



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**26 settembre
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Non basta un'assunzione di tipo clientelare a dimostrare la corruzione elettorale
- ❖ Sul procedimento di revoca dell'Assessore
- ❖ In caso di mancata certificazione della malattia del dipendente pubblico il licenziamento non è automatico
- ❖ Deve essere esclusa la colpa grave del funzionario che non attiva una polizza fideiussoria in ragione dei complessi rapporti contrattuali esistenti nonché di interessi preminenti del Comune

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Non basta un'assunzione di tipo clientelare a dimostrare la corruzione elettorale

La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza 39462/2016 tratta delle clientele elettorali, definendo la sfera in cui determinati comportamenti dell'amministratore configurano un condotta criminosa.

Per i giudici la scoperta di assunzioni di stampo clientelare non integra da sola un "grave indizio" di un accordo corruttivo che possa autorizzare la custodia in carcere. Questa decisione è stata presa dopo aver rigettato il ricorso della Procura della Repubblica avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame, affermando che la ricerca di voti per un politico locale come ricompensa, o forma di "gratitudine" per l'assunzione del soggetto in una società di servizi comunale, non prova da sola la "corruzione propria" né tantomeno "elettorale" quando manca un dimostrabile e concreto "accordo criminoso", nonostante l'imputato fosse un pluripregiudicato per reati di mafia visto che tra l'assunzione a tempo indeterminato e le elezioni oggetto della vicenda erano passati quattro anni.

Perché si configuri il reato di corruzione propria, come ricordato dai magistrati citando la sentenza numero 5017/2011 dalla Suprema Corte stessa, anche se fosse provata la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale, "è necessario dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio è stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione". Inoltre "deve escludersi l'esistenza di un accordo corruttivo quando l'atto contrario ai doveri di ufficio sia stato oggetto solo di una promessa indeterminata da parte del pubblico ufficiale, senza certezza di prestazioni corrispettive tra le parti" come affermato dalla sentenza numero 3522/2011 della

Corte di Cassazione. La giurisprudenza dunque richiede che debba esservi la prova certa oltre ogni ragionevole dubbio dell'esistenza di un accordo illecito "quale fatto tipico costituente il reato di corruzione propria".

Per quanto riguarda invece la fattispecie della "corruzione elettorale", i magistrati della Suprema Corte hanno chiarito che le attività illecite oggetto del reato, cioè la promessa, l'offerta o la dazione di denaro o altra utilità "devono necessariamente svolgersi a ridosso dell'elezione", siccome "impongono la definizione di un ambito temporale entro il quale si configura l'aggressione alla libertà di scelta elettorale, ambito che va ragionevolmente contenuto tra la data in cui risulti comunque proposta la candidatura e quella dell'elezione". In linea con questo indirizzo, la sentenza specifica che perché si configuri il reato è anche necessario un preciso "patto con il candidato", come specifica del resto il testo dell'articolo 86 del Dpr 570/1960 che indica "la necessità del pactum sceleris finalizzato ad una specifica espressione di voto".

Per questo, concludono i magistrati di legittimità dopo aver escluso un accordo illecito "funzionale allo scambio tra utilità corrisposte dai candidati o dai loro sponsor e sostegno offerto loro nella specifica campagna elettorale del 2009, correttamente è stata ritenuto non configurabile il delitto di corruzione elettorale". Per quanto riguardo l'altro aspetto, allo stesso modo, una volta esclusa la presenza "di un accordo di scambio tra gli atti amministrativi relativi all'assunzione dell'imputato nella società di servizi e alla sua preposizione all'incarico di responsabile di settore e la dazione o la promessa di specifiche utilità da parte di questo in favore dei pubblici amministratori, correttamente è stato ritenuto non configurabile il delitto di cui agli artt. 319 e 321 cod. pen."

Sul procedimento di revoca dell'Assessore

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria è stato chiamato a pronunciarsi, con la sentenza n. 964 del 30.9.2016, circa la legittimità di un provvedimento di revoca dell'incarico di Assessore comunale disposto dal Sindaco.

Nel caso portato all'attenzione del giudice ligure l'ex membro della giunta comunale ha affermato che, a suo dire, il provvedimento di revoca sarebbe stato adottato in seguito ad un episodio in cui questi fu fotografato, unitamente ad altre persone, nell'atto di effettuare il c.d. "saluto romano" al termine di una funzione celebrata in suffragio a Benito Mussolini, fotografia successivamente resa pubblica su un noto social network e diffusa da alcune testate giornalistiche.

Peraltro parte ricorrente contesta, in particolare, come la revoca dell'incarico di assessore non sarebbe riconducibile né alla categoria degli atti politici, né a quella degli atti sanzionatori, sicché il Sindaco avrebbe dovuto puntualmente motivare, in fatto ed in diritto, le ragioni che hanno portato l'Amministrazione a disporla.

La censura così posta, sebbene poi disattesa, viene esaminata con attenzione dal giudice che, anzitutto, si concentra sulla natura giuridica del provvedimento in questione il quale, si badi bene, non risulta riconducibile nel novero degli atti politici e pertanto è assoggettato alle comuni regole del procedimento amministrativo.

Cionondimeno la revoca di un incarico assessorile – al pari dell'atto con il quale tale incarico viene conferito – costituisce un tipico atto di alta amministrazione inquadrabile nell'ambito dell'eterogena categoria degli atti di conferimento di un incarico fiduciario, rispetto ai quali si contraddistingue per essere ispirato da ragioni di carattere squisitamente politico (cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. II, 29/7/2015,

n. 972).

Dette ragioni si risolvono infatti in valutazioni politico-amministrative, come tali ampiamente discrezionali, rimesse alla competenza esclusiva del vertice politico ed afferenti, a mero titolo esemplificativo, ai rapporti con l'opposizione ovvero ai rapporti interni alla maggioranza consiliare, esigenze di maggiore operosità ed efficienza in relazione allo specifico settore dell'Amministrazione delegata.

Ne consegue che il vaglio delle ragioni che hanno condotto alla revoca assessorile, in termini di sufficienza ed idoneità, e la conseguente delimitazione del perimetro dell'obbligo di motivazione, vanno condotti alla stregua della natura di tale atto, sicché, tenuto conto del carattere fiduciario dell'incarico e dell'ampia discrezionalità di cui gode il Sindaco nella scelta dell'assessore, il venir meno del predetto rapporto fiduciario ben può giustificare ex se il provvedimento in questione.

Ed invero, secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, le valutazioni su cui si fonda la revoca dell'incarico di un assessore comunale non devono necessariamente tradursi in una puntuale esplicitazione delle situazioni di fatto addebitabili all'interessato, purché emerga la ragionevolezza delle motivazioni di opportunità politica cui si fa un (ancorché generico) rinvio e poste alla base della scelta (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13/1/2015, n. 34).

Ciò si evince dalla circostanza che la scelta dei singoli assessori sia rimessa dal complesso impianto normativo al solo rappresentante dell'Amministrazione comunale, prevedendo il comma 4 dell'art. 46 D. Lgs. n. 267/2000, che il Sindaco possa revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al Consiglio; ciò in ragione della sua diretta responsabilità politica nei confronti dell'assemblea rappresentativa degli interessi della comunità locale, in merito all'individuazione della compagine di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente, in

attuazione di uno specifico programma politico-amministrativo.

Di conseguenza il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato ai profili formali e di manifesta illogicità o irragionevolezza dell'atto in questione che, nel caso di specie, non vengono rilevati dal TAR.

Sempre per le suddette ragioni, viene disattesa l'ulteriore doglianza proposta riguardo la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento: in un contesto normativo nel quale la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa in modo esclusivo al vertice dell'Amministrazione, cui compete in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi nell'interesse della comunità locale, con sottoposizione del merito del relativo operato unicamente alla valutazione dell'organo consiliare, non c'è spazio logico, prima ancora che normativo, per dare ingresso all'applicazione dell'istituto partecipativo di cui all'art. 7 della legge 241/1990, il cui scopo è quello di consentire l'apporto procedimentale da parte del destinatario dell'atto finale al fine di condizionarne il relativo contenuto.

Per tali ragioni il provvedimento di revoca viene ritenuto legittimo ed il ricorso respinto.

In caso di mancata certificazione della malattia del dipendente pubblico il licenziamento non è automatico

La Corte di Cassazione, sezione Lavoro, con la sentenza numero 18858/2016, da poco depositata, ha cancellato il licenziamento di un dipendente pubblico che si era assentato per malattia senza inviare il certificato medico del Ssn, o di una struttura pubblica, ma che aveva informato il datore di lavoro della sua condizione mettendosi a disposizione per la visita fiscale che ha accertato la sua

patologia. E' quindi sproporzionato rispetto alla violazione, il licenziamento di questo dipendente comunale, in quanto con il suo comportamento non ha violato il rapporto di fiducia con l'ente locale di appartenenza.

I magistrati di I e II grado invece avevano convalidato il licenziamento, in quanto i certificati medici fiscali non costituirebbero una valida giustificazione dell'assenza in caso di malattia. La Cassazione conferma questa considerazione, soprattutto adesso che non vi è più l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di richiedere la visita del medico fiscale, ma arriva a conclusioni diverse. Secondo la Cassazione, che boccia le decisioni dei giudici di merito sulla legittimità del licenziamento, è sicuramente vero che il lavoratore non ha adempiuto ad un suo preciso obbligo che era quello di fornire tempestivamente la comunicazione del proprio stato di malattia attraverso la certificazione di una struttura sanitaria pubblica o di un medico convenzionato col Ssn, ma questa inadempienza non comporta in automatico la massima sanzione disciplinare consistente appunto nel licenziamento. Nei gradi precedenti i giudici si erano limitati ad accertare questa oggettiva violazione del lavoratore sostenendo di non avere alcuna facoltà discrezionale in merito alla consistenza sanzione conseguente.

Su questo aspetto la Suprema Corte di Cassazione chiarisce che i magistrati di I e II livello si sono discostati da precedenti sentenze di legittimità e dai conseguenti indirizzi di nomofilachia sulla materia disciplinare, secondo cui esiste in capo al giudice un potere di valutazione discrezionale sulla gravità del comportamento, tenendo anche conto del soggetto che lo ha messo in pratica, che ha causato il licenziamento. In caso di licenziamento senza preavviso, seppur accertato l'inadempimento del lavoratore, il giudice deve verificare la permanenza degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, prima di tutto l'elemento fiduciario.

Perché sia legittima l'applicazione della massima sanzione disciplinare deve essere dimostrato che il comportamento di cui viene accusato il lavoratore non consenta più la prosecuzione del rapporto.

In questo caso, la violazione, anche se effettivamente compiuta dal dipendente, non risulta così grave da rientrare in questi parametri.

Deve essere esclusa la colpa grave del funzionario che non attiva una polizza fideiussoria in ragione dei complessi rapporti contrattuali esistenti nonché di interessi preminenti del Comune

Con la sentenza n. 59/2016 la Corte dei conti umbra ha escluso la responsabilità, per mancanza dell'elemento soggettivo della colpa grave, del Dirigente convenuto in giudizio per la mancata attivazione di una polizza fideiussoria stipulata dal concessionario degli impianti sportivi comunali per inadempimenti del relativo contratto.

Dai fatti portati a conoscenza del giudice, si apprende che nel 2001 il Comune aveva aggiudicato la concessione della gestione dei suoi impianti sportivi ad un Consorzio, prevedendo anche a carico del concessionario la realizzazione del sistema di trattamento dell'aria del Palazzetto dello Sport.

Tuttavia dopo alcuni anni, ossia nel 2009, l'impianto in questione non aveva subito alcuna variazione rispetto a quello esistente al momento dell'affidamento della gestione e pertanto non erano stati eseguiti i lavori di miglioria proposti.

Inoltre, a distanza di pochi mesi, sopraggiungeva un nuovo problema dovuto alla modifica della composizione del Consorzio concessionario, a seguito del quale il Direttore generale del Comune svolgeva una ricognizione circa

l'adempimento da parte del concessionario di quanto previsto da contratto e, successivamente, dichiarava la decadenza della concessione per la modifica soggettiva della compagine del Consorzio.

Il Consorzio, una volta interrotta la gestione degli impianti, citava in giudizio il Comune, chiedendo la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, per varie inadempienze contrattuali. A sua volta il Comune, in via riconvenzionale chiedeva la condanna del Consorzio al risarcimento dei danni, connessi ai suoi inadempimenti, tra i quali anche quello concernente la mancata realizzazione dell'intervento sull'impianto di aereazione, per € 50.000.

Tuttavia il sopravvenuto fallimento del Consorzio portava all'estinzione del giudizio e, per tale ragione, la Procura Regionale riteneva di contestare al dirigente il danno costituito dalla mancata esecuzione dei più volte menzionati lavori sull'impianto di areazione, per non essersi avvalso della polizza fideiussoria posta "a garanzia dell'esatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali".

Così stando le cose, il Collegio giudicante rileva, sotto il profilo oggettivo, come effettivamente gravasse sul convenuto il "dovere di attivare la polizza fideiussoria prima che il concessionario venisse dichiarato decaduto dalla gestione", pur considerando i contorni non propriamente marcati e precisi dell'obbligo di esecuzione dei lavori sull'impianto di aereazione del Palazzetto dello Sport.

Cionondimeno, sotto il profilo soggettivo viene esclusa la colpa grave in capo al dirigente il quanto molteplici ragioni di opportunità, strettamente connesse ai fini concretamente perseguiti dal Comune, sconsigliavano infatti di attivare la ripetuta polizza prima della declaratoria di decadenza dalla concessione.

Ed infatti non va tralasciato come nell'esecuzione del contratto per la gestione dei più volte menzionati impianti sportivi siano emerse varie criticità. Il

numero e la complessità delle problematiche esecutive del contratto in parola, invero, hanno indotto il Direttore Generale, dopo la convocazione di un apposito tavolo con tutti i dirigenti interessati, a concludere per la declaratoria di decadenza, proponendo però di aggiungere alla cennata pronuncia di decadenza un tentativo di accordo transattivo con il concessionario che assicurasse la gestione dei medesimi impianti per il periodo necessario allo svolgimento delle procedure di gara per il nuovo affidamento del servizio, ossia per un tempo stimato di circa 6-8 mesi.

Faceva poi seguito l'acquisizione di un parere legale di un esperto in diritto amministrativo ed in materia di contratti pubblici per approfondire le due specifiche problematiche relative alla pronuncia di decadenza ed alla richiesta di rimborso-risarcimento del Consorzio che, in poche parole, suggeriva in una prospettiva di economia complessiva del rapporto controverso di evitare la richiesta di restituzione delle prestazioni eseguite dal Comune, onde evitare l'apertura di un fronte contenzioso, nel quale difficilmente l'Amministrazione locale sarebbe potuta risultare vittoriosa e possibilmente giungere ad una transazione, per assicurare la gestione "interinale" del servizio, con la tacitazione di tutte le pretese vantate dal Consorzio e dall'Amministrazione comunale, in ragione del rapporto contrattuale ormai divenuto nullo.

Ecco che allora, nel delicato ed articolato quadro di equilibri che si era venuto a creare, il Giudice ritiene impensabile che il convenuto si attivasse per far valere la più volte menzionata polizza fideiussoria, prima della declaratoria di decadenza del predetto Consorzio concessionario, come sostenuto da parte attrice.

E' evidente, infatti, che una simile iniziativa avrebbe facilmente peggiorato i già difficili rapporti tra il ridetto Consorzio ed il Comune, tenuto anche conto delle rispettive rivendicazioni complessive (€ 3.000.000 per il Consorzio ed € 569.000,

comprensivi dei 50.000 Euro dedotti in giudizio per il Comune) ed avrebbe perciò ostacolato ancora di più la realizzazione degli interessi pubblici perseguiti con la ricordata transazione, legati alla gestione interinale degli impianti sportivi, da parte del medesimo Consorzio TMC, dopo (e nonostante) la sua decadenza dalla concessione.

In sostanza, l'interesse del Comune ad avere la gestione degli impianti sportivi da parte del medesimo Consorzio nel periodo occorrente per individuare un nuovo concessionario ha, ragionevolmente, scoraggiato ogni iniziativa volta all'attivazione della ripetuta polizza fideiussoria.

In conclusione, la mancata attivazione della polizza da parte del dirigente costituisce sicuramente un inadempimento dei propri doveri di servizio, sul piano oggettivo e decontestualizzato dai rapporti creati tra il Comune ed il Consorzio in vista della decadenza dalla concessione del Consorzio stesso, ma è del tutto giustificata, sul piano soggettivo, in relazione agli interessi perseguiti dal Comune medesimo, in rapporto alla predetta decadenza.