

ALCUNI ASPETTI CRITICI DEL PROCESSO DI DISTINZIONE TRA COMPETENZE DI INDIRIZZO E GESTIONE AMMINISTRATIVA

Le più accreditate teorie della scienza dell'amministrazione vedono nel disegno funzionale-normativo della p.a. che si è attuato a partire dagli anni '90 l'ispirazione al desiderio della "managerializzazione".

Ma cosa s'intende con managerializzazione? In Italia l'impianto normativo-amministrativo dal 1861 in poi si è evoluto traendo ispirazione diretta, se non univoca, dal modello francese.

L'esperienza insegna però che l'emulazione, perché possa fruttare (nell'industria basti pensare al modello di sviluppo giapponese dagli anni '60 in poi, dove le abilità di riproduzione [dei prodotti del mercato statunitense in *primis*], composizione e soprattutto di mignaturizzazione hanno permesso lo sviluppo, ad esempio, della microelettronica, facendo divenire il paese del Sol Levante il gigante che tutti conosciamo) abbisogna di un vasto "parco strumenti" senza i quali la pedissequa imitazione non porta a nulla.

In Francia una gestione amministrativa della *res publica* fortemente accentrata, ma efficiente al pari di quella privata, è assicurata da una classe dirigente, altamente selezionata, minuziosamente formata (impensabile, purtroppo per noi, a motivo di una pletora di scusanti che più somiglia ad una giaculatoria, a tutt'ora, una comparazione Ena/Sspa), e fortemente motivata.

In Italia, per una pluralità di ragioni che esulano dagli intenti cui si aspira con questo breve scritto, la classe dirigente dello Stato amministrazione, vale a dire i *commits* e soprattutto i *grand commits d'Etat*, (composta per la maggior parte da raffinatissimi intellettuali, la cui preparazione però è stata e continua ad essere merito della propria buona volontà) non ha potuto operare conseguendo i risultati colti dall'altra parte delle alpi, benché gli strumenti normativi si somigliassero.

Il travaglio di un'amministrazione asfittica, giunse al collasso quando negli anni '90 gli economisti chiarirono, una volta per tutte, come la spesa pubblica italiana fosse viziata da politiche di *deficit spending*, apprezzabili o meno, che non venivano misurate in ottiche di *performance* (efficienza, efficacia, economicità) e questo è sicuramente male.

A tal proposito giova all'analisi il commento di G. Ladu (docente alla S.s.a.p.a.): "Il processo di riforma, avviato all'inizio degli anni '90, si configura nel senso che le pubbliche amministrazioni sono chiamate ad assumere la veste di strutture di servizio degli interessi della collettività e pertanto ad operare secondo canoni di economicità, efficienza ed efficacia, per un'amministrazione che funzioni meglio e costi meno, sulla base di risultati da misurare in forza di parametri di razionalità economica.

Risulta, insomma, superata ed abbandonata la tradizionale concezione dell'amministrazione come mera attività di attuazione ed esecuzione della legge – la legge come fatto rituale, a dimensione magica, misura unica di ogni fenomeno – caratterizzata da un solo criterio di valutazione: la legittimità. Si afferma, invece, un diverso modo di concepire ed interpretare il principio costituzionale di buon andamento, come valore di razionalità economica e gestionale...

...Le modifiche ordinamentali introdotte dagli anni '90 in ordine al sistema ed ai criteri di utilizzazione delle risorse pubbliche e, da ultimo, la legge n. 3/2001 vanno così configurando un diverso assetto, destinato ad incidere ulteriormente sulla struttura del bilancio dello Stato, ma anche, inevitabilmente, degli altri livelli di governo e sui centri di spesa, che in

larga misura coincidono con i centri di responsabilità amministrativa cui, di regola, sono preposti i dirigenti di grado più elevato.

La riforma del pubblico impiego – e, soprattutto, della dirigenza pubblica – specie alla luce del modello federale in fase di attuazione, non può non orientarsi nel senso di affidare alla dirigenza strumenti più agili, e più efficaci, di gestione, maggiore autonomia (cui deve corrispondere, peraltro, una nuova forma di responsabilità, per risultati), in ragione di un più moderno sistema di valutazione delle prestazioni.

Percepito il gap che separava il nostro paese dal resto del mondo, il legislatore, animato da un adeguato scopo furor *legificandi*, provvide nel decennio con le l. 142/90, l. 241/90, l. 421/92, d.lgs. 504/92, d.lgs. 29/93, l. 19/94, l. 20/94, l. 109/94, d.lgs. 77/95, d.lgs. 336/96, l. 59/97 e 127/97, l. 191/98, l. 265/99, l. 340/2000, d.lgs. 267/2000, l. 388/2000, d.lgs. 165/2001, l. 448/2001, l. 145/2002, l. 289/2002, che costituiscono, in buona sostanza, l'intelaiatura di un sistema di utilizzo della risorsa pubblica che ha prodotto ragguardevoli risultati.

Il *trade-off* è colmato? Lo Stato amministrazione attuale regge il confronto con gli altri *competitors*?

L'innesto dell'oculata gestione, sollecitata/coadiuvata da un attore (la CdC) munito di *penetranti poteri cognitori* ben prima del giudice amministrativo di cui all'art. 4 della l. 205/2000, ha sicuramente prodotto significative e sostanziose economie. Quest'aspetto però, benché assai positivo per le casse dell'erario pubblico, costituisce solo il 50% della risposta ad un problema, cui si è tentato e si sperimenta ancor ora una soluzione definitiva. Infatti se da un lato si spende meno, urge e necessita che si spenda bene.

Il legislatore degli anni '90 aveva afferrato un basilare concetto, affinché la spendita delle risorse fosse veicolata al fine, nel migliore dei modi, l'operatore pubblico necessitava di un kit di strumenti, oggettivi, il cui uso avrebbe condotto speditamente e serenamente alla verifica della conformità della spesa ai canoni di efficienza, efficacia ed economicità.

Successivamente, accostato all'acclaramento che spendere poco/spendere meglio, era non solo possibile ma necessario, anzi *conditio sine qua non*, si compì un ulteriore balzo, il rafforzamento della separazione politica/gestione, timidamente annunciato nei provvedimenti dei primissimi anni '90, partorito nel '93, cullato negli anni 95/96, rafforzato nel '98 e consacrato nel 2000 dal t.u.e.l..

Il quadro normativo attualmente in vigore è figlio della mentalità che vuole e legge nella *managerializzazione* la panacea ai mali tratteggiati e soprattutto la via unica di sviluppo per un corretto rapporto tra l'indicazione degli obiettivi (pertinenza del ceto politico) e il raggiungimento degli stessi (pertinenza del ceto burocratico/manager). Occorre rilevare che a fronte di una concezione del riparto tra compiti di governo, di indirizzo e di coordinamento spettanti agli organi elettivi o a quelli che, ancorché non elettivi, ripetono dai primi la legittimazione a operare (quali gli assessori di giunta comunale e provinciale) e quelli di gestione (affidati in via esclusiva alla dirigenza dello stesso ente) che costituiscono la struttura fondante nell'intera riforma delle autonomie locali e, poi, del sistema di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, articolato anch'esso sulla stretta ripartizione tra attività di indirizzo e controllo di natura politica e di gestione (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 novembre 2001, n. 5833), che nella pratica sussistono notevoli dubbi e incertezze applicative, dovuti a una serie di resistenze e vischiosità, che si traducono in ripetute illegittimità – per violazione del principio di competenza – dell'azione amministrativa degli enti locali.

Secondo i più, gran parte dei problemi di delimitazione delle competenze derivano dal fatto che non è stato costituzionalizzato espressamente il principio della separazione tra indirizzo e gestione: del resto lo stesso Consiglio di Stato, col parere dell'Adunanza generale in data 10 giugno 1999, ha sottolineato che "la demarcazione delle competenze (...) è (...) *prima facie* assai chiara; (...) ai dirigenti compete (ovviamente nel quadro degli indirizzi prefissati) tutta l'attività di amministrazione concreta, an-

che ove essa si estrinsechi attraverso atti di imperio; rimangono invece attratte, nelle attribuzioni degli organi di direzione, le attività che "involgono l'esercizio di *puissance publique*" ovvero gli atti di discrezionalità politica". Si pone pertanto in evidenza che "il punto da dirimere non riguarda la distinzione tra atti politici ed atti amministrativi, quanto piuttosto l'esatta individuazione dell'ambito entro il quale si esplica la funzione di indirizzo politico-amministrativo".

La sua attuazione resta attualmente consegnata alla costanza del legislatore ordinario, il quale può avanzare o ritrarsi da questo terreno con libertà pressoché assoluta, come anche demandata ad un atto amministrativo, sia pure di rango regolamentare. Tutt'al più, si può affermare che il principio sulla distribuzione di competenze tra organi elettivi ed organi burocratici secondo cui "i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti", costituisce "norma fondamentale delle riforme economico-sociali della Repubblica" e, in quanto tale, è applicabile anche alle regioni a statuto speciale, costituendo un limite alla potestà legislativa regionale esclusiva (T.A.R. Sardegna-Cagliari, sentenza 12 giugno 2001, n. 629).

È in questo quadro complessivo che si inquadra il lavoro di Laura Amaranto, Funzionario dell'ufficio legale del Comune di Senigallia (AN) e Vicepresidente dell'Aesa, che mira a porre in luce determinate zone d'ombra di questo processo, vero o presunto, di assimilazione del processo operativo pubblico (usiamo volutamente termini generici) con quello privato. Si tratta di argomenti già affrontati in precedenti numeri di questa rubrica, ma che, dal lavoro in questione, vengono esaminati sotto una visuale certamente originale e per questo, a nostro modo di vedere, assai efficace per cogliere le reali conseguenze della evoluzione normativa.

IL PROCESSO DI DISTINZIONE TRA COMPETENZE DI INDIRIZZO E GESTIONE AMMINISTRATIVA

Nel regime giuridico precedente alla l. 142/90 l'intera attività dell'ente locale era sostanzialmente attribuzione degli organi di governo, che assumevano ogni atto, collegiale o monocratico, che avesse valenza sia interna che esterna.

Gli uffici si ponevano esclusivamente quali risorse umane e strumentali per realizzare compiti ed attività che erano programmati e gestite direttamente dagli organi di governo dell'ente (sindaco, giunta e consiglio).

Del resto, la mancanza di un'autonomia normativa e finanziaria degli enti impediva che ogni realtà territoriale si caratterizzasse in maniera propria, anche a livello di organizzazione e gestione.

Tale indifferenziazione di strutture e sistemi, appiattendosi di fatto ogni definizione strategica delle attività, concentrava in mano alla direzione politica ogni attribuzione di compiti e responsabilità, ponendosi gli uffici solo in chiave strumentale ed esecutiva, in un contesto quasi esclusivamente caratterizzato dalla cultura dominante del formalismo e dell'adempimento. Con la l. 142/90 si affaccia, per la prima volta, il principio di distinzione tra l'attività di indirizzo politico e l'attività di gestione amministrativa nell'ente locale. Essa traccia il confine tra attività di indirizzo e gestione associando all'adozione degli atti il nuovo profilo delle responsabilità, nonché un nuovo aspetto di legittimità connesso alla possibilità che, dal mancato rispetto della distinzione, potesse derivare un eventuale vizio di incompetenza. In ogni caso il principio ha incontrato non pochi ostacoli sia per la difficoltà della classe politica a privarsi di attribuzioni così pregnanti, sia per la naturale resistenza della dirigenza ad appropriarsi di compiti e responsabilità di particolare rilievo

(¹), sia perché l'art. 35 di tale legge aveva individuato nella giunta l'organo avente competenza residuale (sia per la parte politica sia per la parte amministrativa) (²). La l. 142/90 ha rappresentato il banco di prova della distinzione tra organi politici e burocrazia. Proprio la natura discrezionale dei provvedimenti amministrativi aveva segnato il limite della distinzione tra politica e amministrazione; le competenze degli atti con contenuto discrezionale erano state attribuite agli organi politici, lasciando alla burocrazia l'adozione di tutti gli atti di gestione non aventi contenuto discrezionale.

Successivamente il d.lgs. 29/93 (³) ha generalizzato la distinzione tra politica e amministrazione senza alcun limite per gli atti discrezionali; ma il principio non è stato immediatamente recepito dalla gran parte degli enti locali rimanendo del tutto disapplicato.

Le disposizioni del d.lgs. 29/93 sono state ritenute non immediatamente applicabili agli enti locali necessitando quindi il loro recepimento negli statuti locali (⁴). Tale decreto ha impresso una forte spinta al principio di distinzione tra il ruolo della politica, chiamata a scegliere, indirizzare e correggere e il ruolo dell'amministrazione, chiamata ad eseguire. Nei due diversi ruoli si rispecchia anche la diversa legittimazione (elettiva, in un caso, per merito, nell'altro) e la diversa capacità caratterizzante degli or-

gani di direzione politica e della dirigenza amministrativa. Non bisogna dimenticare, peraltro, che il principio di distinzione è tendenziale, ma non assoluto, come dimostrano le numerose previsioni di deroga o di attuazione con "adeguamento" relative alle amministrazioni per le quali l'identificazione di un vertice politico comporterebbe inaccettabili forzature (⁵).

Il principio di distinzione comporta l'attribuzione di compiti e ruoli differenziati, ma non esclude affatto, anzi implica, la collaborazione fra politica e amministrazione (⁶). Affermare tale principio significa, inoltre, sostituire ai rapporti di gerarchia un rapporto di direzione, in quanto non c'è più comprensività o fungibilità della competenza dell'organo politico rispetto a quella dei dirigenti (⁷).

Anche il d.lgs. 77/95 si muove nella direzione del rafforzamento del principio di distinzione politica-amministrazione introducendo un vero e proprio strumento che traduce l'attività di programmazione generale, a livello di bilancio, in attività gestionale passando attraverso un'attività negoziale tra organi politici e burocratici, per definire insieme le modalità, i tempi e le risorse umane e strumentali per raggiungere gli obiettivi prefissati (il Peg: Piano esecutivo di gestione). Il tentativo di unificazione delle competenze e della indifferenziazione delle stesse

(1) La stessa giurisprudenza, peraltro con pronunce contrastanti, alimentava il senso di resistenza passiva all'adozione del nuovo modello organizzativo, ritenendo l'art. 51 della l. 142/90 ora norma con valenza di principio e pertanto da recepire dall'ente (cfr. T.A.R. Lombardia n. 844/94), ora di immediata applicazione (cfr. T.A.R. Lazio n. 635/97 e T.A.R. Calabria n. 113/93) e perciò precettiva.

(2) Sulle difficoltà operative date dall'art. 35, l. 142/90 v. G. M. POTENZA, *Considerazioni sul nuovo assetto interno delle competenze degli enti locali*, in T.A.R., 1994, II, 73 e ss..

(3) Cfr. art. 3, d.lgs. 29/93.

(4) Anche in questo caso, consideran-

do che la norma prevedeva che gli enti locali dovessero adeguare i propri ordinamenti alle disposizioni in tema di distinzione, si sono create differenti scuole di pensiero: chi riteneva obbligatorio l'adeguamento (in tal senso cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, n. 1555/95), ovvero che l'adeguamento non fosse necessario in ragione delle peculiarità dell'ente locale e della propria autonomia organizzativa (così T.A.R. Toscana, n. 17/95), mentre il Ministero dell'interno ribadiva l'immediata applicabilità agli enti locali della disciplina stessa (cfr. circolare n. 6/93). In ogni caso, sia che la norma avesse valore precettivo, sia che dovesse essere recepita dall'ente, rimaneva confermato e rafforzato il prin-

cipio della distinzione, muovendosi il legislatore verso un'ipotetica linea che conduceva verso la definitiva affermazione e consacrazione dello stesso.

(5) In tal senso cfr. L. TORCHIA, *I rapporti fra politica e amministrazione*, in M. CAMMELLI, C. BOTTARI, S. RECCHIONE (a cura di), *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, Quaderni della Spisa, Maggioli, Rimini, 1996, 60.

(6) Sulla distinzione tra politica e amministrazione v. F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale"*. A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione", in *Dir. pubbl.*, 2/1997, 319 e ss.; G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, To-

rino, G. GIAPPICHELLI, 2000, 98-99; P. DELL'ANNO, *Il rapporto tra la funzione di indirizzo e controllo e l'attività di gestione*, in *Com. d'Italia*, 4/92, 567 e ss..

(7) L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, relazione al corso "Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti", Bologna 18 marzo 1995, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/95, 941 e ss. Della stessa autrice *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, 2000.

Il “Piano esecutivo di gestione” è un ulteriore strumento che rafforza la distinzione politica-amministrazione

ben presto si riaffaccia, con un provvedimento, ossia il d.lgs. 336/96, di modifica del d.lgs. 77/95⁽⁸⁾, con riferimento esclusivo agli enti di ridotte dimensioni. Viene affidata ai componenti della giunta (di comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti) la responsabilità dei servizi o parte di essi, unitamente al potere di assumerne la gestione⁽⁹⁾. La deroga al principio generale, che si era faticosamente affacciato nell'ordinamento delle autonomie locali, ha prodotto effetti dirompenti se si considera l'enorme numero di comuni in Italia con una tale popolazione. Tale norma fu abrogata inizialmente in via implicita dalla l. 127/97, con la quale si ebbe un decisivo rafforzamento del principio di distinzione fra politica e amministrazione⁽¹⁰⁾ e in seguito esplicitamente dalla l. 191/98. Scompariva, per effetto di detti interventi legislativi, l'ultimo residuo normativo che consentiva l'attribuzione ad organi politici di attività di gestione.

La l. 127/97 ha previsto che il principio di distinzione tra politica e amministrazione si applica, anche negli enti locali, a prescindere dalla natura del provvedimento amministrativo. È stato così superato il limite stabilito dalla l. 142/90 sulla natura discrezionale o meno del provvedimento da adottare, e sono stati attribuiti ai dirigenti tutti gli atti di gestione e agli organi di direzione politica solo ed esclu-

sivamente gli atti di programmazione, gli atti di indirizzo e di direttiva nonché di controllo sul raggiungimento degli obiettivi predeterminati. Tale legge estende il principio di distinzione anche ai comuni di piccole dimensioni in quanto la gestione viene affidata ai responsabili dei servizi, a prescindere dalla qualifica funzionale loro attribuita o laddove non si disponga delle capacità tecniche o professionali, al segretario comunale. Del resto la l. 191/98 che ha modificato su questo punto la l. 127/97, ha espressamente chiarito che le responsabilità di gestione possono essere attribuite ai dipendenti degli enti locali in deroga a qualsiasi norma contrattuale o legislativa⁽¹¹⁾.

Anzi, con il d.lgs. 80/98 la “distinzione” si rafforza definitivamente, con la previsione⁽¹²⁾ secondo la quale le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni legislative. Successivamente con il d.lgs. 387/98⁽¹³⁾ viene ribadito che sono possibili deroghe alle competenze attribuite dalla legge ai dirigenti espressamente ad opera di specifiche disposizioni legislative, confermando perciò la necessità che la legge espliciti tale volontà derogatoria, ed altrettanto chiaramente confermando la possibilità che deroghe espresse vengano introdotte.

La l. 265/99⁽¹⁴⁾ contribuisce a rendere più forte e

(8) In particolare l'art. 6 del d.lgs. 336/96 prevedeva che l'art. 19 del d.lgs. 77/95 fosse sostituito.

(9) Viene disposto che per i comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti e per le comunità montane, l'organo esecutivo, può, con delibera motivata che riscontri in concreto la mancanza assolutamente non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti, affidare ai componenti dell'organo esecutivo medesimo la responsabilità dei servizi o di parte di essi, unitamente al potere di assumere la gestione. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con ap-

posita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio.

(10) La distinzione tra potere e gestione viene a costituirsi quale punto di orientamento e di confronto per la validità giuridica e operativa delle strutture e dei compiti che l'ente locale predispone per il suo funzionamento.

(11) A. STANCANELLI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella l. 142/90 e nel d.lgs. 29/93*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/98, 1046 e ss..

(12) Cfr. art. 3, comma 3, d.lgs. 80/98. Inoltre l'art. 45 dello stesso decreto ribadisce tale principio preve-

dendo che a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso, le disposizioni previgenti che conferivano agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi che l'art. 3, comma 2 del d.lgs. 29/93 attribuisce ai dirigenti, si devono intendere nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti medesimi, introducendo una norma di chiusura definitiva a suggello della conferma dell'istituto.

(13) Tale decreto ha riformato il comma 3 dell'art. 3 del d.lgs. 29/93.

(14) Cfr. art. 19, comma 3, l. 265/99. La disposizione recita: “Il comportamento degli amministratori, nel-

l'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all'art. 18, comma 2, e quelle proprie dei dirigenti”. Sulla questione che la l. 265/99 ha riaperto il dibattito sul tema dei ruoli dei politici e della tecnostuttura v. A. PASCHERO, *Politici e dirigenti separati in casa*, in *Il Sole 24 Ore (Enti locali)* del 19 giugno 2000.



pregnante il principio di distinzione. Introduce una sorta di codice di comportamento degli amministratori comunali che determina riflessi sull'organizzazione interna degli enti, ma anche sugli aspetti di legittimità sia dell'azione, sia dei provvedimenti amministrativi ⁽¹⁵⁾.

Il processo di rafforzamento del principio di distinzione delle competenze tra attività di gestione e di indirizzo, trova, infine, la sua collocazione nel d.lgs. 267/2000. L'eliminazione della possibilità che la giunta possa emanare atti di amministrazione attiva in alternativa alla dirigenza rende chiaro che la residualità della competenza della giunta opera esclusivamente nei riguardi degli altri organi di governo. Lo statuto non può assegnare alla giunta competenze gestionali in quanto eventuali eccezioni o deroghe al principio della distinzione delle funzioni possono essere operate solo dalla legge.

(15) La norma, infatti, riferisce l'obbligo del comportamento imparziale e teso alla buona amministrazione da parte degli amministratori, specificamente al pieno rispetto della distinzione di funzioni, competenze e responsabilità tra organi politici e apparato burocratico. Due sono le conseguenze di questa disposizione. In primo luogo, il principio di distinzione tra politica e amministrazione negli enti locali è rinforzato e tutelato in via speciale. In secondo luogo, tra organi politici ed organi tecnici esiste un vero e proprio solco di confine: si tratta di due parti contrapposte. E proprio dalla contrapposizione può scaturire il rapporto dialettico-negoziante necessario per far funzionare al meglio il meccanismo della programmazione seguita dalla fase finale del controllo. Il fatto che vi sia una così netta contrapposizione tra i ruoli, non va interpretato in senso negativo. Nella formulazione della norma il legislatore ha escluso le figure del direttore generale e del segretario. Pertanto anche il comportamento del direttore e del segretario deve conformarsi al principio di imparzialità, buona amministrazione e rispetto dell'autonomia dei dirigenti (sarebbe la conferma dell'esistenza, tra di-

rettore e segretario, da un lato, e dirigenti, dall'altro, di un rapporto non di sovraordinazione gerarchica ma di direzione e coordinamento). Di certo, la norma ha in sé il significato di un monito nei confronti di quelle amministrazioni locali che per abitudine o scarsa attenzione alle riforme o esiguità dell'apparato amministrativo, ancora oggi attuano solo parzialmente la distinzione delle funzioni di indirizzo e di gestione. In tal senso L. OLIVERI, *Nuovi profili dei rapporti tra gli organi di governo e la dirigenza locale, alla luce della riforma della l. 142/90*, in *www.giust.it. (Articoli e note)*.

(16) Si è sostenuta l'impossibilità per i dirigenti di esercitare le funzioni del segretario e del direttore generale così come che questi ultimi potessero esercitare le funzioni attribuite per legge alla dirigenza (dati i compiti di direzione e coordinamento, che escludono in linea di principio la coincidenza tra coordinatore e gestore e, soprattutto, la coincidenza tra ruolo di controllore – insito soprattutto nella figura del direttore generale – e di controllato. In tal senso L. OLIVERI, *Le competenze della dirigenza nell'assetto degli enti locali disegnato dal*

Si è in presenza di una vera e propria riserva di legge che sottrae alla normativa statutaria la possibilità di intervenire in materia. Discutibile è apparsa invece la possibilità di attribuire al segretario e al direttore funzioni spettanti alla dirigenza ⁽¹⁶⁾. Occorre risolvere il problema dei confini tra azione di governo ed azione gestionale in modo che la linea di distinzione non possa essere "variabile" o non possa "spostarsi" a seconda delle convinzioni dell'interprete, o dell'atteggiamento maggiormente o meno conservatore o progressista del singolo amministratore o dirigente chiamato ad attuare le disposizioni ed i principi ⁽¹⁷⁾.

Se le competenze tra organi di governo ed organi gestionali sono distinte, la linea di distinzione deve essere netta, magari "frastagliata", dal momento che esistono fattispecie nelle quali gli organi di governo compiono pur sempre atti di gestione diretta, ma con un posizionamento certo, fisso, senza "valichi" o punti di confusione, nei quali la linea si sbiadisca, fino a cancellarsi, sicché l'esercizio di una certa competenza possa essere considerato legittimo sia che sia svolto dall'organo di governo, sia che sia attuato dall'organo gestionale, in base solo a scelte di opportunità o a convinzioni interpretative ⁽¹⁸⁾. Sembrava fosse

testo unico – Il riparto in rapporto al segretario e al direttore generale, in *www.giust.it (Articoli e note)* n. 10/2000. Pur nel sottolineare l'incertezza normativa è stato suggerito di trattare distintamente la questione segretario e direttore pervenendo ad una diversa conclusione. Quanto al segretario l'art. 107, comma 2 è ininfluente in quanto l'art. 97, comma 4, lett. d) consente al sindaco di attribuirgli "ogni altra funzione", sicché anche quelle gestionali sarebbero comprensibili in dette attribuzioni; quanto al direttore generale in sede statutaria deve essere sempre considerato possibile assegnargli competenze gestionali "nella misura in cui ciò possa essere ritenuto funzionale ad un miglior conseguimento degli obiettivi e ad una più ottimale sovrintendenza alla gestione dell'ente". Pertanto, lo statuto, nella sua funzione di specificazione delle competenze degli organi, potrebbe comunque attribuire al direttore generale funzioni gestionali; in tal senso E. BARUSSO, *Il nuovo testo unico sulle autonomie locali*, in *Com. d'Italia*, n. 9/2000, 1152-1154.

(17) Sulla copiosa promiscuità tra atti di

indirizzo e atti di gestione che dà luogo ad una specie di "congestione" equivalente nei fatti a una "gestione surrettizia" da parte degli amministratori, v. C. MAZZELLA, *Politici esclusi dalla gestione*, in *Il Sole 24 Ore (Enti locali)* del 24 gennaio 2000.

(18) Sul punto v. L. OLIVERI, *Statuti e principio di distinzione tra attività di gestione e attività di indirizzo politico e di controllo*, in *www.giut.it (Articoli e note)*, n. 7-8/2001. L'autore sostiene che la funzione dello statuto di stabilire le norme fondamentali sull'organizzazione dell'ente non può e non deve influire sulla ripartizione delle competenze tra gli organi. Lo statuto "specifica" le attribuzioni degli organi. Pertanto, nemmeno equivocando la specificazione delle competenze con la determinazione delle competenze, lo statuto potrà cambiare il dettato normativo. Nemmeno per le ragioni di opportunità politica, dietro alle quali spesso si nasconde una certa riluttanza dei politici ad accettare un ruolo di programmazione e controllo, a discapito di quello concretamente operativo, percepito come strumento di consenso, nonché una certa ritrosia di parte della dirigenza ad assumere *in toto* le

stato raggiunto un punto di non ritorno rispetto al quale il principio di distinzione delle competenze esprimeva un istituto acquisito al patrimonio giuridico dell'ordinamento ⁽¹⁹⁾.

Senonché con la legge finanziaria per l'anno 2001 ⁽²⁰⁾ il legislatore ripropone una disposizione simile a quella introdotta con il d.lgs. 336/96 ⁽²¹⁾ attribuendo alla giunta (di comuni con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti), la responsabilità degli uffici e dei servizi e il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. La norma fa salva l'ipotesi di conferire tali incarichi al segretario comunale ⁽²²⁾. A riprova della necessità che l'eccezione alle competenze attribuite ai dirigenti debba essere esplicitamente espressa, l'art. 53 ⁽²³⁾ afferma che, se necessario, l'attribuzione di competenze gestionali agli assessori può avvenire anche in deroga a quanto disposto dall'art. 3, commi 2, 3 e 4 del d.lgs. 29/93, e dall'art. 107 della l. 267/2000. È evidente che si tratta di una disposizione che si muove in controtendenza rispetto all'evoluzione della legislazione, in particolare del t.u. ⁽²⁴⁾. Oggi la legge finanziaria per l'anno 2002 ⁽²⁵⁾ amplia a dismisura tale possibilità, consentendola ai comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti.

Nel contempo la norma che restituisce la facoltà

La finanziaria 2001 ha attribuito alla giunta la responsabilità degli uffici e il potere di adottare atti di natura gestionale

alla giunta di adottare atti gestionali elimina l'obbligo di verificare, prima di compiere la scelta organizzativa, la mancanza non rimediabile di figure professionali, nell'ambito dei dipendenti, idonee a svolgere i compiti gestionali attuativi del principio di distinzione delle competenze degli organi di governo e degli organi gestionali, posto dall'art. 107 del d.lgs. 267/2000 ⁽²⁶⁾.

Forse le ripetute violazioni al principio di "distinzione" derivano dal fatto che esso non è espressamente costituzionalizzato: la sua attuazione resta attualmente consegnata alla costanza del legislatore ordinario, il quale può avanzare come ritirarsi da questo terreno con libertà pressoché assoluta.

Il ritorno ad una commistione delle funzioni politica e gestionale, seppur ancorato a casistiche di *extrema ratio*, contraddice lo spirito della restante normativa in cui s'inserisce, dando l'occasione a si-

competenze e le responsabilità legate alla gestione.

(19) Cfr. art. 4 del d.lgs. 165/2001. In tema v. 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 *Com. d'Italia*, 12/2001, 1611 e ss..

(20) Cfr. art. 53, comma 23 della l. 388/00. In argomento v. E. BARUSSO, *La controriforma della finanziaria 2001: possibile attribuire competenze gestionali a sindaco ed assessori nei comuni con meno di 3.000 abitanti*, in *Com. d'Italia*, 3/2001, 339 e ss..

(21) Disposizione simile all'art. 19, comma 2 del d.lgs. 77/95 nella formulazione introdotta dall'art. 6 del d.lgs. 336/96. La norma introdotta con la finanziaria per l'anno 2001 prevede che gli enti locali con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti che riscontrino e dimostrino la mancanza non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento del-

la spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in quanto l'attribuzione di competenze gestionali agli assessori avviene anche ai fini del contenimento della spesa. (22) Cfr. il richiamo all'art. 97, comma 4, lett. d) della l. 267/2000. La possibilità di attribuire la responsabilità degli uffici e il potere di assunzione di atti gestionali a componenti della giunta è alternativa alla scelta di incaricare il segretario di tali responsabilità; in argomento v. A. BIANCO, R. RUFFINI, *La firma dell'assessore fa felice i politici*, in *Il Sole 24 Ore* del 12 febbraio 2001.

(23) Un'analisi letterale del testo consente una prima immediata riflessione. L'art. 53, comma 23 della l. 388/2000, infatti, utilizza l'espressione "se necessario" nonché "anche in deroga": ciò implica che si possono verificare sia ipotesi in cui competenze gestionali siano istituzionalmente attribuite agli organi politici, sia circostanze in cui si renda necessario derogare alle previsioni normative dell'art. 3 del d.lgs. 29/93, nonché dell'art. 107 del t.u. che prevedono l'obbligo di una deroga espressa. Potrebbe sembrare che si possa verificare la circostanza che anche altre fonti diverse da quelle legislative, e preci-

samente gli statuti, possano disciplinare il sistema delle competenze, prevedendone l'attribuzione agli organi politici piuttosto che gestionali, ipotesi in cui non sarebbe necessaria la deroga di cui parla l'art. 53. Infatti l'art. 107, comma 2 del t.u. esclude dalla competenza residuale dei dirigenti i compiti ricompresi espressamente non solo dalla legge ma anche dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente locale. Si tratta di atti limite che si pongono sul confine incerto che separa i due ambiti di competenza, rispetto ai quali il consiglio, con la previsione statutaria, potrebbe dare soluzioni in un senso piuttosto che nell'altro. In tal senso v. G. FORMICHELLA, *Il sistema delle competenze negli enti locali (separazione tra indirizzo e gestione nei comuni fino a 3.000 abitanti e possibilità di deroga)*, in *Nuova Rass.*, n. 7/2001, 826 e ss..

(24) Quasi a voler confermare la non assolutezza del principio di distinzione tra indirizzo e gestione e segnatamente dell'art. 107, comma 4 del t.u. (laddove prevede che le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio della divisione delle competenze, possono esse-

re derogate espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative) la l. 338/2000, art. 53 aveva ripristinato, a determinate condizioni, tale possibilità introducendo proprio una deroga espressa, che ha la sua fonte nella legge ma che richiede operazioni di adeguamento dell'ordinamento interno dei singoli enti; in tal senso v. T. TESSARO, *Legge finanziaria 2002, piccoli comuni e gestione della giunta*, in *Com. d'Italia*, 7-8/2002, 1003 e ss..

(25) Cfr. art. 29, comma 4, l. 448/2001 che apporta modifiche all'art. 53, comma 23, l. 388/2000.

(26) Cfr. G. RAMBAUDI, *Doppio regime per la separazione politica-gestione, in Italia Oggi (Enti locali)* del 23 dicembre 2001.

**Una recente sentenza della cassazione,
in tema di “rappresentanza in giudizio”
ha riproposto il dibattito
sulla applicazione del principio
di distinzione politica-amministrativa**

tuazioni di confusione di responsabilità poco consone al quadro delle riforme (27).

Appare molto mobile la linea di confine che separa le competenze dei politici da quelle dei dirigenti nonché del segretario e del direttore generale, creando indubbiamente molteplici problemi di “rapporti”. Sembra in palese contrasto con il principio di distinzione politica-amministrazione l’attuale nomina del segretario comunale.

Far dipendere la sua nomina da un organo politico e far coincidere il periodo di servizio, da quest’ultimo prestato, con lo stesso periodo del mandato elettivo, si pone in contrasto con detto principio, riducendo, se non annullando, l’autonomia che dovrebbe essere garantita al segretario comunale. Se scopo delle norme che regolano il suo *status* giuridico è quello di “garantire l’indipendenza” non ha senso far dipendere al sua nomina dall’organo politico di vertice dell’ente presso cui presta servizio. Il segretario finisce oggi per costituire non tanto l’ultimo baluardo di legalità, ma indubbiamente una possibile remora per l’operato del sindaco (28).

Far dipendere la nomina dal sindaco può costituire una stortura (29). Non appare coerente la scelta di fondo operata dal legislatore di distinguere la politica dall’amministrazione, distinzione che appare inconciliabile con la nomina fiduciaria del segretario (del direttore generale e dei dirigenti) (30). I contenuti della normativa vigente possono far pensare

ad una sorta di “degenerazione” del principio di distinzione politica-amministrazione: sorge il dubbio che il principio possa trasformarsi nella sua concreta applicazione in una specie di “paravento” che serve ai politici a conservare di fatto il controllo del potere “gestionale” (appunto mediante il potere di nomina dei dirigenti, del segretario comunale, del direttore generale) senza, però, avere dirette responsabilità, realizzando in tal modo una sorta di “zona d’ombra” caratterizzata dal “primato della politica sull’amministrazione”, al riparo da ogni responsabilità (31). Torna, peraltro, attuale il dibattito sull’applicazione del principio di distinzione politica-amministrazione anche con la recente sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. III, del 26 febbraio 2003 n. 2878 che si è occupata della “rappresentanza in giudizio” dell’ente locale.

Tale sentenza ha chiarito che la rappresentanza in giudizio non spetta ai dirigenti, ancorché prevista dallo statuto e che l’autorizzazione a stare in giudizio spetta all’organo collegiale dell’esecutivo (giunta). Per il comune va ricordato che l’art. 50 del t.u. 267/2000 dispone che “il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l’ente”.

Tale norma non è che uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, secondo cui ogni ente è rappresentato in giudizio dal capo dell’amministrazione. Ora, poiché la rappresentanza in giudizio è legislativamente sancita, nessuna determinazione può essere adottata dallo statuto circa “l’esercizio” della rappresentanza, dal momento che lo statuto non può mai sottrarre al sindaco la titolarità della rappresentanza in giudizio.

Per quanto concerne la decisione in merito alla proposizione dell’azione giudiziaria ovvero alla resistenza in giudizio va detto che si tratta di una decisione discrezionale, che comporta valutazioni non solo in relazione alla fondatezza sotto il profilo giuridico delle ragioni del comune, ma anche in relazione alle conseguenze giuridiche ed economiche che possono derivare al comune da una azione o da una resistenza in giudizio anche in previsione della eventualità di condanna alle spese; è strettamente con-

(27) In tal senso v. T. TESSARO, *Legge finanziaria 2002, piccoli comuni e gestione della giunta*, in *Com. d’Italia*, 7-8/2002, 1003 e ss..

(28) Cir. sul punto G. POTENZA, *Il rispetto della legalità nella disciplina legislativa della figura del segretario comunale e provinciale, in particolare sotto il profilo del rapporto tra legalità ed efficienza nel suo ruolo* (relazione al Convegno nazionale sul tema: “La cultura della legalità e la legittimità degli atti e dei comportamenti nelle prospettive di nuova riforma dell’ordinamento degli enti locali”, Imperia, 2-3 dicembre 1994), in *Nuova Rass.*, 1995, 1427 e ss..

(29) G. VIRGA, *Il procedimento di nomina dei segretari comunali e provinciali: competenza, avvio, pubblicazione*, in *www.giust.it* (Articoli e note).

(30) L. DE MARINIS, *La nomina fiduciaria non è sinonimo di arbitrio*, in *www.giust.it* (Articoli e note).

(31) C. ANASTASI, *Relazione al Convegno di Napoli del 3 luglio 1999 sui segretari comunali e provinciali*, in *www.giust.it*. (Articoli e note).

nessa a tale valutazione la individuazione e la nomina del legale a cui va affidata la difesa mediante conferimento di incarico fiduciario.

Tradizionalmente si parla di “autorizzazione” a stare in giudizio, poiché l’organo collegiale dell’esecutivo, dopo aver valutato la fondatezza delle ragioni dell’ente e le conseguenze che potranno derivare dal giudizio, abilita il capo dell’amministrazione a conferire mandato ad un legale per l’azione o la resistenza in giudizio (32).

Il d.lgs. 267/2000, attribuendo in via esclusiva al sindaco la rappresentanza anche giudiziale del comune, prevedendo che lo statuto può disciplinare i modi di esercizio della rappresentanza legale dell’ente, anche in giudizio, permette di stabilire il regime delle autorizzazioni a promuovere o resistere in giudizio, non anche di individuare i soggetti che possono rappresentare il comune in giudizio.

Sulla questione della competenza nella costituzione e resistenza in giudizio negli enti locali si è registrata un ormai copiosa letteratura non univoca nell’indicare l’organo legittimato a decidere. È stata accreditata di volta in volta la diretta competenza dirigenziale, la competenza dirigenziale sorretta dalla intermediazione statutaria, la competenza della giunta, quale organo destinatario di tutti i compiti o indicati nel t.u..

La prima posizione, sostenuta dalla dottrina, pone un problema di coerenza con il principio di distinzione tra organi politici ed organi di gestione, la seconda e la terza, sostenute dalla giurisprudenza, pongono un problema di aderenza con il dettato normativo.

La Corte di cassazione è pertanto intervenuta a fare chiarezza sull’applicazione di alcune norme del t.u. che avevano portato sino ad ora a differenti ed in alcuni casi antitetiche posizioni interpretative.

(32) P. VIRGA, *Rappresentanza in giudizio e jus postulandi*, in www.giust.it. (Articoli e note) n. 5-2003. L’autore ritiene infondata la tesi sostenuta da una parte della dottrina secondo cui la competenza per l’autorizzazione potrebbe essere attribuita al dirigente responsabile dell’ufficio legale. Le attribuzioni dei dirigenti sono circoscritte al “funzionamento degli uffici e dei servizi e alla esecuzione degli atti” e, quindi, il rilascio della autorizzazione non può essere rimessa al dirigente addetto all’ufficio legale, perché si tratta di una funzione rientrante nella sfera delle determinazioni di indirizzo e di controllo politico. Sul tema della rappresentanza in giudizio a commento della sentenza della Corte di cassazione civile, sez. III, del 26 febbraio 2003 n. 2878 si veda inoltre L. OLIVERI, *La rappresentanza degli enti locali in giudizio – Una questione mai sopita*, in www.giust.it (Giurisprudenza), n. 5-2003; A. CICCIA, *Comuni, dirigenti mai in giudizio*, in *Italia Oggi* (diritto&fisco) del 3 maggio 2003. Più in generale sul tema trattato: A. SCARASCIA, *La costituzione e resistenza in giudizio negli enti locali quale procedimento a struttura complessa e a competenza multipla*, in www.giust.it (Articoli e note) n. 2-2003.

DELIBERAZIONE DI GIUNTA COMUNALE n..... – SEDUTA DEL

OGGETTO: Autorizzazione al Sindaco a resistere in giudizio dinanzi al TAR.....nell’azione promossa dalla Sig.ra..... – Designazione legali.

LA GIUNTA COMUNALE

- Premesso che la Sig.ra, ha proposto ricorso al TAR, (Ric. n.), notificato a questo Comune in data, per “l’annullamento del provvedimento n. del Dirigente del Servizio Urbanistica del Comune di con il quale viene respinta la istanza della ricorrente per la concessione in sanatoria relativa al manufatto nello stabilimento balneare sull’arenile demaniale di levante; nonché di ogni altro provvedimento connesso e consequenziale ad oggi non conosciuto e, per quanto occorrer possa, della delibera G.M. n. del con cui approvato il progetto preliminare per il restauro del pontile di collegamento”;
- Considerato che è pendente presso il TAR altro ricorso promosso dalla Sig.ra e che la ricorrente ha chiesto la riunione del presente ricorso con il precedente rubricato al n. per il quale questa Amministrazione si è già costituita in giudizio con D.G.M. n.del
- Rilevato che anche quest’ultimo ricorso appare infondato per cui è opportuno provvedere, al fine di tutelare l’operato dell’Amministrazione e mantenere gli atti impugnati, mediante la costituzione in giudizio;
- Ritenuto di affidare la difesa all’Avv.del libero foro di....., esperto in materia, congiuntamente e disgiuntamente all’Avv. dell’Ufficio Legale di questo Comune eleggendo domicilio presso lo Studio dell’Avv.;
- Ritenuto di dover erogare all’Avv. la somma di €..... inclusa IVA e Cpa, quale anticipo sulle spese ed onorari;
- Sentito il Dirigente del Servizio Urbanistica;
- Preso atto dei seguenti pareri favorevoli, resi ai sensi dell’art. 49 del d.lgs. 18/08/2000 n. 267 sull’Ordinamento delle Autonomie Locali:
- del Dirigente Responsabile dell’U.O.A. Ufficio Legale;
- del Dirigente Responsabile del Servizio Finanze;
- Vista altresì l’attestazione sulla copertura finanziaria della spesa prevista dalla presente deliberazione resa dal Responsabile del servizio finanziario, ai sensi dell’art. 153 del d.lgs. 18/08/2000 n. 267;
- Con votazione palese ed unanime;

DELIBERA

- 1. AUTORIZZARE** il Sindaco a resistere in giudizio dinanzi al TAR nell’azione promossa dalla Sig.ra, (Ric. n.), così come esposto e precisato in premessa;
- 2. AFFIDARE** l’incarico di rappresentare e difendere questo Ente nel giudizio promosso dalla Sig.ra all’Avv.del libero foro di.....) congiuntamente e disgiuntamente all’Avv. dell’Ufficio Legale di questo Comune, anche per i motivi aggiunti, conferendo Loro ogni più ampia facoltà al riguardo, inclusa quella di farsi sostituire;
- 3. RILASCIARE** procura speciale ai predetti legali, eleggendo domicilio presso lo Studio dell’Avv.;
- 4. CORRISPONDERE** all’Avv. a titolo di acconto sugli onorari e spese la somma di €..... inclusa I.V.A e C.P.A. applicando la ritenuta d’acconto del 20% sull’importo di €.....;
- 5. IMPUTARE** la spesa di €..... al Cap. “Spese per liti e legali” del Bilancio, il cui fondo offre la sufficiente disponibilità (IM);
- 6. DICHIARARE** il presente atto immediatamente eseguibile, ai sensi dell’art. 134 del d.lgs. 18/08/2000 n. 267 – mediante separata ed unanime votazione palese.