

RIFLESSIONI SUL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DELLE COMPETENZE NELL'ENTE LOCALE, TRA APPARATI POLITICO E GESTIONALE. IL POTERE DEROGATORIO DELLE NORME DELLO STATUTO SULLE NORME DEL TUEELL.

di:

- avv. Giulio Mario DONATO - segretario generale e direttore generale città di Villa San Giovanni, partner Fondazione Logos PA
- avv. Roberto MASTROFINI - consulente e docente in organizzazione e gestione della PA, partner Fondazione Logos PA

sommario: 1. premessa; 2. criteri di distinzione tra atti/funzioni a contenuto politico di indirizzo e atti/funzioni a contenuto gestionale esecutivo; 3. il ruolo dello Statuto; 4. riflessioni conclusive.

1, premessa.

Discutere dell'assetto delle competenze degli organi operanti in seno alle autonomie locali e in particolare del Comune, significa necessariamente affrontare le problematiche relative alla corretta interpretazione e al significato che discende dalla formulazione degli artt. 1, comma 3, 6, comma 2, e 107 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali recepito con D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267. A questo si aggiunge anche il fatto che come ente autonomo, il Comune, con un proprio statuto, è componente della Repubblica secondo quanto stabilito dall'art. 114 Cost. L'ordinamento di tale autonomia e l'azione dei suoi organi si orientano ai principi previsti dal Titolo V della Costituzione, così come modificato dalla legge n. 3/2001 e dalla Carta europea dell'autonomia locale, ratificata dall'Italia con la legge n. 439/1989.

Sul punto si è formata una letteratura talmente ampia e variegata, specie sotto l'aspetto della trattazione dottrinale, che ai fini del presente articolo si reputa sufficiente richiamare solamente alcuni degli autori più rappresentativi in merito, rinviando ai loro studi ed alle relative fonti per ulteriori approfondimenti¹.

¹ Cfr: *Stefano Gliniaski*, La forma degli atti di indirizzo politico e degli atti di gestione: riflessioni circa il loro regime giuridico formale con particolare attenzione alla potenzialità lesiva degli atti di indirizzo, in **Nuova Rassegna**, n. 22, Firenze, 16.11.2001 ; *Dello stesso autore*, si veda anche Il valore dello Statuto comunale quale fonte di regolazione dell'assetto delle competenze nel rispetto del principio di distinzione tra attività di gestione e attività di indirizzo politico e di controllo, in **Nuova Rassegna**, n. 8/2001 Firenze, 16.04.2001 ;

In relazione a quanto esposto nelle produzioni scientifiche in materia, appare difficile sia ricondurre ad unità i numerosi spunti ricostruttivi offerti dai diversi approcci al tema, sia offrire ulteriori argomenti originali e risolutivi che consentano di individuare punti certi nella prassi applicativa e nella ricostruzione dogmatica degli istituti che si stanno esaminando.

Risulta, infatti, difficile alla luce delle normative interessate individuare immediatamente il complesso delle potestà attribuite agli Enti locali. Da qui seguirà la necessità, soddisfatta in seguito, di analizzare il nuovo assetto costituzionale con particolare riguardo ai criteri di attuazione dell'art. 118 Cost. dai quali, inoltre, “emerge il ruolo del Comune come ente dotato di competenze (ovvero di poteri) generali e residuali, anche in materia di sviluppo

Salvatore Raimondi, La dirigenza nei Comuni e nelle Provincia, dopo le leggi Bassanini, in www.Diritto.it;

Prof. Vincenzo Cerulli e dott. Riccardo Narducci “La revisione degli statuti alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione”.

Rubino Margherita, Lo Statuto Comunale nel sistema delle fonti dopo la riforma della legge 265/1999, in www.insa-italia.com/DOTTRINA/statuto_lg_26599;

Riccardo Nobile, Piccoli Comuni e responsabili dei servizi fra il d.lgs. 18/8/2000 n. 267 e la legge 23.12.2000 n. 388. Una querelle mai sopita, in www.Giust.it, n.01-2001;

Luigi Oliveri, Comuni con meno di 3.000 abitanti; è possibile la gestione degli organi di governo in contemporanea con la gestione da parte del Segretario comunale?, in www.Giust.it, n.01-2001; dello stesso autore, “il doppio regime dell’Ordinamento locale”, in www.Giust.it, n. 12-2000; dello stesso autore, “Statuti e principio di distinzione tra attività di gestione e attività di indirizzo politico e di controllo”, in www.Giust.it, n. 07/08 2001; dello stesso autore, “il potere di direttiva dell’organo politico nei confronti dei dirigenti – contenuti dell’attività direttiva e confini con quella gestionale” in www.Diritto.it.; dello stesso autore, “ancora sull’affidamento degli incarichi ai professionisti – le novità introdotte dal testo unico” in www.Giust.it, 9-2000;

Annalisa Di Piazza, A favore dell’impegno di spesa assunto in deliberazione.-limiti e casi. In www.Diritto.it;

e gli altri autori citati nelle rispettive note.

Circa la giurisprudenza di rilievo si segnala:

CdS Sez. V, 15.07.1999, n 1164 in Foro Amm. 1999, 1431, secondo la quale la disciplina dell’autorizzazione a stare in giudizio della persona giuridica pubblica si deve rinvenire, differenziatamente, per le Amministrazioni dello Stato nell’art. 16 del dlgs 29/93 e per gli Enti locali nel combinato disposto di cui agli artt. 51 commi 2-3 e 36 co. 1 della legge 142/90;

TAR Marche, 06.11.1998, n. 1247, secondo cui è illegittimo il provvedimento di collocamento a riposo anticipato di un dipendente adottato dalla Giunta e non dal funzionario responsabile, ex art. 51 comma 3 l- 142/90, per come modificato dall’art. 6 comma 2 della legge 127/97;

CdS Sez. V, 05.05.1999, n 515 in Foro Amm. 1999, 989, secondo la quale è legittimo il procedimento con cui l’ente locale ha accertato la responsabilità del proprio dirigente con applicazione delle norme sulla dirigenza statale e disapplicando il proprio regolamento organico, poiché il testo dell’art. 51 previgente alla riforma del 1997 è immediatamente operativo per quel che concerne la competenza dei dirigenti, mentre rinvia alla normativa del testo unico sugli impiegati civili dello Stato – e non all’autonomia Statutaria dell’Ente - ogni questione attinente la responsabilità;

CdS Sez. V, 27.08.1999, n 1004 in Foro Amm. 1999, 1478 secondo la quale è illegittima la presidenza di un concorso pubblico assegnata al Segretario Comunale, in luogo del dirigente-funzionario responsabile, per violazione delle norme sulla competenza, di cui all’art. 51 legge 142/90, anche prima della riforma della legge 127/97;

TAR Lazio, sez. II, 19.09.1994, n. 1052, in Foro Amm. 1994, 2511, secondo la quale è illegittimo il provvedimento di ingiunzione alla demolizione adottato dal Sindaco ex art. 18 comma 7 legge 47/85, per violazione del regime di competenze introdotto dall’art. 51 della legge 142/90;

CdS Sez. V, 03.05.1995, n 682 in Foro Amm. 1995, 926, secondo la quale non rientra nella sfera riservata alla gestione dei dirigenti, il conferimento di attività o incarichi di studio sulla forma ottimale di gestione dei servizi pubblici comunali

economico, inteso nella più ampia accezione giuridica, nonché in materia di organizzazione dei servizi pubblici”.²

Per quanto riguarda, intanto, il problema della separazione delle sfere politica e gestionale nell’amministrazione dell’Ente locale, diciamo che sottende una dinamica di interessi in corso di maturazione e che è tutta ancora da svolgersi: quindi, il “diritto vivente” in materia è ancora da scriversi, soprattutto con riferimento alla trasformazione delle autonomie locali che, a seguito del noto intervento riformatore del legislatore costituente, sono chiamate viepiù ad interpretare un ruolo propulsivo che comporterà giocoforza una corrispondente accentuazione del confronto tra politica e gestione.

Ciò che ci si propone di fare, con il presente articolo, è indagare su quale ruolo possa esplicitare l’autonomia statutaria nella dialettica tra le due forze, chiamate a collaborare ed al tempo stesso a convivere in un equilibrio a volte precario, altre volte conflittuale, ma certamente sempre da riconfigurare ancorandolo saldamente alle scelte della collettività amministrata.

2, criteri di distinzione tra atti/funzioni a contenuto politico di indirizzo e atti/funzioni a contenuto gestionale esecutivo.

Preliminarmente, bisogna iniziare con l’affrontare il problema di individuare quali criteri giuridici di riferimento possano sostenere le scelte organizzative in ordine al riparto delle competenze, radicandole in una lettura corretta, costituzionalmente orientata, delle norme del Testo unico sugli Enti locali.

Nella prassi il problema si pone soprattutto per due categorie di atti e provvedimenti: le nomine di professionisti esterni, a vario titolo; le decisioni circa l’azione o la resistenza in giudizio e relativi provvedimenti di nomina (anche qui) dei relativi procuratori.

Accanto a questi due esempi classici, altri se ne potrebbero fare: nella lunga evoluzione della applicazione della legge 142/90, specie nel testo anteriore alla riforma della legge 127/97, i problemi di competenza alla firma riguardarono sovente atti ampliativi come le concessioni edilizie (problematica che spinse il legislatore ad enucleare espressamente gli atti di competenza del dirigente) o le autorizzazioni sanitarie, per le quali ancora oggi si registrano dubbi fondati sulla qualifica delle stesse a volte come atti gestionali, altre come atti che spettano al Sindaco come autorità sanitaria locale e quindi come organo estraneo alla tematica della separazione di poteri, interna all’Ente locale; o

² Cfr. Prof. Vincenzo Cerulli e dott. Riccardo Narduccio “La revisione degli statuti locali alla luce del nuovo Titolo V della costituzione”.

ancora il problema della competenza all'emanazione delle ordinanze ingiunzione, in tema di applicazione della legge 689/81 *sull'illecito depenalizzato*, ove il potere speso viene in esame come una specifica potestà sanzionatoria frutto di una supremazia speciale tipicamente disegnata dal legislatore e non suscettibile di essere compressa all'interno dell'endiadi potere amministrativo di indirizzo-potere esecutivo di gestione; e così via.

Tuttavia, l'analisi dei due casi dati dalle nomine di professionisti esterni ed alle decisioni relative alle azioni in giudizio, potrebbe già consentire di individuare, dogmaticamente, alcuni criteri utili.

In primissimo approccio, una differenza strutturale tra le due funzioni (e relativi atti che ne costituiscono estrinsecazione) può essere individuata, ricostruttivamente, nell'interesse pubblico che si fa valere e nell'assetto del potere amministrativo rispetto ad esso, ovvero nella causa della funzione/ provvedimento amministrativo, più che nel suo oggetto.

Infatti, se è vero che la funzione amministrativa, nel suo *genus* si contraddistingue per essere azione esecutiva, tendente a realizzare l'assetto di interessi pubblico/privati che il legislatore ha, a sua volta, deciso di delineare e che, quindi, in virtù del conseguente principio di tipicità, l'azione amministrativa trova già un assetto di interessi disegnato che chiede solamente di essere realizzato, con i modi ed i tempi pure previsti dal legislatore; se tutto questo è vero, è del pari vero che, all'interno di questa generalissima funzione/scopo, l'azione amministrativa conosce una variegata serie di manifestazioni e di competenze delle quali alcune sono sorrette dalla discrezionalità (totale o parziale a seconda del suo oggetto), mentre altre non lo sono.

Secondo la misura della discrezionalità concessa e prevista (dal legislatore), discende una attività esecutiva (gradatamente) libera nel fine, oppure una attività esecutiva semplice, cioè vincolata nei modi, nei fini e nei tempi, anche se sorretta da spazi di autonomia decisionale legati a specifiche conoscenze tecnico-scientifiche.

Il confronto tra gli operatori del settore, più o meno consapevolmente, ricalca questa dialettica e pone il problema della individuazione delle competenze soprattutto per gli atti discrezionali, recependo il criterio di qualificazione valevole al livello costituzionale tra poteri dello Stato, rispetto ai quali il potere legislativo, poiché individua e pone gli interessi pubblici secondo il metodo democratico della rappresentanza parlamentare, è (assolutamente) libero nel fine (salvo il rapporto elettorale con la collettività rappresentata), quindi (assolutamente) discrezionale; mentre il potere esecutivo, al contrario è legato alla realizzazione di quell'assetto di interessi e quindi esprime un potere (assolutamente) vincolato nel fine (sebbene poi titolare di varie forme di discrezionalità di azione), quindi funzionalmente dipendente dal primo.

Ne consegue che, in diversi casi, si tende a ricondurre gli atti discrezionali alla sfera della competenza di indirizzo politico locale, mentre gli atti che discrezionali non sono, restano ascritti alle valutazioni del Dirigente.

Ora, mentre per una numerosa serie di casi, la competenza a provvedere è direttamente stabilita dalla legge (ed in tali casi la relativa *ratio* è sicuramente da ravvisarsi nel rapporto tra le funzioni previste e l'assetto degli interessi pubblici locali), per i casi dubbi di cui stiamo trattando (nomina di professionisti esterni e azioni in giudizio), il criterio della discrezionalità non appare per nulla sufficiente a risolvere il problema della competenza.

Infatti, per iniziare dalla scelta dei professionisti esterni, poiché il rapporto di opera professionale ha caratteristiche di fiduciarità tali da non accettare meccanismi procedurali di selezione ad evidenza pubblica, ad eccezione dei casi e modi positivamente previsti dalla legge, specie nel campo delle opere pubbliche, si ritiene che a questi fini lo spazio decisionale del dirigente non possa operare, perché la sua attività (esecutiva) non troverebbe a monte criteri da osservarsi, regole da eseguire, risolvendosi, in definitiva, in una scelta assolutamente libera. Se ne fa derivare la competenza residuale della Giunta.

Analogamente, la decisione in ordine ad una lite in giudizio, per il suo contenuto altamente specialistico e per le sue conseguenze in termini sia finanziari che procedurali, nonché socio-politici, si fa ricondurre alla Giunta, trattandosi di straordinaria amministrazione che di norma rappresenta una alterazione patologica del programma amministrativo originario, un evento imprevisto ed imprevedibile che richiede una specifica valutazione programmatica *ad hoc*.

Tuttavia, l'assenza di criteri predeterminati, nei casi in esame, non impedisce, ad avviso di chi scrive, di collocare le relative funzioni in un contesto di competenze dirigenziali.

Infatti, non è il grado di discrezionalità a connotare un atto come afferente alla sfera politica o a quella gestionale: ma è la sua attinenza alla scelta dell'interesse pubblico da realizzare a determinare l'una o l'altra competenza.

Così le funzioni e gli atti di competenza della sfera politica di indirizzo non possono che essere (solamente) quelli che, direttamente o indirettamente, *ma comunque sempre per il tramite della attività di programmazione e quindi della funzione di regolamentazione normativa dell'azione amministrativa*, incidano sull'assetto degli interessi pubblici locali: selezionandoli, stabilendo modi e tempi per la loro realizzazione e cura, destinando ad essi risorse finanziarie ed umane, conferendo rilevanza ad alcuni e negandola ad altri; e così via.

In questo, come si è detto, la scelta dell'organo politico è latamente discrezionale; ma ciò non vuol dire che tutti gli atti discrezionali siano anche a contenuto politico di indirizzo.

Infatti da quanto sopra emerge che atti discrezionali che siano volti esclusivamente a realizzare la cura di interessi selezionati dall'organo politico (consiliare o esecutivo), non potranno che essere gestionali e quindi ascritti all'operato della dirigenza.

Si tratterà di provvedimenti aventi oggetto specifico e determinato, nominali, individuali, adottati *ad hoc* come la nomina di un professionista esterno o la decisione di resistere in un giudizio.

Altro è se l'organo di indirizzo decida di dettare regole che disciplinino la scelta dei professionisti o le procedure per la decisione di resistere o agire in giudizio: in tali casi si assiste alla espressione di un potere normativo ed auto-disciplinare interno; a maggior ragione se, poi, in sede di bilancio e di piano esecutivo di gestione siano conferite ai dirigenti responsabili apposite somme a titolo di risorse da utilizzare in merito. Questo doppio meccanismo procedurale (cioè regolamentare e finanziario), consente all'organo di governo di “controllare” le nomine o le liti giudiziarie. Ma si dovrebbe aggiungere che “solo” questo meccanismo può consentire all'organo di indirizzo di esercitare la propria attività in ordine a tali materie. Infatti, il carattere del provvedimento di nomina o della decisione di agire in giudizio, resta un provvedimento a contenuto individuale, non suscettibile di applicazione ad una generalità di casi, ma frutto di valutazioni nascenti da una specifica procedura, ovvero, *rectius* di uno specifico assetto di interessi pubblici che era posto a monte dell'azione amministrativa e che si vuol realizzare.

Tutto questo appare maggiormente avvalorato da altre considerazioni, anche meglio e più ampiamente esposte dagli autori richiamati sopra.

La decisione di agire o resistere in giudizio è positivamente qualificata come atto gestionale dalla declaratoria delle competenze dei dirigenti dello Stato ex d.lgs. 165/2001.

Gli incarichi professionali afferenti il regime delle Opere pubbliche sono tutti regolamentati proceduralmente, quanto alla scelta del professionista; per il contesto della normativa che è prevista dalla legge 109/94, la competenza alle nomine appare difficilmente sottraibile alla sfera dell'ufficio responsabile del procedimento.

Per questi motivi, si ritiene che, nei casi dubbi, per decidere, sia in sede Statutaria che al di fuori di essa, circa la competenza a procedere, il criterio esposto in questo paragrafo possa assicurare un corretto approccio agli istituti in esame, soprattutto risparmiando all'interprete una difficile enucleazione di declaratorie di regole e atti da iscrivere in elenchi che, per quanto lunghi ed articolati, non saranno mai in grado di assicurare esaustività di previsione e che, inoltre, si pongono in una logica di profondo

contrasto con un'amministrazione che tende a divenire sempre meno formalizzata e sempre più correlata, in via diretta ed immediata, al concreto oggetto di tutela, ovvero l'interesse pubblico.

In ogni caso, il dibattito in ordine al riparto delle competenze resta aperto e, come si è accennato, esso appare ancorato a profonde dinamiche evolutive derivanti dal ruolo che gli Enti locali disimpegnano nel sistema costituzionale.

Occorre, inoltre, rilevare che l'art. 118 Cost. non solo delinea la competenza funzionale amministrativa degli enti locali, ma in più, ne circoscrive le basi con particolare attenzione ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Nella stessa disposizione è anche previsto che il Comune eserciti la proprie funzioni amministrative circa la popolazione e il territorio fintantoché esse non siano, per poter assicurare l'esercizio unitario, conferite ad altri enti locali, secondo i principi, su richiamati, di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Ne consegue che appare indispensabile individuare non solo regole di contenuto sul riparto di competenze, ma anche regole di sistema per effettuare tali analisi. L'approccio a tale ulteriore problematica può essere fornito dallo Statuto comunale³.

3, Il ruolo dello Statuto.

In virtù della inderogabilità di alcuni principi enunciata espressamente dalla legislazione in materia di ordinamento degli enti locali, che costituisce limite all'autonomia normativa degli enti – tra i quali è compreso il principio della separazione/distinzione tra organi di governo e dirigenti/responsabili dei servizi di cui all'art. 107 del testo unico – lo statuto, si afferma, ha una potestà meramente *ricognitoria* delle funzioni spettanti ai soggetti che a diverso titolo, politico o gestionale, determinano il funzionamento di un Ente.

Se, infatti, lo statuto – nell'ambito dei principi fissati dal testo unico – ha il solo compito di *specificare* le attribuzioni degli organi (art. 6, comma 2) e il D.L.vo n. 267/2000

³ Sul punto il Prof. Cerulli e il dott. Narducci, in “La revisione degli statuti alla luce del nuovo Titolo V della costituzione”: “La questione non è semplice, almeno sotto il profilo dell'organizzazione della gestione del potere e delle responsabilità che possono derivare dalla omissione dell'esercizio del potere stesso. La complessità va ricercata non tanto in relazione ai programmi, nei quali, di regola, vengono preordinate le modalità di esercizio del potere, quanto piuttosto in riferimento ai soggetti che, per ragioni di rapporto funzionale con l'amministrazione pubblica presiedono alle fasi dell'azione e che, in relazione a codesto rapporto, possono essere coinvolti nei processi di cointeressenza, con pregiudizio dell'interesse pubblico. Nell'intento di prevenire le suddette contrapposizioni, si ritiene giustamente che gli interventi finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico richiedano specifici accorgimenti di metodo circa l'esercizio della potestà, specifiche procedure in ordine alla individuazione degli organi competenti all'uso della potestà stessa, specifici standard di appagamento dell'interesse collettivo. Le suddette considerazioni non dipendono da alcuna espressa normazione positiva, ma, come sostiene la prevalente dottrina, sono legate alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale ha annullato gli atti di amministrazione che prevedevano la travalicazione dei limiti del potere effettivamente attribuiti all'autorità amministrativa”.

stabilisce che gli statuti e i regolamenti si uniformano ai principi per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti (art. 107, comma 1), il margine di estensione della potestà statutaria è limitato ad una mera ricognizione di quanto, in relazione alla tipologia di attività esercitata, è di competenza dell'apparato gestionale o, viceversa, degli organi di indirizzo politico e di controllo.

In conseguenza, poi, dell'ulteriore assunto che espressamente si evince dall'art. 1 del D.L.vo n. 267/2000, per cui accanto a norme che enunciano principi inderogabili esistono anche <<disposizioni>> e che in seno alle stesse bisogna distinguere, con l'ausilio dell'interpretazione, tra disposizioni con carattere precettivo e, dunque, vincolanti e norme con carattere meramente dispositivo e, pertanto, derogabili, ne discende che lo statuto non può che ritenersi norma secondaria, al pari dei regolamenti, e che il rapporto tra legge e statuto non può essere definito di competenza. La legge n.131/2003, inoltre, prevede espressamente che "lo statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'art. 117, 2° comma, lett. p) della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare" (art.4, c.2); il successivo comma 3 prevede che "l'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie".

Analizzando, dunque, il tema alla luce delle esposte tesi che riconoscono o negano una maggiore autonomia normativa statutaria, si pone il citato problema del rapporto tra il limite normativo dello statuto e la specificazione che attraverso tale fonte giuridica si realizza circa le attribuzioni delle competenze degli organi.

L'art. 1 della legge n. 3/2001, inoltre, non fornisce dettagli sulle materie che dovrebbero rientrare nella disciplina statutaria. Occorrerà, pertanto, riferirsi al coordinamento tra le norme dell'ordinamento e quelle della legge n. 131/2003.

Chi opera nelle autonomie locali è perfettamente a conoscenza dell'incertezza che ancora investe il corretto procedimento di realizzazione di un assetto delle competenze rispettoso del citato inderogabile principio della separazione o distinzione tra attività gestionale e attività di indirizzo politico e di controllo.

Orbene, l'art. 6, comma 2, del D.L.vo n. 267/2000 dispone la potestà statutaria di specificazione delle attribuzioni degli organi nell'ambito dei principi fissati dal testo unico.

Tale norma è stata analizzata, in particolare, per i suoi riflessi circa la possibilità di delegare le funzioni modificando, così, l'originario assetto delle competenze.

Anche in tale sede l'accettazione o no di una tesi favorevole a tale possibilità di delega delle funzioni discende dall'opzione teorica a cui si aderisce in ordine al valore dello statuto nella gerarchia delle fonti.

In proposito si afferma che con il termine <<specificare>> il legislatore abbia attribuito allo statuto non la funzione di definire l'assetto delle competenze, bensì, nell'ambito di un assetto di competenze già definito *ex lege*, il più modesto ruolo di determinare le modalità attraverso le quali queste competenze si esercitano e le funzioni nelle quali le stesse si esplicano.

Ne discende una ultroneità della fonte statutaria ove essa fosse indirizzata alla modifica o all'assegnazione di competenze attraverso l'istituto della delega delle funzioni.

Se, dunque, si esclude tale forza normativa dello statuto, a maggior ragione per gli studiosi che aderiscono a tale ricostruzione ermeneutica, è assolutamente inaccettabile e, dunque, da scartare l'ipotesi di uno statuto con funzione di individuazione di quelle competenze per le quali, allo stato attuale, vige incertezza circa la loro natura e conseguente titolarità.

Si è affermato, infatti, che la sede per dissipare dubbi circa la titolarità di una competenza non è certamente quella statutaria, in quanto la natura di una funzione non può decidersi attraverso l'espressione di una volontà politica, ma essa è da ricavarsi dalla funzione che si esprime attraverso l'estrinsecazione di un'attività.

Pur nell'innegabile valore di un tale assunto, quest'ultimo merita, tuttavia, una precisazione.

Si sostiene che in presenza di lacune legislative o di norme ambigue lo statuto non può assumere un valore derogatorio, ma al più mera ricognizione. E' naturale che in presenza di un vuoto normativo o di un'ambiguità legislativa la mera ricognizione della competenza di una funzione va effettuata avendo ben presente il contesto normativo essenziale e di riferimento della materia.

Pertanto, se dal combinato disposto degli artt. 1, comma 3, 6, comma 2, e 107 del D.L.vo n. 267/2000 si evince l'inderogabile principio della separazione delle competenze e se, come detto, una funzione la si ricava dalla natura dell'attività che attrae, poi, su di sé la competenza al suo esercizio, lo statuto altro non attua che una ricognizione di un dato già implicito nel sistema.

Ma ciò presuppone certezza interpretativa in ordine alla natura di un'attività e alla conseguente attribuzione di una certa funzione ad un determinato organo!

Il problema, invece, riguarda proprio la competenza all'esercizio di atti o attività la cui riferibilità è dubbia o perché coesistono nell'ambito di una stessa attività profili tecnico-

gestionali e politici difficilmente separabili o perché le tesi che propendono per l'una o l'altra competenza sono entrambe supportate da argomentazioni valide e sostenibili.

Gli stessi autori che attribuiscono allo statuto una funzione meramente ricognitoria di dati impliciti nel sistema non possono poi fare a meno di prospettare, almeno per le ipotesi più controverse, diverse soluzioni interpretative in ordine di assegnazione di determinate competenze.

Volutamente si è parlato di soluzioni interpretative, in quanto forse per tali controverse ipotesi, l'ermeneutica può essere da ausilio alla risoluzione di tale delicato problema che altrimenti con difficoltà troverebbe risposta.

Infatti delle due l'una: o lo statuto non può definire nel senso predetto le competenze in quanto lo stesso non può assolutamente innovare alcunché – né prevedendo deleghe di funzioni né tanto meno, ruolo ancora più incisivo, specificando a chi devolvere ipotesi controverse di competenza – e allora le soluzioni di singole discusse ipotesi di attribuzione della competenza non avranno alcuna disciplina se non quella individuata nelle singole ipotesi dall'operatore–interprete; oppure lo statuto potrà accogliere la definizione di alcune ipotesi dubbie ma, considerata la difficoltà per gli enti locali di rispondere alla stessa soluzione interpretativa in modo univoco, tale atto normativo, pur nel rispetto di un'attività di ricognizione delle funzioni e delle competenze insite nel sistema – che, come detto potrà condurre a soluzioni differenti – paradossalmente acquisirà *una forza normativa atipica* di complessa ricostruzione giuridica.

Infatti, questa forza normativa non potrà indurre a ritenere lo statuto fonte *subprimaria* con forza derogatoria di norme non di principio, in quanto la norma che definisce l'assetto delle competenze è una norma ritenuta dalla maggioranza degli interpreti di principio inderogabile.

Né lo statuto può essere definito norma secondaria, ancorché atipica, in quanto la sua subordinazione alla legge renderebbe automaticamente illegittima la sua ingerenza nel disciplinare le competenze degli organi, almeno secondo l'accezione predetta per cui detta funzione è riservata esclusivamente alla legge.

Né può ipotizzarsi un rapporto di competenza tra legge e statuto perché tra le due fonti opererebbe il principio gerarchico e il dominio della legge emergerebbe in virtù del principio delle inderogabilità delle competenze di cui all'art. 107 del D.L.vo n. 267/2000.

Resterebbe solo da attendere l'orientamento giurisprudenziale, tra l'altro anch'esso univoco, e nelle more condurre l'azione amministrativa con criteri incerti nel rischio di annullamenti o, ipotesi ancora più grave, di dichiarazioni di nullità degli atti.

È evidente la complessità della questione relativa alla posizione che lo Statuto assume nel sistema delle fonti. L'art. 114 Cost., infatti, impone allo statuto il rispetto dei *principi fissati*

dalla Costituzione; l'art. 4 della L. n. 131/2003 ne predica l'armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica; questi principi sono desumibili sia direttamente dall'art. 97 e 98 Cost. (buon andamento, imparzialità e concorso per l'accesso ai pubblici impieghi), sia dalle disposizioni della legislazione ordinaria (tra i quali preminente è il principio di distinzione tra politica e amministrazione di cui al d. lgs.165/2001)⁴.

Una soluzione prospettabile, per superare tale circolo vizioso, discendente da una interpretazione dell'art. 6, comma 2 del D.L.vo n. 267/2000 e rispettosa della natura giuridica dell'atto statutario e della sua collocazione nel sistema delle fonti nell'accezione di atto normativo secondario, ancorché atipico, potrebbe essere la seguente.

In tema di attribuzione agli organi delle competenze di valenza dello statuto, garanzia della validità dell'atto presupponente, risiede nella circostanza che tale fondamentale complesso normativo, per i rilievi sopra indicati, non deve assumere né il valore di atto *derogatorio* della legge, né tanto meno di atto *concorrente* con la legge stessa, né a maggior ragione, di atto che intende assorbire nel suo spazio le competenze riservate alla legge.

Per evitare che la fonte statutaria nella sua redazione possa incorrere nell'assunzione di un ruolo di fonte normativa che non gli appartiene, una soluzione, allora, potrebbe essere ancorare il discorso relativo alla distribuzione delle competenze non al termine <<specificare>> le attribuzioni degli organi, bensì all'espressione <<stabilire>> le norme fondamentali di organizzazione dell'Ente, all'interno del quale assetto vi è una successiva funzione di specificazione delle attribuzioni degli organi. Funzione, tra l'altro, quella di <<stabilire>> le norme fondamentali di organizzazione dell'Ente, richiamata dallo stesso art. 6, comma 2, ma in un momento antecedente, in quanto è la stessa logica dei sistemi giuridici che impone che ad un preliminare organizzazione dell'Ente segua, poi, una specificazione delle funzioni degli organi che in seno ad esso operano.

Lo statuto, dunque, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione di un'autonomia locale in quanto ogni Amministrazione, per le sue dimensioni e le sue

⁴ Vedi Cerulli e Narducci, in "L'autonomia normativa degli enti locali": "Per quanto attiene al rapporto tra statuto e legge statale, nel T.u.e.l. è stabilito che la disciplina statutaria si determina nell'ambito dei principi stabiliti dal T.u.e.l. stesso (art. 6, comma 2). A seguito della riforma costituzionale, è necessaria una reinterpretazione di detto articolo: è evidente, infatti, che il limite in questione, e più in genere le disposizioni del T.u.e.l., sono cogenti soltanto laddove possano essere ricomprese nella legislazione esclusiva dello Stato. Si ricorda, inoltre, che, nel sistema attuale caratterizzato da una potestà legislativa regionale particolarmente ampia, gli enti locali dovranno tenere conto anche di tale normazione nell'esercizio del potere statutario e regolamentare; ancora incerti i confini tra le competenze normative delle Regioni e degli enti locali."

peculiarità, richiede una propria specifica struttura, preliminare agli ulteriori sviluppi organizzativi di dettaglio.

In questa fase di organizzazione dell'Ente si sviluppa, poi, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento degli enti locali e, in particolare, di quello di separazione o distinzione delle competenze.

Come già accennato in precedenza, l'ordinamento italiano parla di decentramento come di un criterio fondamentale per la dislocazione delle funzioni tra il centro e la periferia.

Secondo la dottrina (già citata, vedi nota 2) al principio di decentramento si associa, secondo le ultime riforme normative, quello delle sussidiarietà. Tale principio implica anche la possibilità di sostituzione dell'ente superiore nei confronti di quello inferiore, anche se solo in casi particolari e nel rispetto del principio di adeguatezza e di quello di differenziazione⁵.

L'assetto delle competenze non è in *rerum natura*, in quanto la distinzione delle funzioni è variabile proprio in relazione all'organizzazione che l'Ente ha ritenuto confacente alle sue dimensioni e ai suoi criteri di funzionamento.

Se la norma di organizzazione, quindi, cristallizzata nello statuto dispone una pianificazione di criteri in forza dei quali devono essere orientate in modo vincolante le scelte, ad esempio, per le nomine di legali, notai, professionisti con compiti di progettazione per incarichi sotto soglia comunitaria, la competenza – che potrà essere, poi, successivamente specificata sempre in sede statutaria – all'adozione degli atti di scelta sarà riferibile al responsabile del servizio o al dirigente.

Ciò, però, non perché l'atto di scelta è un atto *in rerum natura* gestionale, né tanto meno perché la fiduciarità della scelta viene assorbita nella discrezionalità amministrativa del dirigente, ma perché i criteri organizzativi, in forza dei quali si esprime anche il *modus* per intendere quando un determinato professionista è degno di fiducia, sono già stati espressi.

⁵ Vedi Cerulli e Narducci in “La revisione degli statuti alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione”: “In particolare, il principio di differenziazione esprime la necessità che la distribuzione delle funzioni non debba avvenire in modo uniforme tra enti territoriali dello stesso livello: al contrario, questa deve tener conto delle diversità territoriali, sociali ed economiche attualmente presenti nella Penisola. Il principio di adeguatezza risulta essere complementare rispetto alla sussidiarietà ed alla differenziazione: in base ad esso, la dislocazione delle funzioni deve avvenire nel modo più adeguato per lo svolgimento delle stesse; in altri termini, essa implica ed agevola l'aggregazione di più enti territoriali nelle sue varie forme (unione comuni, associazionismo comunale, esercizio associato di funzioni e servizi etc.), qualora ciò sia necessario per favorire un miglior esercizio della funzione stessa. In definitiva, dal sistema costituzionale, secondo la migliore interpretazione in dottrina, emerge quale criterio di distribuzione delle funzioni amministrative quello della cd. “dimensione degli interessi”: il legislatore deve tendere ad attribuire la titolarità di una determinata funzione amministrativa ai diversi enti di governo secondo la dimensione dell'interesse direttamente curato. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza quali principi direttivi per la dislocazione delle funzioni.”.

Ma se, al contrario, si ritiene che – salvo precisi obblighi legislativi di adozione di procedimenti vincolati – la scelta deve effettuarsi sulla base di rapporti fiduciari da individuare nel caso di specie e in relazione alla specificità del singolo momento, la discrezionalità politico-amministrativa prevarrà sulla discrezionalità tecnico-amministrativa e la competenza all'adozione dell'atto potrà essere quella residuale della Giunta o, secondo altre opinioni, del Sindaco.

Del resto anche lo stesso legislatore individua nello statuto la fonte di specificazione della competenza all'esercizio della rappresentanza legale dell'Ente, anche in giudizio, ancorché vi siano opinioni che ritengono che la scelta organizzativa statutaria sarebbe imposta verso un'attribuzione della competenza alla dirigenza.

Tale ultimo inciso, per la sua particolare rilevanza e per l'attinenza alla tematica affrontata, merita uno specifico approfondimento.

Alcuni autori ritengono, infatti, che la valutazione in ordine alla resistenza o no alla lite rientra nelle competenze tecnico-gestionali dei dirigenti per i particolari criteri valutativi che si richiedono all'operatore al fine di decidere una eventuale costituzione in giudizio.

In presenza, dunque, di un conflitto, una valutazione preliminare che potrebbe condurre, in alternativa ad una lite giudiziaria, ad un annullamento d'ufficio o una revoca dell'atto a monte, così come un giudizio tecnico circa la correttezza o la legittimità degli atti adottati dall'Ente, imporrebbe la riconduzione della scelta della resistenza o no in giudizio nell'alveo delle funzioni gestionali.

Anche tale punto merita, tuttavia, una precisazione.

La scelta, ad esempio, riguardante l'adozione di un eventuale atto di ritiro non può automaticamente ricondursi alla sfera gestionale.

In primo luogo, perché per l'adozione di un atto di autotutela vige il consolidato principio del *contrarius actus* dal quale discende che – oltre alla stessa forma e alle stesse modalità procedurali previste per l'atto da ritirare – l'organo legittimato all'atto di ritiro sia lo stesso organo che ha in precedenza adottato l'atto oggetto di contestazione – salvo ipotesi di *ius superveniens* che abbia modificato l'originaria competenza – o una autorità gerarchicamente sovrordinata, ad eccezione delle ipotesi di competenza esclusiva della stessa autorità o, ancora, un organo distinto per ambito di operatività, ma a cui la legge riconosce tale potere di intervento.

Infatti, è da ricordare, in quest'ultimo caso, che il D.L.vo n. 80/1998, pur avendo escluso il potere ministeriale di revocare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dirigenziale, ha fatto salvo il potere di annullamento ministeriale degli atti dei dirigenti per motivi di legittimità.

Tale disposizione, confluita nel D.L.vo n. 165/2001, è, tra l'altro, estensibile agli enti locali, così come si evince dal combinato disposto di cui agli artt. 88 e 111 del TUEL, in forza di un suo recepimento in sede statutaria e regolamentare e in virtù dell'equiparazione tra Sindaco e Ministro come capi politici della struttura amministrativa.

Pertanto e nel presupposto che non vi è stata un'automatica abrogazione di tutte le funzioni deliberanti in capo all'organo politico e di governo, se l'atto contestato è, ad esempio, di competenza consiliare o della Giunta e detta competenza è ancora a loro attribuita, tali organi saranno titolari della potestà decisoria in ordine all'emanazione dell'atto di ritiro o alla resistenza in giudizio, così come potrebbe essere il Sindaco titolare del potere di annullamento degli atti illegittimi dei dirigenti per i motivi su esposti (salvo espressa delega di funzioni da parte del sindaco al segretario generale o al direttore generale, ferma restando tuttavia la titolarità del potere esclusivamente in capo al sindaco).

Di poi l'*iter* logico che può condurre all'annullamento, alla revoca di un atto o ad una sua conferma con conseguente decisione a resistere in giudizio, oltre che valutazioni tecnico-giuridiche in ordine alla correttezza o alla legittimità dell'atto adottato, comporta, altresì, giudizi che non sempre possono essere attratti, quasi come ordine imposto dal sistema, nella sfera gestionale.

Le valutazioni che possono condurre all'annullamento di un atto, atto di ampia discrezionalità, o ad una sua revoca – atto contraddistinto per naturale funzione da una nuova ponderazione del pubblico interesse, in base a criteri di opportunità – coinvolgono anche aspetti che, in determinate occasioni, è più prudente demandare alla sfera politica decisionale, in quanto pur a fronte di una illegittimità o di una inopportunità di un atto, la decisione di ritirarlo o di confermarne la sua valenza, coinvolge interessi che non si limitano esclusivamente ad una verifica della sua conformità a criteri giuridici.

Numerose sono le ipotesi che in concreto possono verificarsi nella pratica e, considerato che dell'esito di una eventuale costituzione in giudizio ne rispondono, quanto meno in sede politica, gli amministratori, al di là delle conseguenze risarcitorie che da una lite possono discendere, l'opportunità induce ad una maggiore cautela circa l'opzione statutaria di attribuzione della competenza ad assumere tale delicata decisione. Senza considerare peraltro le conseguenze, oltre che finanziarie, socio-politiche che possono derivare dalla resistenza in giudizio che, molto spesso, possono coinvolgere aspetti di natura sociale e pertanto, si ritiene che la decisione resti in capo a chi ha ricevuto un mandato di rappresentanza da parte dei cittadini, a chi cioè rappresenta effettivamente la maggioranza degli amministrati ed è responsabile di fronte ad essi delle scelte adottate.

Ne consegue che anche per tale controverso tema lo statuto è la sede più idonea per

la scelta di una soluzione organizzativa che sia il risultato di una attenta valutazione recepita, poi, in atti fondamentali dell'Ente.

4. Riflessioni conclusive

Da quanto sinora esposto discende che, almeno per le ipotesi dubbie, ove lo statuto individui una determinata competenza esso non acquisirà forza derogatoria della legge in quanto l'incertezza della fattispecie concreta ha fonte in una volontà legislativa che sembra affidare all'autonomia normativa dell'Ente la sua completa definizione in un momento in cui si esplica una potestà organizzativa dell'autonomia locale.

Se la legge, dettando solo un principio, non ha disciplinato in modo chiaro e univoco l'assetto delle competenze, richiedendo, previa individuazione delle norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente, solo una specificazione delle stesse, queste ultime non possono essere ancorate ad un generico precetto e, dunque, vivere dell'interpretazione che l'operatore darà ad essa nel caso concreto.

La competenza all'adozione di determinati e discussi atti si ricaverà dai principi organizzativi dell'Ente e sarà, poi, eventualmente specificata nelle sue concrete modalità operative.

Pertanto, se il valore discendente da un principio non è applicabile costantemente ad una fattispecie o se due diverse manifestazioni interpretative dello stesso principio hanno eguale valenza, in quanto entrambe tendono a rispettare lo stesso, pur nella diversità degli assunti dai quali esse eventualmente si sviluppano, ambedue hanno eguale dignità e dunque sono meritevoli di tutela.

In tale caso, pertanto, non si deroga alcunché perché è assente per definizione una forza derogatoria che per essere tale necessita di un *quid* da derogare che nel caso di specie manca.

La forza normativa dello statuto non potrà, poi, neanche definirsi concorrente con la forza normativa di una legge.

Una disciplina concorrente di una materia è presente allorché sulla stessa materia atti normativi differenti hanno facoltà di esprimere una regola, mentre in tale ipotesi è assente proprio una regola specifica e presente solo una norma di principio che va, comunque, rispettata con criteri organizzativi conformi ad essa.

Allo stesso modo è da rifiutare la tesi per cui in tal modo si configurerebbe un rapporto tra la legge e lo statuto in termini di competenza: quest'ultima è propria della legge e la fonte statutaria non fa altro che recepirla nei suoi criteri organizzativi.

Da tale ricostruzione ne discende uno statuto che, non solo non deroga alcunché, bensì si limita a recepire la *ratio legis* attraverso una opzione ermeneutica tesa a privilegiare una ricognizione interpretativa preordinata al fine di regolare l'azione dell'Ente in un assetto organizzativo indirizzato al rispetto della distribuzione delle competenze che sono in quella sede, poi, specificate.

La distinzione tra attività gestionale e attività di indirizzo politico e di controllo nasce dalla precisa volontà di eliminare ingerenze di organi politici nella gestione amministrativa dell'Ente per evitare commistioni o sviamenti.

Tale principio è la logica risultanza del rispetto dei principi di imparzialità, di buon andamento dell'azione amministrativa, a loro volta corollari del più ampio principio di legalità.

Orbene, stabilire se determinate attribuzioni sono riferibili alla dirigenza o ad organi politici, nel silenzio o nell'ambiguità della legge, ma nell'ambito delle norme fondamentali dell'organizzazione dell'Ente che rispettano i principi a cui per legge devono uniformarsi, ha dunque il pregio di dare certezza a situazioni altrimenti prive di disciplina concreta, garantisce il buon andamento dell'azione amministrativa e, in ogni caso, evita il proliferare di azioni dirette al semplice ostruzionismo da parte di chi, per i più diversi motivi, intende ostacolare l'attività dell'Ente.

Infatti, se si concepisce questa funzione dello statuto nel senso predetto, attraverso tale fondamentale atto normativo si definisce compiutamente il sistema organizzativo e funzionale di un Ente locale che – si badi – raramente potrà essere assimilabile ad un altro per le profonde diversità che esistono nel variegato mondo delle autonomie locali.

Si eviterà di concepire il principio di distinzione tra attività gestionali e funzioni di indirizzo politico e di controllo come un <<blocco monolitico>> la cui *ratio* legislativa è diretta ad una automatica attribuzione della quasi totalità delle funzioni alla classe dirigente degli enti locali senza mediazioni con le diverse e concrete realtà organizzative che si presentano all'operatore.

Allo stesso modo non si attribuirà allo statuto alcuna forza normativa che la legge non gli riconosce, né esso si approprierà di un ambito di competenza legislativo che non gli appartiene, ma, semplicemente, gli si attribuirà il giusto ruolo che compete in qualità di atto fondamentale per le autonomie locali.