

CENTRO STUDI AMMINISTRATIVI DI PADOVA

I NODI DELLA DIRIGENZA

15.5.2003

LA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI

Relazione di G. Marziano

Il tema a me assegnato, riguarda il procedimento di nomina dei Segretari comunali e provinciali, tratteggiato per larghe linee dall'art. 99, commi 2° e 3°, del T.U. e dal regolamento di cui al D.P.R. 4 dicembre 1997 n. 465 ed in particolare il controverso obbligo di motivazione.

Lo spunto viene fornito dalla recente sentenza del TAR Lazio 8.4.2003 n. 3276.

E' questo un tema particolarmente difficile da trattare, in quanto ha dato luogo ad un contenzioso che ancora non ha ricevuto definitiva risposta da parte della giurisprudenza.

Infatti la citata sentenza riguarda il diversi caso della revoca di un commissario straordinario di un ente pubblico, ma presenta interessanti riflessi anche per il mondo dei Segretario Comunali.

1. LA NOMINA IN GENERALE

Lo stato giuridico dei segretario costituisce un unicum non riconducibile a quello di nessun'altra figura professionale.

Il Segretario è legato da un rapporto di impiego a tempo indeterminato con l'Agenzia di gestione dell'Albo e da un rapporto di servizio a tempo determinato con il Comune presso il quale è chiamato a prestare servizio in seguito alla nomina disposta dal sindaco.

La nomina è considerata di carattere fiduciario, intuitu personae ed ha la stessa durata del mandato del sindaco che l'ha disposta.

Alla nomina consegue l'assegnazione della sede.

L'art. 99 del T.U. 267/2000 dispone

“ 2 ...Il segretario cessa automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della provincia , continuando ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario.

3. La nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco e del presidente della provincia, decorsi i quali il segretario è confermato.”

Gli elementi salienti sono:

1. l'incarico è a termine
2. il termine non è fisso bensì variabile – coincide con la cessazione del mandato del sindaco
3. alla scadenza del termine , la cessazione è automatica e non necessita di un provvedimento espresso di “non conferma”
4. alla scadenza del termine opera una prorogatio di almeno sessanta (e non più di 120 ?) giorni (per evitare pregiudizievoli soluzioni di continuità della funzione amministrativa al momento della cessazione dell'incarico del titolare non confermato)
5. nel periodo della prorogatio non è prevista alcuna limitazione alle competenze del segretario
6. la prorogatio cessa al momento della nomina del nuovo segretario (e se quest'ultimo non accetta o comunque non si insedia? Ma la legge non prevede l'accettazione per il perfezionamento della nomina e della titolarità)
7. qualora il sindaco non disponga la nomina del nuovo segretario entro 120 giorni dal suo insediamento, s'intende confermato quello in prorogatio (conferma tacita? decadenza del sindaco dal potere di nomina di un nuovo segretario?)

Il C.d.S. IV 3.5.2001 n. 3492 afferma che non esiste l'obbligo per il sindaco di motivare la mancata conferma del segretario, dato che l'ufficio cessa automaticamente con la cessazione dalla carica del precedente sindaco.

La magistratura amministrativa era orientata a ritenere l'atto di nomina un provvedimento amministrativo

La magistratura ordinaria era orientata a ritenere l'atto di nomina un atto di diritto privato, in quanto atto di gestione del rapporto di lavoro (trib. La Spezia 26.4.1999)

la Corte Costituzionale con la sentenza 23 luglio 2001, n. 275 e la Corte di Cassazione con la sentenza 11 giugno 2001, n. 7859 hanno in sostanza suffragato le tesi di chi sostiene che le nomine (come le revoche) degli incarichi dirigenziali rientrino nel novero degli atti privatistici di gestione del rapporto di lavoro, come espressione delle potestà del datore di lavoro. Pertanto la giurisdizione in

materia di incarichi dirigenziali è assegnata al giudice ordinario, nonostante la natura pubblica dei soggetti dotati del potere di conferire gli incarichi.

Infine è intervenuto il legislatore:

D.Lgs. 30-3-2001 n. 165

Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

.Articolo 63

Controversie relative ai rapporti di lavoro.

1. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali

Il segretario cessato, in regime di prorogatio, si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri, in quanto ha una aspettativa di conferma tacita per il mero decorso del termine di 120 giorni.

Abbiamo parlato di conferma tacita: ma cosa viene confermato ? (confermare = tenere fermo)

- l'originario provvedimento di nomina i cui effetti sono cessati? Si manterrebbe fermo un atto che ha esaurito i propri effetti
- la prorogatio ? che diverrebbe sine die?

La legge prevede la conferma del segretario, più propriamente dovrebbe essere confermato il provvedimento di incarico del segretario.

La conferma consiste nella semplice rinnovazione non innovativa, da parte di un'autorità, di un atto già da essa adottato.

E' da escludere che abbiano carattere meramente confermativo gli atti che, a seguito di riesame, di nuova istruttoria, sulla base di diversa motivazione... provvedano nei medesimi sensi di un atto precedente

La conferma può essere espressa o tacita ma in ogni caso parrebbe avere il contenuto di un provvedimento autonomo di conferimento dell'incarico al segretario.

Non viene infatti confermato il precedente provvedimento di attribuzione dell'incarico, bensì l'incarico stesso il quale prosegue senza soluzione di continuità, secondo la sequenza: incarico – prorogatio – rinnovo non innovativo espresso o tacito.

2. LA CESSAZIONE

L'art. 99 del T.U. ha sancito la **cessazione automatica** del segretario comunale con la cessazione del mandato del sindaco.

Questa norma crea in via permanente un'ipotesi di esonero dall'incarico (dirigenziale) che prescinde da qualsiasi valutazione dei risultati acquisiti dal segretario e del tutto avulsa da procedimenti articolati ed improntati a criteri di trasparenza.

La *ratio* è quella di garantire una stretta sintonia tra il Governo dell'Ente Locale ed il suo vertice burocratico, attribuendo all'organo di Governo il potere di non protrarre un rapporto, per il quale ritiene che manchino le condizioni per una proficua prosecuzione.

L'articolo 3 comma 7 della legge 145/02 che ha riformato la normativa in materia di dirigenza pubblica ha sancito la cessazione automatica a decorrere dal sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa delle funzioni dirigenziali di livello generale e di quella di direttore generale degli enti vigilati dallo Stato.

L'interpretazione da dare a questa norma deve necessariamente essere restrittiva, atteso il suo carattere eccezionale in quanto crea in via transitoria un'ipotesi di esonero dall'incarico dirigenziale che prescinde da qualsiasi valutazione dei risultati acquisiti dal dirigente e del tutto avulsa dai procedimenti articolati ed improntati a criteri di trasparenza posti dagli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 165/01.

Questa norma ricalca il sentiero tracciato dalla legge 127/1997, la quale, con disposizione transitoria, consentiva ai capi delle amministrazioni locali, di non confermare i segretari, prescindendo dalla scadenza del mandato dei singoli eletti.

Si era aperto immediatamente un acceso dibattito circa l'esigenza di un'adeguata motivazione ai provvedimenti di non conferma dei segretari.

La riforma si inseriva in un contesto in cui tradizionalmente si considerava scontato (ed ancor più dopo il sopravvenuto art. 3 della legge n. 241/1990) che ogni

provvedimento amministrativo, a carattere non generale, fosse fornito di una motivazione atta a spiegare a *quisque de populo* - ed *a fortiori* ai soggetti direttamente interessati - il perché di quel provvedimento;

Nel nostro caso, sembrava pacifico che si dovesse espressamente indicare il motivo per il quale si intendeva sostituire il vecchio segretario con uno nuovo.

Questa pretesa di motivazione sembrò ai fattori della riforma uno stratagemma per mettere i bastoni tra le ruote alla libera scelta degli amministratori locali, sostituendo al vituperato controllo ministeriale, svolto dalle Prefetture, un nuovo e forse più penetrante controllo affidato alla magistratura.

Dovette allora intervenire una norma di interpretazione autentica della legge Bassanini bis, contenuta nel D.L. n. 8/1999 e poi nella legge n. 75/1999, a chiarire che la non conferma del segretario uscente non abbisognasse di alcuna motivazione: fosse automatica - come oggi riporta l'art. 99, comma 2 del T.U. - con la cessazione del mandato del Sindaco, anche se quest'ultimo dovesse vedersi conferito un secondo mandato elettorale dai cittadini.

La decadenza automatica, espressamente prevista per legge, del Segretario comunale al termine di ciascun mandato del Sindaco è stata dunque necessaria per evitare l'applicazione del principio generale di cui all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che vale la pena di richiamare: "1. *Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa... ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi di atti normativi e per quelli a contenuto generale. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*".

Quest'ultima legge, per espressa sua indicazione all'art. 1, comma 1, ha portata generale e non è suscettibile di essere derogata, e con essa il principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, se non da una norma di pari forza che si ponga in rapporto di specialità rispetto ad essa.⁽¹⁾

La non conferma del Segretario a fine mandato, più che essere un provvedimento che non necessita di motivazione per una qualche deroga al principio generale, semplicemente non è un atto amministrativo (è infatti automatica).

In tal senso il CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 3 maggio 2001 n. 2492 ha affermato che l' Art. 2, 1° comma, del d.l. 26 gennaio 1999 n. 8, convertito nella legge 25 marzo 1999 n. 75 ha natura interpretativa, che il provvedimento di nomina del nuovo segretario comunale da parte del Sindaco determina l'automatica rimozione del precedente segretario e che il provvedimento di rimozione non va nemmeno adottato.

<<In applicazione dell'art. 2, 1° comma, del d.l. 26 gennaio 1999 n. 8, convertito nella legge 25 marzo 1999 n. 75, che è norma di interpretazione autentica (secondo cui "Il comma 70 dell'art. 17 della legge 15 maggio 1997 n. 127, in materia di snellimento dell'azione amministrativa, va interpretato nel senso che il segretario comunale e provinciale cessa automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del Sindaco o del Presidente della Provincia, continuando ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario"), deve ritenersi che, ove il Sindaco intenda dispiegare il suo potere e procedere alla sostituzione del segretario in carica, egli deve unicamente avviare il procedimento di nomina del nuovo segretario, non occorrendo all'uopo una specifica motivazione per il provvedimento di non conferma, il quale consegue in modo automatico.>>

Stante l'inevitabile forza d'impatto di tale assunto, l'attenzione della dottrina si è spostata sulla motivazione dell'atto di nomina.

Forse però non è stato tenuto adeguatamente conto delle norme contenute nel regolamento attuativo, le quali prevedono (art. 15, 2° e 4° comma del D.P.R. 4 dicembre 1997 n. 465) che: "*Ai sensi dell'art. 17, comma 70, della legge, il sindaco ed il presidente della provincia, previa comunicazione al segretario titolare, esercitano il potere di nomina del segretario comunale non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data del loro insediamento" (2° comma), aggiungendo nel contempo che "*L'avvio della procedura di nomina è pubblicizzato nelle forme stabilite dal consiglio nazionale d'amministrazione. L'agenzia fornisce, a richiesta, i curricula relativi alle categorie professionali dei segretari" (4° comma).**

La <<previa comunicazione>> non è altro che la comunicazione al segretario in prorogatio, di avvio del procedimento di nomina.

Sotto questo profilo appare interessante l'affermazione del TAR LAZIO, SEZ. II TER - Sentenza 8 aprile 2003 n. 3276 – il quale, affermando l'illegittimità del provvedimento di revoca del commissario straordinario di un Ente pubblico, disposto dal Governo ai sensi dell'art. 6 della L. 15 luglio 2002 n. 145, che non era stato preceduto dall'avviso di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241, ha chiarito che il destinatario del provvedimento di revoca deve essere posto in condizioni di capire - tramite apposito avviso di inizio del procedimento - le ragioni (serie e di spessore) che hanno indotto il Governo a procedere al ricambio nel posto di vertice.

<<Quanto al secondo punto, con riferimento particolare al fatto che la partecipazione dell'avvio del procedimento ai soggetti destinati a cessare dall'incarico costituisce per sua natura un elemento essenziale dell'attività istruttoria, non si riesce a comprendere la resistenza dell'amministrazione a ottemperare a un elementare obbligo di legge.

E' l'equivoco di ritenere la partecipazione come un istituto posto nell'esclusivo interesse del destinatario del provvedimento sfavorevole a indurre l'amministrazione a dire che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non inficia assolutamente la legittimità dell'atto finale, atteso che l'interessato, in considerazione della "valenza politica" dell'atto di revoca, "pure partecipando non avrebbe potuto incidere sul contenuto dell'atto finale".

A questo proposito è utile osservare che compito della pubblica amministrazione è in ogni caso quello di adottare provvedimenti legittimi.

Per questo l'ordinamento prevede organi e istituti volti a coadiuvare con l'amministrazione attiva per armonizzare gli interessi pubblici perseguiti con gli eventuali altri interessi (pubblici o privati) coinvolti nel procedimento e per evitare, nello stesso interesse pubblico, i possibili errori, le casuali omissioni, le indebite deviazioni nell'esercizio del potere esercitato.

L'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 introduce uno di quegli istituti di garanzia del corretto operare della pubblica amministrazione.

La diretta partecipazione al procedimento del destinatario dell'emanando atto sfavorevole consente all'amministrazione di acquisire documenti, dati significativi, elementi utili o anche solo argomenti che potrebbero indurla a un ripensamento sulla legittimità (o anche sulla sola opportunità) del provvedimento che essa si appresta ad adottare.

E' questo il motivo per il quale l'art. 7 della legge 241 del 1990 soddisfa in primo luogo l'interesse della pubblica amministrazione al corretto esercizio dei suoi poteri.

Nella operazione di ricambio al vertice **l'interessato potrebbe fornire all'amministrazione utili elementi di valutazione della propria fedeltà tecnica e della sicura capacità professionale di eseguire i programmi anche del nuovo Governo, favorendo in tale modo l'operazione di verifica sulla correttezza della scelta effettuata dal precedente Governo con gli obiettivi irrinunciabili di indipendenza, imparzialità e buon andamento dell'apparato amministrativo.>>**

E' vero che nel caso del segretario non è previsto un provvedimento di revoca espressa, ma è comunque imposta la comunicazione di avvio del procedimento di sostituzione che farà cessare la prorogatio ed interromperà la conferma tacita.

Pertanto, la <<previa comunicazione>> al segretario dovrebbe contenere gli elementi necessari per porre il destinatario in condizione di capire le ragioni che hanno indotto il sindaco a procedere al ricambio e di fornire all'amministrazione utili elementi di valutazione della propria fedeltà tecnica e della sicura capacità professionale di

eseguire i programmi anche del nuovo Governolocale, favorendo in tale modo l'operazione di verifica sulla correttezza della scelta effettuata dal precedente Sindaco con gli obiettivi irrinunciabili di indipendenza, imparzialità e buon andamento dell'apparato amministrativo.

Non appare condivisibile la tesi della nomina quale atto politico massimamente discrezionale, sostenuta da quanti fanno riferimento al c.d. spoil system.

Ha osservato preliminarmente il T.A.R. Lazio che, <<allo scopo di descrivere il sistema previsto dalla legge n. 145/2002, occorre innanzitutto evitare di adoperare il nome di "spoil system": sia perché negli atti pubblici deve essere adoperata la lingua italiana; sia perché con la detta espressione, mutuata dagli ordinamenti anglosassoni, è designato un istituto particolare, che non ha corrispondenza nel nostro ordinamento.

Ed invero - ha aggiunto il T.A.R. del Lazio - negli Stati Uniti, dove vi è alternanza di governo piena e una concreta e diffusa mobilità del lavoro, il "sistema delle spoglie" consente allo schieramento politico vincente di occupare tutti i posti dell'apparato di governo, dopo avere licenziati i precedenti occupati.

Il meccanismo, introdotto a opera di Andrew Jackson nel primo quarto del secolo XIX e che realizza quello che Max Weber definisce "patronato degli impieghi", è tuttavia di difficile trasferimento dall'ordinamento nord-americano alla realtà amministrativa italiana.

Anche nella versione più morbida (nella quale i precedenti occupati cessano dall'incarico, ma non perdono il lavoro per essere assegnati ad altri uffici ovvero collocati in posizione di disponibilità, salvo il successivo licenziamento), l'istituto si manifesta estraneo alla nostra consuetudine giuridica e la sua applicazione in ogni caso troverebbe ostacolo nei principi costituzionali che reggono l'organizzazione della pubblica amministrazione.

Per vero, gli articoli 97 e 98 della Costituzione assegnano alla pubblica amministrazione un ruolo fondamentale per la democrazia, riconoscendole attribuiti che concorrono a esprimere l'essenza dello Stato di diritto.

L'apparato burocratico, destinato a dare concreta attuazione alle scelte politiche del Governo, per definizione costituzionale ha caratteri di professionalità (agli uffici pubblici, e non solo a quelli iniziali, si accede in base al merito, con procedure selettive, non per scelta libera e immotivata), esclusività (i pubblici dipendenti sono all'esclusivo servizio della Nazione), produttività nel pubblico interesse (perseguire interessi privati costituisce reato), imparzialità, legalità e indipendenza.

La posizione di indipendenza dal potere politico è accentuata (non certo introdotta, perché la Costituzione già la presuppone) dall'art. 2 della legge di delega 23 ottobre

1992 n. 421, attuato con gli articoli 3 e 14 del decreto legislativo 3 febbraio del 1993 n. 29, come sostituito prima dall'art. 2 del decreto legislativo 10 novembre 1993 n. 470, poi (sulla base della nuova delega conferita con legge 15 marzo 1997 n. 59) dagli articoli 3 e 9 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, successivamente modificati dall'art. 1 del decreto legislativo 29 ottobre 1998 n. 387 e ora trasfusi negli articoli 4 e 14 del testo unico sull'ordinamento del lavoro alla dipendenze delle amministrazioni pubbliche approvato con decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165.>>

Il TAR prosegue poi osservando che

<< Il ricambio al vertice disciplinato dalla legge 145 del si rende necessario quando, a seguito di una (ovviamente ponderata) valutazione della personalità del soggetto nominato dal precedente Governo, risulti ragionevole il convincimento (non è sufficiente il mero sospetto) che la sua attività di direzione non sia esercitata con il connotato della imparzialità e nel pieno rispetto delle regole del buon andamento, che comprendono la legittimità e la opportunità delle scelte in sintonia con gli indirizzi politici del Governo in carica.

Oggetto della valutazione è, pertanto, l'idoneità tecnica del dirigente a fornire leale e fattiva collaborazione al perseguimento degli obiettivi del potere esecutivo.

Nella sostanza la legge 145 del 2002 attribuisce al nuovo Governo un potere di verifica della fedeltà del funzionario e della sua capacità di godere di piena fiducia.

E' bene sottolineare che non si tratta di fiducia politica ovvero, peggio ancora, di fedeltà politica.

Il Governo deve essere in grado di fare affidamento sui valori oggettivi della persona sulla base della valutazione delle sue possibilità di produrre il risultato migliore nel rispetto degli obiettivi politici programmati. La fiducia tecnica, presupposto soggettivo della scelta, si basa su una conoscenza personale del funzionario e delle sue qualità, come il carattere, l'esperienza, la preparazione professionale, la cultura, l'equilibrio, le sue capacità di relazione e di collaborazione, dalle quali è dato pervenire a una ragionevole previsione che la sua azione sarà coerente con gli obiettivi politici perseguiti dal Governo e sarà espletata da una posizione di imparzialità e finalizzata alla corretta esecuzione della volontà politica.

Il governo ha sei mesi per saggiare la fedeltà tecnica del soggetto che era stato nominato dal Governo precedente ai limiti del suo mandato.

Il periodo di osservazione, che si svolge nella fase istruttoria del procedimento, può anche essere più breve o brevissimo a seconda del grado di conoscenza che il Governo ha delle doti tecniche del soggetto..... Il Governo subentrante deve essere sicuro (quanto meno sulla base di serie congetture) che il vecchio funzionario sia

privo dei requisiti necessari per realizzare nella stessa misura, con lealtà e capacità tecnica, gli obiettivi che sono al centro del nuovo programma politico..... il procedimento amministrativo attraverso il quale prende corpo il potere di ricambio al vertice riconosciuto al nuovo Governo dalla legge 145 del 2002 affonda le proprie radici nei due elementi essenziali di una adeguata ed esauriente motivazione e di una puntuale attività istruttoria....>>

La motivazione deve essere mirata all'accertamento della idoneità tecnica del soggetto a garantire, nel rispetto dei principi della imparzialità e del buon andamento, continuità all'azione amministrativa pure in occasione del cambiamento del programma e degli obiettivi che sono da raggiungere come impegno politico del nuovo Governo.

Il destinatario del provvedimento di revoca deve essere posto in condizioni di capire le ragioni (serie e di spessore) che hanno indotto il Governo a procedere al ricambio nel posto di vertice.

Le cautele e la trasparenza che la legge 145 del 2002 richiede nell'operazione di ricambio al vertice hanno fondamento nel pericolo concreto di incidere indebitamente sulla continuità dell'azione amministrativa, laddove l'esercizio di questo straordinario potere mira proprio al risultato di salvaguardare la anzidetta continuità, presupposto fondamentale del buon andamento.>>

Anche con riferimento al segretario comunale il legislatore ha espresso un <<favor>> per la continuità amministrativa.

Il Sindaco neo eletto dispone di sessanta giorni per conoscere il segretario ed accertarne le doti tecniche.

Se ritiene tali doti adeguate, nulla deve fare, in quanto il mero decorso del centoventesimo giorno dalla data del suo insediamento, determina la conferma del segretario.

Qualora invece ritenga il segretario non meritevole di fiducia tecnica, dispone di sessanta giorni per la nuova nomina. In tal caso dovrà darne preventiva comunicazione motivata al segretario, il quale deve essere posto in condizioni di capire le ragioni (serie e di spessore) che hanno indotto il sindaco a procedere al ricambio.

Una prima motivazione deve pertanto essere già contenuta nell'atto di comunicazione di avvio del procedimento di sostituzione del segretario.

3. LA FASE DELLA NOMINA

Per quanto riguarda la diversa fase della nomina del nuovo Segretario, si pongono le questioni della natura giuridica di tale atto e della necessità di motivare il medesimo.

Per risolverle non è d'aiuto il nuovo CCNL, il quale, si limita a confermare all'art. 17 il ruolo dell'Agenzia Autonoma nella procedura di nomina.

Non resta allora che guardare a dottrina e giurisprudenza, dove però vi sono divergenze, anzitutto circa la configurabilità dell'atto di nomina di un dirigente e, per estensione, del Segretario comunale o provinciale, come provvedimento amministrativo.

Tre sono le tesi che si confrontano:

1. La nomina costituisce un atto politico
2. La nomina è un atto di alta amministrazione
3. In considerazione della circostanza che il rapporto d'impiego è stato privatizzato, non sarebbe infatti più dato di parlare di atti autoritativi pubblici, ma soltanto di atti negoziali che regolano i rispettivi diritti e doveri tra datore di lavoro e pubblico dipendente.

1. La nomina costituisce un atto politico

Il legislatore ha scelto di valorizzare il rapporto fiduciario che intercorre tra il Sindaco (il quale con l'elezione diretta assume precisi impegni programmatici nei confronti dell'elettorato) ed il dirigente (al quale è affidata la massima responsabilità della gestione).

La nomina costituisce una scelta discrezionale "intuitu personae".

La "valenza politica" del potere esercitato attribuirebbero agli atti impugnati "natura politica".

Anche con riferimento a tale assunto paiono di notevole interesse le affermazioni contenute nella menzionata sentenza del TAR Lazio **8 aprile 2003 n. 3276**

<<Hanno natura politica solo gli atti che sono riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione.

All'opposto, il fondo politico della scelta del Governo attraverso gli atti in questa sede impugnati costituisce solo il motivo dell'esercizio di questo nuovo potere, che, come verrà spiegato, non persegue "interessi politici", cioè interessi di parte, ma l'interesse pubblico che è collegato al diritto (anzi, al dovere) del Governo di realizzare il proprio programma politico attraverso un apparato amministrativo imparziale e rispettoso delle regole del buon andamento.>>

Va conseguentemente escluso che la nomina del segretario comunale costituisca atto politico.

2. La nomina è un atto di alta amministrazione

<<I provvedimenti in questa sede impugnati (di revoca e di nomina dell'organo di vertice di ente pubblico) rientrano, pertanto, nella distinta categoria degli atti di "alta amministrazione", i quali costituiscono il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico del Governo in campo amministrativo.

Gli incarichi conferiti ai supremi organi di direzione della pubblica amministrazione, pure assolvendo a una funzione del tutto peculiare (in quanto segnano il raccordo tra la funzione di governo e la funzione amministrativa) pur sempre ineriscono all'attività amministrativa dell'esecutivo e sono soggetti al regime giuridico proprio degli atti amministrativi.

Essi scaturiscono da un normale procedimento amministrativo, sia pure estremamente semplificato in considerazione dell'ampia discrezionalità che dà carattere al provvedimento che lo conclude.

Gli atti impugnati sono, quindi, sottoposti al sindacato del giudice amministrativo non diversamente da tutti gli atti amministrativi che coinvolgono posizioni di interesse legittimo (art. 113 della Costituzione) e, diversamente dagli atti politici, non sono liberi nella scelta dei fini, ma sono legati, pure nell'ampia discrezionalità che caratterizza l'alta amministrazione, ai fini segnati dall'ordinamento giuridico.>>

Sono evidenti le affinità con l'atto di nomina del segretario comunale e provinciale, che può essere fatto rientrare tra gli atti di alta amministrazione.

3. La nomina è un atto negoziale di diritto privato.

La novella apportata dalla legge 145/2002 all'articolo 19 del d.gs 165/2001, stabilendo che gli incarichi dirigenziali sono assegnati mediante "provvedimento", ha aperto un acceso dibattito sulla natura giuridica di tale provvedimento: privatistica o pubblicistica?

Preliminarmente occorre sottolineare che molti autori hanno contestualmente rilevato come la questione posta non abbia, a ben vedere, notevoli implicazioni, dal momento che la qualificazione del provvedimento come amministrativo o privato non può incidere sulla giurisdizione, che rimane incardinata in capo al giudice ordinario, a mente dell'articolo 63 del d.lgs 165/2001.

A ben vedere, però, non risulta indifferente nemmeno dal punto di vista della giurisdizione la qualificazione del provvedimento come di diritto pubblico o privato. Non può essere condivisa l'opinione di chi sostiene che l'irrilevanza della qualificazione dell'atto sia cagionata dalla considerazione che comunque il giudice ordinario non può conoscere e tutelare gli interessi legittimi.

Alcuni autorevoli studiosi, sviluppando la tesi seguita dalla dottrina dominante, hanno ricostruito la disposizione di cui all'art. 68 D.lgs 29/93 ora trasfuso nell'art. 63 del d.lgs. 165/2001 come attributiva di giurisdizione esclusiva al giudice ordinario e, coerentemente, hanno concluso col sostenere (cfr. Sassani op. cit), da un lato l'irrilevanza di qualsiasi verifica sulla natura della posizione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela e, sotto altro profilo, la possibilità di chiedere l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato o comunque esecutive al giudice civile, senza necessità di attivare il giudizio di ottemperanza.

Tale soluzione si basa su un'accurata ricerca della volontà storica del legislatore ma, a ben vedere, conduce a trascurare che la Costituzione, all'art. 103, indica il giudice amministrativo quale unico organo giurisdizionale deputato a conoscere degli interessi legittimi e sottovaluta altri aspetti altrettanto importanti per la verifica del significato della legge.

In nessuna disposizione del D.lgs 29/93 e del D.lgs 80/98 ed oggi del d.lgs. 165/2001 viene espressamente richiamata o definita una "giurisdizione esclusiva" del giudice ordinario; al contrario con tale terminologia viene identificata con precisione l'autorità competente per il contenzioso relativo alle controversie inerenti le categorie di dipendenti non "privatizzati" (art. 63, comma 4, D.lgs 165/2001).

Ora, sebbene non si possa non rilevare che il legislatore, nell'individuare gruppi di materie da assegnare alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, abbia operato con una procedura simile a quella generalmente utilizzata per l'attribuzione completa della giurisdizione e con indicazioni dal contenuto, in tal senso, alquanto suggestivo, si deve notare che in nessuna disposizione del D.lgs 29/93 e del D.lgs 80/98 viene espressamente richiamata o definita una "giurisdizione esclusiva" del giudice ordinario; al contrario con tale terminologia viene identificata con precisione l'autorità competente per il contenzioso relativo alle controversie inerenti le categorie di dipendenti non "privatizzati" (art. 68, comma 4, D.lgs 29/93).

Inoltre, la permanenza della giurisdizione amministrativa di legittimità per le controversie sulle attività di organizzazione e sulle procedure concorsuali per l'accesso al lavoro, comporta una limitazione alle attribuzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria così rilevante da vanificare la ratio dell'interpretazione degli autori citati. Ma è sotto il profilo logico-sistematico che la soluzione della dottrina scopre il fianco

a critiche infatti, se si ritiene che, esaurita la fase concorsuale, i candidati utilmente collocati in graduatoria siano titolari di un diritto soggettivo all'assunzione riconosciuto dal D. lgs 29/93 e che, nell'ambito del rapporto di lavoro "contrattualizzato" (art. 2 comma II D.lgs 29/93 mod. dall'art. 2 comma I D.lgs 80/98), a fronte di una pubblica amministrazione che agisce "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" (art. 4 comma II D.lgs 29/93 modificato dall'art. 4 I comma D.lgs 80/98), non vi sia possibilità di riconoscere posizioni di interesse legittimo del dipendente ma la natura delle posizioni del lavoratore pubblico sia di diritto soggettivo o, in limitate ipotesi, di semplice interesse non tutelabile (si pensi alla possibilità di valutazioni insindacabili del datore di lavoro nell'organizzazione dell'attività aziendale), non si vede quale concreto significato giuridico possa assumere la previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario su diritti. Se, più correttamente, si qualifica la posizione dell'aspirante all'impiego prima che l'amministrazione formuli l'invito a prendere servizio di semplice interesse legittimo, il fatto che della tutela di tale posizione soggettiva si debba occupare il giudice ordinario risulta irrazionale e può comportare violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione:

- **la tutela del diritto soggettivo postula essenzialmente valutazione di prevalenza tra posizioni o di esistenza di un illecito per violazione di una regola legale o contrattuale, mentre quella concernente gli interessi legittimi si basa su una verifica di legittimità dell'attività della pubblica amministrazione in relazione ai vizi "di violazione di legge, di incompetenza e di eccesso di potere";**
- **da un punto di vista strettamente procedurale l'autorità giudiziaria ordinaria, richiesta di tutela in relazione a lesione di interessi legittimi, dovrebbe comportarsi non diversamente dal giudice amministrativo senza, peraltro, conseguire gli stessi risultati per l'impossibilità di una piena valutazione dei concorrenti profili di interesse pubblico e di annullamento degli atti amministrativi di organizzazione (che rimarrebbero semplicemente disapplicabili cfr. parere Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 146 del 31.8.1992 punti 12 e 14).**

Allora, per colmare la "lacunosità del dettato legislativo" segnalata in precedenza, occorre riprendere i principi della riforma indicati dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 309/97 e ritenere che la prevista "devoluzione delle controversie sul rapporto" al giudice del lavoro debba essere considerata non come risultato di attribuzione di giurisdizione esclusiva bensì quale ineludibile conseguenza di un progressivo rafforzamento della posizione del dipendente culminante con l'eliminazione (meglio forse dire limitazione per via delle deroghe di cui all'art. 68 IV comma seconda parte del D.lgs 29/93 mod. dall'art. 29 D.lgs 80/98) della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in materia di pubblico impiego). In tale ottica l'art. 68 I comma del D.lgs 29/93 assume contenuto descrittivo e, fulcro

del sistema diviene la realizzata natura contrattuale del rapporto di lavoro che, anziché rappresentare il punto di arrivo del processo legislativo, riveste il ruolo di momento condizionante e giustificativo di gran parte delle scelte adottate.

Ai sensi dell'articolo 63, comma 2, del d.lgs 165/2001, il giudice ordinario adotta nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti costitutivi richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Se così è, allora, il giudice ordinario che conosca un provvedimento amministrativo potrebbe adottare nei suoi confronti il tipico provvedimento costitutivo consistente nell'annullamento, il che implica, indirettamente, anche la capacità di esaminare posizioni di interesse legittimo.

Dunque, se il provvedimento di conferimento di incarico dirigenziale è considerato di natura amministrativa, ciò determina evidente influenze sulla tutela giudiziale, che evidentemente sarebbe più ampia, in quanto affronterebbe non soltanto gli elementi connessi a diritti soggettivi, che si limiterebbero al diritto ad ottenere un incarico dirigenziale. Ma si estenderebbero a profili di esame del diritto amministrativo e della posizione dell'interesse legittimo alla correttezza dell'agire amministrativo nel condurre correttamente la procedura di assegnazione dell'incarico, valutando, pertanto, la conformità ai criteri legislativi e regolamentari che disciplinano tale iter da parte dell'organo competente. Il giudice ordinario non ha mancato di sottolineare che è un onere specifico delle amministrazioni fissare con chiarezza a livello regolamentare i criteri per il conferimento (e la revoca) degli incarichi dirigenziali.

Interessante appare al riguardo la pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria n. 313/2001 che fa riferimento agli incarichi nella composizione di equipe medica. In particolare il Tribunale afferma:

<<... lett. D) art. 18, il quale dispone: “Nel caso di attività in équipe il responsabile dell’U. O. dovrà garantire una equilibrata rotazione nella composizione dell’équipe tra tutti i medici che hanno optato per l’attività intramoenia. Ove ciò non potesse avvenire per motivi oggettivi convalidati o individuati dallo stesso responsabile, questi dovrà darne comunicazione riservata alla Direzione Sanitaria..”.

Ad avviso di questo giudice, dalla predetta previsione sorge un interesse legittimo di diritto privato in capo a ciascuno dei medici, aspiranti all’equilibrata rotazione nella composizione dell’équipe. Precisamente, non vi è un diritto soggettivo perfetto, ossia un interesse a soddisfacimento garantito. Ma, appunto, un interesse legittimo di diritto privato, situazione giuridica inattiva ad esito (soddisfacimento) non garantito, consistente nell’obbligo, da parte del titolare di un potere discrezionale, di adeguata considerazione

dell'interesse del sottoposto al potere stesso. Nella fattispecie, il potere discrezionale è quello di valutare la sussistenza o meno di motivi oggettivi che consentano o impongano di derogare al criterio di equilibrata rotazione tra tutti i medici. **La ponderazione, in cui si concreta la discrezionalità, consiste nella comparazione tra l'interesse di ciascuno dei medici all'equilibrata rotazione e l'interesse antagonista segnalato da motivi oggettivi,** che suggerisce una rotazione diversa da quella tendenzialmente paritaria cui porta l'applicazione del criterio dell'equilibrata rotazione.

La discrezionalità – e dunque l'esclusione degli estremi di un diritto soggettivo perfetto - deriva dal non essere stati fissati parametri rigidi e vincolati, l'unico criterio previsto essendo quello dell'oggettività del motivo.

Ora, nella fattispecie in oggetto, non può ritenersi che l'Azienda Ospedaliera abbia provato di avere adempiuto all'obbligo di adeguata considerazione dell'interesse della ricorrente ad un'equilibrata rotazione nella partecipazione all'équipe. Infatti, l'unico motivo addotto consiste nella mancanza di fiducia nei confronti della ricorrente manifestata dagli altri componenti dell'équipe. Il responsabile ha ritenuto di non avere il potere di interferire nella scelta dei singoli componenti, trattandosi di "attività libera".

Ma siffatta motivazione contraddice l'obbligo, evincibile dall'art. 18 lett. D), di garantire l'equilibrata rotazione , salva la sussistenza di motivi oggettivi.

Infatti, la mancanza della fiducia nei confronti di un aspirante da parte degli altri , di per sé, non è un motivo oggettivo. Possono esserlo, eventualmente, le circostanze oggettive, che tale mancanza di fiducia hanno determinato. Il carattere dell'oggettività del motivo, preteso dall'art. 18 lett. D), è indissociabile dalla verificabilità (o falsificabilità) delle circostanze in cui questo (il motivo) consiste; e quindi dal suo rapportarsi a dati fattuali, suscettibili pertanto di controllo. Ed è chiaro che non può escludersi che la mancanza di fiducia derivi da antipatie e risentimenti personali o comunque da altri fatti di sentimento che nulla hanno a che vedere con l'idoneità professionale. Anche la valutazione del rapporto fiduciario deve radicarsi su un terreno rigorosamente oggettivo, non potendosi dare rilievo a dati idiosincratici; basti in proposito richiamare la giurisprudenza sul licenziamento per giusta causa; anche la giusta causa consistendo nel venir meno, appunto, del rapporto fiduciario tra datore e lavoratore.

Non avendo l'Azienda Ospedaliera adempiuto all'obbligo di adeguata considerazione dell'interesse della ricorrente, deve ritenersi sussistere in capo alla stessa il diritto (ché anche l'interesse legittimo di diritto privato, come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è pur sempre un diritto) a far parte dell'équipe in una misura non apprezzabilmente diversa rispetto a quella degli altri componenti.

Tale diritto (sub specie di interesse legittimo di diritto privato) non può però ricevere nel caso di specie tutela specifica , in quanto ciò comporterebbe una

sostituzione del giudice al responsabile della struttura, sostituzione inammissibile a causa della discrezionalità – e quindi infungibilità - della valutazione attinente all'individuazione dell'equilibrata rotazione. Parlando infatti di equilibrata e non di uguale rotazione, il regolamento mostra di non voler imporre, in mancanza di motivi oggettivi, una rotazione rigorosamente paritaria. Se per un verso, sicuramente, intende escludere, in mancanza di motivi oggettivi, la totale pretermissione di uno o più medici dalla rotazione – ciò che è invece avvenuto nella vicenda in esame – , per l'altro verso, non detta un criterio rigido, la cui applicazione quindi consenta di prescindere da una valutazione discrezionale, e quindi tale da poter essere imposto dal giudice.

La sola tutela azionabile pertanto è quella risarcitoria.>>

Conseguentemente, anche nel caso di non conferma e di nomina del segretario comunale, i relativi provvedimenti vanno motivati ed il giudice del lavoro può essere chiamato a valutare l'adeguata comparazione degli interessi in gioco.

Ed ecco allora un ulteriore problema: quale motivazione può essere considerata congrua, nel caso di specie?

Come recentemente ricordato dalla Corte Costituzionale (sentenza 21 gennaio 1999 n. 1), "in un ordinamento democratico - che affida all'azione dell'amministrazione, separata nettamente da quella di governo (politica per definizione), il perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento - il concorso, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni d'imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione. Valore, quest'ultimo, in relazione al quale il principio posto dall'art. 97 Cost. impone che l'esame del merito sia indipendente da ogni considerazione connessa alle condizioni personali dei vari concorrenti".

Vero è che con la stessa sentenza la Corte ha aggiunto che "deroghe alla regola del concorso pubblico, da parte del legislatore, sono ammissibili soltanto nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione o di attuare altri principi di rilievo costituzionale, che possano assumere importanza per la peculiarità degli uffici di volta in volta considerati: ad esempio, quando si tratti di uffici destinati in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi", ma è anche vero che tali deroghe possono riguardare la procedura di accesso (concorso interno e non pubblico), ma non i criteri di selezione, i quali debbono essere improntati al rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento.

In altri termini, per usare le parole della Corte, anche nel caso in cui si volesse configurare il Segretario comunale e provinciale come destinato "in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi", in ogni caso la procedura di scelta deve essere effettuata secondo i canoni fondamentali che ne assicurano la trasparenza.

Occorre quindi affermare che la scelta del Segretario deve essere adeguatamente motivata, conformemente peraltro al generale precetto di cui all'art. 3 della legge sul procedimento, il quale impone l'obbligo di motivazione per tutti gli atti amministrativi e, segnatamente, per quelli concernenti il personale.

Ciò anche per garantire un possibile controllo in sede giurisdizionale.

In tale senso peraltro si è espressa, fin qui unanimemente, la giurisprudenza, per ciò che concerne proprio i provvedimenti di nomina dei segretari comunali o provinciali adottati alla stregua della nuova normativa.

E' stato conseguentemente ritenuto "illegittimo, per difetto di motivazione, il provvedimento di nomina di un nuovo segretario comunale adottato ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. n. 465/97, facendo generico riferimento al carattere fiduciario della scelta e a non meglio precisati "indiscutibili elementi" che avrebbero indotto l'Amministrazione a prescegliere - in presenza di numerose domande - il soggetto poi nominato "

Ad eguali conclusioni, peraltro, si perverrebbe ove dovesse ritenersi che all'atto di nomina del Segretario comunale o provinciale, nel nuovo sistema, debba attribuirsi natura fiduciaria e di atto di alta amministrazione.

Invero, come ha avuto modo di affermare la IV Sezione del Consiglio di Stato a proposito della nomina dei direttori generali delle aziende unità sanitarie locali, effettuata ai sensi del D.L. 27 agosto 1994 n. 512, convertito dalla legge 17 ottobre 1994 n. 590, anche gli atti di alta amministrazione che comportano l'affidamento di funzioni manageriali intuitu personae, debbono essere necessariamente motivati.

Tali atti, invero, *"pur essendo atti di alta amministrazione e seppure connotati da un tasso di discrezionalità particolarmente elevato, non sono tuttavia sottratti al principio di legalità e al sindacato del giudice amministrativo, sindacato che, proprio in relazione alla natura squisitamente discrezionale del provvedimenti, è destinato a indirizzarsi verso il riscontro di eventuali profili di eccesso di potere"*.

Essi, infatti *"comportando la scelta nell'ambito di una categoria di determinati soggetti in possesso di titoli specifici, devono esporre le ragioni che hanno condotto alla nomina anche al fine di una loro eventuale sindacabilità"*.

La motivazione di tali tipi di provvedimento, tuttavia, secondo la ricordata pronuncia, "implicando una scelta di tipo personale, si caratterizza, non già come mero giudizio conseguente alla individuazione del candidato tecnicamente più qualificato, bensì come giudizio sulle qualità del candidato e sulla volontà di presceglierlo per la ritenuta maggiore affidabilità che lo stesso garantisce rispetto all'indirizzo politico gestionale dell'amministrazione".

Anche quindi nel caso in cui, analogamente a quanto ritenuto per la nomina dei Direttori Generali della Aziende U.S.L., si dovesse ritenere che i provvedimenti di nomina dei Segretari comunali o provinciali hanno natura fiduciaria e di atti di alta amministrazione, sussisterebbe comunque un obbligo di motivazione in ordine alla scelta effettuata.

Tale scelta va motivata, a mio avviso, non solo con riferimento alle "qualità del candidato" ed alla "affidabilità che lo stesso garantisce rispetto all'indirizzo politico gestionale dell'amministrazione" ma anche, trattandosi di una scelta che riguarda pubblici dipendenti, con riferimento ai titoli posseduti dal soggetti interessati ed alle loro capacità dirigenziali, quali emergono dal curriculum di ciascun candidato.

Diversamente argomentando, rimarrebbe priva di senso la disposizione contenuta nell'art. 15, 4° comma, del D.P.R. 465/97, secondo cui "l'agenzia fornisce, a richiesta, i curricula relativi alle categorie professionali dei segretari".

Se la nomina dei Segretari, come si sostiene da parte di taluni, ha natura eminentemente fiduciaria, che senso avrebbe prevedere che (sia pur a richiesta) vanno forniti - e conseguentemente valutati - i curricula dei segretari iscritti all'albo di cui all'art. 17, 75° comma, della L. n. 127/1997

La motivazione inoltre va estesa anche alla comparazione dei requisiti degli altri candidati, sia pur in maniera più blanda di quanto richiederebbe un incarico conferito con la più rigorosa procedura amministrativa del merito comparato.

Ed in questo ambito va adeguatamente motivata comparativamente, la eventuale non conferma del segretario decaduto che abbia proposto la propria candidatura.

Bibliografia:

ALFONSO RENDE *Elementi di criticità nell'attuale status dei segretari comunali e provinciali*

Giovanni Virga *Il procedimento di nomina dei Segretari comunali e provinciali: competenza, avvio, pubblicizzazione*