

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

DOVERI E CONDIZIONE GIURIDICA DEGLI AMMINISTRATORI DEGLI ENTI LOCALI NELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI

dott. Alessandro Sorpresa

Abstract:

L'articolo sottolinea alcuni tra i profili maggiormente significativi della disciplina normativa contenuta nell'art. 78 del d.lgs. n. 267/2000: il dovere di astensione degli amministratori degli Enti Locali laddove sussista un'ipotesi di conflitto di interessi.

Delinea al tempo stesso le conseguenze derivanti in sede civile, penale e amministrativo-contabile in caso di loro violazione dell'obbligo di astensione, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali.

INTRODUZIONE: PROFILI FORMALI E CONTENUTO PRESCRIZIONALE DELL'ART. 78, D.LGS. N. 267/2000

Ai sensi del primo comma dell'art. 78 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali), "il comportamento degli amministratori, nell'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. 77, comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni".

Approfondendo la tematica, i successivi commi specificano che gli amministratori di cui all'art. 77, comma 2, (ovvero sindaci, anche metropolitani, presidenti delle province, consiglieri dei comuni anche metropolitani e delle province, componenti delle giunte comunali, metropolitane e provinciali, presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, presidenti, consiglieri e assessori delle comunità montane, componenti degli organi delle unioni di comuni e dei consorzi fra Enti Locali, nonché componenti degli organi di decentramento) debbano astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. Tuttavia, un simile obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado.

Inoltre, i componenti la giunta comunale competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici devono astenersi dall'esercitare attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato.

Al tempo stesso, ai sensi dell'art. 78, comma 4 del TUEL, nel caso di piani urbanistici, ove la correlazione immediata e diretta sia stata accertata con sentenza passata in giudicato, le parti di strumento urbanistico che costituivano oggetto della correlazione sono annullate e sostituite mediante nuova variante urbanistica parziale.

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

Nelle more dell'accertamento di tale stato di correlazione immediata e diretta tra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini è sospesa la validità delle relative disposizioni del piano urbanistico.

Infine, il legislatore ha inteso concludere la richiamata disposizione normativa statuendo che tanto al sindaco ed al presidente della provincia, quanto agli stessi assessori ed ai consiglieri comunali e provinciali sia vietato ricoprire incarichi e assumere consulenze presso enti ed istituzioni dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza dei relativi comuni e province.

INTERVENTI DEL CONSIGLIO DI STATO E RICOSTRUZIONI ERMENEUTICHE

Sulla base del dato testuale dei diversi commi dell'art. 78 TUEL poc'anzi esposti, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5423/2020, ha chiarito come il primo comma dell'art. 78 si riferisca "ad un principio generale di imparzialità da cui deriva l'obbligo di astensione, che deve pertanto ritenersi di carattere generale". Statuizione che secondo i giudici troverebbe opportuna conferma proprio nel successivo comma della medesima disposizione normativa, laddove si impone l'astensione degli amministratori non solo dalla votazione, ma anche dalla "discussione" di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado.

Un tale obbligo di astensione di carattere generale prescinderebbe quindi da ogni tipo di valutazione in merito all'effettivo contributo causale apportato alla delibera concretamente adottata, così come da una disamina sostanziale riguardo al concreto rapporto sussistente con l'interesse in questione. Infatti, come evidenziato nella stessa pronuncia sopra citata, "solo per le delibere di carattere normativo o generale deve essere anche considerata la sussistenza di un interesse <<immediato e diretto>>, trattandosi appunto di atti a contenuto generale, mentre in delibere che abbiano ad oggetto situazioni concrete [...], la disposizione di legge prescinde[rebbe] dalla valutazione di un carattere immediato e diretto dell'interesse".

Analoga ricostruzione ermeneutica trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa maggioritaria. Negli anni, l'autorità giudicante ha infatti sostenuto che "l'astensione del consigliere comunale dalle deliberazioni assunte dall'organo collegiale deve trovare applicazione in tutti i casi in cui, per ragioni di ordine obiettivo, egli non si trovi in posizioni di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale, con la precisazione che il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire all'adozione di una delibera. Come emerge dal tenore letterale dell'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000 e dalla sua ratio, la regola generale è che l'amministratore debba astenersi al minimo sentore di conflitto di interessi, reale o potenziale che sia; la deroga divisata per gli atti generali e normativi, oltre a non essere assoluta (perché qualora si profili il concreto interesse personale si ripristina l'obbligo di astensione), è da considerarsi tassativa ed incapace quindi, di incidere sul perimetro della fattispecie ampliandolo internamente (Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2011 n.693; Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2008, n. 2970).

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

L'obbligo di allontanamento, per poter in tal modo garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, sorgerebbe per il solo fatto che l'amministratore rivesta una posizione suscettibile di determinare, anche in astratto, un conflitto di interessi, a nulla rilevando la constatazione che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o meno un concreto pregiudizio per la Pubblica Amministrazione. Il conflitto di interessi, nei suoi termini essenziali valevoli per ciascun ramo del diritto, va infatti individuato nel contrasto tra due interessi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo "istituzionale" ed un altro di tipo personale.

Ne deriva che non assumerebbe rilievo determinante il fatto che il Consiglio abbia proceduto in modo imparziale ovvero senza condizionamenti, essendo l'obbligo di astensione per incompatibilità espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza (art. 97 Cost.), al quale ogni Pubblica Amministrazione è chiamata a conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione. Viene nella sostanza recepito nella norma in esame quel comune sentire che nei riguardi di coloro che amministrano la cosa pubblica si traduce nel detto secondo il quale essi non soltanto debbono essere ma anche apparire non in conflitto con l'oggetto della questione che sono chiamati a deliberare (Cons. Stato Sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4806).

Al tempo stesso, però, è opportuno ricordare quanto l'applicazione concreta di un simile obbligo di astensione possa essere condizionata da ulteriori fattori, in primo luogo da quelli correlati alla dimensione dell'Ente considerato. Se infatti un simile obbligo trova applicazione per le delibere riguardanti interessi propri degli amministratori o di loro parenti o affini sino al quarto grado nonché, ove sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e gli specifici interessi di questi ultimi, anche per i provvedimenti normativi o di carattere generale, è evidente come il rispetto formale di una simile previsione legislativa non possa non avere differenti conseguenze in ragione delle caratteristiche dimensionali del Comune considerato, le quali potrebbero, in ipotesi, rendere difficoltosa una rigorosa e letterale applicazione dell'art. 78 del d.lgs. n. 267/2000 in sede di votazione degli strumenti di pianificazione.

Di tutto questo, non è rimasta estranea la giurisprudenza, che è stata negli anni investita in più occasioni della questione e che ha cercato di trovare una soluzione capace di fornire un equilibrato punto di sintesi tra i diversi interessi coinvolti.

In particolare, il TAR Lazio, con la pronuncia del 30 novembre 2010, n. 34753, ha chiarito come "la votazione separata e frazionata su singole componenti del piano, senza la presenza di quei consiglieri che potevano di volta in volta ritenersi interessati, [sia], non solo legittima, ai sensi dell'art. 78 TUEL. d.lgs. n. 267/2000, ma anche ragionevole e realistica, tenuto conto della situazione dei piccoli comuni, nei quali gran parte dei consiglieri e dei loro parenti e affini sono proprietari di terreni incisi dalle previsioni urbanistiche, a condizione che vi sia comunque un'analisi complessiva ed una approvazione finale del contenuto globale del piano".

Qualche anno prima, lo stesso TAR Veneto, evidenziando proprio questa necessità fisiologica per le realtà locali con minor popolazione, affermava come la votazione separata e frazionata "non solo [fosse] legittima, ma anche ragionevole e realistica, tenuto conto che non è rinvenibile nell'ordinamento una disposizione che

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

vieti siffatta modalità di votazione [...] e che, ove non si consentisse tale votazione frazionata, sarebbe sostanzialmente impossibile per i Comuni medesimi procedere all'adozione di strumenti urbanistici generali". Dunque, da quanto esposto sembra emergere come il concetto di "votazione frazionata" oramai venga impiegato per definire quel meccanismo procedimentale da tempo invalso nella prassi dei Comuni di piccole e medie dimensioni, mediante il quale l'adozione di uno strumento urbanistico o di una variante generale si compone di una pluralità di votazioni, riguardanti singole porzioni di territorio, al fine di evitare che possibili conflitti di interessi inficino la legittimità della deliberazione nel suo complesso. Proprio nel perseguimento di questo obiettivo e nel rispetto dei principi fondamentali sottostanti al medesimo, gli amministratori si astengono, di volta in volta, dalla partecipazione alle votazioni relative a porzioni di territorio rispetto alle quali versano in situazione di conflitto di interessi.

Un *modus procedendi* che è stato anche di recente confermato dalla sentenza della Prima Sezione del TAR Liguria, n. 57/2017, nella quale l'Autorità giudicante ha sostenuto come "tale soluzione, seppure non munita di specifica <<copertura legislativa>>, è stata costantemente ritenuta corretta dalla giurisprudenza, poiché ragionevole, realistica e non preclusa da alcuna disposizione normativa (Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3663 e 22 giugno 2004, n. 4429; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 settembre 2002, n. 7590; T.A.R. Veneto, sez. I, 6 agosto 2003, n. 4159; T.A.R. Liguria, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 1773; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 settembre 2009, n. 675; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 6 marzo 2010, n. 179; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 aprile 2016, n. 1766). Soprattutto nei piccoli Comuni, infatti, sarebbe sostanzialmente impossibile, qualora non si consentisse detta <<votazione frazionata>>, procedere alla formazione degli strumenti urbanistici, atteso che gran parte dei consiglieri e dei loro parenti o affini sono normalmente proprietari di terreni incisi dalle previsioni urbanistiche".

Lo stesso organo giudicante, spingendosi oltre ed approfondendo più nel dettaglio la materia, rilevava come altrimenti, qualora non venisse seguito un simile criterio, "consegui[rebbe], altresì, una violazione del principio di democraticità, in ragione del fatto che le scelte in materia di pianificazione urbanistica risulterebbero affidate, non ai rappresentanti della collettività locale, ma ad un organo esterno (il commissario ad acta) necessariamente chiamato ad intervenire in via sostitutiva".

In ogni caso, la giurisprudenza sopra richiamata ha avuto modo di precisare che il contenuto unitario dello strumento urbanistico generale implichi comunque una fase conclusiva del procedimento comprendente la votazione e l'approvazione, secondo le regole proprie delle deliberazioni degli organi collegiali, del documento pianificatorio nel suo complesso.

Tale votazione complessiva, cui partecipano anche i consiglieri astenutisi su singoli punti del disegno pianificatorio, non si porrebbe in contrasto con l'obbligo di astensione sancito dall'art. 78 del d.lgs. n. 267/2000, poiché il singolo consigliere non sarebbe più in grado di influire direttamente, in sede di votazione finale, sulla scelta pianificatoria che riguarda i suoi interessi, sulla quale si è già formato il consenso senza la sua partecipazione.

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE

Alla luce di quanto esposto nei paragrafi che precedono, ne consegue che laddove una delibera venga assunta in violazione del dovere di astensione risulterebbe viziata da invalidità relativa e sarebbe di conseguenza annullabile. Un vizio capace di inficiare l'intero provvedimento (quale che sia il suo contenuto e indipendentemente dalla prova di resistenza), e non già la sola parte che riguardi l'amministratore interessato (Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 3385).

Tuttavia, ove si tratti di piani urbanistici e la correlazione immediata e diretta sia stata accertata con sentenza passata in giudicato, l'annullamento riguarderà e sarà limitato alle sole parti dello strumento urbanistico che costituivano oggetto della medesima correlazione (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3744), le quali dovranno essere sostituite mediante nuova variante urbanistica parziale. Nelle more dell'accertamento, resta comunque sospesa la validità delle relative disposizioni del piano urbanistico.

In aggiunta, spostando ora l'attenzione dal piano oggettivo a quello più propriamente soggettivo, si consideri che l'amministratore che ha omesso di astenersi potrà essere chiamato a rispondere della propria condotta secondo le regole generali, in tre distinte sedi.

In particolare, in sede civile, alla luce del rinvio operato dal disposto dell'art. 93, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000, sarà chiamato a rispondere ai sensi degli artt. 22 e 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 («Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato»), i quali stabiliscono espressamente che *“L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto [...] è personalmente obbligato a risarcirlo”*.

L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'art. 23 definisce danno ingiusto *“quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave”*, precisando che sussiste la responsabilità personale dell'impiegato tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto laddove la detta violazione consista nella omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento.

In ultima analisi, si tratta di discipline normative di legge ordinaria attuative del disposto contenuto nell'art. 28 della Costituzione italiana, ai sensi del quale: *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”*.

Ne consegue che il soggetto danneggiato potrà agire o direttamente nei confronti dell'amministratore oppure, soprattutto in ragione della sua maggiore solidità patrimoniale, anche nei confronti dell'ente cui questo appartiene.

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

Inoltre, in sede penale, egli potrà essere chiamato a rispondere del delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., disposizione con la quale si sanziona *“il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto”* (in fase di smantellamento).

Seguendo l'orientamento oramai divenuto maggioritario nella giurisprudenza di legittimità, *“il requisito della violazione di norme di legge ben può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della Pubblica Amministrazione, per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi ed impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione”*.

Già nello stesso art. 97 Cost., *“che pur detta principi di natura programmatica, è individuabile un residuale significato precettivo relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa e, quindi, un parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio.*

L'imparzialità a cui fa riferimento l'art. 97 Cost. consiste, infatti, nel divieto di favoritismi, nell'obbligo cioè per la Pubblica Amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelati alla stessa maniera, conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive. In sostanza, il principio d'imparzialità, se riferito all'aspetto organizzativo della Pubblica Amministrazione, ha certamente una portata programmatica e non rileva ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, in quanto detto principio generale deve necessariamente essere mediato dalla legge di attuazione; lo stesso principio, invece, se riferito all'attività concreta della Pubblica Amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che confliggono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione” (così Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180, e sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453.).

Infine, in sede amministrativa, egli potrà essere chiamato a rispondere, dinanzi alla Corte dei conti, del danno erariale eventualmente derivante dall'omessa astensione.

A riguardo, è bene precisare che quella amministrativa per danno all'erario è una forma di responsabilità personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, pur escludendo comunque la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo. Una tutela che risulta azionabile non già dal creditore (l'amministrazione danneggiata), bensì (esclusivamente) da un apposito pubblico ministero, il quale agisce nell'interesse dell'intera collettività. Il tutto entro un termine quinquennale di prescrizione, decorrente dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta.

Comitato scientifico: Marco Dugato, Vittorio Italia, Tommaso Miele, Corredo Mauceri, Giuseppe Panassidi, Italo Volpe. Direttore responsabile, avv Giuseppe Panassidi

È suscettibile di riduzione da parte del giudice contabile, il quale, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto (c.d. “potere riduttivo dell’addebito”). L’organo giudicante dovrà anche tenere in considerazione i vantaggi comunque conseguiti dall’amministrazione di appartenenza o da altra amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità (*compensatio lucri cum damno*).

Da ultimo, sempre con riferimento alla natura di detta forma di tutela giurisdizionale, si ricorda in questa sede come si sia soliti sostenere che sia azione parziaria, nel senso che, se il fatto dannoso è stato causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso, ad eccezione dei soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo, i sono responsabili solidalmente.

SENTENZE:

- Cons. Stato, Sez. II, sent. n. 5423/2020.
- Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2011 n. 693.
- Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2970.
- Cons. Stato Sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4806.
- Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 3385.
- Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3744.
- Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180.
- Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453.
- TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 novembre 2010, n. 34753.
- TAR Veneto, Sez. I, 8/06/2006, n. 1719.