica dell'illecito.

In particolare, dissentendo dalla sezione territoriale e facendo proprio l'indirizzo visto in precedenza circa il valore da attribuirsi, in sede amministrativo-contabile, agli atti consultivi, il giudice d'appello ha escluso che l'emanazione della delibera giuntale, per così dire, «assorbisse» gli eventuali profili di illegittimità del parere reso, spezzando il nesso di causalità tra quest'ultimo e il danno cagionatosi.

Afferma, infatti, sul punto la sezione: *«...per quel che concerne propriamente il giudizio di responsabilità amministrativa, ai fini della ricostruzione del processo causale che ha determinato il danno... debbono essere considerati tutti i comportamenti che hanno inciso in detto processo, a prescindere dalla qualificazione giuridica di detti comportamenti ed indipendentemente dalla natura di atto endoprocedimentale o definitorio del procedimento...».*

La Corte trova riscontro a tale opinione nell'art. 1 comma 1-ter L. 20/94 il quale, nel limitare, da un lato, la responsabilità ai componenti degli organi collegiali che votarono favorevolmente la deliberazione dannosa e nel prevedere, dall'altro, la *non estensibilità* ai titolari degli organi politici della responsabilità per gli atti che rientrano nella competenza propria degli uffici, tecnici o amministrativi, evidentemente presuppone che in capo a quest'ultimi uffici la

responsabilità possa essere ipotizzata (SCIASCIA M., *Manuale di diritto processuale contabile*, 35).

Nel caso trattato, dunque, il parere reso nell'occasione dal segretario comunale sulla necessità della transazione «...ha avuto una precisa ed autonoma valenza procedimentale ed un effettivo ruolo causale rispetto al contenuto della delibera, che quel parere ha espressamente richiamato e sul quale si è basata, ritenendo sussistenti i necessari e relativi presupposti giuridico-amministrativi» (cfr. motivazione sent. cit.).

Con le sopra citate pronunce sembrerebbe, pertanto, definitivamente consolidarsi l'idea della permanenza di una precisa responsabilità segretariale in sede contabile, quantomeno quando il suddetto organo eserciti le proprie qualificate prerogative consultive.

Sul punto, si veda, ancora, C. conti, sez. Puglia, n. 590/03: «L'intervenuta soppressione, ai sensi dell'art. 17 comma 85 L. n. 127/97, del parere di legittimità del segretario comunale su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta o al consiglio, già previsto dall'art. 53 L. n. 142/90, non esclude che il segretario comunale, cui l'art. 17 comma 68 L. n. 127/97 intesta specifici compiti di consulenza giuridico-amministrativa, possa — ed ove richiestone debba — comunque rendere il proprio parere in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, agli statuti ed ai regolamenti e che del parere reso debba rispondere ai sensi dell'art. 53 comma 3 L. n. 142/90, che costituisce espressione di un principio generale, operante a prescindere dalla natura obbligatoria o facoltativa del parere espresso. ».

Oppure, la pronuncia del giudice contabile triestino (C. conti, sez. Friuli V.G., n. 60/03): «Sussiste la responsabilità amministrativa a titolo di colpa grave (con addebito in parti uguali per paritario concorso nella causazione del danno erariale) dei componenti deliberanti della giunta comunale e del segretario comunale — quest'ultimo per essere stato portatore favorevole di un parere di legittimità amministrativa —, per avere deliberato la copertura dei rischi patrimoniali degli amministratori e funzionari, derivanti dall'applicazione di sanzione risarcitoria mediante la stipulazione di contratto assicurativo con oneri a carico dell'ente potenzialmente danneggiato, risultando illecita la causa del contratto medesimo».

Riconosce la compartecipazione nell'illecito amministrativo dell'organo

segretariale pure C. conti, sez. Marche, n. 338/04, secondo cui: *«Deve essere affermata la responsabilità amministrativa del segretario comunale che, con comportamento palesemente contraddittorio, abbia espresso un parere favorevole ad una delibera in materia di lavori pubblici senza tenere conto degli elementi tecnici in atto, salvo a revocarlo a distanza di tempo adducendo motivazioni di illegittimità tutte in precedenza preesistenti e ciò con conseguenze fuorviatiti per l'efficacia e il buon andamento dell'azione amministrativa».*

Viene, così, superandosi un antitetico orientamento — pure esistente — che, al contrario, pareva dare decisivo rilievo alla norma dell'art. 17 L. 127/97, per escludere qualsivoglia coinvolgimento del segretario in fattispecie di illecito amministrativo-contabile (C. conti, sez. Lombardia, n. 819/03).

C'è da dire, ad ogni modo, che la responsabilità in questione, per adozione di pareri, viene imputata solo allorquando essi abbiano ad oggetto la *legalità* della delibera (giuntale) da assumersi e non certo laddove eventualmente si esprimano sull'opportunità e la convenienza della scelta discrezionale intrapresa dall'organo politico di vertice e consacrata nel succitato provvedimento.

Ciò in quanto, alla luce dell'art. 97 T.U.EE.LL., il segretario comunale ha precise funzioni di consulenza concernenti la stretta legittimità dell'azione amministrativa, in guisa che a tale funzionario non è ascrivibile alcuna responsabilità per pareri dati sotto profili diversi da questo, non avendone alcuna competenza.

Se, dunque, non si censura la legittimità della delibera giuntale che si assume causativa del danno erariale, allora il parere favorevole reso sul punto dal segretario non è idoneo a fondarne la responsabilità amministrativo-contabile (C. conti, Sez. II, n. 232/02).

Peraltro, l'importanza rivestita dall'organo segretariale in sede consultiva, *ex art. 97 cit.*, fa sì che il suo qualificato intervento contrario all'adozione dell'atto renda particolarmente evidente la responsabilità della giunta che, nell'approvare comunque la delibera, ignorando il parere negativo, abbia cagionato un danno erariale.

Non può essere, infatti, esclusa in alcun modo, in tale circostanza, la

colpa grave di sindaco ed assessori, essendo stati essi perfettamente resi edotti, peraltro da un autorevole esperto del settore, delle conseguenze derivanti da un siffatto comportamento (Corte Conti, Sez. II, n.145/04).

Analogamente, sul punto, si è pronunciata la III sezione centrale d'appello della Corte, in un caso in cui il segretario comunale aveva effettuato precisi rilievi ostativi al pagamento di compensi professionali per incarichi esterni ritenuti illegittimi (Corte Conti, sent. 67/04).

Dunque, laddove sussista un parere chiaramente contrario dell'organo segretariale all'adozione di una delibera, i pubblici amministratori locali sono avvertiti: essi non potranno giammai invocare l'ignoranza della legge, ovvero difficoltà o ambiguità interpretative della stessa per sottrarsi alle proprie responsabilità erariali.

Un ultimo profilo di illiceità della condotta eventualmente intrapresa dal segretario nell'esercizio delle sue funzioni può concernere anche fattispecie a carattere omissivo, in quanto egli ometta di compiere una qualche attività doverosa, ovvero di coordinamento e vigilanza dell'operato altrui.

Ricordiamo, infatti, che secondo l'art. 97 TUEL il segretario non ha solo compiti di assistenza tecnico giuridica, ma anche di coordinamento e sovrintendenza degli uffici comunali, cui sono preposti i vari dirigenti, in assenza dell'apposita figura del direttore generale.

Al riguardo, valga per tutte, in una controversia riguardante fatti verificatisi sotto la vigenza della legge n.127/1997 – che come chiarito aveva già mutilato il ruolo istituzionale del segretario comunale, sì da potersi ricondurre le considerazioni fatte nella decisione che qui si segnala, anche al regime del TUEL – la sentenza n.202/03 della sezione laziale della Corte.

Il giudice capitolino, nel risolvere una causa concernente il danno erariale indiretto conseguente il mancato tempestivo pagamento di compensi professionali ad un legale esterno dell'ente locale affermava che *"..... in tutta questa vicenda un qualche ruolo ha pure giocato il comportamento dei Segretari comunali, del responsabile del settore finanziario del Comune e dello stesso incaricato della tenuta del Protocollo -Archivio, giacché le raccomandate dell'Avv.*

M. risultano transitate per il Protocollo e per la Ragioneria, ma non sono state rintracciate tra i documenti del Comune, e non consta che i primi funzionari (Segretari e Capo della Ragioneria) hanno posto in essere atti istruttori o di impulso, come pur sarebbe stato loro dovere, essendo quello di cui si discute un mero atto di gestione, rientrante, per tali aspetti e, dopo le eventuali delibere degli organi di governo del Comune, per la conseguente esecuzione, nella loro competenza e responsabilità secondo il riassetto dei poteri stabilito dalla normativa di riordino degli enti locali (l.n. 142/1990, come modificata dalla l. n. 127/1997) ed in quella di riforma del pubblico impiego (d.lgs.n.29/1993). In particolare il Segretario comunale, già secondo il disegno dell'art. 53 della citata l.n.142/1990, non doveva restare all'oscuro, in un corretto ordinamento e funzionamento degli uffici comunali, delle richieste formulate e delle procedure intraprese dall'Avv. M., e doveva, quale consulente giuridico-amministrativo del Sindaco e responsabile della conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti, studiare il problema che si era posto e suggerire le opportune iniziative per risolverlo. Ma i due Segretari,, succedutisi nella carica durante il periodo qui considerato, non risulta che abbiano fatto alcunché. Né li giustifica la disorganizzazione degli uffici, poiché anche il buon funzionamento della struttura amministrativa doveva essere loro cura preminente, quali vertici della burocrazia comunale. Il Procuratore regionale, nella sua prudente valutazione, ha ritenuto di non evocarli in giudizio; né spetta a questo Collegio, nella prospettiva del giusto processo quale delineato dal novellato art. 111 della Costituzione, che assegna al giudice una posizione di assoluta terzietà tra le parti in causa, assumere iniziative al riguardo, considerando anche che, allo stato delle acquisite cognizioni dei fatti e circostanze, non risulta evidente un loro comportamento gravemente colposo; ma nella determinazione del danno da porre a carico dell'unico convenuto non può non tenersi conto della incidenza della condotta omissiva dei soggetti sopra indicati nella determinazione del danno stesso: essi si sono disinteressati del problema scaricandone tutto il peso sulle spalle del Sindaco. A ciò deve anche aggiungersi lo stato di generale disorganizzazione dell'apparato amministrativo del Comune, messo in luce anche dalla vicenda qui esaminata.”.

I giudici contabili, quindi, da tempo evidenziano l'importante ruolo

svolto dalla figura del segretario comunale non solo per quanto concerne il profilo consultivo, ma anche quello di impulso, coordinamento e stimolo dell'azione amministrativa altrui, in quanto discendente dal ruolo centrale da questi svolto in seno all'organizzazione dell'ente locale, così come riconosciutagli dall'attuale quadro ordinamentale.

5. IL NUOVO RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME.

Il segretario comunale è chiamato²⁴⁷ a giocare un ruolo di primo piano per contrastare la corruzione e l'illegalità all'interno della pubblica amministrazione. È quanto si ricava dalla legge n. 190/2012 e dalla legge n. 213/2012.

Nell'ambito delle misure adottate per contrastare la corruzione e l'illegalità all'interno della pubblica amministrazione, il segretario è chiamato a giocare un ruolo di primo piano. È quanto si ricava dalla legge n. 190 del 6 novembre 2012 *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”* entrata in vigore il 28 novembre 2012. Normativa che si accompagna alla legge n. 213 del 7 dicembre 2012 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, recante disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali”*, entrata in vigore l' 8 dicembre 2012.

Alla luce delle due normative all'esame, non poche sono le funzioni e le relative responsabilità che gravano sulla sfera politica e sulla sfera burocratica che il legislatore pone in capo al comune. Innanzitutto l'obbligatorietà di dotarsi di un piano per la prevenzione della corruzione e ancor prima la necessità di individuare il responsabile della prevenzione della corruzione. Ulteriormente, l'obbligatorietà di istituire un sistema di controlli interni che verifichino: la regolarità

²⁴⁷ Camarda Lorenzo, **Diritto e Pratica Amministrativa**, 2/2013, Le nuove responsabilità del segretario comunale.

amministrativa e contabile, il controllo di gestione, il controllo strategico, il controllo sulle società partecipate non quotate in borsa, il controllo sui flussi finanziari.

Infine, l'obbligatorietà di dotarsi di un regolamento che disciplini l'intero sistema mettendolo in sintonia con gli altri regolamenti dell'ente, in particolare con quelli dell'ordinamento degli uffici e dei servizi e di contabilità. Regolamento che disciplini il rapporto con il Prefetto, con le forze dell'ordine, con le altre istituzioni locali e con la Corte dei conti alla quale il legislatore conferisce, in materia, poteri ancora più ampi.

Dunque una serie di obblighi il cui inadempimento si conclude con una misura davvero pesante: lo scioglimento del Consiglio comunale.

5.1 Il segretario comunale responsabile della prevenzione della corruzione.

Il comma 7, parte seconda dell'art. 1 della legge n. 190/2012, prevede che *“Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione”*. La scelta di privilegiare il segretario quale responsabile della prevenzione della corruzione farebbe supporre che il legislatore stia pensando di ridefinire il ruolo del segretario facendo una marcia indietro rispetto ai tentativi di ridimensionare tale figura.

A conferma del nuovo orientamento si prende atto che la scelta del segretario, quale responsabile della prevenzione della corruzione, è scontata, ricorrendo altra opzione solo e in quanto *“motivata”*. Si esclude, però, che tali motivi possano appuntarsi sulla *“specchiata condotta”* del segretario in quanto, se così fosse, verrebbe messa in gioco la stessa permanenza del segretario in comune.

Si esclude, altresì, che i motivi di una differente scelta possano essere ricavati per ragioni professionali in quanto nessun altro dipendente locale potrebbe esercitare con maggior competenza le incombenze (di legittimità e gestionali) che il nuovo compito comporta. Solo il caso della presenza del direttore generale (ove nominato) o del comandante della Polizia locale nelle strutture

organizzative complesse potrebbero indurre l'amministrazione a valutare una scelta alternativa.

5.1.1 Le funzioni del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione.

I compiti e le responsabilità del responsabile della prevenzione della corruzione sono:

- a) la verifica dell'attuazione del piano;
- b) la verifica, di intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi;
- c) l'individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione.

L'art. 1, comma 10, lett. a), della legge n. 190/2012 prevede che il responsabile della prevenzione della corruzione deve provvedere *“alla verifica dell'efficace attuazione del piano”*. Dalla scrittura della norma si desume che la natura dell'attività posta in capo al responsabile della prevenzione della corruzione presenta due profili: di legittimità e di gestionalità. Risponde al primo profilo (legittimità) il fatto che la verifica è sempre un puntuale riscontro formale delle fonti del diritto (leggi, regolamenti ecc.). Risponde al secondo profilo (gestionalità) il fatto che il riscontro riguarda l'efficacia e l'efficienza dell'attuazione del piano, cioè il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano.

Ciò comporta che il segretario sia anche in grado di valutare le ragioni degli scostamenti tra ciò che è stato programmato e ciò che è stato attuato e sia in grado di *“proporre modifiche”* al piano. Inoltre la lettera a) del comma 10 dell'art. 1 della legge in commento prevede che il segretario proponga queste modifiche non solo in caso di scostamenti patologici, ma anche *“quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione”*. Ne discende che il segretario debba godere di un potere gestionale delle risorse umane tale da poter essere credibile allorché il suo controllo si estenda sino al punto di proporre le modifiche del piano stesso all'organo politico di indirizzo al quale compete l'approvazione.

L'art. 1, comma 10, lettera b), della legge n. 190/2012 conferma la natura gestionale della verifica posta in capo al responsabile della prevenzione della corruzione. Infatti la norma, nel richiamare il potere di verifica sottolinea che il segretario provveda alla *“rotazione degli incarichi”* d'intesa con il dirigente competente che si configura nel dirigente da cui dipendono gli uffici sottoposti a rotazione. Alla stessa logica gestionale risponde la norma prevista nella lettera c) dello stesso comma 10 dell'art. 1 della legge che pone in capo al responsabile della prevenzione della corruzione il compito di *“individuare il personale da inserire nei programmi di formazione di cui al comma 11”*.

Fuori dal contesto della circoscritta interpretazione della norma, si auspica che la formazione di questo tipo sia allargata alla maggior parte dei dipendenti pubblici in quanto si ritiene che non vi siano settori della pubblica amministrazione che non siano a rischio di corruzione. Ovviamente, la rotazione è condizionata dalla specificità dell'organizzazione di ogni ente.

Il comma 13, art. 1, della legge n. 190/2012 prevede che la sanzione disciplinare non può essere inferiore alla sospensione dal servizio in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano. Le sanzioni disciplinari sono escluse allorquando venga dimostrato (in contraddittorio) di aver predisposto il piano e di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano. Si ritiene che tali esimenti scattino se il segretario abbia elaborato il piano (ed eventualmente abbia sollecitato il Consiglio comunale alla sua approvazione) e una volta approvato, abbia vigilato che lo stesso piano sia stato applicato.

Il comma 8, dell'art. 1, della legge n. 190/2012 prevede che, entro il 31 gennaio di ogni anno, l'organo di indirizzo politico adotti il piano triennale di prevenzione della corruzione.

La prima domanda è: chi è l'organo di indirizzo politico, in comune?

La risposta non è scontata. Alcuni ritengono sia il Consiglio, altri la Giunta. Pare plausibile sostenere che questo organo sia il Consiglio sia perché l'art. 42, comma 1, Tuel definisce il Consiglio come *“organo di indirizzo e controllo politico”*, sia perché lo stesso articolo 42, comma 1, lett. b), Tuel stabilisce che *“il Consiglio ha competenze limitatamente ai seguenti atti fondamentali (...) programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali”*. A questa tesi

si obietta che il piano triennale di prevenzione della corruzione sia di competenza della Giunta per due ragioni. La prima riguarda la natura del piano che è ritenuta gestionale e, pertanto, come il Peg, la sua approvazione competerebbe alla Giunta. La seconda riguarda la tassatività dell'elenco delle materie, ex art. 42 Tuel, di competenza del Consiglio che non comprende nominalmente questo piano. Ma queste obiezioni non convincono. In ordine alla natura del piano, è vero che il Peg ha natura gestionale e la sua approvazione è di competenza della Giunta, però il Peg (che è elaborato parallelamente al bilancio di previsione annuale) è lo strumento di esecuzione e gestione del bilancio. Pertanto, se si aderisse all'interpretazione di ritenere il piano triennale di prevenzione della corruzione, analogo al Peg annuale (sorvolando sulla differente temporalità), sarebbe comunque necessario rintracciare nel Consiglio comunale la puntuale corrispondenza della volontà consiliare in materia.

In ordine alla tassatività dell'elenco delle materie di competenza del Consiglio comunale, è vero che l'elenco è tassativo e che, all'interno di questo elenco, non è specificata la voce "*Piano triennale per la prevenzione e repressione dell'illegalità e della corruzione nella pubblica amministrazione*". Tuttavia si ritiene che questa voce possa rientrare nella voce "*programmi*", posta dal legislatore all'inizio della lettera b) del comma 2 dell'art. 41 Tuel. Infatti questa voce, isolata dalle altre voci da una virgola, costituisce una categoria differenziata dalle altre che puntualmente si riferiscono al sistema dei bilanci, ai lavori pubblici, alla pianificazione. Se ne deduce che il legislatore abbia voluto tenere una porta aperta per l'ingresso di piani/programmi la cui approvazione richiede necessariamente il coinvolgimento di tutto il Consiglio comunale. Vi è, infine, una ragione logico-sistemica che rafforza la tesi di chi sostiene sia il Consiglio a essere competente ad approvare questo piano. Infatti, adottando questa interpretazione, il piano potrebbe essere pensato ed elaborato insieme al bilancio di previsione triennale, all'elenco triennale delle opere pubbliche e al documento di piano della sicurezza e della salute dei lavoratori (Dvr) che costituiscono tutti punti essenziali di riferimento anche per il piano di prevenzione della corruzione.

Il piano triennale di prevenzione della corruzione è un piano di indirizzi, di durata triennale (a scorrimento come il bilancio di previsione triennale) che valuta

il diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi utili a eliminare o quantomeno temperare il medesimo rischio. In questo senso esso è analogo al Dvr.

Inoltre il piano triennale di prevenzione della corruzione indica le procedure di selezione e formazione dei dipendenti pubblici *“chiamati a operare in settori particolarmente esposti alla corruzione”*. Questa locuzione suscita una riflessione sulla quale risulta utile argomentare succintamente. In ordine all'individuazione dei settori particolarmente esposti alla corruzione, purtroppo si riscontra, nella prassi amministrativa, che non vi sono settori esenti da rischi di questo genere e appare persino pericolosa un'individuazione escludente qualche settore.

Una siffatta individuazione, resa necessariamente pubblica, scaricherebbe di responsabilità ampie frange della pubblica amministrazione assegnando loro una sorta di *“franchigia”*, fonte di deresponsabilizzazione e oggetto di interesse da parte delle organizzazioni criminali che verso queste fasce appunterebbero i loro sguardi. Inoltre, sarebbe particolarmente imbarazzante individuare, sia pure in via teorica, i centri di probabile corruzione (che poi sono tanti quanti sono i centri di costo e i centri di spesa). Meglio sarebbe estendere a tutti gli uffici una medesima attenzione attraverso una formazione intersettoriale in quanto la corruzione si annida con facilità laddove manca un controllo organico. Controllo che può essere meglio assicurato attraverso un sistema integrato di tutti i controlli (interni ed esterni) del comune e con il concorso di tutti gli organi di controllo (revisori contabili e nuclei di valutazione compresi).

Per quanto riguarda la questione relativa alla *“rotazione di dirigenti e funzionari,”* in linea di principio si riconosce che la misura è indovinata e auspicata. Infatti, dalla prassi amministrativa, si registra che la corruzione prolifera più agevolmente laddove si consolidano *“rendite di posizione”* all'interno degli apparati burocratici. Risulta, però, problematico applicare questo metodo nei piccoli comuni la cui dotazione organica prevede tre o quattro dipendenti. In questi casi, da estendere almeno sino a dieci dipendenti, sarebbe utile non applicare questa regola. Peraltro in questi piccoli comuni non vi sono dirigenti e neppure responsabili degli uffici. In tali casi, infatti, risulterebbe illogico ruotare il responsabile dei Ll.Pp. (ingegnere, architetto o geometra) con il ragioniere del

comune, o con il responsabile dell'ufficio elettorale e anagrafe o con il vigile urbano. In conclusione si ritiene che, per i piccoli comuni, vale la regola del c.d. "controllo a vista" che sembra fornire maggiori garanzie di successo. In questi casi, si ritiene, che nessuno possa esercitare questa funzione di controllo meglio del segretario in capo al quale è posto il potere-dovere di "sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti" (art. 97, comma 4, Tuel).

Entro il 31 gennaio di ogni anno (a partire dal 31 gennaio 2013) il Consiglio comunale (provinciale), su proposta del segretario, adotta il piano triennale di prevenzione della corruzione (art. 1, comma 8, legge n. 190/2012).

Entro il 31 gennaio di ogni anno (a partire dal 31 gennaio 2013) il segretario deve definire le procedure appropriate per selezionare e formare, ai sensi del comma 10, i dipendenti destinati a operare in settori particolarmente esposti alla corruzione (art. 1, comma 8, legge n. 190/2012).

Entro il 15 dicembre di ogni anno (a partire dal 15 dicembre 2013) il segretario pubblica nel sito *web* dell'amministrazione una relazione recante i risultati dell'attività svolta e la trasmette al Consiglio comunale (art. 1, comma 14, legge n. 190/2012).

5.1.2 Il ruolo del segretario come responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema dei controlli interni previsti dal Dl n. 174 /2012

Complementari alle misure anticorruzione, previste dalla legge n. 190/2012, intervengono le misure adottate con Dl n. 174 del 10 ottobre 2012 (convertito, con modifiche, in legge n. 213 del 7 dicembre 2012) mirate a rafforzare i controlli in materia di enti locali. Conseguentemente, e in forma espressa, viene modificato sensibilmente il *corpus* normativo riguardante il sistema dei controlli interni previsto dal Tuel.

Innanzitutto cambia la prospettiva del sistema dei controlli interni che, accanto alla loro primigenia funzione gestionale, tendono ad assolvere anche una funzione ispettiva, necessariamente collegata in quanto esercitata dal segretario del comune che è il soggetto designato come responsabile della prevenzione della corruzione.

In questo contesto la figura del segretario assume un ruolo importante, originale e in ogni caso destinato a crescere nel tempo in relazione con l'entrata a regime di entrambe le leggi.

5.2 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa (regolarità tecnica e regolarità contabile) nella fase preventiva.

Anche nella stesura del novellato art. 49, comma 2, Tuel²⁴⁸ permane in capo al segretario il compito di esprimere il parere di regolarità tecnica e quello di regolarità contabile, allorquando il comune non abbia i responsabili dei servizi. La conferma è significativa in quanto viene riconosciuto al segretario una professionalità *“a geometria variabile”* che lo rende prezioso per ogni soluzione organizzativa dell'ente.

Resta tuttavia aperta la questione della valenza normativa della proposizione linguistica *“il parere è espresso dal segretario dell'ente, in relazione alle sue competenze”* che viene testualmente trasportata dalla vecchia alla nuova versione dell'art. 49, comma 2, Tuel. L'interpretazione non è pacifica in quanto non risulta ancora chiaro cosa si intende per *“in relazione alle sue competenze”*. Secondo alcuni, tali competenze rientrerebbero nel bagaglio culturale di base del segretario (conoscenze professionali minime e indispensabili per iniziare la carriera); per altri, invece, tali competenze rientrerebbero nello specifico bagaglio professionale (differenziato) di ciascun segretario.

Poiché i controlli di regolarità tecnica e contabile richiedono una specifica professionalità (che va dallo stato civile e anagrafe, alla ragioneria, ai lavori

²⁴⁸ **Art. 49, commi 1 e 2, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000**

Su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla Giunta e al Consiglio che non sia di mero indirizzo deve essere richiesto il parere, in ordine alla sola regolarità tecnica, del responsabile del servizio interessato e, qualora comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente, del responsabile di ragioneria in ordine alla regolarità contabile. I pareri sono inseriti nella deliberazione. Nel caso in cui l'ente non abbia i responsabili dei servizi, il parere è espresso dal segretario dell'ente, in relazione alle sue competenze.

Art. 147-bis, comma 2, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria.

pubblici, all'urbanistica ecc.). Se si aderisse alla prima tesi, si rischierebbe o di porre arbitrariamente sullo stesso piano i pareri dei responsabili dei servizi e quelli del segretario, pur essendo qualitativamente diversi per spessore professionale; oppure, se si tenesse conto della diversità di tali pareri, si dovrebbe prendere atto che nei comuni, dove non vi sono i responsabili dei servizi, i pareri espressi dal segretario sono da ritenersi di serie B.

Eguale azzardata sarebbe la tesi secondo la quale, in ogni caso, il segretario potrebbe sostituire in via permanente le figure dei responsabili dei servizi. Chi propende per questa tesi parte da un assunto secondo il quale chi dirige è perfettamente in grado di sostituirsi nelle funzioni espletate dai suoi subordinati in caso di loro assenza. In proposito viene richiamato l'esempio del maestro di orchestra che necessariamente conosce gli strumenti suonati dai suoi orchestrali.

La tesi è suggestiva, ma conoscere gli strumenti non significa essere in grado di suonarli indistintamente con medesima perizia dei singoli orchestrali. Pertanto pare rischioso aderire alla tesi di chi sostiene che, in ogni caso, il parere del segretario possa sempre valere quello espresso dal responsabile del servizio. Si ritiene, invece, che il problema possa essere risolto allorquando il segretario sia soggettivamente in grado di coprire il ruolo del responsabile del servizio relativamente a uno o più servizi (ad esempio la ragioneria e/o l'urbanistica ecc.).

In questo caso, essendo il segretario, esperto in una materia specifica, pare plausibile sostenere che questi possa essere incaricato ad *hoc* a ricoprire anche quello specifico ruolo di cui è esperto e conseguentemente possa esprimere, con adeguata professionalità, i relativi pareri. Peraltro questa opzione è diffusa nella prassi amministrativa laddove non esistono i responsabili dei servizi. Fermo restando che, per esercitare tale opzione, sussistano in modo accertabile, tali requisiti. Questa interpretazione ha anche il vantaggio di giustificare la scelta di un segretario rispetto a un altro, avvalorando lo *spoils system* che, di fatto, esiste in materia di scelta da parte del sindaco.

In tal caso potrà essere utilizzata la norma secondo la quale il segretario "esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia" (art. 97, comma 4, lett. d),

Tuel). Fuori da questa logica, parrebbe essere rischioso per la legittimità e l'economia dell'ente, conferire un qualsivoglia incarico al **segretario** incompetente.

5.2.1 Il segretario e il controllo della regolarità amministrativa nella fase successiva.

La norma, prevista nel nuovo art. 147-*bis* Tuel²⁴⁹, è di rilievo e assicura all'ente il controllo successivo su una serie di singoli atti amministrativi sin ora sottratti a un'efficace verifica di regolarità amministrativa e contabile.

Per quanto attiene al segretario, rileva che l'esercizio di tale controllo sia effettuato sotto la sua direzione, secondo principi generali di revisione aziendale e con modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente. Si ritiene che la locuzione "*sotto la direzione del segretario*" possa essere interpretata nel senso che le modalità di controllo debbano essere, di fatto, esercitate dal personale diretto dal segretario incombendo sullo stesso la responsabilità per "*culpa in vigilando*". Tali modalità di controllo, secondo la lettera della norma, devono essere adottate "*secondo principi generali di revisione aziendale*" vale a dire che il controllo esercitato sui singoli atti (determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi) deve riguardare, oltre la legittimità degli atti, anche l'economicità dell'operazione sottostante e le relative modalità gestionali.

Stanti le differenti strutture burocratiche degli enti locali, la norma prevede che le modalità dell'esercizio di controllo potranno essere diverse purché adottate nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, siano rispettose dei principi generali di revisione aziendale. Inoltre, compete al segretario trasmettere periodicamente le risultanze di questo tipo di controllo ai responsabili dei servizi, ai revisori contabili e agli organi indipendenti di valutazione (Oiv), come

²⁴⁹ Art. 147- *bis* , comma 2, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000

Il controllo di regolarità amministrativa è inoltre assicurato, nella fase successiva, secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli atti amministrativi scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento.

documenti utili per la valutazione. Gli stessi documenti sono trasmessi al Consiglio comunale (provinciale).

5.3 Il segretario e il controllo di gestione

In merito al controllo di gestione, la nuova legge non innova. Ma, nell'ottica di un'interpretazione sistematica che mira a integrare tutti i controlli interni ed esterni nell'intesa di prevenire e reprimere l'illegalità e la corruzione nella PA, cambia necessariamente l'approccio professionale del segretario nei confronti del controllo di gestione. Si ricordi, infatti, che il controllo di gestione è un controllo *in itinere*, dinamico, indirizzato a governare i processi gestionali.

Questa forma di controllo non risponde all'accezione francese (*contre rôle*) ovvero controllo come riscontro, verifica, come nel caso del controllo sulla legittimità degli atti. Il controllo di gestione risponde piuttosto all'accezione inglese (*control*) ovvero controllo come guida, direzione, influenza. In questo senso il controllo di gestione si configura come ausilio ai dirigenti perché possano governare i processi gestionali e correggerli, senza alcuna paura o intimidazione di eventuali errori che sono destinati a essere corretti. In altre parole non è mai punitivo e il successo di questo tipo di controllo si registra laddove esso è vissuto come un "*controllo amico*".

Ma potrà essere ancora così, allorquando il controllo di gestione verrà vissuto come controllo ispettivo? È questo un punto sul quale bisogna soffermare la nostra attenzione. A mio parere, per superare questa apparente dicotomia è necessario interpretare la norma alla luce del principio del "*buon andamento*" di cui all'art. 97 Cost., per il quale la PA deve perseguire gli obiettivi gestionali predeterminati assicurando la legalità dell'azione amministrativa. Ma, per ottenere questo risultato, necessita creare una cultura della legalità all'interno della PA che è andata gradualmente dissolvendosi.

5.4 Il segretario e il controllo strategico

Tra le novità previste dalla novella legislativa,²⁵⁰ diventa obbligatorio il controllo strategico che assume anche una connotazione diversa rispetto alla normativa previgente, coinvolgendo il segretario, prima escluso. Si ricordi che, precedentemente, il controllo strategico era facoltativo e poteva essere attivato solo per iniziativa del Consiglio **comunale** e consisteva nel controllo del Consiglio sulla Giunta in ordine alla puntuale esecuzione degli indirizzi di Consiglio in sede di bilancio e alla bontà delle scelte operate dalla Giunta per la realizzazione di detti indirizzi. Sostanzialmente doveva essere un controllo politico.

Ora cambia tutto. Il controllo è obbligatorio, ma della sua natura primigenia perde la connotazione: non più politico, ma tecnico. Conseguentemente viene posto in capo al segretario (o al direttore generale, se nominato) il compito di dirigere un'apposita struttura che ha il compito di elaborare rapporti periodici da sottoporre alla Giunta e al Consiglio per monitorare l'andamento della esecuzione degli indirizzi del Consiglio. Incombenza non lieve per il segretario che non potrà limitarsi a verificare l'adempimento formale dell'esecuzione dei programmi, ma anche valutare la bontà delle scelte operate dalla Giunta, cioè analizzare se le scelte corrispondano alla migliore utilizzazione delle risorse. Questa interpretazione la si ricava dal fatto che, in prima battuta, il compito è attribuito al direttore generale la cui competenza è essenzialmente gestionale, anche se la figura del segretario sarà ampiamente utilizzata allo scopo, stante il vincolo di nomina del direttore generale nei comuni con una popolazione oltre i 100.000 abitanti.

5.5 Il segretario e il controllo delle società partecipate non quotate

Nel silenzio della legge c'è da chiedersi quale sia il ruolo del segretario in relazione al controllo sulle società²⁵¹ partecipate non quotate. Pare plausibile

²⁵⁰ **Art. 147- ter , comma 2, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000**

L'unità preposta al controllo strategico, che è posta sotto la direzione del direttore generale, laddove previsto, o dal segretario comunale negli enti in cui non è prevista la figura del direttore generale, elabora rapporti periodici, da sottoporre all'organo esecutivo e al Consiglio per la successiva predisposizione di deliberazioni consiliari di ricognizione di programmi.

²⁵¹ **Art. 147- quater , commi 1 e 2, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000**

1. L'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate partecipate dallo stesso ente locale. Tali controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili.

2. Per l'attuazione di quanto previsto al comma 1 del presente articolo, l'amministrazione definisce preventivamente, in

sostenere che tale ruolo possa essere ricavato all'interno dell'espressione *“Tali controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili”*.

Più specificatamente il segretario pare essere responsabilizzato nella misura in cui egli è coinvolto nella gestione dell'ente locale. In misura più attenuata, allorquando il comune abbia nominato il direttore generale sul quale pare ricadere maggiore responsabilità. In ogni caso la responsabilità deve essere condivisa con i responsabili degli uffici deputati a monitorare il perseguimento degli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata. In ogni caso il segretario, come responsabile della prevenzione della corruzione in comune e responsabile dell'attuazione del piano anticorruzione è tenuto a un ruolo non marginale.

5.6 Il segretario e il controllo sugli equilibri finanziari

Questa tipologia di controllo interno è esercitata sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario e mediante la vigilanza dell'organo di revisione²⁵². Sul punto giova ricordare che, con la modifica dell'art. 153 (comma 6) Tuel, viene significativamente rafforzato il ruolo del responsabile finanziario (il ragioniere capo) in quanto viene disposto che le segnalazioni del responsabile finanziario (in ordine al sussistere di situazioni suscettibili di pregiudicare gli equilibri di bilancio), siano trasmesse oltre all'organo di revisione, al legale rappresentante dell'ente, al presidente del consiglio dell'ente, anche alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti.

Questo tipo di controllo coinvolge sia la sfera politica sia la sfera burocratica in una sorta di responsabilità solidale, ancorché differenziata a seconda dei poteri

riferimento all'articolo 170, comma 6, gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e organizza un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica.

²⁵² **Art. 147- quinquies , comma 1, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000**

1. Il controllo sugli equilibri finanziari è svolto sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario e mediante la vigilanza dell'organo di revisione, prevedendo il coinvolgimento attivo degli organi di Governo, del direttore generale, ove previsto, del segretario e dei responsabili dei servizi, secondo le rispettive responsabilità.

e delle funzioni esercitate. Poiché la norma prevede il “*coinvolgimento attivo*”, è da ritenere che sia richiesto a ciascun organo di esercitare questo controllo attraverso segnalazioni anche non attinenti al proprio ruolo, ma in ordine ad atti, fatti, omissioni di cui l'organo sia venuto a conoscenza. E in ogni caso vale, per il segretario, quanto già detto a proposito del controllo sulle società partecipate.

5.7 Il segretario e la Corte dei conti nell'ambito della prevenzione della corruzione

Nell'ambito dei nuovi compiti di controllo esterno affidati alle sezioni regionali della Corte dei conti dal novellato art. 148 Tuel, il segretario assume un ruolo significativo, anche se non sufficientemente espresso dalla norma in esame. In ogni caso il ruolo, le funzioni e le connesse responsabilità sono desumibili dall'interpretazione della norma nel contesto dell'intera legge e tenuto presente che la stessa norma vale esclusivamente per i segretari che operano nei comuni con una popolazione superiore ai 15.000 abitanti, nelle province e laddove non sia nominato il direttore generale.

La norma in esame stabilisce che compete alle sezioni regionali della Corte dei conti verificare con cadenza semestrale “*la legittimità e la regolarità delle gestioni, il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e del pareggio di bilancio di ciascun ente locale, nonché il piano esecutivo di gestione, i regolamenti e gli atti di programmazione e pianificazione degli enti locali*”. Già la materia oggetto di verifica coinvolge in pieno l'operato del segretario (vi sia o meno la presenza del direttore generale), stante il suo coinvolgimento all'interno del sistema dei controlli interni e degli atti di programmazione e pianificazione.

Inoltre, la norma nel prevedere uno specifico compito in capo al sindaco di trasmettere “*un referto sulla regolarità della gestione e sull'efficacia e sull'adeguatezza del sistema dei controlli interni adottato sulla base delle linee guida deliberate dalla sezione delle autonomie della Corte dei conti*” stabilisce che lo stesso Sindaco si avvalga del segretario, allorquando non sia nominato il direttore

generale.

Evidentemente tale avvalimento riguarda soprattutto l'elaborazione del referto che richiede una competenza specifica di *management* pubblico. Infatti la norma prevede che il referto abbia a oggetto la regolarità della gestione e l'efficacia e l'efficienza del sistema dei controlli interni adottato sulla base delle linee guida deliberate dalla sezione regionale della Corte dei conti. Peraltro questa corrispondenza alle linee guida della Corte dei conti presuppone uno scambio di informazioni e di relazioni che il segretario deve instaurare con la Corte stessa.

L'obbligatorietà di tali attività sono sanzionate gravemente dalla legge che, nella parte finale del novellato art. 148 Tuel²⁵³, stabilisce che *“le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili la condanna a una sanzione pecuniaria pari a un minimo di cinque e fino a un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione”*. Invero questa sanzione riguarda gli amministratori, ma non è pensabile che non si ribalti sul segretario una qualche responsabilità allorquando si verificassero tali violazioni. Quantomeno peserebbero sul segretario responsabilità per *“culpa in vigilando”* e, certamente, ricadrebbe sul segretario un giudizio negativo in ordine alla valutazione sul conseguimento dei risultati che egli deve conseguire per istituto. Conseguenze che finiscono per incidere, in modo determinante, sullo sviluppo di carriera del segretario stesso, soprattutto, sino a quando la scelta del segretario da parte del sindaco sarà condizionata dallo *spoil system*.

Ancor più gravi conseguenze sono previste in capo al segretario allorquando si verificassero le condizioni per lo scioglimento del Consiglio comunale, previste nel caso di mancata attivazione del sistema dei controlli interni. Così come recita l'art. 3, comma 2, legge n. 213/213. *“Decorso inutilmente il termine di cui al periodo precedente il Prefetto inizia la procedura per lo scioglimento del*

²⁵³ Art. 148, comma 1, Dlgs n. 267 del 18 agosto 2000

Le sezioni regionali della Corte dei conti verificano, con cadenza semestrale, la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale. A tal fine, il sindaco, relativamente ai comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, o il presidente della provincia, avvalendosi del direttore generale, trasmette semestralmente alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti un referto sulla regolarità della gestione e sull'efficacia e sull'adeguatezza del sistema dei controlli interni adottato, sulla base delle linee guida deliberate dalla sezione delle autonomie della Corte dei conti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione; il referto è, altresì, inviato al presidente del Consiglio comunale o provinciale.

Consiglio ai sensi dell'articolo 141 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni" (art. 3, comma 2, legge n. 213 del 7 dicembre 2012).

5.8 Conclusioni

Dall'esame congiunto della legge n. 190 del 6 novembre 2012, sulla prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e della legge n. 213 del 7 dicembre 2012, sul rafforzamento del sistema dei controlli interni ed esterni, emerge con chiarezza la volontà del legislatore di valorizzare la figura e il ruolo del segretario comunale caricandolo di responsabilità che si ricollegano a importanti poteri di direzione e di controllo sull'attività dell'ente. È vero che la normativa prevede che i comuni, con una popolazione superiore a 100.000 abitanti, possano facoltativamente nominare un direttore generale, nel qual caso parte dei compiti di direzione e di controllo vengono assorbiti dal direttore generale, ma è anche vero che, non di rado, le funzioni del direttore generale sono assegnate allo stesso segretario. Inoltre, non bisogna dimenticare che, nei comuni con una popolazione inferiore a 15.000 abitanti, spesso mancano i dirigenti e, nei comuni più piccoli, mancano anche i responsabili dei servizi. Nei quali casi compete al segretario provvedere in via surrogatoria.

Gravano, dunque, sul segretario funzioni e responsabilità rilevanti non sufficientemente supportate da un impianto normativo che, a giudizio di chi scrive, suscita delle problematiche che sono destinate a emergere con evidenza man mano che si procederà all'applicazione delle normative esaminate.

Posto che il piano della prevenzione e della corruzione debba raggiungere l'obiettivo di eliminare o, più realisticamente, attenuare l'illegalità presente in comune e posto che la legge sui controlli prevede che, in comune, è il segretario il responsabile della prevenzione della corruzione, pare logico che allo stesso siano affidati adeguati poteri che devono essere chiari, precisi, non condizionati, se non in ragione tecnica.

Innanzitutto si rivela davvero impegnativo far coesistere in capo a una sola

persona (il segretario) due approcci psicologici e culturali differenti. Vale a dire un approccio ispettivo per l'assolvimento delle funzioni legate alla formazione e gestione del piano per la prevenzione della corruzione all'interno del comune e un approccio collaborativo per l'assolvimento delle funzioni legate all'esercizio dei controlli interni. In particolare per il controllo di gestione che, per sua natura, non può mai essere ispettivo.

Inoltre pare poco convincente, finché esiste lo *spoil system*, demandare al segretario l'esercizio del controllo strategico (così come riformulato dal novellato art. 147 Tuel) che prevede un intervento sull'operato della Giunta di cui il segretario è uomo di fiducia.

Infine ci si chiede come possa il segretario assicurare la legalità dell'attività amministrativa dell'ente essendogli precluso un controllo diretto di legittimità che dovrebbe essere obbligatorio, preventivo e interdittivo per essere effettivamente efficace.

Si ritiene che queste problematiche possano essere risolte attraverso una rivisitazione del sistema dei controlli che tenga conto dei guasti provocati all'ordinamento giuridico con l'abrogazione dell'art. 130 Cost., venga riconsiderato l'intero sistema dei controlli esterni e si rifletta sull'opportunità dell'eventuale reintroduzione dei pareri di legittimità da porre in capo al segretario.

6. LE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DEL SEGRETARIO COMUNALE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA CONTABILE.

6.1 Illegittima percezione di retribuzioni accessorie.

Uno dei filoni giurisprudenziali più importanti delle sentenze di condanna a carico di segretari comunali rinvenibili negli ultimi anni da parte delle varie sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti, riguarda l'illegittima percezione di retribuzioni accessorie.

Tra le numerose pronunce rinvenibili nella banca dati della Corte,

particolarmente significativa appare la sentenza della **Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Campania – n.1627 del 19 ottobre 2012**, nella quale si affrontano quattro questioni di grande rilievo in tema di retribuzione accessoria dei segretari comunali e provinciali.

La sentenza si deve segnalare, in particolare, per l'importanza delle indicazioni dettate in materia di **aumento della retribuzione di posizione, di criteri di valutazione ai fini della erogazione della indennità di risultato e per la sottolineatura del ruolo complessivo di garante della legittimità che il segretario comunale svolge e che non deve tradursi nella finalizzazione per esigenze di tipo personale.**

I giudici campani hanno affermato che il pagamento dello straordinario elettorale al segretario, oltre a essere *contra legem*, rappresenta un danno all'erario, poiché è in contrasto con il principio di onnicomprensività della retribuzione di cui all'articolo 41, comma 6, del Ccnl Segretari del 16 maggio 2001.

Data la gravità della violazione, la sentenza ritiene che maturino le condizioni per la configurazione del "dolo contrattuale", in quanto risulta un vantaggio indebito per lo stesso segretario.

La maggiorazione della retribuzione di posizione e l'attribuzione della retribuzione di risultato possono arrivare solo al termine di un serio percorso valutativo (mentre ora è prassi diffusa concederle anche in assenza di congrue motivazioni e valutazioni). In altre parole, la maggiorazione per le cosiddette funzioni aggiuntive deve poggiare su un serio percorso valutativo circa l'*an* e il *quantum* del beneficio e non può essere un'aggiunta stipendiale quasi automatica.

Il terzo profilo riguarda il riconoscimento al segretario, nel caso di conferimento di funzioni gestionali, non solo della retribuzione di risultato stabilita per i segretari, ma anche di quella prevista per i dipendenti del comparto titolari di posizione organizzativa. Anche in questo caso è stata riconosciuta la sussistenza del danno erariale, poiché al segretario spetta unicamente la retribuzione di risultato prevista dai contratti nazionali di settore, senza altre forme di premialità stabilite per i dipendenti di altri comparti, anche qualora siano svolte temporaneamente funzioni gestionali.

La Corte, infine, ha trattato il tema dell'attribuzione della retribuzione di

risultato propria dei segretari ex articolo 42 del Ccn116 maggio 2001.

Sul punto è stata ritenuta fonte di responsabilità amministrativa l'assegnazione al segretario della premialità nella misura massima in assenza di un serio processo valutativo, che, ai sensi del D.lgs 286/1999, deve prevedere almeno una preventiva fissazione di obiettivi quali-quantitativi.

La decisione, tuttavia, può rappresentare anche un importante riferimento per valutare la portata, in termini di responsabilità, di una fattispecie ancor più scottante: la relazione fra la maggiorazione ex articolo 41, comma 4, del Ccnl 16 maggio 2001 e la clausola di "galleggiamento" ex articolo 41, comma 5, nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge 183/2011.

Secondo un inciso della motivazione, difatti, l'articolo 41 e la sua interpretazione rigorosa (ora avvalorata dall'articolo 4, comma 26, della legge 183/2011) impongono che l'allineamento stipendiale operi sulla retribuzione di posizione del segretario complessivamente intesa, inclusa la maggiorazione di cui all'articolo 41, comma 4.

La Corte, pertanto, riconosce che, a differenza di quanto spesso verificatosi, il galleggiamento sulla posizione dirigenziale più retribuita può (e poteva) operare solo dopo il riconoscimento della maggiorazione della retribuzione di posizione, e non viceversa. La sentenza censura infine il riconoscimento dell'indennità di risultato per il conferimento di incarichi aggiuntivi.

E' quindi illegittimo il riconoscimento al segretario di una specifica indennità di risultato per gli incarichi aggiuntivi, compenso che nel caso specifico si sommava a quello previsto per il suo ruolo di segretario.

Siamo in presenza di una violazione molto grave in quanto è "palese la violazione di norme dal contenuto chiaro ed inequivocabile" e la erogazione di tali somme è priva "di qualsivoglia titolo giustificativo", tanto più che si sono applicate le norme dettate da un contratto che non riguarda i segretari, cioè dal CCNL del personale degli enti locali.

La sentenza censura la erogazione della indennità di valutazione nella misura massima, il 10% della retribuzione, in assenza di una valutazione operata sulla base dei criteri di carattere generale previsti per tutte le valutazioni dal Dlgs

n. 286/1999.

I magistrati contabili campani²⁵⁴ hanno individuato, quali presupposti indispensabili per l'erogazione di retribuzioni accessorie, quattro criteri riconducibili ad un generale principio di motivazione dell'attribuzione di tali compensi.

L'attribuzione a segretari comunali o provinciali di straordinari elettorali e il riconoscimento (se sono conferite funzioni gestionali) della retribuzione prevista per i dipendenti del comparto titolari di posizione organizzativa configurano danno all'erario.

I segretari comunali e provinciali, infatti, non possono partecipare all'erogazione dello straordinario elettorale; la remunerazione degli incarichi dirigenziali con la retribuzione di posizione spettante ai dirigenti/titolari di posizione organizzativa è inibita; la maggiorazione della retribuzione di posizione non motivata adeguatamente e la sua fissazione nella misura massima esclusivamente in presenza del conferimento di incarichi aggiuntivi sono da considerare illegittime; la attribuzione di una indennità di risultato per gli incarichi aggiuntivi e la liquidazione della stessa nella misura massima in assenza di una adeguata valutazione sono vietate.

La fattispecie all'esame, ancorché afferente ad un'ipotesi di responsabilità unitaria, si presenta articolata in diverse voci di danno.

La prima domanda formulata dal Requirente concerne la corresponsione al segretario comunale del **compenso straordinario per manifestazioni elettorali**, nel periodo dal 2003 al 2006. Per essa sono chiamati a giudizio sia il Segretario generale che il funzionario che ha liquidato i compensi per il 2006 (limitatamente a questi) nonché il dirigente del servizio risorse umane che ha curato l'istruttoria prodromica ai pagamenti contestati.

In merito i giudici contabili campani hanno affermato che *"Il conferimento dello straordinario elettorale al Segretario comunale configura, senz'altro, un'attribuzione contra legem – come tale fonte di danno erariale concreto ed attuale*

²⁵⁴ Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Campania – Sentenza n.1627 del 19 ottobre 2012

- *alla luce delle vigenti disposizioni legislative e contrattuali che disciplinano le diverse componenti del trattamento economico dei Segretari comunali e provinciali.*

Come correttamente evidenziato dal Requirente, infatti, l'art. 41, comma 6, del Contratto Collettivo di categoria (CCNL del 17/05/2001) stabilisce espressamente che "la retribuzione di posizione assorbe ogni altra forma di compenso connessa alle prestazioni di lavoro, ivi compreso quello per lavoro straordinario, con eccezione di quelli, indicati nell'art. 37, comma 1, let. g)". E' stato così sancito il principio di onnicomprensività della retribuzione, rispetto al quale sia l'ARAN (sin dal 2001) che il Ministero dell'Interno hanno costantemente affermato l'inammissibilità in favore dei segretari comunali e provinciali della corresponsione di compensi a titolo di straordinario elettorale. Il Ministero, in particolare, ha sempre richiamato detta esclusione nelle circolari di riferimento emanate in occasione delle diverse consultazioni elettorali, e quindi diramate a tutti i competenti uffici presso gli enti locali interessati.

A fronte del descritto quadro normativo, contrassegnato da disposizioni chiare e da indirizzi interpretativi univoci, si palesa assolutamente grave ed inescusabile la condotta della dott.ssa xxx che - nella veste di titolare ad interim del Servizio elettorale - ha inserito il suo nominativo tra i beneficiari della retribuzione straordinaria: con ogni evidenza, la peculiare gravità di tale contegno si correla al fatto che essendo ella il Segretario comunale era tenuta, più di ogni altro, non solo a conoscere le norme in questione, bensì anche ad assicurarne la scrupolosa e corretta osservanza. Viceversa - come osservato dalla Procura - ella ha proceduto in sostanza ad autoattribuirsi, per anni, un beneficio economico senza avervi titolo."

Non è stato riconosciuto alcun fondamento alle deduzioni difensive tese a sostenere, in funzione esimente, la sussistenza di iniziali divergenze ermeneutiche e applicative in ordine alla portata del principio di onnicomprensività, atteso che pur se presenti non erano comunque idonee a legittimare, *tout court*, l'adesione alla tesi più permissiva.

Infatti, la Corte ha più volte affermato, infatti, che - a fronte di questioni giuridiche dibattute - di regola le scelte dei pubblici funzionari ed amministratori devono orientarsi verso le soluzioni più rigorose, in quanto tendenzialmente maggiormente protettive degli interessi della comunità

amministrata.

Nel caso in esame, le argomentazioni difensive si riferivano ad una parte della dottrina, formatasi in sede di prima interpretazione dell'art. 41, ma essendo i fatti contestati riferiti agli anni 2003 e successivi, rispetto ad essi risultava già ampiamente acquisito l'indirizzo restrittivo affermato dall'ARAN, il cui parere sulla questione risale al settembre 2001, ovverosia dopo soli tre mesi dalla stipula del contratto collettivo, che è del maggio dello stesso anno: con ciò dimostrandosi che, sin da principio, ben pochi dubbi si presentavano circa il corretto significato da attribuire alla norma in questione.

Da questo percorso argomentativo i giudici contabili concludono che “ *Gli elementi fattuali e giuridici appena richiamati e la reiterazione della tempo della violazione, connotano la condotta della dott.ssa xxx in senso particolarmente negativo, risultando davvero difficile ammettere la sua buona fede, poiché di fatto ella ha consapevolmente scelto la “soluzione” che le risultava economicamente più vantaggiosa, con ciò palesandosi condivisibile la contestazione da parte del Requirente dell’elemento soggettivo del dolo contrattuale.*

... Omissis.... Per tale fatto sussiste la sua responsabilità per non aver in prima persona sollecitato e verificato l’esclusione dal novero dei beneficiari dello straordinario, ovvero restituito, a posteriori, le somme indebitamente percepite. La precipua funzione di garante della correttezza dell’azione amministrativa dell’ente, il generale principio di correttezza nonché la circostanza non secondaria che la convenuta, avendo appena lasciato la direzione dell’ufficio, conoscesse perfettamente gli atti che caratterizzavano l’attività dello stesso imponevano siffatti comportamenti, che viceversa sono mancati.”.

Il secondo ordine di contestazioni mosse dalla Procura regionale concerne la corresponsione al segretario comunale della **maggiorazione della retribuzione di posizione e dell’indennità di risultato**, in relazione all’incarico aggiuntivo come responsabile del settore amministrativo “Segreteria Generale – Affari istituzionali”, conferito con decreto sindacale.

I giudici contabili evidenziano come le eccezioni di prescrizione mosse debbano essere esaminate separatamente rispetto alle due voci di danno azionate, atteso che la maggiorazione della retribuzione - pur se determinata nel suo

ammontare annuale con il provvedimento concessivo – viene corrisposta con cadenza mensile insieme alla stipendio base; viceversa l'indennità di risultato viene liquidata in unica soluzione per ciascun anno.

Ne consegue che, per la prima, è necessario aver riguardo ai singoli pagamenti contestati per verificare se, ed in quale misura, siano resi intangibili dal decorso del termine prescrizione.

Nel caso esaminato in favore del Segretario comunale era stata erogata una maggiorazione della retribuzione di posizione indebitamente parametrata al più elevato trattamento retributivo previsto per il personale dirigenziale dell'ente locale, così attingendo a una disciplina normativa e contrattuale impropria.

Il Contratto collettivo nazionale per i Segretari comunali e provinciali – stipulato il 16/05/2001, per il quadriennio 1998/2001 - reca infatti all'art. 41 la puntuale disciplina della retribuzione di posizione, quale compenso collegato (comma 1) *“alla rilevanza delle funzioni attribuite ed alle connesse responsabilità in relazione alla tipologia dell'ente di cui il segretario è titolare”* e ne individua l'ammontare annuo in base alle dimensioni dell'ente amministrato (comma 3): la norma prevede, altresì, la possibilità che gli enti locali *“nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, possono corrispondere una maggiorazione dei compensi di cui al comma 3. Le condizioni, i criteri ed i parametri di riferimento per definire le predette maggiorazioni sono individuate in sede di contrattazione decentrata integrativa nazionale”* (comma 4).

Infine è posta una specifica previsione volta a consentire la tendenziale equiparazione della retribuzione di posizione del segretario *“a quella stabilita per la funzione dirigenziale più elevata nell'ente in base al contratto collettivo dell'area della dirigenza o, in assenza di dirigenti, a quello del personale incaricato della più elevata posizione organizzativa”* (comma 5): ciò sempre, peraltro, *“nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa”*.

La disposizione articola dunque la disciplina di tale emolumento su un triplice piano giuridico-economico.

Il primo, per così dire statico, nel quale si identifica la *ratio* dell'attribuzione e se ne quantifica l'importo di base in funzione della popolazione degli enti, classificandoli secondo tre livelli (A/B/C: il comune di xxx, con poco più di 50.000

abitanti rientra nel livello B 1 *“incarichi in enti superiori a 10.000 e fino a 65.000 abitanti”*).

Il secondo e il terzo, invece, dinamici atteso che – per un verso – si contempla la facoltà di incrementare il compenso ordinario in presenza di specifiche condizioni legittimanti, la cui definizione è rimessa alla contrattazione integrativa; e – per l'altro – si ammette un possibile ulteriore intervento di adeguamento economico per evitare che la retribuzione di posizione del segretario risulti inferiore a quella del personale dirigenziale: eventualità, questa, ritenuta inopportuna in relazione alle generali funzioni di coordinamento dell'attività amministrativa intestate al segretario stesso.

Per quel che concerne i criteri di corresponsione della maggiorazione di cui al comma 4 del citato art. 41, l'individuazione è stata effettuata con l'accordo integrativo del 22/12/2003, il cui art. 1 stabilisce quanto segue: *“Ai sensi dell'articolo 41, comma 4, del CCNL, gli enti, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, possono corrispondere una maggiorazione della retribuzione di posizione in godimento secondo le condizioni cui all'allegato A, i criteri ed i parametri seguenti:*

A) CONDIZIONI: possono essere di carattere oggettivo ovvero di carattere soggettivo.

A/1) Condizioni oggettive. Si riferiscono all'Ente locale ove si presta servizio e sono articolate in tre categorie: complessità organizzativa (ad es. complessità, in funzione del numero delle Aree o Settori presenti nell'Ente, della funzione di sovrintendenza e coordinamento di dirigenti o responsabili di servizio, laddove non siano state conferite, all'interno o all'esterno, le funzioni di direzione generale), complessità funzionale (ad es. presenza di particolari uffici o di particolari forme di gestione dei servizi) e disagio ambientale (ad es. sedi di alta montagna, estrema carenza di organico, situazioni anche transitorie di calamità naturale o difficoltà socioeconomiche).

Le funzioni individuate nella tabella di cui all'allegato A che coincidono con le attività ed i compiti tipici del Direttore Generale non possono essere computate ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione qualora il Segretario sia stato nominato Direttore Generale.

A/2) Condizioni soggettive. Sono individuate tre categorie: affidamento al Segretario di attività gestionali (ad es. responsabilità servizio finanziario, rilascio concessioni edilizie, ecc.), incarichi speciali (ad es. presidenza Nucleo di valutazione, ove non diversamente remunerata), progetti speciali (ad es. coordinamento patti territoriali, ecc.).

Relativamente agli incarichi per attività di carattere gestionale occorre che gli stessi siano conferiti in via temporanea e dopo aver accertato l'inesistenza delle necessarie professionalità all'interno dell'Ente.

...omissis..... L'importo della maggiorazione deve tenere conto della rilevanza dell'ente e delle funzioni aggiuntive affidate al Segretario. La stessa, riscontrata la presenza delle condizioni sopra dette, non può essere inferiore al 10% e superiore al 50% della retribuzione di posizione in godimento. Ai fini dell'erogazione della predetta maggiorazione le funzioni devono essere effettivamente svolte su incarico formalmente conferito dall'Amministrazione."

L'accordo reca, altresì, una clausola di salvaguardia (art. 4) per i provvedimenti adottati prima della sua sottoscrizione.

Nel caso all'esame il conferimento di questo emolumento aggiuntivo al segretario comunale risultava disposto in una misura parametrata alla retribuzione di posizione organizzativa massima, conferita all'epoca nel comune, ovvero pari a € 12.911,42.

Un primo dato si pone in rilievo: certamente il provvedimento *de quo* è stato adottato prima della sottoscrizione dell'accordo integrativo con cui sono stati fissati i presupposti di merito ed i limiti quantitativi per l'erogazione della maggiorazione.

I giudici valutano con particolare rigore l'atteggiamento tenuto dal funzionario affermando che *"Le considerazioni che precedono consentono di affermare la completa contrarietà a legge delle erogazioni disposte in favore della dott.ssa xxx, e va giudicata in termini di assoluta gravità la condotta tenuta dall'interessata, che ha omissis di segnalare la doverosità del recepimento della disciplina posta con il contratto integrativo, pur trattandosi di prescrizioni specificamente afferenti al suo status giuridico-economico: nei descritti termini vanno respinte le opposte argomentazioni difensive tese a sostenere il difetto di*

legittimazione passiva della convenuta in quanto mera beneficiaria del compenso in discussione. Altrettanto severamente va giudicato il comportamento del Sindaco xxx, che – con inescusabile negligenza e spregio di norme vigenti - non ha ritenuto di adottare alcun provvedimento modificativo del decreto n. 3/2003 per quasi due anni dall'approvazione di quel contratto, fino alla cessazione del suo mandato. Nei confronti di entrambi, invece, non si ravvisano in atti elementi idonei a comprovare il più intenso profilo psicologico del dolo contrattuale, prospettato da parte attrice..

Nel merito non hanno alcun pregio, poi, le affermazioni di costoro circa la legittimità della corresponsione contestata, in quanto sarebbe stata commisurata al corrispondente miglior trattamento dirigenziale, in conformità alla previsione del comma 5 dell'art. 41 del CCNL 1998/2001, che regola il c.d. galleggiamento retributivo del Segretario comunale/provinciale. Il richiamo di tale disposizione risulta, infatti, inammissibile ed erroneo nell'interpretazione offerta della stessa.

Inammissibile perché effettuato con argomentazione postuma, laddove nell'atto di conferimento della maggiorazione della retribuzione di posizione di cui si discute nessuna menzione è fatta della norma, né ciò si riscontra aliunde. Non è pertanto in alcun modo sostenibile che l'operato dei convenuti sia ricollegabile all'applicazione della stessa.

Erroneo perché si sostiene il ricorso al "galleggiamento" ai fini della determinazione della maggiorazione, mentre la formulazione testuale dell'art. 41 del contratto e l'interpretazione rigorosa dello stesso - risultata ampiamente prevalente ab initio (ARAN e Dip.to Funzione Pubblica) e ormai espressamente avvalorata dal legislatore con la legge n. 183/2011 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" – impongono che l'allineamento stipendiale operi sulla retribuzione di posizione del segretario comunale/provinciale complessivamente intesa "ivi inclusa l'eventuale maggiorazione di cui al comma 4 del medesimo art. 41" (art. 4, comma 26, legge citata).

....omissis.... Conclusivamente sul punto, l'erogazione al segretario generale del comune di xxxx della maggiorazione della retribuzione di posizione per gli anni 2004 e 2005, in quanto palesemente contra legem costituisce danno erariale certo ed attuale, del quale devono rispondere in pari misura (50% ciascuno) a titolo di colpa grave il segretario medesimo, dott.ssa xxx, e il Sindaco p.t. xxxx. Ai fini della

determinazione delle somme dovute, il Collegio ritiene di procedere come segue.”

Sul piano della identificazione in astratto del danno, invero il Collegio ha ritenuto “...corretto attingere ad un criterio di valutazione già impiegato in fattispecie omologhe (sent. n. 1037/2010), prendendo in considerazione i vantaggi conseguiti dalla comunità amministrata in relazione all’attività aggiuntiva svolta dal segretario comunale come responsabile del 1° settore: si reputa in particolare di apprezzarne l’entità nella misura del 50% delle somme contestate....”.

I magistrati contabili sindacano anche le modalità di determinazione della maggiorazione di posizione da corrispondere al segretario comunale lamentando la mancata motivazione del provvedimento di conferimento “... addirittura la misura corrisposta viene esclusivamente e direttamente indicata nel “dispositivo” del provvedimento; né di detti incarichi vengono in alcuna parte del testo declinati contenuti, prestazioni, attività od altri elementi costitutivi idonei a ponderarne l’onerosità o, comunque, a consentirne una valutazione quali-quantitativa.

Con ogni evidenza la menzione dei criteri e parametri valutativi stabiliti nel contratto integrativo di comparto si connota, pertanto, come mera clausola di stile, funzionale alla correttezza formale dell’atto, risultando nella sostanza palesemente elusa la logica sottesa alla disciplina contrattuale.

Come correttamente rilevato dal Requirente, infatti, l’accurata individuazione – operata nell’accordo integrativo - delle condizioni soggettive ed oggettive da prendere in considerazione per corrispondere la maggiorazione in discussione, si presenta strettamente funzionale alla natura eventuale del beneficio nonché alla prevista graduazione della misura in cui può essere concesso: ciò implica, in primo luogo, che il provvedimento di conferimento rechi un’esaustiva esposizione delle attività affidate al segretario – aggiuntive, o comunque rientranti in quelle peculiari indicate nelle tabelle allegate al contratto integrativo - ed, in relazione ad esse, indichi motivatamente la percentuale dell’attribuzione.

In ciò si sostanzia il giudizio di valore del soggetto conferente, quale espressione di discrezionalità tecnica, in quanto appunto ancorato a specifici parametri normativamente fissati, di talché è certamente ammesso – rispetto ad esso – il sindacato di ragionevolezza di questa Corte: orbene, poiché la titolarità di incarichi aggiuntivi configura solo una delle molteplici situazioni potenzialmente

legittimanti, il provvedimento all'esame va giudicato irragionevole nella misura in cui riconosce l'ammontare massimo della maggiorazione della retribuzione al segretario comunale senza addurre alcuna ragione giustificativa."

Altro profilo indagato dai giudici contabili campani è stato quello concernente la corresponsione **dell'indennità di risultato connessa agli incarichi aggiuntivi.**

In merito all'erogazione di detto emolumento la Procura muove due ordini di censure, l'uno afferente alla determinazione quantitativa dello stesso, pari al 25% del monte salari annuale, in quanto corrisposto in applicazione del contratto collettivo dei dipendenti delle regioni e degli enti locali; l'altra alla sua stessa ammissibilità, stante la contemporanea percezione a parte della dott.ssa xxx - della retribuzione di risultato connessa alle sue funzioni principali di segretario generale del comune.

La corresponsione al segretario comunale/provinciale di un'autonoma indennità di risultato per la titolarità di incarichi di direzione aggiuntivi, che si venga a sommare alla retribuzione di risultato propria della funzione, è fatto assolutamente *contra legem* e tanto più grave nella misura in cui costituisce palese violazione di norme dal contenuto chiaro ed inequivocabile.

E' sufficiente, all'uopo, richiamare il disposto dell'art. 42 del CCNL di categoria 1998/2001: *"1. Ai segretari comunali e provinciali è attribuito un compenso annuale, denominato retribuzione di risultato, correlato al conseguimento degli obiettivi assegnati e tenendo conto del complesso degli incarichi aggiuntivi conferiti, ad eccezione dell'incarico di funzione di Direttore Generale.*

2. Gli Enti del comparto destinano a tale compenso, con risorse aggiuntive a proprio carico, un importo non superiore al 10 % del monte salari riferito a ciascun segretario nell'anno di riferimento e nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della propria capacità di spesa.

3. Ai fini della valutazione dei risultati conseguiti e dell'erogazione della relativa retribuzione ad essa correlata, gli Enti utilizzano, con gli opportuni adattamenti, la disciplina adottata ai sensi del D.Lgs. n. 286/1999, relativo alla definizione di meccanismi e strumenti di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati."

Com'è agevole notare il primo comma correla espressamente l'attribuzione della retribuzione *de qua* "al complesso degli incarichi aggiuntivi conferiti", in ciò trovando ulteriore e specifica esemplificazione il principio di onnicomprensività della retribuzione dei segretari comunali/provinciali. In nessuna forma risulta, pertanto, ammessa una duplicazione di questa voce retributiva per funzioni ulteriori, fatta eccezione (espressa) per il peculiare incarico di Direttore generale.

A fronte di tale dato normativo, il comportamento assunto dal segretario comunale si palesa gravemente disancorato da ogni fondamento giuridico, atteso che con i loro atti hanno legittimato l'attribuzione di somme prive di qualsivoglia titolo giustificativo: anzi, a ben vedere, hanno ritenuto di fare applicazione di disposizioni ultronee ed inconferenti, quali quelle vigenti per i dipendenti del comparto regioni/enti locali, anch'esse altrettanto "palesamente" inidonee a regolare la posizione economica del segretario comunale.

Condotta dalla quale la Corte ha fatto scaturire che *"Gli importi erogati nei descritti termini costituiscono, pertanto, sotto ogni profilo danno erariale certo ed attuale."*

Da ultimo nella pronuncia in questione è stato esaminato il conferimento al segretario generale della retribuzione di risultato, disciplinata dall'art. 42 del CCNL 1998/2001, sempre nella misura massima prevista, pari al 10% del monte salari annuale.

Sostiene in proposito il Requirente che detta attribuzione non risulti suffragata da valutazioni dell'attività espletata dal segretario che rispettino il modello valutativo delineato dal legislatore con il d.lgs. n. 286/1999, al quale viceversa viene fatto espresso richiamo nella norma citata.

Si osserva, in particolare, come nei pertinenti provvedimenti non venga espressa alcuna ponderazione specifica delle prestazioni rese, formulandosi un giudizio sintetico *"complessivamente positivo"* sull'operato del segretario comunale: stigmatizza, altresì, la circostanza che tali atti siano strutturalmente identici di anno in anno, pur se adottati da soggetti diversi e connessi a situazioni/attività mutate.

A sostegno di tali censure vi è stato anche un indirizzo interpretativo

espresso – sul tema del rinvio al d.lgs. n. 286/1999 – dalla sezione della Corte²⁵⁵ in sede consultiva, alla stregua del quale si ribadisce che le peculiarità delle funzioni segretariali non precludono la possibilità di una corretta valutazione dei risultati ad esse connesse, e quindi presuppongono l'individuazione di obiettivi operativi, secondo un'impostazione – ancorché temperata – sostanzialmente omologa a quella indicata per il personale dirigenziale.

Sul piano dell'analisi della presente fattispecie, ancora una volta si deve rilevare come il punto di riferimento sia nel dato normativo. L'art. 42 del contratto collettivo dei segretari comunali/provinciali, infatti, già richiamato in relazione alla pregressa voce di danno, si palesa assolutamente chiaro ed intellegibile nel suo contenuto precettivo.

Ciò sotto il duplice profilo della determinazione quantitativa della retribuzione di risultato (comma 2), e della identificazione dei criteri secondo i quali essa deve essere corrisposta (comma 3).

Con ogni evidenza i due aspetti sono connessi, atteso che l'indicazione di un importo massimo possibile – nel sottendere, fisiologicamente, l'eventualità di un'erogazione di entità inferiore – è del tutto congruente con la previsione di meccanismi valutativi delle attività, dai quali consegue la graduazione del beneficio.

Risulta esplicito al riguardo l'*incipit* del comma 3, ove si legge *“Ai fini della valutazione dei risultati conseguiti e dell'erogazione della relativa retribuzione ad essa correlata”*.

Ed altrettanto esplicita è l'indicazione normativa sul sistema che deve essere adottato per pervenire alla suddetta valutazione: *“..gli Enti utilizzano, con gli opportuni adattamenti, la disciplina adottata ai sensi del D.Lgs. n. 286/1999, relativo alla definizione di meccanismi e strumenti di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati”*.

I dati testuali forniscono all'interprete elementi conoscitivi inequivocabili: anche per il segretario comunale/provinciale la retribuzione di risultato è un emolumento di natura premiale che remunera annualmente i risultati riferibili alle

²⁵⁵ Sez. contr. Lombardia del. n. 63/2008.

sue attività: attività che devono essere, a tal fine, analizzate mediante meccanismi di misurazione delle stesse.

In questo contesto – ad avviso del Collegio – l'espresso richiamo al d.lgs. n. 286/1999 conferisce al profilo metodologico un carattere qualificante ed indefettibile nel procedimento di conferimento.

Giova rammentare, in proposito, che la definizione di criteri di valutazione si sostanzia nell'espressione di giudizi sintetici di valore, la cui significatività sottende la sussistenza di indicatori quali-quantitativi, correlati alle caratteristiche delle attività e/o funzioni valutate: indicatori che – necessariamente – devono essere predisposti in modo preventivo e sistematizzato, in modo da costituire una vera e propria "griglia" di riferimento, in cui le informazioni raccolte assumono evidenza misurabile.

Al riguardo va sottolineato come in alcun modo la ragionevole previsione di adattamenti, che consentano di calibrare il sistema valutativo previsto dal legislatore alle caratteristiche proprie delle funzioni segretariali, possa esser intesa in senso escludente, cioè tale da consentire l'omissione *tout court* di strumenti per la definizione di obiettivi operativi e la parametrizzazione dei pertinenti risultati.

Ciò in quanto la "sottrazione" del segretario comunale/provinciale a detto sistema risulterebbe assolutamente immotivata e contraddittoria rispetto alla *ratio* ispiratrice del decreto legislativo, che ha ridisegnato i controlli interni nelle pubbliche amministrazioni, ascrivendo ad essi un ruolo centrale per consentire la concreta realizzazione nell'azione amministrativa dei principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Come già osservato da questa Sezione (sent. n. 1037/2010) – la predisposizione di strumenti per la misurazione della qualità e quantità delle prestazioni rese – a tutti i livelli, e vieppiù nei confronti di coloro che esercitano funzioni apicali e/o di direzione – lungi dal costituire un mero meccanismo estrinseco di rappresentazione delle stesse, esprime il fondamentale e sostanziale obiettivo di conformazione dell'organizzazione dell'ente in funzione del conseguimento di migliori risultati in termini di efficacia ed efficienza dell'azione, quali indefettibili presidi della seria salvaguardia dell'equilibrio finanziario dello stesso. Ed è in questa ottica che le somme corrisposte in assenza di tale sostrato

valutativo sono suscettibili di contestazione a titolo di danno erariale, non risolvendosi la stessa nella mera deduzione di un'illegitimità procedimentale.

Da quanto sin qui evidenziato i giudici contabili fanno discendere che *“.....il descritto tenore dei decreti di conferimento denuncia un contegno gravemente negligente ed inerte dei Sindaci xxx e xxx, i quali nel corso di anni non hanno ritenuto di predisporre – in alcuna forma, anche elementare e/o ricognitiva – un sistema di valutazione delle prestazioni del segretario comunale, cui ancorare un giudizio ponderato sugli esiti delle stesse, pur potendo attingere a modelli contrattuali affini (dipendenti/dirigenti comparto regioni/enti locali) e copiosa letteratura tecnico-giuridica.*

Non hanno, altresì, pregio in senso esimente le osservazioni difensive volte a sostenere, per un verso, la correttezza nel merito dell'operato dei convenuti, mediante il richiamo alla delibera n. 389/2002 dell'ARAN, nella quale si forniscono indicazioni ermeneutiche per l'identificazione, a fini valutativi, degli obiettivi dell'azione del segretario comunale; né, per l'altro, tese ad argomentare l'insindacabilità del giudizio espresso dal Sindaco.

Il primo assunto risulta inammissibile nella forma e non dirimente nella sostanza.

Inammissibile perché addotto ex post a giustificazione di provvedimenti nei quali la delibera richiamata non è menzionata in nessun modo, di talché non è ammissibile ricondurre ad essa le statuizioni in essi contenute. In ogni caso, anche ove si volesse ammetterne l'operatività, egualmente resterebbero ferme le censure mosse sui decreti contestati, stante la completa assenza in essi di qualunque argomentazione di merito sulle funzioni concretamente svolte dal segretario comunale (“tipiche” e/o “gestionali”).

Per quel che concerne l'asserita insindacabilità dell'attribuzione nella misura massima, in quanto scelta discrezionale dell'organo decidente, si ribadiscono le considerazioni svolte sulle omologhe contestazioni formulate in relazione alle voci di danno esaminate in precedenza, affermando che l'attività amministrativa espressione di discrezionalità tecnica è pacificamente sindacabile da questa Corte sotto il profilo della ragionevolezza e coerenza economico-finanziaria, in termini di riscontro dei canoni alla stregua dei quali la legge richiede che il pertinente potere

sia esercitato.

Ne consegue che va riconosciuta la responsabilità dei convenuti in relazione – rispettivamente – al conferimento della retribuzione di risultato”

6.2 Illegittima percezione dell'indennità di direttore generale.

Altra ipotesi molto ricorrente di addebito di danno erariale a carico di segretari comunali è quella relativa all'illegittima percezione dell'indennità di direttore generale.

In merito negli anni si è assistito ad una considerevole oscillazione di orientamenti. Infatti in un primo momento i giudici contabili hanno ritenuto legittima l'erogazione di tale componente retributiva.

In merito è possibile rinvenire numerose pronunce tra le quali si può segnalare a titolo esemplificativo quella della sezione giurisdizionale della Lombardia (sent. 239/07).

La vicenda *sub iudice* concerneva una fattispecie di asserito danno erariale derivante dall'erogazione al Segretario Generale di un'Amministrazione provinciale di una somma quale compenso per funzioni di Direttore Generale del predetto ente, senza che, nella prospettazione accusatoria, vi fosse stato un rituale e formale incarico dirigenziale e con duplicazione di compensi già percepiti in qualità di Segretario Provinciale.

Ad avviso della Procura Regionale istante tale somma avrebbe costituito un illegittimo esborso per le casse provinciali, in quanto il CCNL 1998-2001 dei Segretari comunali e provinciali vigente *rationae temporis* non consentiva erogazioni retributive ulteriori e aggiuntive a favore di questi ultimi rispetto allo stipendio base, alla retribuzione di posizione ed alla retribuzione di risultato (art.37, 39, 41 e 42 CCNL), se non in caso di formale attribuzione delle funzioni di direttore generale o per i diritti di segreteria.

Sempre secondo la Procura, l'art.41, punto 6 del CCNL cit. sanciva specificamente l'assorbimento nella retribuzione di posizione di ogni altra forma di compenso connessa a prestazione di lavoro, ivi compreso quello straordinario,

salvo i diritti di segreteria e che tale previsione era confermata dall'art.97, co.4, TU enti locali e dall'art.54, co.3, Statuto provinciale (richiamati nelle premesse al decreto presidenziale n.48 del 2003), per i quali il Segretario generale della Provincia è tenuto, senza il diritto a percepire compensi aggiuntivi, ad espletare ogni altra funzione attribuitagli dallo Statuto, dai regolamenti, dal Sindaco, dal Presidente della Provincia, assorbendo l'indennità di posizione ogni altra forma di compenso connessa alle prestazioni di lavoro, stante il carattere onnicomprensivo del trattamento economico segretariale.

Secondo la Procura attrice, non era mai conferito l'incarico di direttore generale al Segretario, né era mai stato menzionato nell'epigrafe l'art.108, co.4 TU enti locali e l'art.17 del Regolamento dei Servizi (relativi all'attribuzione delle funzioni di DG al Segretario).

L'assunto di base posto a sostegno dell'ipotesi accusatoria non è stata condivisa dalla Sezione. Secondo i giudici contabili, infatti, nell'ordinamento esiste una netta distinzione tra le funzioni proprie del Segretario Provinciale ex art.97 TU enti locali 18.8.2000 n.267 e fonti attuative (CCNL, Statuto provinciale), e le funzioni del direttore generale di un ente locale ex art.108 TU cit., svolte o meno dal Segretario provinciale.

Le due distinte qualifiche (e funzioni) danno luogo a distinti trattamenti retributivi: l'art.37 del CCNL 1998-2001 (vigente *rationae temporis*) regola il trattamento principale e accessorio del Segretario Provinciale, mentre l'art.44 del medesimo CCNL (e l'art.16 del Regolamento dei Servizi della Provincia di omissis) regola la indennità spettante al Segretario Provinciale cui siano conferite funzioni di Direttore Generale dell'Ente.

Ciò chiarito in via generale, nel caso di specie la Procura riteneva che i decreti presidenziali, pur non avendo mai utilizzato la dizione testuale "conferito l'incarico di direttore generale al Segretario", né menzionato nell'epigrafe l'art.108, co.4 TU enti locali e l'art.17 del Regolamento dei Servizi (relativi all'attribuzione dell'incarico di DG al Segretario), abbiano illegittimamente erogato la predetta indennità spettante al DG.

Tale affermazione non è stata condivisa per un duplice ordine di ragioni: *in primis* osserva la Sezione che dall'art.108, co.1 e 4, TU enti locali e l'art. 16 del

Regolamento dei Servizi provinciali, si delinea una formale distinzione tra incarico di direzione generale conferito a soggetto *esterno* all'ente, che richiede un formale atto di nomina previa delibera di Giunta ed un successivo contratto di diritto privato con l'interessato, ed incarico di direzione generale conferito al *Segretario provinciale (o comunale)*, che richiede la mera (ma pur sempre formale) attribuzione diretta delle funzioni da parte del Presidente, senza un formale atto di nomina stante la sussistenza del preesistente rapporto organico del Segretario con l'Ente che viene ampliato con l'attribuzione di nuove funzioni (quelle di dirigente generale).

Del resto la dicotomia tra “atto di nomina” e “mero conferimento di funzioni” di DG, delineata dalla legge è meramente apparente, in quanto ciò che rileva, sulla scorta di basilari canoni di ermeneutica giuridica, è l'accertamento, in entrambi i casi, di una formale manifestazione volitiva del datore di lavoro pubblico di conferire un incarico dirigenziale.

Tale manifestazione volitiva, come è noto (*ex pluribus*, v., da ultimo, Cass., sez.lav., 22.12.2004 n.23760), in un sistema di pubblico impiego privatizzato, non ha più natura provvedimento, ma privatistico-gestionale e, come tale, pur non essendo sottratta al rispetto delle leggi (ma non certo di quelle relative ai procedimenti e provvedimenti amministrativi, quali la L.7.8.1990 n.241: cfr.Cass., sez.lav., 18.2.2005 n.3360; id., sez.lav., 28.7.2003 n.11589; id., sez.lav., 16.5.2003 n.7704), del cod.civ. e dei CCNL, è meno ancorata alla ritualità delle forme “pattizie” e dei contenuti tipicamente provvedimentali, cui fa riferimento la Procura attrice nel censurare l'epigrafe (carente di menzione dell'art.108,co.4, TU enti locali) e la formulazione testuale dei due decreti presidenziali, pur essendo indefettibile, anche in una moderna ottica civilistica-negoziale, il predetto accertamento “codicistico” (cod.civ.) di una manifestata volontà datoriale di conferire un incarico dirigenziale, quello, appunto, previsto dall'art.108 TU enti locali invocato da parte attrice.

Orbene, per il Segretario provinciale legato, come tale, da rapporto organico e di servizio con la PA, non era dunque necessario, in una prospettiva “pubblicistica” cui è ancorata l'attrice Procura, un “provvedimento” formale di propria nomina a direttore generale, ma era sufficiente l'avvenuta manifestazione

scritta volitiva del conferimento, “con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro” (Cass.n. 23760 del 2003 cit.), di tali funzioni (aggiuntive rispetto a quelle di Segretario) dal Presidente della Provincia di omissis, con conseguente legittima attribuzione della specifica indennità di direzione (in aggiunta alla retribuzione di posizione), correlata alle “risorse disponibili dell'ente ed alle sue capacità di spesa”, in base all'art.44, CCNL 1998-2001 e all'art.16 del Regolamento dei Servizi provinciale.

Nel caso di specie la volontà datoriale di conferire funzioni dirigenziali è inequivoca dalla lettura dei decreti presidenziali che testualmente attribuiscono al Segretario “*compiti di direzione generale*” (p.2 seg., delibere 48/03 e 124/04) di “*presentare il piano esecutivo di gestione; coordinare e sovrintendere le attività dei dirigenti al fine di garantire l'efficienza ed il buon andamento dell'ente; presiedere il consiglio di direzione e la conferenza dei dirigenti; coordina il sistema dei controlli interni; promuove le attività dirette a migliorare i procedimenti amministrativi sotto il profilo dell'efficienza, efficacia ed economicità, presiede la delegazione trattante dei dirigenti nelle trattative sindacali*”.

E' evidente che tali compiti “macrogestionali” (soprattutto la presentazione del *piano esecutivo di gestione*), pur cumulandosi sinergicamente con le stesse, esulino dalle mansioni legislative (TU enti locali) e contrattuali del Segretario Comunale e che vadano retribuite, quali mansioni dirigenziali generali, non solo in base alle basilari sovrarichiamate norme (art.58 Statuto provinciale e art.16-17 del Regolamento dei Servizi della Provincia di omissis, art.44 CCNL 1998-2001) sulla indennità spettante al Segretario Provinciale cui siano conferite funzioni di Direttore Generale dell'Ente, ma anche ai sensi del generale principio costituzionale di “giusta ed adeguata retribuzione” ex art.36 cost., confermato dall'art.52, d.lgs.n.165 del 2001, che impone l'adibizione del lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto, con conseguente doveroso pagamento di quelle ulteriori cui venga formalmente adibito.

Affermano, quindi, i giudici contabili che “*L'avvenuto conferimento da parte della PA datrice e l'avvenuto espletamento di mansioni diverse ed ulteriori di DG da parte del Segretario Generale giustificano dunque i compensi legittimamente deliberati con decreti presidenziali, ed alcun rilievo assume il generale principio di*

onnicomprendività retributiva richiamato dalla Procura, che riterrebbe già remunerate tali mansioni con il trattamento "di risultato", appunto onnicomprensivo, del C. quale Segretario Provinciale, trattandosi di compensi diversi e correlati a ben distinte (giuridicamente e fattualmente) mansioni e qualifiche, legittimamente cumulabili.

L'approdo interpretativo cui perviene questa Sezione sulla scorta del dato normativo e di una serena lettura testuale dei decreti presidenziali 48/2003 e 124/2004 trova ulteriore ed autorevole conforto, pur non essendoci un "giudicato" o un "deliberato" vincolante per questa Sezione (stante l'autonomia tra funzioni di controllo e giurisdizionali, nella delibera 16.2.2007 n.6 della Sezione controllo Lombardia di questa Corte (agli atti) sulla gestione dell'amministrazione di omissis, che ha ben colto, in diversi accurati passaggi (v. p.136, 154, 156, 232), l'avvenuto concreto conferimento a favore del Segretario Generale delle funzioni di direttore generale senza ricorrere ad un soggetto esterno."

Nel giudicato che qui si analizza viene, inoltre, posto sotto i riflettori dalla Procura contabile la possibile coincidenza-duplicazione di quanto (legittimamente, v. supra) percepito dal Segretario a titolo di indennità di DG ex art.44 CCNL 1998-2001 e quanto riconosciuto a titolo di maggiorazione della retribuzione di posizione.

Il problema sorge non tanto per l'astratta e pacifica cumulabilità, per il Segretario Provinciale (o comunale), della retribuzione di posizione "base" con l'indennità di DG ex art.44 CCNL, ma per la cumulabilità dell'incremento-maggiorazione della predetta retribuzione di posizione (dal 10 al 50% ex CC integrativo n.2/2003) con l'indennità di DG: tale ultimo cumulo è regolamentato proprio dall'art.1, lett.A/1) del contratto collettivo integrativo *de quo*, il quale recita: "le funzioni individuate nella tabella di cui all'allegato A che coincidono con le attività e i compiti tipici del Direttore Generale non possono essere computate ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione qualora il Segretario sia stato nominato Direttore Generale". **La norma non impedisce in assoluto e incondizionatamente l'erogazione della maggiorazione qualora il Segretario sia stato nominato Direttore Generale, ma solo, e nei limiti in cui i compiti aggiuntivi e più onerosi di Segretario coincidano con le attività e i compiti**

tipici del Direttore Generale.

Nella sentenza si afferma in merito che *“Orbene, nel caso di specie, al Segretario è stato riconosciuto un ragionevole incremento del 40% della retribuzione di posizione tenendo conto dell'espletamento di funzioni suppletive previste dallo Statuto e delle condizioni soggettive ed oggettive analiticamente menzionate nella delibera in ossequio alla predetta tab A del CC integrativo 2/2003. L'incremento, ad avviso della Sezione, non è stato ragionevolmente di importo superiore per la coincidenza di talune funzioni con quelle di DG (es. partecipazione alla delegazione trattante di parte pubblica) e di ciò il Presidente Provinciale ha verosimilmente tenuto conto nell'assumere la predetta delibera. Le restanti funzioni suppletive svolte dal Segretario C., e fondanti l'erogato incremento del 40%, non appaiono riconducibili a compiti tipici del DG (pianificazione, programmazione, controllo della gestione dell'ente, etc) e con quelli specificamente attribuiti al convenuto con decreti presidenziali 48/2003 e 124/2004, e tale conclusione della Sezione si fonda, oltre che sulla doverosa lettura in raffronto di tali compiti, anche sulla mancata formulazione di censure specifiche della Procura su concrete e specifiche possibili duplicazioni di mansioni svolte dall'avv.C. quale Segretario e quale DG che originerebbero una violazione dell'art.1, lett.A/1) del CC integrativo de quo, foriera di danno erariale.*

Alla luce dei sovraesposti argomenti, la domanda attorea va respinta.”.

Il tema ha assunto connotazioni ancora più delicate con la promulgazione dell'art. 2, comma 186 della Legge 23.12.2009, n. 191, nel testo modificato dal D.L. 25.01.2010, n. 2 come convertito in Legge 26.03.2010, n. 42, che ha previsto quanto segue: *“Al fine del coordinamento della finanza pubblica e per il contenimento della spesa pubblica, i comuni devono adottare le seguenti misure: (...omissis) d) soppressione della figura del direttore generale, tranne che nei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti”.*

La norma citata, però, non abroga espressamente l'art. 108 del D. Lgs. n. 267/2000. Per questa ragione si sono riscontrati numerosi quesiti formulati dalle amministrazioni locali alle sezioni consultive regionali della Corte dei conti.

Tra le deliberazioni delle predette sezioni particolarmente esaustiva appare quella della sezione regionale sarda che con **Deliberazione n. 67/2010/PAR** analizza la fattispecie esaminata. Nel caso di specie il Sindaco, alla luce dei dubbi

interpretativi della norma in argomento, chiedeva di conoscere il parere di questa Sezione in merito alla persistenza della possibilità, prevista dal comma 4 del medesimo art. 108, di conferire le funzioni di direttore generale al segretario comunale e di retribuire tali funzioni aggiuntive, ai sensi dell'art. 44 del CCNL dei segretari comunali e provinciali stipulato in data 16.05.2001, una volta decorso il periodo transitorio disciplinato dall'art. 1, comma 2 del D.L. 25.01.2010 n. 2, come convertito dalla Legge 26.03.2010, n. 42.

La norma sopprime la figura del direttore generale negli enti locali al di sotto di 100.000 abitanti e rientra nell'alveo della normativa diretta a contenere la spesa pubblica; la rubrica dell'articolo 1 del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2 al comma 186 dell'articolo 2 della legge finanziaria per il 2010 (l. n. 191/2009) è chiarissima al riguardo: *Interventi urgenti sul contenimento delle spese negli enti locali*.

L'articolo 2, comma 186 della legge n. 191/2009, nella sua formulazione originaria prevedeva l'abolizione *tout court* della figura del direttore generale negli enti locali (*In relazione alle riduzioni del contributo ordinario di cui al comma 183, i comuni devono altresì adottare le seguenti misure:... d) soppressione della figura del direttore generale*).

Il D.L. n. 2/2010 ha limitato ai comuni con meno di 100.000 abitanti l'obbligo di sopprimere la figura del dirigente generale.

L'articolo 108 del TUEL (d. lgs. 267/2000) prevede(va) la possibilità per i comuni sopra i 15.000 abitanti (e per le amministrazioni provinciali) di nominare un direttore generale.

I comuni al di sotto di 15.000 abitanti, ai sensi della norma del TUEL, possono nominare un direttore generale *previa stipula di convenzione tra comuni le cui popolazioni raggiungano i 15.000 abitanti*.

L'ultimo comma dell'art. 108 in esame, prevede che *qualora non risultino stipulate le convenzioni previste dal comma 3 e in ogni altro caso in cui il direttore generale non sia stato nominato, le relative funzioni possono essere conferite dal sindaco o dal presidente della provincia al segretario*.

L'articolo 2, comma 186 della legge finanziaria per il 2010 ha soppresso *sic et simpliciter* la figura del direttore generale negli enti locali. Con il decreto legge n.

2, del 25 gennaio 2010 – a meno di un mese dall'entrata in vigore della legge finanziaria - il legislatore ha deciso che la norma andava modificata e ha deciso di consentire, agli enti di certe dimensioni (oltre 100.000 abitanti) di nominare un direttore generale.

Agli altri enti è vietato nominare un direttore generale e la nomina non è consentita neppure attraverso il convenzionamento di cui all'articolo 108 TUEL.

L'articolo 108 TUEL deve intendersi, per questa parte, abrogato. Benché manchi una disposizione espressa, l'abrogazione è implicita nella norma successiva che dispone diversamente.

Quanto al *periodo transitorio disciplinato dall'art. 1, comma 2 del D.L. 25-01.2010 n. 2, come convertito dalla Legge 26.03.2010, n. 42*, la norma, in realtà, non dispone che essa si applichi solo per un certo tempo, ma solo stabilisce che gli incarichi di direttore generale in corso al momento dell'entrata in vigore della norma di cui all'art. 2, comma 186, lettera d), come modificato dal d.l. n. 2/2010, cessano alla data di scadenza dei singoli incarichi (*le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 186, lettere a) e d), della medesima legge n.191 del 2009, come modificato dal presente articolo, si applicano in ogni comune interessato, dalla data di scadenza dei singoli incarichi... dei direttori generali in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*).

In questo senso si è espresso, peraltro, anche il Ministero dell'Interno – Dipartimento degli affari interni e territoriali (parere n. 14 del 1° giugno 2010).

Dopo aver articolatamente ripercorso l'iter normativo che ha portato alla soppressione della figura del Direttore Generale la Corte sarda ha affermato che *“Conclusivamente, pertanto, negli enti locali con popolazione inferiore a 100.000 abitanti non possono essere conferiti in carichi di direttore generale, né tale incarico può essere conferito al segretario del comune ai sensi del comma 4 dell'art. 108 TUEL. Gli incarichi in corso cessano alla data di scadenza (e, evidentemente, non possono essere rinnovati). Salva una diversa, più breve scadenza del contratto, comunque gli incarichi di direttore generale cessano alla scadenza del mandato del sindaco o del presidente della provincia (art. 108, comma 2, seconda parte, TUEL: ...*

La durata dell'incarico non può eccedere quella del sindaco o del presidente della provincia). Diversa è l'ipotesi del conferimento del compito di sovrintendere e coordinare l'attività dei dirigenti che può essere attribuita al segretario generale del comune ai sensi dell'articolo 97, comma 4 TUEL. Laddove il sovrintendere e il coordinare non presuppongono una posizione di superiorità rispetto ai dirigenti la cui attività è coordinata; e se sovrintendere o soprintendere significa essere a capo di qualcosa con funzioni direttive o di vigilanza, si può sovrintendere anche senza essere a capo, ma in posizione equiordinata.”.

Si deve evidenziare come nel tempo si sia consolidato l'orientamento secondo il quale la corresponsione dell'indennità di direttore generale in enti di ridotte dimensioni demografiche connoti gli estremi del danno erariale.

In particolare la sezione lombarda della Corte²⁵⁶ ha avuto modo di pronunciarsi ripetutamente in merito chiamando in giudizio contemporaneamente sia il Sindaco che il Segretario Comunale in relazione al conferimento a quest'ultimo dell'incarico di direttore generale di quel comune.

Ad avviso della Procura attrice il conferimento del predetto incarico era ingiustificato e superfluo alla luce sia della ridotta consistenza anagrafica del comune in questione (popolato da meno di duemila abitanti), sia del limitato organico di dipendenti comunali (dodici), sia della frammentazione dell'impegno lavorativo del direttore generale stesso, essendo il segretario comunale utilizzato in convenzione con altri enti.

L'ufficio inquirente ha quindi chiesto che i due convenuti venissero condannati a risarcire un danno erariale pari all'indennità di direzione generale riconosciuta al segretario comunale dall'ente locale.

In merito i convenuti hanno formulato una serie di eccezioni quali quella di genericità ed astrattezza della *notitia damni*. I giudici hanno però evidenziato come sia stato sufficiente osservare che proprio l'attribuzione dell'incarico di direttore generale a colui che già svolgeva le funzioni di segretario comunale e la notoria

²⁵⁶ Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Lombardia, Sentenza n. 240/2013

classe dimensionale dell'ente locale in argomento integravano, nel loro insieme, un fatto palesemente specifico e concreto.

Né i giudici hanno considerato tale condotta meno dannosa per le finanze locali per il sol fatto che quella medesima condotta fosse stata adottata già da numerosi altri comuni lombardi.

Nell'invito a dedurre la Procura contabile aveva sottolineato che l'attribuzione delle funzioni dirigenziali non aveva determinato una prestazione lavorativa diversa da quella che l'amministrazione avrebbe potuto ottenere dal Segretario Comunale nell'esecuzione delle ordinarie attività previste in capo a tale figura.

Nell'esaminare il merito della vicenda, ricordato che la nomina del direttore generale è disciplinata dall'art. 108 del D.Lgs. n° 267/2000 (c.d. T.U.E.L.): il cui comma 3 sancisce che "nei comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti è consentito procedere alla nomina del direttore generale previa stipula di convenzione tra comuni le cui popolazioni assommate raggiungano i 15.000 abitanti", si evidenzia subito che *"... l'unico parametro obiettivo rilevante ai fini della nomina direttoriale è quello della consistenza anagrafica del singolo comune ovvero dell'insieme dei comuni convenzionati tra loro.*

Ciò posto, costituisce fatto notorio che gli abitanti di ... sono meno di duemila; e che l'insieme della popolazione di quel comune e degli altri via via convenzionati con esso per l'incarico di direttore generale in favore del Segretario Comunale si collocava tra le cinquemila e le diecimila persone."

Continuando nell'esplicare le argomentazioni dell'impianto accusatorio i giudici contabili hanno escluso che sulla previsione di cui al citato comma 3 potesse fondarsi la nomina del Segretario Comunale a direttore generale del comune in questione, il comma 4 di quel medesimo art. 108 dispone altresì che "in ogni altro caso in cui il direttore generale non sia stato nominato, le relative funzioni possono essere conferite dal sindaco ... al segretario".

Siffatta disposizione è stata letta dai convenuti nel senso che la scelta di nominare il Segretario Comunale quale direttore generale dell'ente locale potesse venir adottata con una "... elevata discrezionalità ...", in quanto tale non sindacabile da parte del giudice contabile.

Siffatto assunto non è stato condiviso innanzitutto *in iure*, perché la norma prevede soltanto che le funzioni di direttore generale "... possono essere conferite ...": laddove ad avviso della Sezione il verbo modale, significativamente utilizzato già nel comma 1 dell'art. 108 stesso, esclude qualsiasi automaticità o indispensabilità nel conferimento delle suddette funzioni. Anche perché, diversamente opinando, la prospettiva di quel medesimo articolo muterebbe completamente perché, in qualsivoglia ente locale, l'ipotesi normale risulterebbe appunto quella di conferire al Segretario Comunale l'incarico di direttore generale; e siffatto conferimento rischierebbe fortemente di risolversi nella pura e semplice attribuzione di un incremento salariale al Segretario Comunale stesso).

Né, infine, la circolare n° 1/1997 del Ministero dell'Interno fornisce un'interpretazione del comma 4 diversa da quella testé enunciata dalla Sezione.

Così ricostruita la previsione di detta norma, per la legittimità della nomina di un direttore generale occorre allora che tanto lo statuto comunale quanto il regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi la consentissero.

Ma anche in detta ipotesi, pur contemplata nel caso di specie dallo statuto dell'Ente e dal predetto regolamento, il conferimento dell'incarico direttoriale sarebbe stato legittimo soltanto a condizione che nei relativi provvedimenti venissero ampiamente esplicitate le specifiche esigenze organizzative dell'ente locale che rendevano opportuno l'incarico stesso.

Esigenze che peraltro andavano comprovate assai rigorosamente, visto che le dimensioni dell'ente stesso (innanzitutto dal punto di vista della popolazione residente, che è l'unico parametro contemplato dal citato art. 108) erano molto lontane già dalla soglia di 15.000 abitanti sancita dal comma 3 di quell'articolo; e che nell'ente in questione risultava molto esiguo anche l'organico, formato da appena dodici dipendenti.

Invece in nessun provvedimento del sindaco vengono evidenziate le peculiari motivazioni che, a suo avviso, rendevano opportuna la nomina del segretario comunale quale direttore generale.

Le considerazioni che precedono non appaiono scalfite dalla sentenza n° 895/2012 del tribunale di Bergamo, adito dal segretario comunale nei confronti

del comune allorché quell'ente locale sospese il pagamento dell'indennità di direzione generale a seguito dell'iniziativa istruttoria della Procura contabile.

Infatti il giudice civile, in disparte la considerazione riguardo alla diversità tra i compiti propri delle funzioni segretariali e quelli rientranti invece nelle funzioni direttoriali, si è limitato ad esprimere l'avviso secondo cui attribuire al segretario comunale le funzioni di direttore generale risultasse legittimo semplicemente in virtù di quanto sancito dal già richiamato regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi del comune. Tuttavia tale norma, come poc'anzi evidenziato, ricalcava sostanzialmente il comma 4 dell'art. 108 del T.U.E.L.; e, quindi, non dimostrava alcunché di specifico a suffragio del conferimento dell'incarico direttoriale in favore del segretario comunale.

Neppure depone in contrario il condivisibile principio sancito dalla Suprema Corte con l'ordinanza n° 13538/2006, pure richiamata dalle due difese: perché l'assenza di un procedimento ad evidenza pubblica al fine di conferire l'incarico di direttore generale ed il carattere privatistico del conseguente rapporto di lavoro con l'ente locale non escludono affatto che quest'ultimo debba comunque ponderatamente valutare la legittimità e l'opportunità di introdurre la figura direttoriale nella propria organizzazione amministrativa.

Diversamente opinando, l'art. 108 del T.U.E.L. risulterebbe completamente svuotato di valenza concreta, proprio perché concettualmente la scelta a quel riguardo sarebbe del tutto libera.

Del tutto infondata è stata considerata anche la tesi difensiva secondo cui attribuire al segretario comunale le funzioni di direttore generale risulterebbe tanto più indispensabile proprio nei piccoli comuni. In contrario è sufficiente osservare che, pur *a posteriori*, la novella di cui alla lettera *d* del comma 186 dell'art. 2 della legge n° 191/2009 (quale risultante a seguito del D.L. n° 2/2010, convertito dalla legge n° 42/2010) smentisce quell'assunto, sancendo quell'indispensabilità soltanto in comuni aventi una consistenza anagrafica (almeno) cinquanta volte maggiore di quella del comune in questione: talché è impensabile che la scala di esigenze organizzative recepita da quella novella legislativa sia diametralmente antitetica a quella reale, come invece postulano gli odierni convenuti.

Il fatto è, invece, che proprio in un piccolissimo comune quale appunto quello contemplato nell'odierno giudizio la distinzione tra funzioni segretariali e funzioni direttoriali diviene quasi impalpabile. E, comunque, l'esistenza di un *quid pluris* derivante dall'introdurre la figura del direttore generale andava motivatamente dimostrata *ex ante* dall'ente locale stesso; anziché reputare che la formale attribuzione di quelle funzioni al segretario comunale costituisse una soglia minima resa indiscriminatamente legittima dal comma 4 dell'art. 108 del T.U.E.L.. Ragion per cui risulta vano il richiamo dei convenuti all'art. 44 del C.C.N.L. Segretari comunali 16 maggio 2001, il quale presuppone che il segretario comunale eserciti funzioni direttoriali, come se queste ultime (in un comune quale quello in esame) si discostino significativamente da quelle segretariali: il che, invece, non è stato in alcun modo prospettato *ex ante* nel conferire al segretario comunale l'incarico di direttore generale e neppure appare fondatamente postulabile *ex post*, se non in un'inaccettabile visione puramente formalistica.

Pienamente conforme alle considerazioni fin qui svolte è anche la giurisprudenza della Corte in altre pronunce.²⁵⁷

Così acclarata l'obiettiva dannosità dell'incarico di direttore generale conferito dal sindaco al segretario comunale, **anche a quest'ultimo va imputata la responsabilità di tale scelta organizzativa**: la cui illegittimità, nei molteplici profili su esposti, doveva apparirgli palese; e, soprattutto, doveva venir da lui evidenziata, nella qualità di segretario comunale, come del resto gli imponeva anche il comma 4 dell'art. 67 dello statuto.

“ In altre parole, se è palese la colpa da ascriversi al sindaco ... che ha conferito i vari incarichi di direttore generale al..., la colpa di quest'ultimo nella suddetta qualità di segretario comunale discende dall'aver ommesso di rilevare, verosimilmente a causa del conflitto d'interessi in cui la prospettiva dell'incarico direttoriale lo poneva, che presso il comune di i compiti insiti in quell'incarico erano tranquillamente disimpegnabili già nella veste di segretario comunale e non si discostavano significativamente da quelli pertinenti a quest'ultima qualifica: talché

²⁵⁷ Sentenza n° 28/2012 della prima sezione giurisdizionale centrale d'appello, nella quale viene ricordato, che ordinariamente soltanto "... nei comuni maggiori e nelle province sono conferite al segretario comunale, in applicazione dell'art. 108 comma 4 del d.lgs. n. 267 del 2000, anche le funzioni del direttore generale".

l'incarico in questione non avrebbe potuto apportare un significativo valore aggiunto all'ente locale."

In altre circostanze, invece, i giudici contabili hanno ritenuto ascrivibile solo in capo al sindaco il danno derivante dall'aver attribuito al segretario comunale l'indennità di direttore generale al segretario comunale in enti dalla ridotta dimensione demografica.

In merito, con una recente pronuncia²⁵⁸ la Procura contabile abruzzese ha chiamato in giudizio il Sindaco di un ente di circa 2000 abitanti per vederlo condannare al pagamento, in favore del comune di ..., della somma di € 70.000,00, corrispondente agli emolumenti percepiti per l'incarico di direttore generale dal segretario comunale dell'Ente.

Si è ritenuto, infatti, che *" l'erogazione di tale somma ha provocato un danno erariale alle finanze del comune di P., poiché l'articolo 108 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, pur prevedendo la figura di direttore generale per enti con numero di abitanti inferiore a 15.000, come è quello di Pescasseroli (abitanti 2 mila e 300 circa al censimento del 2011, secondo dato ISTAT), presuppone, comunque, che la funzione possa essere attribuita esclusivamente al Segretario Comunale mediante atto del Sindaco che - necessariamente - esponga i maggiori compiti attribuiti al Segretario che giustificano l'aggravio di spesa che l'Ente deve sostenere. Conseguentemente, in fattispecie nessuna spesa poteva essere legittimamente sostenuta per retribuire un dirigente con siffatta qualifica. L'assunzione dell'atto di nomina da parte del Sindaco ha provocato il pregiudizio patrimoniale all'Ente locale pari all'intero compenso percepito dalla dottoressa, quale "direttore generale", in aggiunta alla retribuzione di Segretario Comunale ed il nominato deve essere condannato al risarcimento... "*

Nelle proprie deduzioni, il Sindaco ha affermato *"esser stata la sua condotta conforme alla previsione contenuta nell'articolo 108 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché conforme a quella degli altri Sindaci dei Comuni della Provincia de L'Aquila. Tra detti Enti, tre, su 107, superano i 15 mila abitanti "e quindi solo per questi comuni era ammissibile - prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 comma 186*

²⁵⁸ Sent. n. 216/2013 - sezione giurisdizionale per la regione Abruzzo

della Legge 191/2009, nel testo modificato dal D.l. 25.1.2010 ... conv. in legge 26 marzo 2010 n. 42 – la nomina di un autonomo Direttore Generale. In tutti o quasi tutti gli altri 104 Comuni, invece, il Segretario Comunale si è visto assegnare anche le funzioni di Direttore Generale, come previsto dall'art. 108, comma 4, anche se la soglia dei 15.000 abitanti non era raggiunta nemmeno mediante convenzione”.

Il Sindaco evidenziava, inoltre, che “..... l'attribuzione alla Segreteria comunale delle funzioni (anche) di Direttore generale era necessitata dal carattere turistico del comune di Pescasseroli, che stagionalmente affronta problematiche complesse in rapporto alla presenza di popolazione non residente, ed alla gestione del rapporto con il soggetto gestore dell'impianto scioviario, che presupponeva particolari competenze, da lui personalmente non possedute, poiché esercente un'attività di tipo commerciale...”

I giudici contabili hanno affermato preliminarmente che “ la Sezione giurisdizionale deve confermare la possibilità di sindacare la ragionevolezza e la congruità della scelta amministrativa (Corte dei conti: Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, sentenza n. 1544 del 2000; Sezione I giurisdizionale centrale, sentenza n. 238 del 1997). La disposizione di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sostituito dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639: non modifica i principi giurisprudenziali in precedenza consolidatisi in tema di sindacato del giudice contabile sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione; principi secondo i quali al giudice della responsabilità amministrativa è consentito il vaglio dell'attività discrezionale degli amministratori, con riferimento alla rispondenza della stessa a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa, al fine di stabilire se la scelta risponda a quei criteri di prudente apprezzamento cui deve sempre ispirarsi l'azione dei pubblici apparati (Corte dei conti, Sezione I giurisdizionale centrale, sentenza n. 188 del 2010 e copiosa, conforme giurisprudenza ivi richiamata); non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinino nell'arbitrio e siano perciò viziate d'illegittimità per eccesso di potere (Corte dei conti, Sezione III giurisdizionale centrale, sentenza n. 9 del 2003); consente la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento

e l'opzione scelta disattenda in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale (Corte dei conti, Sezione III giurisdizionale centrale, sentenza n. 2 del 2003); non esclude che l'oggetto del giudizio riguardi la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia Romagna, sentenza n. 2329 del 2002)."

Successivamente sono entrati nel merito della scelta discrezionale precisando come ".... il provvedimento di nomina del direttore generale, n. ... in data 4 settembre 2008, è assolutamente generico; si ritiene " *opportuno conferire al Segretario Comunale Dott.ssa le funzioni di Direttore Generale, sia per garantire la funzionalità complessiva della struttura e della connessa attività amministrativa, sia per avere un referente di fiducia che assuma l'indirizzo complessivo del Comune, sia per continuare a favorire e consolidare il processo di cambiamento in atto nell'Ente in linea con il rinnovato assetto normativo e funzionale voluto dalla riforma, contribuendo al raggiungimento di più elevati standards quali-quantitativi di efficienza e funzionalità.*" Si tratta di formulazione estremamente laconica, vaga ed imprecisa; non vi sono concrete motivazioni ed il testo riportato appare connotato da semplici incisi di stile, privi di qualsivoglia rilievo."

Analizzando il merito della scelta operata dal Sindaco, emerge che non si rendono ostensibili *ex ante* i peculiari motivi necessari per la nomina e non si evidenziano specifiche, eccezionali ed oggettive problematiche (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, sentenza n. 146 del 2011) meritevoli di essere affidate alle funzioni *macrogestionali* proprie del direttore generale (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, sentenze nn. 644 del 2009 e 642 del 2008) ovvero al *potere manageriale di coordinamento e di impulso* dello stesso soggetto (Corte dei conti, Sezione III giurisdizionale centrale, sentenza n. 327 del 2008); soltanto *postea* (deduzioni, verbale di audizione personale, memoria depositata) si tenta di specificare argomenti a sostegno ma nulla di concreto si rinviene all'origine nel citato decreto sindacale, il cui vizio ridonda in illiceità del comportamento e costituisce aspetto ancor più grave se si considera la *ratio* della disciplina introdotta dall'art. 108 del

d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: acquisire professionalità esterne negli enti locali, per rendere più efficiente, efficace ed economica l'azione dell'apparato tecnico – burocratico, escludendo che si possa *configurare un potere pressoché senza limiti del sindaco nella nomina del direttore generale e nella determinazione della sua retribuzione* (Corte dei conti, Sezione III giurisdizionale centrale, sentenza n. 287 del 2010) e che il conferimento dell'incarico di direttore generale possa *risolversi nella pura e semplice attribuzione di un incremento salariale al segretario*, specie in un comune di modeste dimensioni, ove la *distinzione tra funzioni segretariali e funzioni direttoriali diviene quasi impalpabile* (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, sentenza n. 240 del 2013).

Le disposizioni circa la figura del direttore generale (*city manager*), oggetto di ampia e concorde interpretazione giudiziale (Corte dei conti: Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, sentenza n. 756 del 2013; Sezione III giurisdizionale centrale, sentenza n. 141 del 2010), devono essere valutate, comunque sia, in un *contesto procedimentalizzato* (Corte dei conti, Sezione III giurisdizionale centrale, citata sentenza n. 287 del 2010) al quale si sottrae, per quanto sopra descritto, la vicenda in esame; nel provvedimento con il quale si conferisce l'incarico direttoriale devono essere *ampiamente esplicitate le specifiche esigenze organizzative dell'ente locale*, esigenze da comprovarsi *assai rigorosamente* (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, citata sentenza n. 240 del 2013); innanzi ad un provvedimento attributivo dell'incarico direttoriale che si presenti *generico, in quanto privo della benché minima motivazione*, si deve rilevare l'assenza dei *presupposti legittimanti la nomina, con particolare riguardo alle specifiche funzioni aggiuntive e non esercitabili dallo stesso soggetto nella sua qualità di segretario* (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, sentenza n. 594 del 2009).

Non può negarsi, del resto, che una serie di precise e palesi circostanze, come il dato demografico del comune e la *sostanziale sovrapposibilità delle funzioni* di direttore generale a quelle di segretario, depongano infine ed univocamente per il compimento di una scelta esulante dagli illustrati criteri di ragionevolezza, razionalità e congruità (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, citata sentenza n. 146 del 2011).

Neppure è validamente dimostrato che il conferimento dell'incarico di direttore generale, a soli tre giorni dall'assunzione in servizio, sia stato accompagnato dall'attribuzione di compiti straordinari ed aggiuntivi rispetto a quelli disimpegnabili nella sola veste di segretario comunale.

D'altronde, lo stesso legislatore, a coronamento dell'orientamento restrittivo sopra esposto e disciplinando la materia in termini certamente più rigorosi, ha soppresso la figura del direttore generale (art. 2, comma 186, della legge 23 dicembre 2009, n. 191) tranne che nei comuni con popolazione superiore a centomila abitanti (art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, in legge 26 marzo 2010, n. 42), eliminando definitivamente la mera facoltà prevista dall'art. 108, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in capo ai sindaci dei comuni di ridotte dimensioni demografiche (*in certi periodi, oltre 30.000 abitanti*, secondo le argomentazioni defensionali di cui allo scritto depositato in data 29 ottobre 2013).

Alla luce di tali argomentazioni i giudici contabili concludono che il compenso aggiuntivo erogato al segretario comunale quale direttore generale, rappresenta un documento finanziario.

Affermano i magistrati contabili che *"...risulta evidente, altresì, l'antigiuridicità della condotta,edincontrovertibile, sulla scorta di tali evidenze, la sussistenza dell'elemento soggettivo, sotto il profilo della colpa grave (art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639), contrassegnato dalla mancanza di una idonea e preventiva valutazione circa la sussistenza dei presupposti necessari per il legittimo conferimento dell'incarico (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, citata sentenza n. 756 del 2013), carenza che, d'altra parte, non può configurare il dolo contestato dal requirente, non risultando sufficientemente provata, allo stato attuale, la cosciente volontà di porre in essere una spesa inutile con conseguente danno finanziario all'ente locale."*

A conclusione del predetto giudizio il Sindaco viene condannato al pagamento nei confronti del Comune della somma percepita dal Segretario Comunale a titolo di compenso per lo svolgimento della funzione di Direttore Generale.

Nel caso di specie, quindi, il danno erariale viene ascritto unicamente in capo al primo cittadino e non al Segretario Comunale, percorso argomentativo diverso, invece, è stato seguito da altre sezioni giurisdizionali per quanto concerne l'imputabilità anche in capo a quest'ultimo della responsabilità, come ricordato in precedenza.

6.3. Conclusioni.

La disamina sin qui svolta, ovviamente, non può essere considerata esaustiva delle diverse fattispecie di danno ascrivibili al segretario comunale, ma rappresenta un campione importante delle responsabilità dirette che possono ricadere in capo allo stesso dalla complessa applicazione degli istituti retributivi contrattuali delineati negli ultimi tre lustri e scaturenti dalla privatizzazione del pubblico impiego.

A tali ipotesi si ricollegano le fattispecie più tradizionali individuate in capo a tutte le figure apicali degli enti locali, siano esse segretari comunali, dirigenti o responsabili di servizio ricoperte da posizioni organizzative ed a cui si è fatto sinteticamente cenno al paragrafo quarto del presente capitolo.

Per quanto concerne, infine, le più recenti responsabilità introdotte in capo al segretario comunale nel prossimo capitolo ci soffermeremo in maniera più approfondita su quelle derivanti dal suo ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione.

CAPITOLO IV

LE NUOVE FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ ERARIALE EMERGENTI DALLA LEGGE 6 NOVEMBRE 2012, N. 190 E DAI DECRETI ATTUATIVI IN CAPO AL SEGRETARIO COMUNALE.

SOMMARIO

1. LA CORRUZIONE - 1.1. Definizione della corruzione - 1.2. Gli effetti patologici della corruzione -
2. LE LEGGE 190/2012 RECANTE "DISPOSIZIONI PER LA PREVENZIONE E LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE DELL'ILLEGALITÀ NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE" - 2.1. Le novità legislative - 2.2. La centralità della prevenzione e l'adozione del piano anticorruzione da parte del responsabile per la prevenzione della corruzione - 3. LE RESPONSABILITÀ ERARIALI DEL "DIRIGENTE PREPOSTO ALLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE" - 3.1. Il danno erariale per la corresponsione di compensi in presenza atti di conferimento di incarichi pubblici nulli a soggetti in situazioni di "inconferibilità" o "incompatibilità" - 4. IPOTESI DI DANNO DERIVANTI DAL "DECRETO SULLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA".- 4.1.. La nuova configurazione della "fattispecie generale" del danno all'immagine - 4.2.. Il sequestro conservativo per la tutela del diritto al risarcimento del danno all'immagine subito dall'amministrazione - 5. LE ESIMENTI GENERALI E QUELLE SPECIFICHE PREVISTE DALLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE -
6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. LA CORRUZIONE

1.1. Definizione della corruzione

La trattazione del regime delle responsabilità patrimoniali²⁵⁹ dei soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio (pubblici dipendenti, esponenti politici titolari di organi, soggetti legati alla P.A. da rapporti di collaborazione, ecc.), con particolare riguardo alle nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, non può prescindere dalla definizione della nozione di corruzione, quale fenomeno metagiuridico assunto ad elemento costitutivo delle fattispecie previste dalla recente novella. In questo momento storico forse abbiamo perso il ricordo del significato originario della parola "corruzione" (dal latino "*corruptione*") che designava il "corrompersi della materia", il "disfacimento fisico" e, in senso figurato, il "degrado morale" e la "depravazione"²⁶⁰, ma abbiamo la percezione empirica che essa costituisca un fenomeno sociale, politico ed economico molto diffuso (non solo in Italia) che si attua attraverso il pagamento di tangenti o pratiche di nepotismo e che a causa di una inspiegabile tolleranza da parte delle nostre istituzioni, ha finito per svilire i principi di etica pubblica e di buon governo, distorto il processo elettorale e diminuito la fiducia dei cittadini nelle istituzioni.

La teoria economica ha individuato tre tipologie di corruzione:

- la corruzione di un decisore pubblico da parte di un soggetto privato;
- la corruzione di un decisore pubblico da parte di un altro soggetto pubblico;
- la corruzione di un decisore privato da parte di un soggetto privato²⁶¹.

²⁵⁹ " La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti - Le nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi." di FABRIZIO CELIONI in AMMINISTRATIVAMENTE N.12/2013.

²⁶⁰ Sul significato del termine corruzione si rinvia a T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Vol. II, Torino, 2000, p. 355.

²⁶¹ G. FORTI, *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a 10 anni da mani pulite*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, p. 1 ss.

La corruzione del decisore pubblico da parte di un soggetto privato, che coincide con quella nozione empirica di corruzione da parte del cittadino medio (non dotato di una specifica preparazione in materia) può essere a sua volta distinta in amministrativo-burocratica e politica. La prima forma di corruzione si estrinseca in un abuso del potere pubblico da parte dei pubblici ufficiali incaricati di un pubblico servizio per ottenere vantaggi privati. Questa tipologia di corruzione si attua attraverso un comportamento antigiuridico di un agente pubblico animato dal fine di indurre intenzionalmente delle distorsioni nell'attuazione di leggi e regolamenti, in cambio di una ricompensa effettiva, contestualmente ricevuta, ovvero solo promessa o sperata.

La corruzione legislativa definita anche "cattura dello Stato", si realizza, invece, quando un privato o un gruppo di interessi influenza direttamente il processo di formazione delle leggi e l'esercizio del potere decisionale delle istituzioni pubbliche attraverso comportamenti poco trasparenti ed il pagamento di tangenti.

La corruzione politica è generalmente legata al procedimento elettorale, al mantenimento della carica e si estrinseca nell'acquisto di voti, in false promesse elettorali, in forme di nepotismo e favoritismi di vario genere²⁶².

La dottrina distingue poi tra corruzione economica e corruzione sociale in quanto la prima richiede generalmente uno scambio di denaro o di beni materiali mentre la seconda si attua attraverso forme di clientelismo, di nepotismo, ovvero attraverso favoritismi di varia natura. Nel nostro ordinamento la corruzione di un decisore pubblico da parte di un soggetto privato è stata sussunta nelle fattispecie previste dagli articoli 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 qua-ter, 320, 321, 322, 322 bis, dando luogo ad una trama ordinamentale definita da autorevole dottrina, "non poco complicata e frammentaria"²⁶³.

Il codice penale, infatti, distingue tra corruzione propria (art. 318) e corruzione impropria (art. 319) - entrambe distinte nelle due figure della corruzione antecedente e susseguente - a seconda che la condotta illecita del pubblico ufficiale sia volta al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio

²⁶² N. FIORINO, E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Bologna, 2013, p. 13 ss.

²⁶³ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, Vol. II, p. 323.

(favorire l'assegnazione di un appalto) o di un atto tipico del suo ufficio (rilascio dell'autorizzazione richiesta) che però senza la dazione illecita non sarebbe stato compiuto, almeno nei termini previsti dal procedimento amministrativo o in quelli utili al richiedente²⁶⁴.

Tuttavia nell'ampia nozione di corruzione considerata dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 - volta a prevenire non solo la realizzazione dei delitti contro l'amministrazione di cui al Titolo II, Capo I, del codice penale, ma tutte quelle condotte che, a causa dell'uso a fini privati delle pubbliche funzioni, determinano il malfunzionamento dell'amministrazione²⁶⁵, con conseguente danno erariale patrimoniale, o comunque da disservizio ed all'immagine dell'ente - devono farsi rientrare anche le fattispecie penalistiche di "concussione", tecnicamente distinte dalla corruzione per l'iniziativa assunta dal pubblico ufficiale, ora separate dalla stessa legge 190/2012 nelle due figure della concussione per costrizione (art. 317) e della concussione per induzione (art. 319 quater)²⁶⁶.

1.2. Gli effetti patologici della corruzione

Nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2013 il Procuratore regionale per la Lombardia ha evidenziato che il fenomeno della corruzione, nonostante vent'anni di lotta serrata da parte delle istituzioni giudiziarie, sia ancora vivo e radicato nella realtà italiana ed, anzi, a ben guardare, presenta ancora preoccupanti elementi di crescita.

Ed invero secondo il Report 2013 di *Transparency International*, in Italia l'indice di percezione della corruzione (*Corruption Perception Index*, CPI) colloca il nostro Paese al 69° posto nella graduatoria mondiale (che vede al primo posto la civilissima Danimarca e all'ultimo la Somalia), in posizione peggiore del Botswana (30), del Rwanda (49), della Namibia (57) e del Ghana (63). In Europa solo la

²⁶⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, op. cit. 332 ss. e, se si vuole, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, Vol. 5, Torino, 1981, p. 212 ss.

²⁶⁵ In questi termini V. SARCONI, M. TARTAGLIONE, V. VITULLO, *La stesura dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle aziende del servizio sanitario nazionale. Sintesi delle principali indicazioni operative*, in AMMINISTRATIVAMENTE.

²⁶⁶ Cfr. l'art. 1, comma 75, della legge 190/2013.

Bulgaria (77) e la Grecia (80) hanno conseguito un punteggio peggiore dell'Italia⁹. *Transparency International* ha definito la corruzione come "l'abuso della fiducia pubblica per il vantaggio privato".

Si tratta di una definizione efficace in una società che ormai obbliga i cittadini a combattere quotidianamente contro abusi di posizioni dominanti²⁶⁷, abusi dei diritti²⁶⁸ anche da parte delle pubbliche amministrazioni o, più correttamente, da parte dei funzionari che esercitano potestà pubblicistiche, talora gratuitamente, talora al fine di ottenere denaro o altra utilità (ed infatti l'abuso dei poteri del pubblico ufficiale è l'elemento costitutivo della condotta nel reato di concussione)²⁶⁹.

Dalla pervasività della corruzione come fenomeno patologico discende che determinati *status*, come quello di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio non garantiscono di per sé comportamenti conformi all'ordinamento giuridico.

Gli episodi di concussione e corruzione e gli illeciti contro la pubblica amministrazione sono alla base di molti episodi illegali, alcuni collegati anche all'operato della criminalità organizzata e funzionali al conseguimento di obiettivi illeciti da parte di amministratori poco sensibili all'interesse pubblico.

Gli episodi di corruzione, oltre ad integrare molteplici fattispecie di reato - dalla corruzione propria, a quella impropria, alla concussione, quest'ultima recentemente ridefinita nelle due figure della "concussione per costrizione" e della "concussione per induzione" - alterano i meccanismi di funzionamento dell'economia - si pensi alle norme sugli appalti pubblici e sulle concessioni amministrative - e le regole sociali che esigono la selezione mediante pubblici concorsi dei più meritevoli, finendo per scoraggiare gli investimenti economici nel nostro paese e determinando una profonda sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni. Ed invero, sebbene sia stato sostenuto che in determinati contesti la corruzione sia in grado di abbreviare i tempi di attesa che rallentano la creazione o l'espletamento delle attività imprenditoriali e, conseguentemente, la crescita

²⁶⁷ Si consulti <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>

²⁶⁸ Sul tema si rinvia per approfondimenti non consentiti in questa sede ad C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. V, p. 1 ss.

²⁶⁹ AA.VV. - *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Voi. I, Milano, 2000, p. 109 ss.;

economica (la tangente servirebbe ad oliare gli ingranaggi della burocrazia)²⁷⁰, la maggior parte degli studiosi tende a ravvisare nella corruzione una causa di inefficienza della pubblica amministrazione e del sistema economico.

I funzionari pubblici che accettano somme di denaro indebite (le cosiddette "tangenti"), infatti, hanno interesse a perpetuare l'inefficienza della pubblica amministrazione al fine di riservarsi uno spazio d'intervento per il loro tornaconto personale.

La "tangente" rappresenta una vera e propria "tassa occulta" che finisce per ridurre l'investimento di capitale e quindi deprime la crescita del Paese²⁷¹.

La corruzione, inoltre, produce effetti negativi sulla competitività delle imprese, sull'offerta di lavoro e sul capitale umano. Invero, nei contesti connotati da maggiore complessità del sistema giuridico e da una scarsa trasparenza delle procedure, le imprese sono incentivate a pagare tangenti e ad intraprendere transazioni al di fuori dei controlli del decisore pubblico. Questo stato di cose, da un lato, favorisce l'economia illegale e sommersa²⁷² e, dall'altro, incentiva gli amministratori pubblici a massimizzare le rendite che possono ricavare dalle tangenti, favorendo l'oligopolio delle imprese che già operano sul mercato e sono disposte a pagare le somme illecitamente richieste.

La tassa occulta costituita dalla corruzione sistemica finisce per ridurre la convenienza degli imprenditori stranieri a investire nel Paese che ne sia particolarmente gravato. Le imprese straniere che intendono investire in uno Stato caratterizzato da elevata corruzione tendono, infatti, ad optare per il modello della joint-venture, in quanto diventa strategico per l'impresa straniera avere un partner locale in grado di superare gli ostacoli posti dalla burocrazia²⁷³. La corruzione influisce altresì sulle scelte di bilancio dello Stato. Invero i politici corrotti sono spinti ad allocare le risorse pubbliche in maggior misura verso i settori in cui è più facile ricavare rendite rilevanti come le infrastrutture, la difesa e la sanità trascurando invece il comparto dell'istruzione, perché quest'ultimo, pur

²⁷⁰ G. MARINI, *Concessione*, in *Enc. giur. Trecc*, Voi. VII, Roma, 1988.

²⁷¹ In argomento P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 27 ss.

²⁷² F. INFANTINE *L'abuso della qualità o delle funzioni del pubblico ufficiale*, Milano, 1967, p. 3 ss.

²⁷³ In argomento F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 271 ss. e G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Speciale, Bologna, 2002, p. 153 ss.

essendo strategico per la crescita del Paese, fornisce ai burocrati una limitata opportunità di ottenere delle rendite illecite.

Dal "sistema delle tangenti" deriva un incremento della spesa per gli investimenti (cd. "*white depliant*"), in grandi opere destinate ad essere sottoutilizzate perché non servono alla collettività in un dato momento storico o sono situate in posizioni non strategiche (le cd. "cattedrali nel deserto").

Così gli amministratori corrotti, al fine di garantirsi nuove opportunità per ottenere tangenti, invece di promuovere gli investimenti nella manutenzione delle infrastrutture già esistenti, tendono ad incentivare la costruzione di nuove opere.

Tuttavia tra gli effetti peggiori della corruzione devono essere annoverati la mancata selezione delle forze migliori della società e lo "scadimento etico" che alimenta una mentalità sociale sempre più incline a considerare ciò che è pubblico come un contesto dove affermare gli interessi personali.

Come ha affermato l'ex Presidente della Corte dei Conti Luigi Giampaolino, il nostro Paese ha urgente bisogno di un "*ritorno all'etica del rispetto del denaro pubblico e delle funzioni di interesse pubblico*".

2. LA LEGGE 190/2012 RECANTE "DISPOSIZIONI PER LA PREVENZIONE E LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE DELL'ILLEGALITÀ NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE"

2.1. Le novità legislative.

Per contrastare le attività illecite o anche solo abusive dei pubblici impiegati, la legge 6 novembre 2012, n. 190, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 (ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116) ed in attuazione degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 (ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 110), ha previsto una serie di misure volte a prevenire i fenomeni corruttivi nell'ambito delle pubbliche amministrazioni

nazionali e locali, creando un contesto sfavorevole alla realizzazione dei reati di corruzione.

Nelle intenzioni del legislatore la lotta alla corruzione si deve combattere implementando la trasparenza dell'attività e dei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni (si veda quanto stabilito dall'art. 1, comma 15 della legge 190/2012 che stigmatizza l'obbligo di trasparenza "dell'attività amministrativa", come poi chiarito dal D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33)²⁷⁴, la formazione dei funzionari sui temi dell'etica e della legalità (art.1, co. 11, L. 190/2012), nonché attraverso il rafforzamento dei doveri dei pubblici dipendenti, i cui codici di comportamento sono stati unificati e disciplinati con apposito regolamento generale approvato con D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

Funzionale alla prevenzione del fenomeno corruttivo è altresì la previsione della "incandidabilità" per i politici che abbiano riportato condanne definitive per gravi delitti non colposi (D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235) e della "inconferibilità" di incarichi pubblici ai soggetti condannati per reati contro la pubblica amministrazione o che si trovino in situazioni di reale o potenziale conflitto di interessi (si veda al riguardo quanto stabilito dal D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39).

L'esigenza di prevenire i reati contro la pubblica amministrazione è palesata già dall'introduzione al codice penale dell'art. 346 *bis* che punisce il "traffico di influenze illecite". Questo articolo ha anticipato la soglia della tutela penale a quei comportamenti che non integrino gli estremi della corruzione o della concussione, punendo le condotte dei privati che *"sfruttando le relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si facciano dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, ovvero per remunerarlo in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o ritardo di un atto del suo ufficio"*.

In un'ottica più repressiva la legge 190/2012 ha inasprito le pene per i reati di concussione e corruzione previsti dal codice penale e "spacchettato" il reato di concussione finora disciplinato dall'art. 317 c.p., nelle due figure (già enucleate

²⁷⁴ In argomento si rinvia al saggio di C. LUCIFORA, *Economia sommerso e lavoro nero*, Bologna 2003, p. 9 ss.

dalla norma appena richiamata) della "concussione per costrizione" (art. 317 c.p.) - che continua ad essere caratterizzata dal *metus publicae potestatis* che induce il privato alla dazione al pubblico ufficiale - e della "concussione per induzione" (art. 319 quater), la quale si distingue dalla fattispecie costringitiva perché il privato non è costretto, non ricorrendo il *metus publicae potestatis*, ma solo indotto alla promessa o alla dazione illecita e quindi conserva un margine di scelta criminale, determinando i noti problemi di sopravvivenza dei reati già commessi alla stregua delle fattispecie penali modificate ("*abolitio criminis*" o mera "*abrogatio sine abolitio*"?) e dell'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni eventualmente più favorevoli alle fattispecie punibili alla stregua della nuova disciplina.

Attraverso l'introduzione di un'apposita disposizione nel corpo del D.lgs. 165/2001, la legge 190/2012²⁷⁵, ha poi inteso esplicitamente tutelare il pubblico dipendente che segnali un illecito, ormai definito, sulla scorta dell'esperienza anglosassone "*whistleblower*" da eventuali atti gestionali discriminatori, senza tuttavia provvedere ad una tutela adeguata sul piano processuale, che a ben guardare, manca per tutti i pubblici dipendenti a fronte delle microdiscriminazioni (si pensi all'arbitraria individuazione dei dipendenti cui riconoscere premi di produttività o designare per le partecipazioni a corsi o seminari, al diniego di ferie o permessi, ecc.) che raramente vengono portate a conoscenza degli organi giurisdizionali per la loro scarsa rilevanza economica. La legge 190/2012 ha quindi istituito l'Autorità nazionale anticorruzione (da cui l'acronimo A.N.A.C.), in un primo tempo individuata nella già istituita Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni (CIVIT), di cui all'art. 13 del D.lgs. 26 ottobre 2009, n. 150, cui è stata devoluta l'analisi delle cause e dei fattori della corruzione nonché la predisposizione degli interventi che ne possono favorire la prevenzione ed il contrasto, poi definitivamente trasformata in Autorità di contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

Alla predetta Autorità compete l'approvazione del piano nazionale anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica.

²⁷⁵ Relazione del Procuratore Regionale Antonio Caruso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Lombardia.

L'A.N.A.C. può altresì esprimere pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche circa la conformità degli atti e dei comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti collettivi individuali regolanti il rapporto di lavoro pubblico (art. 1, co. 2, legge 190/2012). Ancorché al di fuori dell'impianto normativo derivante dalla legge 190/2012, nel quadro della lotta alla corruzione, va segnalato che, a seguito dell'introduzione, nel corpo dell'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, di un apposito comma 4 *bis* (ex art. 2, comma 8, della legge della legge 27 dicembre 2002, n. 289), recentemente modificato, non sono deducibili dal reddito d'impresa o di lavoro autonomo i costi e le spese dei beni o delle prestazioni di servizio direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo per il quale il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale²⁷⁶.

Risulta pertanto ineducibile dai redditi predetti la somma versata al pubblico ufficiale per l'assegnazione dell'appalto in spregio delle regole del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

2.2. La centralità della prevenzione e l'adozione del piano anticorruzione da parte del responsabile per la prevenzione della corruzione.

Fondamentale, nell'ottica della novella, per prevenire la realizzazione dei reati contro la pubblica amministrazione è la designazione, all'interno di ciascun ente, del "responsabile della prevenzione della corruzione", da scegliersi tra i dirigenti generali, cui compete la "predisposizione del piano triennale anticorruzione" che deve essere poi adottato dall'organo di indirizzo politico (la predisposizione del piano non può infatti essere demandata all'esterno) e la selezione dei dipendenti destinati ad operare nei settori dell'amministrazione particolarmente esposti alla corruzione, tra cui devono essere annoverati, in primo luogo - in virtù del combinato disposto dei commi 9, lett. a) e 16 della legge 190/2012 - quelli in cui vengono predisposti i bandi di appalto per l'acquisto di beni e servizi, per l'erogazione di sovvenzioni, per l'impiego di personale, ancorché

²⁷⁶ Relazione presentata dal Procuratore Generale della Corte dei Conti, Salvatore Nottola, per la cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2013, reperibile sul sito www.corteconti.it.

assunto con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nonché quelli preposti al rilascio di provvedimenti autorizzatori o concessori.

Negli enti locali (Comuni e Province) il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato *ex lege* nel Segretario dell'ente, salva diversa e motivata determinazione dell'organo di indirizzo politico²⁷⁷.

Il responsabile per la corruzione è altresì responsabile per la trasparenza dell'ente nonché garante del rispetto delle disposizioni sull'inconferibilità degli incarichi e sulle incompatibilità di cui al D.lgs. 39/2013, venendo ad assumere una posizione di garanzia non immune da responsabilità di vario genere come si vedrà nei prossimi paragrafi. Il piano triennale anticorruzione deve far fronte alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività - tra cui quelle previste espressamente dalla legge all'art. 1, co. 16, con elencazione esemplificativa e non esaustiva - nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti;
- b) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;
- c) prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile anticorruzione chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano;
- d) monitorare il rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti;
- e) monitorare i rapporti tra l'amministrazione ed i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione;

²⁷⁷ Per un inquadramento generale della materia si rinvia a V. SARCONI, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, 2013, p. 65 ss.

f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge. La legge prevede poi che la mancata predisposizione del piano ovvero la mancata adozione delle procedure per la selezione o la formazione dei dipendenti costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale ex art.21 del D.lgs. 165/2001 del responsabile per la corruzione²⁷⁸.

L'art. 1, co. 10, impone poi al responsabile anticorruzione di provvedere:

- a) alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione;
- b) alla verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione;
- c) ad individuare il personale da inserire nei programmi di formazione.

Il sistema impone dunque l'adozione di un vero e proprio "piano strategico" che preveda misure concrete contro la corruzione, calibrate sulle caratteristiche della singola P.A., per ridurre il rischio che il personale dell'ente ponga in essere reati contro la pubblica amministrazione favorendo i privati in cambio di vantaggi economici. Alla luce di questo mutato contesto normativo non è più sufficiente, dunque, la predisposizione di meri documenti di valutazione del rischio

E' evidente l'influsso esercitato in questo settore dal modello di prevenzione della commissione dei reati da parte delle persone giuridiche, introdotto dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che reca la "Disciplina della

²⁷⁸ A norma dell'art. 1, comma 75, della legge 190/2012, la pena per il reato di concussione (art. 317 c.p.) è stata aumentata nel minimo (da 4 a 6 anni); la pena per la corruzione impropria (art. 318 c.p.) è stata aumentata nel minimo (un anno) e nel massimo (5 anni); la pena per la corruzione propria (art. 319 c.p.) è stata aumentata nel minimo (4 anni) e nel massimo (8 anni); la pena per la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter) è stata aumentata nel minimo (4 anni) e nel massimo (10 anni) e nella fattispecie aggravata di cui al secondo comma dell'art. 319-ter ("se da fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni"), la pena minima è stata aumentata a 5 anni.

responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità"²⁷⁹.

La legge 190/2012, infatti, ha estrapolato dal decreto sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche il sistema di esonero dalle responsabilità fondato sulla predisposizione di efficaci misure di prevenzione del rischio della commissione di reati di corruzione - e cioè l'adozione del piano triennale anticorruzione - nonché la prova della vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del piano. Tuttavia i due modelli si distinguono riguardo all'imputazione della responsabilità atteso che il D.lgs. 231/2001 fa ricadere la responsabilità sull'ente stesso, mentre la legge 190/2012 ascrive la responsabilità per la "commissione di un reato di corruzione", ovvero per le "ripetute violazioni delle misure di prevenzione", al responsabile della prevenzione della corruzione, prevedendo in capo a costui una sorta di "colpa di organizzazione"²⁸⁰, cui sono ricollegate, anche piuttosto frettolosamente, diverse forme di responsabilità: in primis quelle dirigenziale e disciplinare, i cui presupposti sono valutati dagli organi di vertice della P.A. ed, infine, quella amministrativa patrimoniale, il cui accertamento spetta alla Corte dei Conti²⁸¹. Da questa impostazione può ragionevolmente desumersi che la *ratio* delle norme anticorruzione scaturite dalla legge 190/2012 non sia solo quella di prevenire i singoli atti criminali, ma di evitare o contenere la propagazione degli effetti dannosi nei confronti dell'ente, imputando al responsabile della prevenzione detto danno. La delicatezza dei compiti imposti al responsabile della prevenzione della corruzione (e, nella maggior parte dei casi, della trasparenza) ha reso pertanto necessaria l'attribuzione delle suddette funzioni ad un dirigente di prima fascia dell'amministrazione (meglio se di *staff*, operante a stretto contatto con il Direttore

²⁷⁹ P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2013, p. 7 ss. Ed invero secondo la Cassazione "l'induzione, richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319 quater cod. pen. (così come introdotto dall'art. 1, comma 75 della legge n. 190 del 2012), necessita di una pressione psichica posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che si caratterizza, a differenza della costrizione, che integra il delitto di concussione di cui all'art. 317 cod. pen., per la conservazione, da parte del destinatario di essa, di un significativo margine di autodeterminazione o perché la pretesa gli è stata rivolta con un'aggressione più tenue o in maniera solo suggestiva ovvero perché egli è interessato a soddisfare la pretesa del pubblico ufficiale, per conseguire un indebito beneficio". In questi termini Cass., Cass. pen., Sez. VI, 8 maggio 2013, n. 20428 nonché Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 11944.

²⁸⁰ Si noti che per effetto delle nuove disposizioni è venuta meno la punibilità dell'incaricato di pubblico servizio per il delitto di "concussione per costrizione", ma l'eventuale condotta costringitiva posta in essere da costui risulterà punibile per "estorsione aggravata", ai sensi del combinato disposto degli artt. 629 e 61, n. 9, c.p. Sui problemi di scendenti dalla successione delle fattispecie penali si rimanda a E. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000, p. 15 ss.

²⁸¹ Si veda l'art. 51, co. 51, che ha inserito nel corpo del D.lgs. 30 marzo 2001, n.165, l'art. 54 bis.

generale dell'ente), il quale dovrà potersi avvalere di collaboratori dotati delle competenze necessarie ed essere provvisto di poteri specifici ed effettivi, quali:

- il potere di esigere i *curricula* e le informazioni relative ai dipendenti da inserire negli uffici particolarmente esposti alla corruzione;
- poteri di accesso agli atti, di ispezione e di richiesta di analitiche informazioni ad ogni ufficio le cui funzioni risultino coinvolte nelle attività di prevenzione della corruzione;
- il potere di richiedere ai dirigenti responsabili degli uffici ed ai responsabili dell'istruttoria le motivazioni scritte riguardo ai presupposti di fatto e di diritto dell'adozione del provvedimento finale, in aggiunta a quelle indicate nel provvedimento adottato²⁸².

A conclusione del paragrafo deve essere evidenziato che se la predisposizione di un efficace piano anticorruzione fa venir meno le responsabilità del dirigente preposto alla prevenzione, restano ferme comunque le responsabilità penale, amministrativa e disciplinare dell'autore del reato (o dei coautori, in caso di concorso di persone).

3. LE RESPONSABILITÀ ERARIALI DEL "DIRIGENTE PREPOSTO ALLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE".

Il reticolo di doveri imposti dalla legge al responsabile della prevenzione della corruzione nel caso di realizzazione di un "reato di corruzione" espone costui a diverse forme di responsabilità: penale, disciplinare, dirigenziale ed amministrativa patrimoniale. La responsabilità penale del preposto alla prevenzione della corruzione non discende direttamente dalla legge 190/2012 - che attribuendo a costui il dovere di vigilare sulla funzionalità e sulla efficacia preventiva del piano anticorruzione, non gli addossa un obbligo specifico di impedire l'evento reato, idoneo a generare una responsabilità penale per

²⁸² La problematica è ben delineata da S. PASQUA, *Introduzione al volume, AA.VV., Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche, Commento alla legge 190/2012 e decreti attuativi*, cit, p. 65 ss.

omissione²⁸³ - ma può discendere dalle disposizioni generali del codice penale in materia di concorso di persone (art. 110 c.p.c). Invero, secondo la giurisprudenza penale per rispondere del reato altrui è sufficiente aver fornito dolosamente al reo un contributo causale che abbia almeno agevolato la commissione del delitto (secondo la teoria della causalità agevolatrice)²⁸⁴. Alla stregua di questa impostazione il responsabile della prevenzione della corruzione potrà essere chiamato a rispondere del delitto solo in caso di concorso doloso con il concussore o il funzionario corrotto, avendone "scientemente" agevolato l'attività, omettendo di richiedere i necessari provvedimenti sostitutivi del soggetto stesso della cui attività illecita abbia avuto notizia da parte di altri dipendenti o dall'esame dei provvedimenti adottati e di inoltrare tempestivamente la *notitia criminis* alla competente Procura della Repubblica (d'altronde non sarebbe stato possibile imputare a costui la responsabilità penale per un reato altrui, stante la personalità di questa forma di responsabilità sancita dall'articolo 27 della Costituzione). La dottrina penalistica esclude invece il concorso colposo nei reati dolosi altrui²⁸⁵.

Pertanto il responsabile della prevenzione non potrà essere chiamato a rispondere a titolo di concorso colposo con l'autore del reato di concussione o corruzione, nel caso in cui "colposamente" non abbia adottato un piano triennale di contrasto alla corruzione efficace o non abbia attivato le attività di contrasto all'attività illecita. Per quanto riguarda invece la responsabilità "amministrativa-patrimoniale" (definita anche "erariale" se pregiudica il patrimonio o le finanze dello Stato) - la quale sorge quando il dipendente pubblico o un soggetto legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio provochi un danno patrimoniale alla propria amministrazione o ad altro ente pubblico, agendo con dolo o colpa grave²⁸⁶ - il responsabile della prevenzione che non abbia predisposto

²⁸³ A norma dell'art. 5, comma 3, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101 "...la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche assume la denominazione di Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (A.N.AC.).".

²⁸⁴ Sul punto si rimanda a V. VITULLO, *L'autorità nazionale anticorruzione. Organizzazione, compiti e poteri. Il ruolo del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in AA. VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge 190/2012 e decreti attuativi*, cit., p. 19 ss. nonché V. SARCONI, M. TARTAGLIONE, V. VITULLO, *La stesura dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle aziende del servizio sanitario nazionale. Sintesi delle principali indicazioni operative*, p. 6 ss. in www.amministrativamente.com.

²⁸⁵ In argomento A. GIOVANNINI, *Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi*, in *Rass. trib.*, 2011, p.609 ss. e A. CARINO, *La nuova disciplina dei costi da reato: dal superamento del doppio binario alla dipendenza rovesciata (con diversi dubbi e numerose incongruenze)*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 1459 ss.

²⁸⁶ Cfr. art. 1, commi 7 e 8, L. 190/2012. In dottrina F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen.*

un piano anticorruzione ovvero non ne abbia predisposto uno idoneo o, ancora, non abbia inserito nei ruoli più a rischio di corruzione i dipendenti dotati della necessaria professionalità e privi di situazioni di conflitto di interesse e non ne abbia assicurato la rotazione, ovvero per grave inerzia non abbia attivato le attività di contrasto all'attività illecita di cui sia venuto a conoscenza, potrà essere chiamato a rispondere a titolo di concorso colposo nell'illecito amministrativo-patrimoniale perpetrato dal funzionario corrotto secondo lo schema della responsabilità parziaria, prevista dall'art. 1, comma 1 quater, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

In virtù di tale disposizione la Corte dei Conti, valutate le singole responsabilità dei concorrenti, condanna ciascuno dei corresponsabili in base al proprio contributo oggettivo e soggettivo alla realizzazione del danno patrimoniale.

Ed invero la mancata predisposizione del piano o il suo mancato aggiornamento sarà sintomo di una inescusabile colpa di organizzazione (o colpa professionale) del responsabile per la prevenzione della corruzione che, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti, integra il presupposto della colpa grave.

Accanto alla possibile responsabilità del preposto alla prevenzione della corruzione per la lesione patrimoniale diretta subita dall'ente per effetto del reato (è noto che nella maggior parte dei casi il costo della "tangente" pagata al funzionario determinerà un aumento del prezzo dell'appalto di opere o della fornitura, cagionando all'ente pubblico un "danno da tangente"), la legge 190/2012 ha prefigurato altresì un'autonoma fattispecie di danno all'immagine (analoga a quella ora prevista dall'art. 55 quinquies del D.lgs. 165/2001), perseguibile dalla Corte dei Conti.

Questa fattispecie, in virtù della sua collocazione sistematica, va considerata svincolata dai limiti fissati dall'art. 17, comma 30 ter, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 (convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, ed. "lodo Bernardo")²⁸⁷ e dallo stesso

proc, Speciale Corruzione, 2013, p. 4 ss.

²⁸⁷ La disposizione richiamata disponendo che: "Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97" secondo

art. 1, comma 62, della legge 190/2012. Invero, l'art. 1, comma 12, della legge 190/2012 imputa la responsabilità per il danno all'immagine al dirigente preposto alla prevenzione della corruzione, "in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato", a prescindere dalla sua responsabilità penale (anche a titolo di concorso), fermi restando tutti gli altri presupposti della responsabilità amministrativa (nesso di causalità, rapporto di servizio, colpa grave) che non ricevendo un'autonoma disciplina nelle disposizioni particolari in questione devono essere determinati secondo la disciplina generale della responsabilità amministrativa²⁸⁸. Oltre alle predette fattispecie di danno, il responsabile per la prevenzione della corruzione potrà essere chiamato a rispondere anche del danno da disservizio, inteso come ridotta funzionalità del servizio a causa della pervasività del fenomeno corruttivo che impedisca per un certo lasso di tempo il normale e corretto espletamento dalle attività previste dalla legge o dai regolamenti dell'ente o il raggiungimento dello scopo dell'attività pubblica²⁸⁹.

3.1. Il danno erariale per la corresponsione di compensi in presenza di conferimento di incarichi pubblici nulli a soggetti in situazioni di "inconferibilità" o "incompatibilità".

Un'altra fonte di responsabilità erariale per il preposto alla prevenzione della corruzione può derivare dall'essere altresì responsabile *ex lege* delle

l'interpretazione della Consulta avrebbe vincolato la perseguibilità del danno all'immagine da parte delle Procure della Corte dei conti ai soli casi di previo accertamento definitivo della responsabilità penale per uno dei reati tipici dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di cui al Libro II, Titolo II, Capo I del Codice penale (artt.314-335). Ed invero la Corte Costituzionale nella sentenza 15 dicembre 2010, n. 355, ha statuito che non vi è dubbio che la formulazione dell'art. 17, comma 30 ter, del D.L. 78/2009 "non consente di ritenere che, in presenza di fattispecie distinte da quelle espressamente contemplate dalla norma impugnata, la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost. Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa". Per la risarcibilità del danno all'immagine anche in presenza di reati diversi da quelli propri dei pubblici ufficiali previsti Libro II, Titolo II, Capo I, in base alla considerazione che le sentenze di rigetto della Consulta sono prive di efficacia nomofilattica e non sono in grado di attribuire alla norma una illimitata "patente di costituzionalità" si vedano Corte dei Conti, Sez. I App., 11 luglio 2013, n. 514 e Corte dei Conti, Sez. I App., 14 dicembre 2012, n. 809.

²⁸⁸ Si veda, in proposito, Corte dei conti, Sez. Riunite, 23 aprile 2003 n.10/QM. In dottrina V. TENORE, in AA. VV., *La nuova Corte dei Conti*, cit, p. 192 ss.

²⁸⁹ Cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, Sez. I App., 15 dicembre 2011, n. 561; Corte dei Conti, Sez. Veneto, 13 giugno 2011, n. 382; Corte dei Conti, Sez. 1, 19 febbraio 2010, n. 103.

disposizioni previste dal D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni ai soggetti condannati per reati contro la pubblica amministrazione o provenienti da enti diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni ovvero componenti di organi di indirizzo politico. Il responsabile della prevenzione, infatti, non solo è tenuto a curare, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del citato decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, contestando all'occorrenza all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al citato decreto, ma deve segnalare tempestivamente le violazioni delle disposizioni in discorso all'A.N.A.C, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative.

Non può sorgere alcun dubbio sul fatto che il conferimento di un incarico pubblico ad un soggetto condannato per reati contro la pubblica amministrazione o proveniente da un ente di diritto privato regolato o finanziato da una P.A. ovvero componente di organi di indirizzo politico, in presenza di un divieto legale determini non solo l'illegittimità dell'incarico, ma essendo espressamente sancita la nullità dell'atto di conferimento, renda indebiti i compensi erogati, con conseguente responsabilità amministrativa di chi ha conferito l'incarico stesso.

Invero, secondo la pacifica giurisprudenza contabile, il conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione e le assunzioni poste in essere in violazione dei divieti legali sono fonte di danno erariale e la spesa conseguente a detti incarichi e assunzioni, in contrasto con i dettami normativi che prevedono limiti alle stesse si sottrae a qualsivoglia "valutazione di utilità conseguito dall'ente locale a seguito della prestazione lavorativa *contra legem*"²⁹⁰.

In questo contesto il responsabile della prevenzione potrà essere chiamato in giudizio dinanzi alla magistratura contabile quale corresponsabile del danno per "culpa in vigilando" (che dovrà sempre assumere il carattere della gravità), ove

²⁹⁰ Così Corte dei Conti, Sez. Riunite, 22 maggio 1997, n. 65 e Corte dei Conti, Sez. Giurisdiz. Lazio, 22 luglio 2008, n. 1216.

non abbia espletato i necessari controlli sul rispetto delle disposizioni del D.lgs. 39/2013, né contestato all'interessato l'insorgenza delle predette situazioni di incompatibilità e inconfiribilità²⁹¹.

Il responsabile della corruzione risponderà invece in prima persona del danno qualora, a causa della mancata segnalazione alla Corte dei conti (prevista espressamente dall'art. 15 del D.lgs. 39/2013), si prescriva l'azione contabile volta all'accertamento della responsabilità amministrativa derivante dal conferimento di incarichi *contra ius* e dal pagamento dei relativi compensi.

4. IPOTESI DI DANNO DERIVANTI DAL "DECRETO SULLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA".

Altre peculiari fattispecie di danno erariale si rinvencono nel decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, afferente al "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni".

Il decreto in questione, infatti, dopo aver sancito che "la trasparenza" va intesa come "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni" e che essa ha lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali nonché sull'utilizzo delle risorse pubbliche, mostrando l'adesione del legislatore a quelle tesi dottrinali che hanno elaborato accanto al diritto all'informazione dei singoli, un vero e proprio interesse generale alla disponibilità delle informazioni da parte della collettività, ha disposto la pubblicità di tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ed affermato l'esistenza dei diritti di conoscenza, di accesso (civico) e di utilizzo di detti documenti da parte di chiunque (art. 3 e 5).

In questo quadro normativo l'art. 15 del D.lgs. 33/2013 ha stabilito l'obbligo di pubblicare i nominativi dei titolari di incarichi dirigenziali, di

²⁹¹ Sulla culpa in vigilando cfr. Corte dei Conti, Sez. II App., 1 febbraio 2013, n. 41.

collaborazione e di consulenza, unitamente agli atti di conferimento dell'incarico, dei *curricula vitae*, dei compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di lavoro, di consulenza e di collaborazione, con specifica evidenziazione delle componenti variabili della retribuzione, legate alla valutazione del risultato. In caso di mancata pubblicazione dei dati relativi agli incarichi conferiti ai dirigenti, anche esterni all'amministrazione, e ai collaboratori, la legge vieta il pagamento di compensi agli stessi²⁹².

Tale divieto implicito di corresponsione si desume dalla previsione secondo cui il pagamento del compenso fa sorgere la responsabilità del dirigente che lo ha disposto, da accertarsi all'esito di un apposito procedimento disciplinare.

Ove sia ravvisata la responsabilità del dirigente che abbia autorizzato il pagamento, costui sarà passibile di una sanzione disciplinare "pari" all'ammontare dei compensi corrisposti.

La previsione (apparentemente poco meditata) del recupero del danno cagionato all'ente per il pagamento del compenso sotto forma di "sanzione pecuniaria", delinea, a modesto avviso di chi scrive, una peculiare fattispecie di danno erariale ad accertamento atipico, in cui il legislatore rimette l'accertamento della responsabilità, in una prima fase, alla stessa amministrazione attraverso il procedimento disciplinare, ma che non esclude, ove il procedimento disciplinare non venga attivato o la sanzione non sia applicata o venga ridotta, l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del Procuratore regionale della Corte dei Conti, sussistendo i presupposti stabiliti dall'art. 1 della legge 20/1994 (danno, rapporto di causalità tra il fatto ed il danno, dolo o colpa grave). L'art. 15 del D.lgs. 33/2013, infatti, non sembra in grado di derogare alle attribuzioni delle Procure contabili a tutela delle risorse pubbliche (art. 103, comma 2, Così), cui spetta la

²⁹² Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia a V. SARCONE, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, in AA. VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche, Commento alla legge 190/2012 e decreti attuativi*, cit, p. 69.

legittimazione straordinaria ad agire in giudizio a tutela dell'interesse pubblico al perseguimento delle responsabilità dei pubblici funzionari²⁹³.

In quest'ultimo caso in sede contabile potrebbe essere valutata sia la responsabilità patrimoniale del dirigente che ha pagato il compenso, sia quella di colui che doveva promuovere l'azione disciplinare-patrimoniale.

Per gli enti locali l'omessa pubblicazione sul sito Internet dell'attribuzione di un incarico di consulenza determina sicuramente la responsabilità amministrativa del dirigente preposto ai sensi del disposto dell'art. 3, comma 54, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. L'art. 22, co. 4, del D.lgs. 33/2013, poi, vieta espressamente l'erogazione di finanziamenti ad enti pubblici, società, enti di diritto privato controllati e finanziati dall'amministrazione, in caso di mancata pubblicazione dei dati relativi agli enti medesimi. In questa fattispecie normativa la pubblicità assume efficacia costitutiva della legittimazione al pagamento dei compensi. Ne deriva che l'erogazione dei finanziamenti agli enti medesimi, in contrasto con quanto previsto dalla disposizione imperativa in esame, comporta un esborso indebito che costituisce danno erariale.

Analogamente l'art. 26, comma 3, del D.lgs. 2013, prevede una fattispecie di danno erariale (il legislatore in questo caso non lesina i termini e designa la responsabilità erariale in tutte le sue sfaccettature come "amministrativa, patrimoniale e contabile") derivante dalla omessa o incompleta pubblicazione dei criteri cui le amministrazioni devono attenersi per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e dal successivo pagamento dei medesimi contributi. Qui la pubblicazione è espressamente configurata dal legislatore come una condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongono dette concessioni e attribuzioni e, pertanto, condicio sine qua non per l'erogazione di somme di importo superiore a mille euro. Anche in questa fattispecie, dunque, la pubblicità assume efficacia costitutiva della legittimazione al versamento del contributo o del sussidio.

²⁹³ L'art. 15 del D.lgs. 33/2013, parla "stranamente" di accertamento della responsabilità all'esito del procedimento disciplinare, configurando una sorta di responsabilità disciplinare per illeciti di natura amministrativo-patrimoniale, riservati alla giurisdizione contabile.

Negli articoli 22 e 26 del D.lgs. 33/2013 il legislatore ha previsto due fattispecie tipizzate di danno patrimoniale derivanti dall'indebita erogazione di finanziamenti e sovvenzioni in mancanza della prescritta pubblicità, la cui responsabilità va imputata ai dirigenti secondo i criteri generali previsti dall'art. 1 della legge 20/1994.

Invero, come chiarito dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti²⁹⁴, le fattispecie tipizzate servono a qualificare un determinato comportamento come "illecito erariale" (evitando al P.M. contabile l'onere di provare l'illiceità dello stesso), pur richiedendo la dimostrazione da parte dell'attore pubblico degli elementi tipici della responsabilità amministrativa (danno, rapporto di causalità tra il fatto ed il danno, dolo o colpa grave).

Il legislatore ha pure previsto che la mancata pubblicazione possa essere "rilevata d'ufficio dagli organi di controllo" (previsione che pare contaminata da suggestioni processuali, in quanto nel potere del controllore è insito per definizione quello di verificare la legittimità e talora l'opportunità degli atti compiuti dal controllato)²⁹⁵.

Qualora poi l'inefficacia del provvedimento concessorio venga rilevata dal soggetto interessato al contributo o accertata dal giudice amministrativo nel corso del giudizio promosso dal controinteressato vertente sulla legittimità dello stesso, può dar luogo ad un'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con conseguente condanna della P.A. che ha omesso la pubblicazione al risarcimento, anche solo per il danno da ritardo nel perfezionamento del provvedimento concessorio.

Un siffatto risarcimento farebbe sorgere immediatamente il presupposto di quel danno patrimoniale indiretto che legittima l'azione risarcitoria del Procuratore della Corte dei Conti, nei confronti del responsabile della trasparenza e degli altri dirigenti cui è imputabile l'omessa pubblicazione.

Infine, l'art. 46 del d.lgs. 33/2013, prevede una autonoma fattispecie di danno all'immagine, svincolata dal previo accertamento di un reato, derivante

²⁹⁴ In questi termini Corte Cost. 5 marzo 1971, n. 68, in *Foro Amm.*, 1971, I, 2, p. 89 ss. nonché più recentemente Corte dei Conti, Sez. I App., 14 dicembre 2012, n. 809.

²⁹⁵ Per i dirigenti il potere di controllo degli atti dell'Ufficio è espressamente previsto dall'art. 17, D.lgs. 165/2001.

dalla violazione degli obblighi sulla trasparenza ovvero dalla mancata predisposizione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità.

Si tratta da un danno all'immagine per "opacità dell'amministrazione" percepita dagli utenti come "non trasparente", che ragionevolmente potrà essere contestato dalla Procura erariale al responsabile per la trasparenza e ai dirigenti dell'ente in caso di plurime e reiterate violazioni delle disposizioni del d.lgs. 33/2013.

4.1. La nuova configurazione della "fattispecie generale" del danno all'immagine

L'art. 1, comma 62, della legge 190/2012, ha novellato l'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, aggiungendo, dopo il comma 1-quinquies, due nuovi commi che recitano: «1-sexies. *Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato, si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*».

«1-septies. *Nei giudizi di responsabilità aventi ad oggetto atti o fatti di cui al comma 1-sexies, il sequestro conservativo di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, è concesso in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale*».

Giova ricordare che la figura del danno non patrimoniale è stata elaborata dalla giurisprudenza civile, a conclusione di un laborioso percorso interpretativo teso a reinterpretare in chiave moderna l'art. 2059 c.c., disancorandolo dall'esclusiva connessione con l'art. 185 del codice penale, ed ha fruito dei risultati ermeneutici espressi nelle pronunce della Corte Costituzionale sul danno biologico.

In tal modo la giurisprudenza è giunta ad affermare la risarcibilità delle lesioni di interessi cd. "areddituali", cioè non inerenti necessariamente alla salute individuale o collettiva, ma parimenti dotati di rilevanza costituzionale ai sensi

dell'art. 2, tanto da essere ritenuti meritevoli di eguale tutela giurisdizionale. Ritenuto che qualsiasi privazione e/o lesione di attività, che connotano in modo essenziale l'esistenza del danneggiato, possa dar luogo a risarcimento, ne è scaturita la nozione di danno esistenziale, definito come pregiudizio areddituale, non patrimoniale, tendenzialmente omnicomprensivo.

In tale ambito è stato collocato anche il "danno all'immagine", consistente, per le pubbliche amministrazioni, nella lesione del diritto alla propria identità personale, al proprio buon nome, alla propria reputazione e credibilità, in sé considerate, tutelato dall'art. 97 della Costituzione.

In particolare, la Corte di Cassazione ha statuito che la lesione del diritto della persona giuridica all'integrità della propria immagine è causa di danno non patrimoniale risarcibile, sia sotto il profilo della sua diminuita considerazione presso i consociati in genere (o presso coloro che operano in quei settori con i quali l'ente interagisce), sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che la sminuita reputazione cagiona all'agire dei suoi organi. La lesione dell'immagine della pubblica amministrazione si concretizza ogniqualvolta un soggetto legato da un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, ponga in essere un comportamento criminoso e sfrutti la posizione ricoperta per il soddisfacimento di scopi personali utilitaristici e non per il raggiungimento di interessi pubblici generali, così minando la fiducia dei cittadini nella correttezza dell'azione amministrativa, con ricadute negative sull'organizzazione amministrativa e sulla gestione dei servizi pubblici.

Questa opzione ermeneutica ha portato al superamento di quella, più risalente nel tempo, che, pur collocando il danno all'immagine nell'alveo del danno esistenziale, lo inquadrava normativamente non sotto l'egida dell'art. 2059 c.c., bensì dell'art. 2043 c.c., qualificandolo ugualmente quale danno-evento di natura non patrimoniale²⁹⁶.

²⁹⁶ Sui presupposti per l'esercizio dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo si rinvia a N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2011, p. 47 ss. e R. CHIEP-PA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 918 ss.

L'orientamento più recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, inaugurato a partire dalla nota sentenza 11 novembre 2008, n. 26972, ha ricostruito unitariamente la figura del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., negando carattere autonomo al danno cosiddetto esistenziale e ridimensionando la categoria del danno evento.

Sulla scorta di tale autorevole arresto giurisprudenziale la stessa Corte dei Conti, con la decisione della III Sezione Centrale d'Appello 9 aprile 2009, n. 143, pur avendo ritenuto i principi contenuti nella pronuncia della Suprema Corte non applicabili, immediatamente e autonomamente, al danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, ha affermato la risarcibilità di tale fattispecie di danno *"come danno patrimoniale da perdita di immagine, di tipo contrattuale, avente natura di danno conseguenza"*.

La qualificazione del danno all'immagine come danno di natura "non patrimoniale" in ossequio alla citata giurisprudenza della Suprema Corte è stata fatta propria anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza 15 dicembre 2010, n. 355.

In ogni caso, la giurisprudenza unanime ritiene che la violazione del diritto all'immagine della Pubblica Amministrazione sia comunque economicamente valutabile, concretizzandosi in un onere finanziario che si ripercuote sull'intera collettività, spostando conseguentemente l'attenzione sulla sua quantificazione.

Invero la Corte di Cassazione, nella sentenza 2 aprile 2007, n. 8098, ha puntualizzato che il danno all'immagine *"anche se non comporta apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso"*.

La risarcibilità del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione costituisce ormai *ius receptum* nella giurisprudenza della Corte dei conti.

La giurisprudenza contabile infatti ritiene che l'illecito in questione si concretizzi ogniqualvolta un soggetto, legato alla P.A. da un rapporto di servizio, ponga in essere un comportamento criminoso e sfrutti la posizione ricoperta per il perseguimento di scopi personali utilitaristici e non per il raggiungimento di interessi pubblici generali, così minando la fiducia dei cittadini nella correttezza

dell'azione amministrativa, con ricadute negative sull'organizzazione amministrativa e nella gestione dei servizi in favore della collettività.

La stessa Corte dei Conti ha ulteriormente precisato che la fattispecie dannosa non richiede la diffusione della notizia all'esterno della pubblica amministrazione, bastando che l'operato dell'autore dell'illecito abbia avuto eco tra gli impiegati del medesimo ente.

Pur essendo doveroso un principio di prova in ordine alla lesione all'immagine della P.A, la quantificazione del danno, pari idealmente all'ammontare delle spese necessarie al ripristino dell'immagine stessa, non può che avvenire in via equitativa ex art. 1226 c.c.²⁹⁷.

Non occorre certo che le spese siano già state sostenute, bastando la considerazione che la ricostituzione della reputazione dell'ente costituirà comunque una fonte di spesa.

E' stato affermato che il danno all'immagine non sempre può essere esattamente quantificato in misura pari alle spese necessarie al ripristino del prestigio dell'ente pubblico, ma va astrattamente rapportato a tale ammontare *"come un valore da determinare secondo l'apprezzamento del giudice ex art. 1226 c.c."*²⁹⁸. In passato il criterio normalmente seguito dalla giurisprudenza contabile per la predetta quantificazione è stato quello di determinare il danno nella stessa misura delle somme percepite a titolo di tangenti da parte dei pubblici dipendenti condannati per concussione o corruzione²⁹⁹, ovvero, nei casi di maggiore gravità, ad un multiplo delle somme costituenti il profitto del reato³⁰⁰.

²⁹⁷ Negli stessi termini Cass. civ., Sez. Unite, 25 ottobre 1999, n. 744; Cass. civ., Sez. Unite, 4 aprile 2000, n. 98; Cass. civ., Sez. Unite, 15 luglio 2005, n. 14990; Cass. Civ., Sez. Unite, 20 giugno 2007, n. 14297.

²⁹⁸ Si vedano Corte dei conti, Sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n.31; Corte dei conti, Sez. I App., 7 marzo 1994, n.55; Corte dei conti, Sez. II App., 27 aprile 1994, n. 114; Corte dei conti, Sez. Umbria, 10 febbraio 1995, n.20; Corte dei conti, Sez. Umbria, 23 maggio 1995, n. 211; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 12 gennaio 1996, n.133; Corte dei conti, Sez. Sardegna, 14 aprile 1997, n.372; Corte dei conti, Sez. Campania, 23 aprile 1998, n.29; Corte dei conti, Sez. I App., 28 aprile 1998, n.10; Corte dei conti, Sez. II App., 13 ottobre 1998 n.207; Corte dei conti, sez. Sicilia, 4 maggio 1998, n.179; Corte dei conti, Sez. Umbria, 28 maggio 1998, n.628; Corte dei conti, Sez. Piemonte, 7 giugno 1999, n.1041; Corte dei Conti, SS.RR., 28 maggio 1999, n.16/QM; Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 15 dicembre 1999 n.1551; Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 18 maggio 2000, n.672; Corte dei conti, sez. I App., 25 marzo 2002 n.96; Corte dei conti, Sez. Lazio, 25 febbraio 2003 n. 439; Corte dei Conti, SS.RR., 23 aprile 2003 n.10/QM; Corte dei conti, Sez. III App., 10 settembre 2003, n. 392; Corte dei conti, Sez. II App., 26 gennaio 2004, n. 27; Corte dei conti, Sez. I App., 10 febbraio 2004, n. 49; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 10 febbraio 2004, n.433; Corte dei conti, Sez. I, 21 marzo 2007, n. 66; Corte dei conti, Sez I App., 21 giugno 2007, n. 173; Corte dei conti, Sez. II App., 10 luglio 2007, n. 231; Corte dei conti, Sez. I App., 7 maggio 2008 n. 202 e Corte dei conti, Sez. I App., 24 febbraio 2009 n. 97.

²⁹⁹ Sul punto v. Corte dei conti, Sez. II App., 28 settembre 2011 n.443; Corte dei conti, sez. Lombardia, 3 maggio 2012 n. 247.

Ora l'art. 1, co. 62, della legge n.190/2012, novellando l'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, attraverso l'inserimento nel corpo dell'articolo del nuovo comma "1-quinquies", ha stabilito che: "*Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*".

La legge 190/2012 ha dunque riformulato la fattispecie generale del danno all'immagine, precisando che:

a) il danno all'immagine è ipotizzabile in tutti i casi di reati contro la pubblica amministrazione, non solo ove siano accertati quelli previsti dal titolo secondo del libro secondo del codice penale, come già previsto dall'art. 17 comma 30 ter, del D.L. 78/2009 (nel novero dei reati contro la P.A. rientra ad esempio la truffa aggravata a danno dello Stato ex artt. 640, comma 2 o 640 bis);

b) il reato deve essere stato accertato con sentenza passata in giudicato, ma non è più richiesta una sentenza di condanna *strido iure*, per cui l'esercizio dell'azione risarcitoria dinanzi alla Corte dei Conti diviene possibile anche sulla scorta di una sentenza di patteggiamento (peraltro già ammessa da tempo da una consolidata giurisprudenza contabile)³⁰¹ e in presenza di una sentenza penale che abbia dichiarato la prescrizione del reato³⁰².

La norma, inoltre, ha predeterminato *ex lege* il pregiudizio non patrimoniale cagionato alla P.A., ovvero all'ente a prevalente partecipazione pubblica, in misura pari al doppio dell'importo del denaro o dell'utilità illecitamente percepita dal pubblico funzionario, salvo prova contraria che potrà essere fornita dal responsabile del danno, al fine di una sua attenuazione al di sotto

³⁰¹ *Ex multis* Corte dei conti, Sez. Lombardia, 16 agosto 2012, n. 378; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 16 agosto 2012, n. 376; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 30 maggio 2012, n. 314; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 3 maggio 2012 n.247; Corte dei conti, sez. Lombardia, 20 febbraio 2012, n.96; Corte dei conti, SS.RR., 23 aprile 2003 n.10/QM.

³⁰² Secondo Corte dei conti, Sez. Lombardia, 17 gennaio 2014, n. 8, l'art. 1, co. 62, della legge n.190/2012, avrebbe introdotto una presunzione *iuris tantum* in punto di quantificazione del danno all'immagine, senza perciò incidere sul potere del giudice contabile di determinare in via equitativa l'ammontare del danno all'immagine della P.A o ente pubblico. Secondo Corte dei conti, Sez. Sicilia 25 novembre 2013, n. 3420 (Corte dei conti, Sez. Campania, 30 ottobre 2013, n. 1465; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 5 dicembre 2013, n. 304), andrebbe esclusa invece l'applicabilità del parametro di cui alla legge n. 190/2012, ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge stessa, non avendo la norma natura processuale.

dell'accennata misura legale, o dallo stesso Procuratore contabile, allo scopo di ottenere una condanna di importo più elevato nei casi di episodi di corruzione molto gravi³⁰³.

Attesa la natura di norma interpretativa di carattere processuale dell'art. 1, co. 62, della legge n.190/2012, evidenziata proprio dall'incipit della disposizione ("nel giudizio di responsabilità"), avendo essa lo scopo di predeterminare l'ammontare del danno all'immagine agevolandone la prova, la citata disposizione deve ritenersi applicabile anche ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge stessa, ma sottoposti a giudizio contabile successivamente alla sua entrata in vigore.

Ed invero, a ben guardare, l'applicazione ai giudizi in corso della norma in esame, non viola i canoni fondamentali dell'ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico, ma limitando la discrezionalità dell'organo decidente in punto di quantificazione del danno all'immagine, contribuisce alla realizzazione degli stessi.

4.2. Il sequestro conservativo per la tutela del diritto al risarcimento del danno all'immagine subito dall'amministrazione

L'art. 1, co. 62, della legge 190/2013 ha modificato i presupposti per la concessione delle cautele patrimoniali a favore dell'amministrazione nel processo per danno erariale dinanzi alla Corte dei Conti.

³⁰³In questi termini Corte dei conti, Sez. Puglia, 6 novembre 2013, n. 1488. L'assunto giurisprudenziale non è tutta via condiviso da tutte le Sezioni. Invero secondo Corte dei conti, Sez. Sicilia 25 novembre 2013, n. 3420, andrebbe esclusa l'applicabilità del parametro di cui alla legge n. 190/2012, ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge stessa, non avendo la norma natura processuale (negli stessi termini (Corte dei conti, Sez. Campania, 30 ottobre 2013, n. 1465; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 5 dicembre 2013, n. 304),

Ed invero la norma ha introdotto nel testo dell'art. 1 della legge 20/1994, il comma 1-septies. Il quale stabilisce che: «*Nei giudizi di responsabilità aventi ad oggetto atti o fatti di cui al comma 1-sexies, il sequestro conservativo di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, è concesso in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale*».

A tale riguardo occorre ricordare che l'art. 5 del d.l. n. 453/93, convertito nella legge 14 gennaio 1994, n. 19, ha attribuito al Procuratore regionale il potere di chiedere, anche contestualmente all'adozione dell'invito a dedurre, al Presidente della Sezione competente a conoscere del merito del giudizio, il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del convenuto, comprese le somme e le cose allo stesso dovute, nei limiti di legge³⁰⁴.

Sulla domanda il Presidente della Sezione giurisdizionale regionale provvede con decreto motivato e procede contestualmente a:

- a) fissare l'udienza di comparizione delle parti innanzi al giudice designato, entro un termine non superiore a quarantacinque giorni;
- b) assegnare al Procuratore regionale un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la notificazione della domanda e del decreto.

All'udienza per la convalida della misura cautelare, il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con il decreto.

Con l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, viene fissato un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito, presso la Segreteria della sezione giurisdizionale regionale, dell'atto di citazione per il correlativo giudizio di merito. Il termine decorre dalla data di comunicazione del provvedimento all'ufficio del Procuratore regionale. La novella, avendo previsto che per concessione del sequestro conservativo dei beni dell'autore di un danno all'immagine basta il "fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale", che è evidentemente un *minus* rispetto al "fondato

304 P. NOVELLI, *I provvedimenti cautelari nei giudizi contabili*, Milano, 2009.

timore di perdere la garanzia" del credito (richiesto dall'art. 671 c.p.c.)³⁰⁵, si presta a diverse letture.

Invero, si è ipotizzato che il riferimento ai fatti contenuto nel nuovo comma 1 *sexies* della legge 20/1994 e non solo agli atti (cioè alle sentenze definitive di condanna), renderebbe ammissibile la concessione del sequestro conservativo anche in presenza di fatti costitutivi di un illecito penale non ancora accertati in via definitiva, ma meramente contestati in sede penale attraverso il rinvio a giudizio dell'imputato³⁰⁶.

Inoltre, una volta riscontrati gli elementi tipici della fattispecie delittuosa (già accertata in sede penale o in corso di accertamento) risultanti dagli atti o fatti predetti, il giudice contabile dovrebbe concedere la misura cautelare in base alla mera delibazione del *periculum in mora*, dovendosi ritenere che per il *fumus boni iuris* basti il mero riscontro della sussistenza degli atti o fatti costitutivi del reato³⁰⁷.

Secondo un'apposta opzione ermeneutica, con l'introduzione del nuovo comma 1 *septies* della legge 20/1994, il legislatore si sarebbe solo preoccupato di chiarire l'ammissibilità del sequestro conservativo contabile anche per i casi di soli danni all'immagine previsti dalle nuove disposizioni della legge anticorruzione, ma non avrebbe innovato la disciplina sostanziale della materia in ordine dei presupposti per la concessione della cautela patrimoniale.

Pertanto il Presidente della Sezione giurisdizionale competente sarebbe sempre chiamato a valutare la sussistenza del "fondato timore" di attenuazione della garanzia del credito erariale, cioè dovrebbe delibare, come nella precedente disciplina, l'effettiva sussistenza *del fumus boni iuris* e del *periculum in mora* con riguardo alla fattispecie azionata dal Procuratore, secondo i principi generali dettati dal codice di procedura civile³⁰⁸ e validi per ogni tipo di processo³⁰⁹.

³⁰⁵ L'art. 671 c.p.c. dispone che: "Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento".

³⁰⁶ In questi termini L. D'ANGELO, *Lesione dell'immagine della P.A. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?*, in www.respamm.it la tesi è accolta da Corte dei conti, Sez. Campania, 23 agosto 2013, n. 287.

³⁰⁷ Così ancora L. D'ANGELO, *Lesione dell'immagine della P.A. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?*, cit.

³⁰⁸ Così M. OREFICE, *La responsabilità connessa alla realizzazione del piano anticorruzione: le modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20*, cit.

Infatti interpretare la disposizione come se autorizzasse la concessione del sequestro sulla base della sola dimostrazione del "fondato timore", senza cioè alcun esame del *fumus boni juris*, come accade tipicamente nel procedimento per sequestro cautelare, sembrerebbe poco coerente con la finalità della misura in questione.

Si dovrebbe ammettere, che per il solo danno all'immagine la concessione del sequestro prescinderebbe da qualsivoglia esame sull'ipotesi di responsabilità, dipendendo esclusivamente dall'accertamento di un giustificato timore di sottrazione delle garanzie del credito erariale. La seconda teoria sopra richiamata sembra più coerente con la finalità del provvedimento interinale che ha un'efficacia limitata fino alla decisione sul merito dell'azione di responsabilità dalla cui delibazione di fondatezza il giudice non può prescindere³¹⁰.

5. LE ESIMENTI GENERALI E QUELLE SPECIFICHE PREVISTE DALLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE

Nel giudizio contabile l'antigiuridicità del comportamento astrattamente idoneo ad integrare una fattispecie di responsabilità amministrativa patrimoniale può venire meno in presenza di determinate circostanze esimenti³¹¹.

Costituiscono esimenti a carattere generale:

- a) la legittima difesa (art. 2044 c.c.);
- b) lo stato di necessità (art. 2045 c.c.): in questo caso l'indennità prevista a carico dell'agente rimane a carico dell'amministrazione per mancanza di colpa grave;
- c) il caso fortuito, che opera soprattutto sul terreno della responsabilità contabile sotto l'aspetto della impossibilità sopravvenuta che fa venir meno sia nesso di causalità che la colpa (art. 1218 c.c.);

³⁰⁹ Si vedano gli artt. 55 ss. del Codice del processo amministrativo, approvato con L. 2 luglio 2010, n. 104 e l'art. 47 del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, afferente disposizioni sul processo tributario. In dottrina N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit, p. 165 ss. e C. CONSOLO - C. GLENDI, *Commentario breve alle leggi sul contenzioso tributario*, p. 520 ss.

³¹⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Voi. I, Torino, 2012, p. 277 ss. e C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Voi. IV, Torino, 2011, p. 245 ss.

³¹¹ In argomento P. SANTORO, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2011.

- d) la forza maggiore ("*vis cui resisti non potest*"), che impedisce di ritenere responsabile, ad esempio, l'autista per il danneggiamento dell'auto di servizio colpita da un ramo caduto da un albero durante un improvviso temporale;
- e) l'esercizio di un diritto (ad. l'uso legittimo di armi da parte dell'agente non comporta responsabilità per il danneggiamento delle cose appartenenti a terzi);
- f) l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.).

Costituiscono invece esimenti tipiche della responsabilità amministrativa patrimoniale o erariale:

- l'osservanza dell'ordine del superiore, qualora esso non imponga la commissione di un reato (art. 18, D.P.R. 3/1957);
- il voto contrario o l'astensione, nel caso di partecipazione ad organi collegiali deliberanti (art. 1, co. 1 ter, della L. 20/1994);
- la buona fede dei rappresentanti degli organi politici rispetto all'adozione di provvedimenti di natura tipicamente amministrativa o tecnica (cd. scriminanti politica, art. 1, co. 1 ter, ultimo periodo della L. 20/1994).

Nella cornice delle esimenti contabili deve ora essere collocata la previsione della legge 190/2012 che esclude la responsabilità del preposto alla prevenzione della corruzione nel caso di realizzazione dei reati di concussione e corruzione da parte del personale dell'ente, ove costui abbia predisposto efficaci misure di prevenzione del rischio della commissione di tali reati - e, cioè, abbia predisposto il piano triennale anticorruzione facendo quanto possibile per l'adozione dello stesso da parte dell'organo politico (es. la Giunta negli EE.LL.), abbia disposto un piano di corsi di formazione e di rotazione del personale - e sia in grado di provare di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano e delle altre misure volte a prevenire il rischio della realizzazione di illeciti³¹².

Tuttavia, se la predisposizione di un efficace piano anticorruzione fa venir meno la responsabilità del dirigente preposto alla prevenzione, resta ferma la responsabilità penale dell'autore del reato (o dei diversi correi in caso di concorso di persone).

³¹² Sull'efficacia dei pareri ANCI si veda Corte dei conti, Sez. Lazio, 3 marzo 2008, n. 1216.

Non hanno efficacia esimente, invece, i pareri resi dall'A.N.A.C. ai sensi dell'art. 1, co. 2, L. 190/2012. Questi pareri, infatti, a prescindere dall'autorevolezza dell'organo, non possono incidere sull'antigiuridicità di un determinato comportamento la cui valutazione spetta a seconda dei casi alla Procura della Repubblica o alla Procura della Corte dei conti ma possono contribuire ad attenuare la responsabilità amministrativa, come i pareri resi ai comuni dall'ANCI, ritenuti in grado di diminuire la colpa dell'autore del danno³¹³.

Anche la mancata attribuzione di personale adeguato o di effettivi poteri organizzativi ed ispettivi, impedendo la vigilanza sull'attuazione delle misure anticorruzione, potrà essere valutata dalla magistratura contabile come circostanza comportante un'attenuazione della colpa del responsabile della prevenzione della corruzione con l'attribuzione di parte o dell'intera responsabilità ad altri dirigenti dell'ente (direttore generale e dirigenti dei singoli uffici) cui siano imputabili la mancata adozione dei necessari provvedimenti organizzativi.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A conclusione di questa disamina dell'impatto delle nuove norme anticorruzione nel sistema della responsabilità amministrativa patrimoniale, si può rilevare come il legislatore abbia inteso prevenire i fenomeni di corruzione, chiamando a rispondere chi li commette non solo sul piano penale, ma anche su quello patrimoniale.

A questo scopo sono state previste alcune fattispecie tipizzate di illecito erariale che si rapportano alla norma generale che sancisce la responsabilità amministrativa (art. 1, legge 20/1994) nel senso di ricavare dalla stessa i presupposti fondanti della responsabilità amministrativa, alla stregua di quanto stabilito dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti nella sentenza 12/2011.

³¹³ Cfr. al riguardo Corte dei Conti, App. Sicilia, 14 febbraio 2013, n. 46 e Corte dei Conti, Sez. I App., 18 novembre 1993, n. 143.

In pratica, se si eccettua la fattispecie di responsabilità ad accertamento atipico contenuta nell'art. 15 del D.lgs. 33/2013, le fattispecie speciali non sembrano derogare alle regole dettate dall'art. 1 della legge 20/1994 per l'accertamento della responsabilità amministrativa. Ma la novità più significativa della normativa anticorruzione riguardo all'esercizio dell'azione di responsabilità è quella contenuta nell'art. 1, co. 62, della legge n.190/2012, che ha reso perseguibile il danno all'immagine in tutti i casi di reati contro la pubblica amministrazione (dunque anche nei casi di truffa aggravata a danno dello Stato ex art. 640, comma 2 o 640 bis) e non solo nel caso di realizzazione dei reati previsti dal titolo secondo del libro secondo del codice penale, superando gli angusti limiti di azione delineati dall'art. 17 comma 30 ter, del D.L. 78/2009.

Lo stesso articolo 1, comma 62, della legge 190/2012, inoltre, ha predeterminato *ex lege* il pregiudizio non patrimoniale cagionato alla P.A., ovvero all'ente a prevalente partecipazione pubblica, in misura pari al doppio dell'importo del denaro o dell'utilità illecitamente percepita dal pubblico funzionario, salvo prova contraria da parte dell'interessato.

A voler essere ottimisti sembra quasi che il legislatore, preso definitivamente atto della pervasività del fenomeno corruttivo e dei suoi costi per la collettività (come spiegato, infatti, la "corruzione" non comporta solo il "degrado morale" e la "depravazione" ma il saccheggio sistematico delle pubbliche finanze), abbia voluto serrare i ranghi della magistratura contabile, già attiva nel settore della lotta alla corruzione, per richiamarla ad una straordinaria azione di tutela della finanza pubblica - mediante l'esercizio delle azioni risarcitorie dei danni da tangente, da disservizio e da immagine - atteso che l'alto livello di pressione fiscale non permette di aumentare ulteriormente le imposte e non è così facile, come si è scritto in leggi e rapporti di vario genere, effettuare i tagli di spesa alla luce di una languente azione di "*spending review*".

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., Guida normativa, CEL, 1997;
- AA. VV., Guida normativa, CEL, 2005;
- AA. VV., L'ordinamento degli enti locali, Maggioli, 2003;
- AA. VV., Lo snellimento dell'attività amministrativa (commento alla l. 127/1997)), Milano, 1997, p. 100 ss. ;
- ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale, Parte Speciale,
- ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale, Parte Speciale, Vol. II, p. 323.
- BARUSSO E., Il segretario comunale e provinciale, Giuffrè, 2001;
- CASSETTA E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 7.
- CASSESE S., L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato, in *Politica del diritto*, 1998,
- CASSESE S., Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale (dopo la legge n.145/2002), *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 12, pp. 1341-1342.
- CASSESE S., MARI A., L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana, *Politica del diritto*, 2001,
- CELIONI F. "La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti - Le nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi." in *AMMINISTRATIVAMENTE* N.12/2013.
- CHINDEMI, Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1166.
- CONSOLO C., Spiegazioni di diritto processuale civile, Voi. I, Torino, 2012, p. 277 ss. e C.
- D'AURIA G., Ancora una riforma della dirigenza pubblica, *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 11, p. 1158.
- DANZÌ - CANOSSO - CARLINO - IUDICELLO, Il nuovo contratto di lavoro dei segretari comunali e provinciali, *Il Sole 24 ore*, 2001;

FIorentino L., Dirigenti, poteri di gestione e mancato esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo da parte dei ministri, *Il Foro italiano*, 1996, 12, pt. 3, p. 609.

FIorentino L., Dirigenti, poteri di gestione e mancato esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo da parte dei ministri, *Il Foro italiano*, 1996, 12, pt. 3, p. 609.

FIORINO N., GALLI E., *La corruzione in Italia*, Bologna, 2013.

FRANCESE, L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa, in *Foro amm.* 1987, 1674.

FORTI G., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a 10 anni da mani pulite*, Milano, Vita e Pensiero, 2003.

GARRI, Voce *Danno erariale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986

GIOVENCO, *Segretario comunale e provinciale*, in *NN. D. I.*, XVI, UTET, 1969, p. 932;

GRIFFINO, commento agli artt. 51, 52 e 53 della l. 142/1990 in *Italia-Bassani* (a cura di), *Le autonomie locali*, II, Milano, 1990, p. 633;

IEVA, *Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 343.

LUPPO – MATARAZZO, *Il segretario comunale, profili giuridici e funzionali*, Cuneo, 1993; Matarazzo, *Il segretario comunale*, in Paolini – Saija (a cura di), *Manuale degli enti locali*, Roma, 1996;

MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1559.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Voi. IV, Torino, 2011, p. 245 ss.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, Vol. 5, Torino, 1981, p. 212 ss.

MEOLI C., *Il segretario comunale e provinciale nella nuova legislazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 985 ss. ;

MEOLI C., voce *Segretario comunale e provinciale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, quarta edizione, UTET, 1999;

MEOLI C., voce *Segretario comunale e provinciale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Giuffrè, 1989;

MERCURIO-ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Napoli, 2009;

MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986.

NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la «buona amministrazione»*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali - La dirigenza*, 2009

OTTAVIANO, *Rilievi in tema di «dirigenza» di Comuni e Province ex art. 51 l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, vol. II, 1227 ss.

PERIN M., *La responsabilità amministrativa del Segretario comunale, relazione al convegno Controllo dei processi di gestione all'interno dell'Ente locale: il contesto, le regole e le funzioni del segretario comunale*, Comune di Nettuno, 20 maggio 2005, inedito;

RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1246.

ROMANO A., *Segretario comunale e provinciale*, in *NN. D. I., App. VII, UTET*, 1987;

SANTELIA D., voce *Segretario comunale e provinciale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Istituto dell'enciclopedia italiana Treccani, 1992;

SANTORO P., *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2011.

SARCONI V., TARTAGLIONE M., VITULLO V., *La stesura dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle aziende del servizio sanitario nazionale. Sintesi delle principali indicazioni operative*, in *AMMINISTRATIVAMENTE*.

SCHLITZER E.F., *Profili sostanziali della responsabilità amministrativa contabile*, in AA.VV. (a cura di E.F. Schlitzer), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002

STADERINI, *Il nuovo ordinamento dei segretari comunali e provinciali*, NR, 1997, p. 1733 ss. ;

STADERINI, *La nuova disciplina dell'apparato burocratico locale*, NR, 1997, p. 1209 ss. ;

STANCANELLI, Organizzazione, personale e segretari comunali, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 725 ss. ;

TENORE V., in AA. VV., *La nuova Corte dei Conti*, MILANO, 2013

VIRGA, *La figura del segretario comunale dopo la legge Bassanini n. 127/1997*, NR, 1997, p. 2198 ss.