

### **Brevi considerazioni sul potere avocativo del Segretario comunale.**

*Maurizio Lucca (Segretario generale del Comune di Vigonza) – Gianbattista Zanon (Dirigente - Vicesegretario generale del Comune di Vigonza)*

*(pubblicato in La Gazzetta degli enti locali, 6 luglio 2007, e in parte rivisto)*

Il Segretario comunale rappresenta dalla sua prima previsione legislativa – istituito con la legge di unificazione n. 2248 del 1865 - il punto di riferimento e il vertice della struttura comunale o provinciale, assumendo sempre più il ruolo di direttore generale e centro dell'organizzazione gestionale nel suo insieme.

Infatti, il rapporto con la struttura amministrativa ove viene collocato potrebbe dirsi sostanzialmente immutato per gli aspetti strettamente istituzionali, come può essere il suo ruolo di ufficiale verbalizzante e di ufficiale rogante (a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento, secondo i canoni costituzionali dell'articolo 97), mentre è decisamente fortemente mutato per la sua collocazione "precaria"<sup>1</sup> all'interno dell'organizzazione.

Scelto dal sindaco o dal presidente della provincia, il Segretario è dipendente dell'Agenzia Autonoma per la gestione dei segretari, non più del Ministero degli Interni (a seguito della riforma apportata con la Legge n.127/1997, così detta Legge Bassanini II), e può essere non confermato allo scadere dell'amministrazione dal quale dipende, con eventuale messa in disponibilità<sup>2</sup>.

Nello specifico l'attuale norma di riferimento – l'art.97 del T.U.E.L. – prevede al comma 4:

*"Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, salvo quando ai sensi e per gli effetti del comma 1 dell'art. 108 il sindaco e il presidente della provincia abbiano nominato il direttore generale. Il segretario inoltre:*

- a) partecipa con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta e ne cura la verbalizzazione;*
- b) esprime il parere di cui all'art. 49, in relazione alle sue competenze, nel caso in cui l'ente non abbia responsabilità dei servizi;*
- c) può rogare tutti i contratti nei quali l'ente è parte ed autenticare scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente;*
- d) esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia;*
- e) esercita le funzioni di direttore generale nell'ipotesi prevista dall'art. 108, comma 4."*

Nei confronti della struttura burocratica una delle attività principalmente assunte dal Segretario comunale o provinciale è dunque quella di sovrintendere alle funzioni svolte dai dirigenti ed al loro coordinamento.

Non mancano inoltre esempi diffusi di regolamenti di organizzazione che nell'analitica ripartizione dei compiti all'interno della struttura stessa, assegnano al Segretario comunale o provinciale il potere avocativo<sup>3</sup> in caso di inerzia o di inadempimento nello svolgimento delle funzioni proprie dei dirigenti.

---

<sup>1</sup> Cfr. T.A.R. Veneto (ordinanza) Venezia, Sez. I, 4 agosto 2006, n.2316, dove si stabilisce che *"la garanzia di stabilità nella funzione attribuita al Segretario Comunale e Provinciale nel nuovo ordinamento introdotto dall'art. 17 commi 67 - 85 della L. 15 maggio 1997, n. 127, e nella fase a regime, è massima in corso di mandato, in quanto il Segretario in carica può essere revocato solo con provvedimento motivato e per gravi ragioni, mentre è minima all'inizio del mandato stesso, in quanto il Segretario in carica (ed uscente) ha solo una generica aspettativa di conferma; pertanto, in quest'ultima ipotesi non occorre alcuna motivazione in ordine alla scelta di un nuovo Segretario ed alla mancata conferma di quello uscente"*, vedi anche T.A.R. Veneto, sentenza 276 del 2007. Invero, *"mentre nel rapporto dirigenziale privato vale il principio della recedibilità ad nutum, a norma dell'art. 2118 cod. civ., di cui costituisce una delle residue ipotesi di vigenza (e salva la disciplina contrattuale risarcitoria in caso di recesso ingiustificato), nel pubblico impiego il mancato raggiungimento degli obiettivi non comporta la possibilità di risoluzione ad nutum del rapporto con il dirigente"*, Cass. Sez. Lavoro, 1 febbraio 2007, n.2233. Complessivamente tale orientamento va graduato con le recenti sentenze della Corte Costituzionale n.103 e 104 del 2007, con le quali viene dichiarata costituzionalmente illegittima la regola dello *"spoils system"*, in aderenza vedi Cons. Stato, sez.V, ordinanza 29 maggio 2007 n. 2700. Si rinvia a LUCCA, *Segretari comunali e spoils system: la cedevolezza (ergo incostituzionalità) della fiduciarietà (politica)*, in La gazzetta degli enti locali, 30 marzo 2007.

<sup>2</sup> A mente dell'art. 97 del D.Lgs. 267/2000 il comune e la provincia hanno un Segretario titolare dipendente dall'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali (e non, quindi, del comune o della provincia) che svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti. Il Segretario dipende funzionalmente dal sindaco o dal presidente della provincia (art. 99 del D.Lgs. 267/2000).

<sup>3</sup> Cfr. ROCCO GALLI, in *Corso di Diritto amministrativo*, Padova 1991, che osserva come *"il potere avocativo ricorre quando il superiore gerarchico avochi a sé un affare dell'inferiore"*. Ciò si rende possibile solo se la competenza tra i due organi è promiscua, mentre, se la competenza dell'organo inferiore è riservata (c.d. competenza specifica), pur nell'ambito di una competenza generale comune dell'apparato di appartenenza, essa non potrà operare se non in virtù di apposita previsione di legge.

Fatto quest'ultimo, che ha visto in diverse occasioni il pronunciamento giurisdizionale, e di recente se ne è dovuto occupare anche la suprema Corte di Cassazione, Sezione Lavoro n. 13708 del 12 giugno 2007, la quale ha negato il potere avocativo in capo al Segretario comunale<sup>4</sup>.

Nel rigettare, infatti, il ricorso promosso dall'amministrazione comunale contro una sentenza d'appello, la Corte ha osservato che i compiti propri del Segretario comunale sono definiti, in linea generale, quali "*compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti*" (articolo 97, comma 2, cit.).

Al Segretario comunale sono infatti affidati compiti di coordinamento dell'attività dei dirigenti e di sovrintendenza allo svolgimento delle relative funzioni (come da precedente ordinamento).

Ai dirigenti è assegnata a una sfera di attribuzioni non derogabile se non con norma primaria, ed essi sono direttamente ed esclusivamente responsabili del loro esercizio<sup>5</sup>.

Quindi l'attribuzione *ex lege* al Segretario comunale di compiti di sovrintendenza di coordinamento dell'attività del dirigente, – ha affermato la Corte – non può essere intesa, per ragioni di coerenza sistematica, nel senso che tali compiti implicino un potere di sostituzione del dirigente; un siffatto potere da un lato comporterebbe deroga alle attribuzioni di quest'ultimo, in contrasto con l'esplicito limite che la legge prevede in proposito, dall'altro determinerebbe violazione della regola di diretta responsabilità del dirigente rispetto all'atto di esercizio di una funzione specificamente attribuitagli<sup>6</sup>.

Nella prospettiva del rapporto di lavoro – ha concluso la Corte – i problemi di inerzia o rifiuto nel provvedere, vanno quindi affrontati sul piano della responsabilità del dirigente, mentre deve escludersi che essi potessero trovare soluzione mediante un'iniziativa sostitutiva, non consentita sulla base del quadro normativo in vigore.

È noto, a tal proposito, che la distinzione di compiti tra l'organo politico e l'organo gestionale (dirigenza) delineata, in prima applicazione, dall'art. 3 D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, ha chiarito che il potere ministeriale di impartire "direttive generali" deve tradursi in direttive di carattere generale aventi funzione di alta direzione e coordinamento, senza vincolare le scelte propriamente gestionali, con la conseguenza dell'illegittimità di una direttiva che si traduca in veri e propri "comandi", o meglio in una surrettizia avocazione ministeriale in deroga al limite richiamato<sup>7</sup>.

Per essere coerenti, in passato il Giudice amministrativo ebbe modo di delineare lo stesso "perimetro" del Segretario comunale o provinciale, ed escluse la possibilità che lo stesso possa espletare compiti normalmente rimessi alla struttura burocratica in senso proprio dell'ente locale.

La sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato n.5625 del 25 settembre 2006, n.5625, infatti, riferendosi alla previgente norma di disciplina delle funzioni del segretario comunale (l'art. 52, comma 3 della Legge n. 142 del 1990 "*sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività*"), dichiarò che il Segretario comunale è chiamato essenzialmente a sovrintendere e coordinare l'attività della dirigenza; ciò che non implica affatto la possibilità di espletamento di compiti burocratici in sostituzione dei dirigenti stessi (salve eventuali ipotesi eccezionali di assenza, nei ruoli dell'ente locale, di dirigenti o altri funzionari in grado di espletare i compiti in

---

<sup>4</sup> Nel caso *de quo*, un funzionario comunale – con funzioni dirigenziali – dopo aver negato ad un privato il rilascio di una concessione edilizia per lavori di ristrutturazione, si era visto arrivare l'ordine del Sindaco di provvedervi comunque; di fronte al suo reiterato comportamento di diniego, l'autorizzazione venne rilasciata, in via sostitutiva, dal Segretario comunale, su richiesta del Sindaco. Per altri versi e per ciò che interessa, è da considerare illegittimo (vizio di incompetenza) il provvedimento con cui il Sindaco dispone l'annullamento della concessione di condono edilizio in precedenza adottata, considerato che l'articolo 51, comma 3, lett. f) della legge 142/90 indubbiamente attribuisce alla competenza del Dirigente amministrativo l'emanazione degli atti amministrativi concernenti le pratiche di condono, T.A.R. Lazio, sez. II, 1 luglio 2005, n. 5414. Ne tuttavia vale ad argomentare la legittimità di tale condotta la presenza, a margine dell'atto, della controfirma apposta dal Segretario Comunale atteso la sua una funzione è stata di tipo consultivo e non quella, pretesa, di amministrazione attiva. In disparte, poi, l'ulteriore considerazione che il segretario Comunale, comunque non avrebbe potuto essere considerato figura equipollente *in toto* – in mancanza di allegazioni in tal senso – al Dirigente di cui all'articolo 51 legge 142 citata, T.A.R. Campania - Napoli, sez.VI, 23 maggio 2006, n.5500.

<sup>5</sup> Merita di segnalare che le attribuzioni dei dirigenti, ai sensi del comma 4 dello stesso art. 107 T.U.E.L., possono essere derogate soltanto espressamente ed a opera di specifiche disposizioni legislative, di talchè la fonte regolamentare non potrebbe in ogni caso portar deroga alla richiamata ed espressa attribuzione legislativa in capo alla dirigenza, T.A.R. Puglia - Lecce, sez.II, 25 giugno 2007, n.2509.

<sup>6</sup> Cfr. OLIVERI, *Enti, segretari con le mani legate. Non revocabili gli atti di competenza esclusiva dei dirigenti*, in Italia Oggi, 6 luglio 2007, pag.44, dove si sostiene, a commento della sentenza Cass. Lav., 12 giugno 2007, n.13708, che "*è da escludere che lo svolgimento dei compiti di coordinamento comporti, anche l'esercizio di un potere di sostituzione/avocazione degli atti dirigenziali. Se così fosse, si determinerebbe quella deroga alle competenze riservate della dirigenza, che l'articolo 107 consente esclusivamente alla legge*".

<sup>7</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III, 3 aprile 2001, n.2765, per i profili erariali si rinvia a Corte Conti Veneto, Sez. giurisdiz., 2 aprile 2001, n.766.

parola), bensì l'espletamento di compiti di supervisione sull'attività dirigenziale e di armonizzazione della stessa in vista del conseguimento delle finalità di economia, efficienza e correttezza dell'azione amministrativa.

Va anche osservato, tuttavia, che la commistione di funzioni è plausibile nelle specifiche circostanze in cui l'ente locale sia privo di figure dirigenziali; è quanto affermato anche dal Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n.4858: *"nei comuni privi di personale dirigenziale, legittimamente è attribuita al segretario comunale la responsabilità operativa delle diverse aree in cui si articola la struttura organizzativa del comune"*.

Ciò sembra oltretutto coerente anche con il dettame normativo – l'art. 97 lett. d), infatti, dispone *"il segretario ...esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia"*<sup>8</sup>.

Ed è proprio da questa lettura sistematica della norma che si può postulare un assetto differenziato delle competenze in capo al Segretario se appositamente attribuite da una fonte normativa o con apposito atto del capo dell'Amministrazione (rispetto a quelle generali presenti nella figura del Segretario in assenza di direttore generale).

Stabilita l'astratta possibilità di acquisire competenze dirigenziali (sic!) pare di poter concludere in modo distinto rispetto a quanto stabilito dalla Corte (*supra*).

Ed allora, se il potere di avocazione generale non è previsto da alcuna fonte (ed è limitato a specifiche ipotesi) si potrebbe argomentare che è legittima una norma di tipo regolamentare che preveda la sostituzione dei dirigenti in caso di impedimenti o nel caso di omissioni o ritardi nell'esercizio delle potestà di competenza degli stessi, al fine di assicurare l'esercizio dell'azione amministrativa, diversamente pregiudicata nella sua finalizzazione<sup>9</sup>.

In termini più estesi, la presenza di una fonte (regolamentare o sindacale - presidenziale) che preveda compiti gestionali al Segretario comunale o provinciale<sup>10</sup> abiliterebbe quest'ultimo (a maggior ragione se incaricato della direzione generale)<sup>11</sup> ad esercitare poteri avocativi o sostitutivi da esercitarsi solo qualora sussista un pregiudizio (in senso lato) per l'Amministrazione (o nelle ipotesi individuate essendo tale potere del tutto eccezionale); pregiudizio (e presupposto) da motivare congruamente e analiticamente nell'atto, collegato ad una colpevole inerzia del dirigente (*rectius* necessità di adozione di misure immediate, e previa diffida) che comporterebbe il contestuale avvio di una procedura sanzionatoria a carico della parte inadempiente (responsabilità dirigenziale).

Questi aspetti peculiari portano ad evidenziare che il potere avocativo deve essere circondato da particolari garanzie partecipative del soggetto titolare della competenza (che seppure sollecitato non agisce), al fine di escludere ogni forma di ingerenza che non sia collegata ad un esercizio doveroso della funzione pubblica annessa da una parte, all'obbligo generale della p.a. di provvedere, dall'altro, di garantire l'autonomia del dirigente nelle scelte gestionali (diversamente, si tradurrebbe in un parametro indefettibile di controllo, non ammesso dall'ordinamento).

L'esercizio di poteri avocativi – sostitutivi, quindi richiede *in primis* la presenza (permanenza) di una situazione di inadempimento inescusabile da parte del soggetto obbligato (dirigente), inoltre che all'autorità preposta

---

<sup>8</sup> È stato osservato che tale potere sindacale di attribuire al Segretario funzioni ulteriori, rispetto a quelle specificamente assegnategli dalla legge, dallo statuto o dai regolamenti fa riferimento ad una funzione sindacale di tipo organizzatorio, e non incide derogatoriamente sul normale ordine delle competenze, che assegna al dirigente il compito di emanare gli atti inerenti alla gestione amministrativa, T.A.R. Sardegna, sez.I, 23 marzo 2004 n. 432.

<sup>9</sup> Cfr. T.A.R. Emilia - Romagna Parma, 20 dicembre 2001, n.1049.

<sup>10</sup> Sull'attribuzione di funzioni gestionali tipiche della dirigenza vedi T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez.II, 9 maggio 2005 n. 779, che ha ritenuto legittima la composizione di una Commissione esaminatrice di un concorso pubblico ove la funzione di presidente sia stata svolta dal Segretario comunale, atteso che *"non può essere revocato in dubbio che il Segretario comunale, nell'ambito delle competenze che possono essergli attribuite dalle norme o dagli Statuti ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267, possa avere la competenza anche di presiedere le commissioni di concorso"*.

<sup>11</sup> Se quindi il D.Lgs. n. 29 del 1993 (ora D.Lgs. n.165 del 2001) ha statuito che è riservato agli organi elettivi la definizione degli obiettivi e dei programmi, mentre è conferito ai dirigenti i compiti operativi e le relative responsabilità, non vi è dubbio che anche il Segretario comunale possa svolgere compiti gestionali: *"in particolare, con l'art. 16, comma 1, lett. e), è stato attribuito al dirigente generale – nella specie coincidente con il Segretario comunale – la competenza ad adottare "gli atti di gestione del personale" tra i quali è certamente compreso l'atto di temporanea assegnazione di un dipendente ad un ufficio"*, T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, 18 marzo 2005, n. 1200. Cfr. T.A.R. Veneto, sez.I, 21 febbraio 2005 n. 726; T.A.R. Lazio – Roma, sez. II *bis*, 5 marzo 2004 n. 2140 e 14 marzo 2001 n. 1896. A sostenere la tesi della piena equiparazione di funzioni dirigenziali e della liceità di una norma che autorizzi il Segretario a svolgere compiti prettamente attribuiti *ex lege* alla dirigenza è una sentenza T.A.R. Puglia- Bari, sez.II, 20 dicembre 2005 n. 5434, dove si è statuito la illegittimità la composizione di una commissione di un concorso pubblico nel caso in cui tale commissione - in contrasto con una norma regolamentare dell'ente, secondo cui il Segretario comunale presiede le commissioni di concorsi a dirigente - sia presieduta da un dirigente amministrativo diverso dal Segretario comunale... deve ritenersi, infatti che la competenza attribuita dalla disposizione regolamentare in questione al Segretario comunale, nella sua qualità di dirigente di ufficio dirigenziale generale, non sia derogabile, e, quindi, non surrogabile con l'attribuzione dello stesso compito ad altro dirigente, essendo la *ratio* della medesima disposizione regolamentare finalizzata ad assegnare quell'incarico, in via esclusiva, al dirigente generale, in quanto coordinatore della dirigenza locale e massimo garante della legittimità dell'azione amministrativa.

all'intervento (*ergo* il Segretario) sia attribuita una posizione di supremazia al verificarsi (appunto) di determinati presupposti che incidano la stabilità dell'azione amministrativa (evidentemente non la mera regolarità).

In definitiva, si tratta di una *extrema ratio* per impedire gravi ed irreparabili danni all'agire pubblico, e non per interferire o reprimere l'ordinaria azione amministrativa (gestionale) o trasferire temporaneamente competenze, acclarando - con una norma dispositiva e di chiusura del sistema - ad un soggetto (il Segretario comunale o provinciale) una potere di sostituzione - avocazione assimilabile (in via tendenziale) alla sovraordinazione gerarchica, giustificando conseguentemente la piena legittimità di un potere per vincere ogni ipotesi di colpevole inerzia nell'adozione di atti obbligatori che esporrebbero l'Amministrazione a gravi conseguenze.

A questo punto si dovrebbe proseguire e definire la sostanza della questione (elusa in parte), al di là di un formalismo non coerente con il quadro generale di riferimento in materia di "competenza"<sup>12</sup>, quando è ammesso che nei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti venga conferita l'attribuzione di compiti gestionali ai componenti della Giunta municipale ed in particolare al Sindaco<sup>13</sup>; allora non si tratta di stabilire se i compiti dei dirigenti siano o non siano derogabili (*ex art.107 del T.U.E.L.*) e/o stabilire (ancora) se il Segretario possa (o meno) sostituirsi ai dirigenti inadempienti quanto accertare che se tale figura professionale (il Segretario) sia titolato anche a svolgere compiti tipici della dirigenza, oltre a quelli stabiliti dalla norma di riferimento, art.97 cit. "Ruolo e funzioni"<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Senza voler citare la riforma del Titolo V della Costituzione, e le questioni afferenti al concetto di autonomia organizzativa (e suoi limiti).

<sup>13</sup> Vedi, l'art. 53, comma 23, della Legge 23 dicembre 2000, n. 388, ove si affidano - in deroga alla disciplina generale - competenze "gestionali" ai componenti della Giunta municipale ed in particolare al Sindaco di responsabilità, previa adozione di apposite disposizioni regolamentari organizzative. Sul punto si rinvia a T.A.R. Piemonte, sez.I, 13 giugno 2007 n. 2584.

<sup>14</sup> Riteniamo che la risposta sia già contenuta nella domanda. Quando si ammette - in via normativa - l'attribuzione di nuove funzioni, il conferimento dell'incarico di direttore generale, la possibilità di assunzione di compiti gestionali nei comuni privi di professionalità adeguate, allora si deve e si dovrà chiarire che il Segretario ha un ruolo centrale nell'organizzazione pubblica e nella vita dei comuni e delle province, riconoscendone la funzione nella sua essenza, come storicamente e concretamente è ed appare (questo, tuttavia potrebbe considerarsi da altri un giudizio di valore...).