

L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?

di Sandro De Goetzen *
(17 giugno 2019)

(in corso di pubblicazione in *"le Regioni"*, 2019)

1. La fattispecie. Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 99 commi 1, 2 e 3 del T. U.EL

La sentenza 23/2019 della Corte costituzionale affronta la questione della legittimità costituzionale dell'art. 99, commi 1, 2, 3 del TUEL, che prevede un meccanismo di decadenza automatica dalla carica di Segretario comunale con uno schema riconducibile allo spoils system¹. Il meccanismo di decadenza automatica, salva possibilità di conferma, viene dal rimettente Tribunale di Brescia, denunciato come lesivo dell'art. 97 Cost., con un pregiudizio della continuità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

La Corte statuisce la legittimità della norma impugnata, evitando di applicare alla fattispecie la propria consolidata giurisprudenza in tema di spoils system sulla base di un distinguishing che viene a costituire un vero e proprio revirement giurisprudenziale.

Nella presente nota si valutano le ragioni portate dalla Corte a fondamento di tale distinguishing, a fronte di quelle che sostenevano la contraria consolidata giurisprudenza.

2. 1. La disciplina della nomina e della decadenza dall'incarico del Segretario comunale.

Il Segretario comunale è attualmente un dipendente statale, legato a un rapporto di impiego con lo Stato, collocato presso il Ministero dell'interno (già dipendente di una apposita agenzia vigilata dal Ministero dell'interno, soppressa per motivi di riduzione delle spese²) posto, per ciò che concerne il rapporto di servizio, alle dipendenze funzionali del Sindaco. La nomina del Segretario rientra tra le prerogative del Sindaco, che lo sceglie, attraverso un articolato procedimento³ tra gli iscritti all'albo previsto dall'art. 98 del d.lgs.

1 Si v. per tutti sul concetto di spoils system F.MERLONI; Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 2012, p. 123: "Per spoils system (sistema delle spoglie) si intende il potere di nuovi organi politici di sostituire dirigenti in carica al loro arrivo (anche in numero significativo) con dirigenti da loro nominati". L'A. rileva che esso presuppone che vi sia una fascia di dirigenza scelta con criteri fiduciari, mentre, "quando le competenze implicano imparzialità, perché sono di amministrazione e gestione, non vi è spazio per alcuna relazione fiduciaria, che è invece legittima quando i compiti affidati sono di supporto (tecnico-politico) all'opera degli organi di governo". La Corte costituzionale sui limiti allo spoils system – v. infra par. 4 e 5 - ricava l'incompatibilità col sistema delle spoglie o da considerazioni attinenti all'organizzazione amministrativa o dalla spettanza di competenze tecniche o di garanzia.

2 Per tutti, v. L. VANDELLI, Il sistema delle autonomie locali, Bologna, 2018 (7 ed.), in partic. p. 271 s.; F. MIGLIARESE CAPUTI, Diritto degli enti locali, Torino, 2016, p. 297 ss.

3 La difesa delle parti rileva come la scelta del Segretario comunale "avvenga, nella maggior parte dei casi, senza alcuna motivazione o valutazione e comparazione oggettiva fra i candidati" (punto 6.3.3.- in fatto). Diffusa dottrina- F. STADERINI P. CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, Padova, 2019 (XV ed.), p. 239 - mette in luce come le modalità di nomina e di revoca mostrino un punto di equilibrio recente, forse non stabile, tra inclusione nella sfera statale e sfera dei poteri locali. Questa dottrina (op.cit., p. 237) mostra come il potere di scelta del Segretario è stato proceduralizzato: a) si parte da una idonea pubblicità della procedura di nomina; b) individuazione del prescelto da parte del sindaco all'interno di un apposito albo (con eventuale richiesta dei curricula, che andrebbero forniti dal Ministero dell'interno); c) assegnazione a cura del Ministero, che controlla che il prescelto abbia i requisiti dell'iscrizione nella fascia professionale corrispondente; d) nomina con formale provvedimento del sindaco; accettazione da parte del Segretario. Tuttavia (op. cit., p. 241) si manifesta perplessità per il fatto che sia il Segretario sia l'eventuale Direttore

267/2000, cui si accede con l'apposito concorso (art. 99 comma 1 TUEL).

Si prevede che il rapporto di servizio del Segretario comunale infatti abbia una durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, con la cessazione automatica del suo incarico alla conclusione del mandato sindacale, continuando ad esercitare le sue funzioni sino alla nomina del nuovo Segretario; la nomina deve essere disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi dalla data di insediamento del Sindaco, decorsi questi termini si ha la riconferma del Segretario uscente, mentre la nomina del nuovo Segretario vale come mancata conferma. Il meccanismo di decadenza automatica lega il ruolo del Segretario comunale alle sorti del Sindaco: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del meccanismo renderebbe il destino del Segretario comunale legato, invece, alla valutazione del suo operato secondo il principio del giusto procedimento. Si chiarisce, opportunamente, dalla difesa delle parti (punto 7.-5. In fatto), che la decisione della Corte costituzionale di accoglimento o anche una decisione manipolativa o interpretativa "non determinerebbe alcuna forma di <<inamovibilità assoluta del Segretario dal suo ruolo>>. Dispone, infatti, l'art. 100 TUEL, che il Segretario comunale "può essere revocato con provvedimento motivato del Sindaco o del Presidente della provincia, previa deliberazione della giunta, per violazione dei doveri d'ufficio"⁴. Si è notato da una attenta dottrina come la revoca preveda ulteriori adempimenti in relazione ai compiti attribuiti al Segretario nell'attività di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione⁵.

2.2. Il ruolo politicamente neutro o, viceversa, fiduciario del Segretario comunale secondo le prospettazioni degli studiosi.

In realtà, come rileva con chiarezza la manualistica sugli enti locali⁶, la figura del Segretario comunale "ha sempre oscillato, nelle prospettazioni degli studiosi e nei successivi, diversi progetti di riforma, tra due distinti modelli". Un primo modello configura il Segretario come organo burocratico necessario, funzionario statale con attribuzioni di garanzia e, in qualche misura, controllo e indirizzo dello Stato-persona. L'altro modello è quello che rappresenta il Segretario come il massimo funzionario dell'ente, legato da rapporto fiduciario con gli amministratori, da cui è nominato, per autonoma scelta organizzativa, e, se del caso, anche revocato. L'evoluzione della figura del Segretario comunale si contraddistingue per essere disorganica e non esaustiva, tanto che una, non attuata, riforma posta dalla legge 124/2015, concludeva con il sopprimere la stessa figura del Segretario.

L'art. 97 TUEL delinea le mansioni del Segretario comunale e da tale formulazione legislativa, a nostro avviso, sembrerebbe potersi desumere una funzione tecnica e di garanzia di tale figura⁷: tra le mansioni del Segretario comunale rientrano, secondo la

generale sono concepiti come "funzionari politici", "che debbono la loro nomina, permanenza ... e rinnovo dell'incarico all'idem sentire con l'organo politico di vertice".

4 F.STADERINI P.CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, cit., p. 238, nota come ai requisiti per la revoca per violazione dei doveri d'ufficio fissati direttamente dall'art. 100 TUEL, cioè il provvedimento motivato e l'intervento nel procedimento della giunta, il regolamento, di cui si dubita la legittimità con riferimento all'idoneità della fonte, aggiunge l'ulteriore requisito della "gravità" delle violazioni dei doveri d'ufficio.

5 F. MIGLIARESE CAPUTI, Diritto degli enti locali, cit., p. 297 ricorda come in relazione a tali compiti "l'art. 1, comma 82 della legge n. 190/2012 ha disposto che il provvedimento di revoca del Segretario è comunicato dal prefetto all'Autorità nazionale anti-corruzione (istituita dalla stessa legge) che si esprime entro trenta giorni. Decorso tale termine la revoca diventa efficace, salvo che l'Autorità rilevi che la stessa sia correlata alle attività svolte dal Segretario in materia di prevenzione della corruzione."

6 F.STADERINI P.CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, cit., p. 232 ss.

7 Si v. l'art 97 comma 2: "Il Segretario comunale provinciale 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"; art. 97 comma 4: "Il Segretario sovrintende allo

normativa, compiti di controllo di legalità e di certificazione e di verbalizzazione, che, come rileva la sentenza 23/2019 “appartengono al nucleo originario e tradizionale della funzione segretariale”, cui si accompagnano funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa rispetto agli organi comunali in ordine alla conformità dell’azione amministrativa a leggi, statuto e regolamenti⁸. Inoltre, nell’ambito del rafforzamento dei controlli interni, previsto dal d.l. 174 del 2012 (conv. con modific. da l. 213 del 2012) si sono affidate al Segretario nuove competenze e responsabilità nella fase del controllo di regolarità amministrativa e contabile ed in relazione al controllo degli equilibri finanziari. La legge 190 del 2012 ha, ancora, investito il Segretario comunale, di norma, salva diversa e motivata determinazione, del ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione; il d.lgs. 33/2013 prevede che il responsabile anticorruzione normalmente svolga anche l’attività di responsabile per la trasparenza⁹.

Queste, relativamente recenti, attribuzioni sembrano ancor più rafforzare il ruolo di controllo sul rispetto della normativa e confermare la natura tecnico-professionale della figura del Segretario comunale.

La attribuzione normativa al Segretario comunale di funzioni di garanzia di grande rilievo mal si concilierebbe, a nostro avviso, con la configurazione di esso come organo fiduciario del Sindaco: anche la attribuzione di “altre funzioni” al Segretario (art. 97 comma 4 lett. d) pare che debba essere compatibile con le funzioni tecniche di garanzia; tale collocazione tecnica e non fiduciaria del Segretario sembra confermata dalla circostanza che esso è legato da un rapporto di impiego con lo Stato e non è dipendente del comune, pur esistendo un rapporto di dipendenza funzionale col capo dell’amministrazione (art. 99 comma 1 TUEL).

Secondo l’insegnamento della Corte costituzionale (v. ad esempio sent. 390/2008) lo svolgimento di funzioni di controllo prevede esigenze di neutralità ed imparzialità più marcate rispetto a quelle che si richiedono ad un comune dirigente; ad esse si possono ricollegare le funzioni tecnico-professionali di garanzia del Segretario comunale, che si concretizzano in un controllo di conformità alla normativa. Esse parrebbero escludere, quindi, un ruolo fiduciario che sarebbe dal punto di vista logico- giuridico incompatibile con la neutralità che sembrerebbe dover connotare tale figura. Le previsioni di decadenza automatica possono comportare una occulta violazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione, spingendo l’organo burocratico ad uniformarsi alle pressioni dell’organo politico¹⁰.

svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l’attività salvo quando...[viene] nominato il direttore generale”.

⁸ L’art. 97 comma 4 TUEL aggiunge ulteriori funzioni: “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 responsabili dei servizi;
- c) roga, su richiesta dell’ente, i contratti nei quali l’ente è parte e autentica 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”.

⁹ F. MIGLIARESE CAPUTI, Diritto degli enti locali, cit., p. 298.

¹⁰ Sul principio di separazione tra politica e amministrazione per tutti P. FORTE, Il principio di distinzione tra politica e amministrazione, Torino, 2005 passim; sulla questione della effettiva distinguibilità tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestionali in senso fortemente negativo B. DENTE, In un diverso Stato, Bologna, 1995, p. 31; critico sulla dicotomia “artificiale” fra politica e amministrazione B.G. PETERS, La pubblica amministrazione. Un’analisi comparata, Bologna, 1991, p. 203 ss.; D. SORACE, Come rifare la pubblica amministrazione e il suo diritto? (Discutendo con Bruno Dente e Carlo Marzuoli), in Dir. pubbl., 1996, p. 381 ss.; critico, con particolare riferimento agli enti locali, L.A. MAZZAROLLI, Il dirigente dell’ente

Sembrirebbe, dunque, potersi individuare, a una prima analisi della normativa Il carattere eminentemente tecnico della figura del Segretario comunale, che si esplica in un controllo sulla rispondenza alla normativa e in una collaborazione tecnico-giuridica ed amministrativa, che non richiede consonanza politica. La posizione della sent. 23/2019 è, all'opposto, per individuare un ruolo fiduciario della figura del Segretario comunale; ma dall'esame delle argomentazioni che questa decisione della Corte porta, sembrano potersi trarre, semmai, argomenti in contrario.

3. 1 Le argomentazioni a sostegno della natura fiduciaria della figura del Segretario comunale.

A sostegno della natura fiduciaria della figura del Segretario comunale la Corte adduce diverse argomentazioni, rivolte a spiegare che essa non risponde ai test in base ai quali la precedente giurisprudenza consolidata dal 2007 esamina la legittimità dei meccanismi di spoils system.

a) La sentenza rileva che al Segretario comunale sono attribuite dalla legge "cruciali funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi comunali in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti (art. 97 comma 2 d.lgs. n. 267 del 2000), nonché funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio o della giunta (art. 97 comma 4, lett. a del d.lgs. n. 267 del 2000)". "Al Segretario spetta, se l'ente non ha responsabili dei servizi, la redazione del parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta e al consiglio dell'ente che non costituisca mero atto di indirizzo (art. 49 del d.lgs. n. 267 del 2000)". La Corte precisato, da un lato, che tali funzioni contribuiscono ad assicurare la conformità dell'azione dell'ente a leggi, allo statuto ed ai regolamenti, in "piena coerenza con il ruolo del Segretario quale controllore di legalità", aggiunge che, d'altro lato, esse "contengono ..anche un quid pluris", alludendo ad un "ruolo ulteriore", "un ruolo attivo e propositivo" che consente al Segretario "di coadiuvare e supportare sindaco e giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo" ciò che non può che "influenzarla", " non nel senso di indicare o sostenere obiettivi specifici, piuttosto nella direzione di mostrare se quegli obiettivi possono essere legittimamente inclusi tra i risultati che gli organi di direzione politico-amministrativa intendono raggiungere". Possiamo notare, ai nostri fini, che si descrive in tal modo un controllo di legalità sugli obiettivi dell'amministrazione. Ma per la Corte si tratta di compiti "la cui potenziale estensione non rende irragionevole la scelta legislativa che permette al Sindaco neoeletto di non servirsi necessariamente del Segretario in carica" (punto 5.2. in dir.)

Non sembra condivisibile la deduzione che il Segretario tramite il controllo di legalità partecipa alla formazione dell'indirizzo politico, in quanto vi sarebbe una "influenza" su di esso (punto 5.2. in dir.). Vi è, infatti, differenza, a nostro avviso, tra controllo di legalità sull'indirizzo politico da altri elaborato e funzione di partecipazione attiva all'elaborazione dell'indirizzo politico e la Corte stessa lo ammette, quando rileva che l'"influenza" da essa individuata non sarebbe nel senso di "indicare o sostenere obiettivi specifici"¹¹.

Emerge già dalla motivazione della sent. 23 che il Segretario comunale dà solamente un avviso che la proposta di indirizzo volta a volta è o non è conforme a legalità: solo in

locale tra <<rapporto di fiducia>> e principio di <<separazione>> delle funzioni politico-amministrativa e gestionale, in questa Rivista, 2002, p. 21 ss.

11 È di immediata percezione - ed anche implicitamente negato dalla Corte - che il ruolo del controllo di legalità sull'indirizzo non importi partecipazione alla elaborazione dello stesso: ciò esclude la necessità di una consonanza politica del Segretario col Sindaco. Dire il contrario significa, pare, unificare i due ben diversi concetti di elaborazione dell'indirizzo e di controllo su di esso, attraverso la nozione, non ben definibile, della "influenza" che il controllo avrebbe sull'indirizzo.

questo senso c'è "influenza" sull'indirizzo¹². Per questo l'argomento - che il Segretario comunale, dato che esercita uno stringente controllo di legalità influenza la formazione dell'indirizzo politico e va perciò configurato come organo fiduciario del Sindaco - non sembra idoneo ad escludere l'applicazione della dottrina della giurisprudenza costituzionale sui limiti allo spoils system, confermando la legittimità costituzionale del meccanismo di cessazione tacita dall'incarico, previsto dall'art. 99 comma 2 TUEL.

La posizione del Segretario comunale non è omologabile a quella dei funzionari fiduciari, organi di diretta collaborazione, che condividendo i valori politici del Sindaco, assicurano un contributo fattivo alla formazione dell'indirizzo. Per essi solamente si giustifica la revoca automatica allo scadere del mandato del Sindaco che li ha nominati.

b) Accanto al primo, la Corte avanza un altro argomento a sostegno della natura fiduciaria del Segretario comunale.

La sentenza 23/2019 porta a favore di tale tesi il fatto che al Segretario comunale possono essere attribuite, in via eventuale,¹³ anche le funzioni di Direttore generale, soggetto alle direttive del Sindaco nell'attuazione dell'indirizzo politico e definito in dottrina figura fiduciaria¹⁴. Si può rilevare che il Direttore generale "è revocato dal sindaco ... previa deliberazione della giunta comunale...: La durata dell'incarico non può eccedere quella del mandato del sindaco..." (art. 108 comma 2 TUEL). La sentenza 23/2019 (punto 5.2. in dir.) rileva che "il doppio incarico contribuisce ad accrescere il carattere fiduciario della stessa funzione di Segretario comunale" ciò che sottrae tale figura all'applicazione della dottrina sui limiti allo spoils system.

Tuttavia, funzioni solo eventuali e non tipizzanti non potrebbero di per sé trasformare, ordinariamente, il Segretario in organo fiduciario: non pare si possa ricavare, dal rilievo che il Segretario può essere eventualmente incaricato anche del ruolo di Direttore generale, per ciò stesso, che esso è sempre organo fiduciario del Sindaco. Non sembra neppure possibile parlare, come sembra fare la Corte, di un "accrescimento" del ruolo fiduciario del Segretario: o vi è fiduciarità o non vi è. Tuttalpiù si può dire che vi sono maggiori o minori garanzie di indipendenza dell'organo burocratico.

Si potrebbe infatti sostenere che le funzioni tecnico-professionali di garanzia rivestite sempre come funzioni tipizzanti dal Segretario comunale portano ad escludere incarichi fiduciari e che se la figura, pur tecnicamente connotata, del Direttore generale¹⁵, implica

12 SE si impiega in tal modo il concetto di "influenza" si dovrebbe allora anche dire, per assurdo, che se il comportamento processuale dell'imputato influenza il corso del processo, come è in realtà, allora si dovrebbe ricavare anche la conseguenza che l'imputato condivide il ruolo del giudice, partecipando alla funzione giurisdizionale decisoria.

13 L'art. 108 comma 4 prevede che "in ogni ... caso in cui il direttore generale non sia stato nominato, le relative funzioni possono essere conferite dal sindaco o dal presidente della provincia al Segretario". La dottrina - v. L. VANDELLI op. cit. p.277 e F.MIGLIARESE CAPUTI, op. cit., p. 299 s. - individua tre possibili situazioni: a) istituzione del direttore generale, con ridimensionamento della figura del Segretario; b) conferimento esplicito delle relative funzioni al Segretario con un provvedimento che definisce, modula e integra le attribuzioni; c) assenza di ogni determinazione, con automatica attribuzione al Segretario del potere di sovrintendere e coordinare l'attività dei dirigenti. La figura del Direttore generale ha subito un deciso ridimensionamento, con l'esclusione per i comuni con meno di 100.000 abitanti (legge 191/2009, modificata dalla legge 42/2010).

14 L. VANDELLI, Il sistema delle autonomie locali, cit. p. 276, rileva come l'incarico di direttore generale abbia "valenza fiduciaria"; si può notare, parallelamente, come l'A. non indichi tale carattere come tipico del Segretario comunale; anche F.MIGLIARESE CAPUTI, Diritto degli enti locali, cit., p. 300 ne parla come di una "figura legata all'organo politico da un rapporto fiduciario <<puro>> ed anch'essa non indica il carattere della fiduciarità come connotante la figura del Segretario comunale; nello stesso senso con riguardo al Direttore generale F.STADERINI P.CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, cit. p. 241, che ritengono però anche il Segretario comunale figura fiduciaria.

15 L. VANDELLI, Il sistema delle autonomie locali, cit., p. 275, rileva che il Direttore generale, che si pone come snodo tra la funzione degli organi e il ruolo di gestione dei dirigenti, in relazione alla prima "si pone in

una relazione fiduciaria con il Sindaco, essa, contrariamente alle previsioni normative, non può essere attribuita al Segretario comunale. Si pone, quindi, un ulteriore problema di legittimità costituzionale del “doppio incarico” al Segretario comunale¹⁶.

c) Altro argomento avanzato dalla sent. 23 /2019 per sostenere la fiduciarità del Segretario comunale è che esso, oltre alle tradizionali attribuzioni neutrali, è incaricato di una “gestione quasi manageriale e di supporto propositivo all’azione degli organi comunali” (punto 4 in dir.). L’art. 97 comma 4 TUEL prevede che il Segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l’attività, salvo che sia nominato il Direttore generale. L’art. 107 commi 1, 2, 3 TUEL, poi, attribuisce ai dirigenti la gestione amministrativa, tecnica e finanziaria. Tale argomento, dunque, incentrato sul ruolo del Segretario, non prova la partecipazione di esso alla politicITÀ: pare che esso, ove ciò gli sia attribuito, debba piuttosto gestire in attuazione dell’indirizzo da altri elaborato, nel rispetto del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione, che trova fondamento nell’art 97 Cost. E l’accento alla gestione “quasi manageriale” sembra ulteriormente distinguere il ruolo del Segretario comunale da quello di un organo fiduciario in quanto i connotati di “managerialità” sembrerebbero distinguere il ruolo di gestione attribuito all’apparato burocratico. L’art. 30 comma 3 ter prevede “il divieto di effettuazione di attività gestionale” per i componenti degli uffici di supporto agli organi di direzione politica, per l’esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo loro attribuite dalla legge.

Nell’insieme, dunque, gli argomenti portati dalla Corte non hanno un “fuoco” preciso, ma sembrano assommare elementi eterogenei e non risolutivi.

3.2. Assenza di indizi normativi per il carattere fiduciario del Segretario

La sentenza 23/2019, configura, dunque, il Segretario comunale come un organo fiduciario del Sindaco; ma tale deduzione sembra poter essere ricavata esclusivamente dalla nomina del Segretario da parte del Sindaco e dalla previsione della sua decadenza automatica, se non venga confermato.

Tale deduzione non risponde allo schema di ragionamento sotteso alla giurisprudenza costituzionale sui limiti allo spoils system ed anche alla sent. 23 di cui si tratta: ciò che va dimostrato, secondo la linea decisionale di tale giurisprudenza, è la legittimità della decadenza automatica alla luce delle mansioni e dei compiti del Segretario comunale, ma essi si riassumono, in primo luogo, nel controllo rispetto alla normativa delle decisioni degli organi politici. Si possono accostare ai compiti tecnico-professionali, neutrali e di controllo presi in considerazione dalla giurisprudenza costituzionale sui limiti allo spoils system (v. oltre, par. 4), che parrebbe dunque doversi applicare anche alla figura del Segretario comunale. Ciò sembrerebbe dover portare ad escludere quella fiduciarità che legittimerebbe la revoca automatica del Segretario. Non vi sono norme che esplicitamente configurino il Segretario come organo fiduciario, compartecipe dell’elaborazione dell’indirizzo politico, mentre le norme espresse fanno riferimento alla sua particolare funzione tecnico-giuridica in numerosi ambiti.

Contro la delineazione del Segretario comunale come figura fiduciaria sembra argomento da valorizzare, inoltre, la sua collocazione, per ciò che concerne il rapporto di impiego, nell’ambito del Ministero dell’interno. Sarebbe più logico che il Segretario comunale, se veramente organo fiduciario del Sindaco, fosse anche dipendente comunale come sono

funzione strumentale, sia in riferimento all’attuazione degli indirizzi (in fase <<discendente>>), sia in relazione all’elaborazione tecnica di questi (in fase <<ascendente>>), formulando proposte al Sindaco e alla Giunta in ordine agli atti di indirizzo e controllo, in particolare per quanto concerne l’organizzazione di uffici e servizi”. L’A. ritiene che l’incarico di direttore generale rivesta “stretta valenza fiduciaria” (op. cit., p. 276).

¹⁶ Intende come soluzione ottimale la coesistenza nella figura del Segretario comunale anche del ruolo del Direttore generale, con vantaggi per la macchina comunale e risparmi di spesa F. STADERINI P. CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, cit. p. 242.

dipendenti comunali i membri degli uffici di diretta collaborazione.

3.3. La decadenza automatica del Segretario va contro la garanzia di un controllo di legalità indipendente.

La decadenza automatica del Segretario comunale per la Corte realizza un “non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell’autonomia degli enti locali ... e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività” (punto 6 in dir.). Anche tale assunto non pare condivisibile. La decadenza automatica del Segretario, in mancanza di atto di recesso da parte del Sindaco, e senza che vi sia stata una valutazione sul suo operato, non sembra un baluardo della autonomia degli enti locali.

In realtà la decadenza automatica sembra ostacolare la garanzia di un controllo indipendente, in quanto potrebbe portare ad una sottomissione del Segretario per non perdere l’incarico, circostanza che avrebbe conseguenze sul suo stato giuridico e sulla sua situazione retributiva. Il Segretario comunale nominato dal Sindaco precedente resta in carica un periodo non esiguo di tempo anche col successore, dato che la nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre i centoventi giorni dalla data di insediamento del nuovo Sindaco: vi è dunque un lasso di tempo per valutare il Segretario comunale uscente, saggiandone di fatto la disponibilità ed arrendevolezza, sulla base della quale decidere se mantenerlo o viceversa sostituirlo, senza dover motivare l’eventuale sostituzione.

Le funzioni di controllo del Segretario sono incompatibili con la revoca automatica. Si pensi solamente al ruolo di garante della legalità che riveste il Segretario comunale nella fattispecie descritta dall’ art. 1 comma 7 della legge 190/2012, che affida al Segretario la responsabilità della prevenzione della corruzione; alle sue funzioni di garante della trasparenza. Si tratta di funzioni di controllo che necessariamente, per essere efficaci e credibili richiedono di essere svolte da un organo non legato da vincoli di fiduciarità agli organi da controllare, ma viceversa, in una posizione di indipendenza.

Per tutto questo sembra che il Segretario comunale sia in una posizione affine a quella di organi che la Corte esclude dalla sottoposizione a meccanismi di spoils system.

4. La dottrina della giurisprudenza costituzionale sui limiti all’applicabilità dello spoils system.

La giurisprudenza costituzionale consolidata predispone una serie di test per limitare l’incidenza di norme statali e regionali che prevedono lo spoils system. Lo schema di ragionamento sotteso a tale giurisprudenza fa derivare dall’analisi delle funzioni e, anche, dalla collocazione istituzionale, apicale o meno della figura professionale, l’applicabilità o meno dello spoils system. Il sistema di test ha conosciuto una sostanziale evoluzione dalla sent. 233/2006 alle sent. 103 e 104 del 2007. La sent. 233/2006¹⁷ faceva riferimento ad una nozione di fiduciarità molto ampia che poteva applicarsi anche a nomine che non sembrano basarsi sulla necessità di garantire la coerenza con l’indirizzo politico regionale e, per di più, statuisce l’applicabilità del meccanismo dello spoils system a dirigenti non apicali e anche a nomine basate sulla competenza tecnico-scientifica, come i direttori generali delle Aziende sanitarie¹⁸. La Corte, a partire dalle sentenze 103 e 104 del 2007¹⁹,

17 Tra i numerosi i commenti alla sent. 233/2006 si rinvia a F. MERLONI, Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system, in questa Rivista, 2007, p. 137 ss.; S. BATTINI, In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system, in Giorn. Dir. amm., 2006, p. 911 ss.

18 Rileva F. MERLONI, Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni, in questa Rivista, 2007, p. 137 ss, in partic. p.138 che l’adozione di tali ampi criteri sembra essere stata determinata o almeno influenzata da una situazione di diffusa illegalità che riguardava le nomine effettuate in tempi prossimi alla cessazione della precedente legislatura regionale.

19 Tra i diversi commenti alle sentenze 103 e 104 del 2007 F. MERLONI, Lo spoils system è inapplicabile

precisa e rende più stringente la propria dottrina, escludendo tra l'altro che ad esso possano essere soggette le figure tecnico-professionali; ed essa ribadirà questa statuizione in successive decisioni come ad esempio la sent. 390/2008, che menziona la titolarità di funzioni "neutrali" per i componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali o nella sentenza 52/2017²⁰.

Questa giurisprudenza della Corte costituzionale individua una serie di indici che costituiscono test di tenuta, dal 2007 sino ad ora impiegati costantemente, delle norme che prevedono meccanismi di decadenza automatica di figure dirigenziali²¹ Ha rilievo a) <<che le relative nomine richiedano specifici requisiti di professionalità>>; b) <<che le loro funzioni abbiano in prevalenza carattere tecnico-gestionale>>; c) <<che i loro rapporti istituzionali con gli organi politici della Regione non siano diretti, bensì mediati da una molteplicità di livelli intermedi>> (così da sent. n 20/ 2016, punto 4.2. in dir.). Il requisito delle funzioni in prevalenza di carattere tecnico gestionale si può anche declinare come titolarità di funzioni "neutrali", come per i componenti dei collegi sindacali delle Aziende sanitarie locali (sent 390/2008²²).

5. Il distinguishing effettuato dalla sent. 23/2019.

Lo schema dei test elaborato dalla giurisprudenza costituzionale per escludere la legittimità di norme che prevedono lo spoils system sembra potersi applicare anche alla figura del Segretario comunale: essa rientra, a nostro avviso, tra quelle che "non sopportano" l'applicazione dello spoils system, in quanto, pur figura apicale, a diretto contatto con il sindaco, è fondamentalmente figura di garanzia tecnico-professionale, estranea alla elaborazione dell'indirizzo politico, contrariamente a quanto affermato dalla sent 23.

Numerose sentenze dei giudici civili e amministrativi qualificano la figura del Segretario, sottolineando la sua funzione di garanzia, che pare non compatibile con una pretesa posizione fiduciaria rispetto al Sindaco²³, dato che la scelta del controllante da parte del controllato non sembra idonea a evidenziare l'adeguatezza del controllo.

La decisione 23/2019 esclude la illegittimità del meccanismo di decadenza automatica del Segretario comunale ma la posizione di questi sembra affine a quella delle figure dirigenziali che non sopportano l'applicazione dello spoils system: tale decisione costituisce dunque un netto revirement rispetto alla consolidata dottrina giurisprudenziale sullo spoils system. La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato varie figure tecnico professionali che non partecipano al compito di <<collaborare direttamente al processo di

alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione, in questa Rivista, 2007, p. 836 ss.; S.de GOTZEN, Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale, ivi, p. 848 ss.

20 Si rinvia a S. de GOTZEN, Funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico e sottrazione del dirigente al regime dello spoils system: il Comandante regionale dei vigili del fuoco nella Regione Valle d'Aosta e i principi della dottrina della Corte costituzionale in materia di spoils system, in questa Rivista, 2017, p. 825 s. per una ricognizione del filone giurisprudenziale sui limiti allo spoils system.

21 Riporto le osservazioni di un precedente lavoro: S.de GOTZEN, Funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico e sottrazione del dirigente al regime dello spoils system, cit, p. 831.

22 La sent. 390 /2008 (punto 6.4.1. in dir.) statuisce che "nei confronti dei titolari di organi con funzioni di controllo sussistono esigenze di neutralità e di imparzialità perfino più marcate di quelle che hanno indotto questa Corte a dichiarare la illegittimità di meccanismi di decadenza automatica riferiti ad incarichi di funzioni dirigenziali".

23 Si v. ex multis, Cass. Civ. sez lav 23 agosto 2003, n. 12403; Corte dei conti, sez. II, 23 giugno 2004, n. 197/A; Corte dei conti reg Lombardia, sez. giurisdiz.8 maggio 2009, n. 324; Corte dei conti reg. Lombardia, 9 luglio 2009, n. 473; Cons. St, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4858 rileva che il Segretario non svolge funzioni di amministrazione attiva, limitandosi a sovraintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e a coordinare l'attività se nominato direttore generale.

formazione dell'indirizzo politico>> (sent. 69/2016, punto 3.1 in dir.) ma debbono di esso fare applicazione e che, quindi, non sono soggetti a meccanismi di decadenza automatica, a pena di violazione dell'art. 97 Cost.²⁴

Rimane l'argomentazione della sent. 23/2019 sull'"influenza" del vaglio di legalità, operato dal Segretario comunale, sull' indirizzo politico: ma essa sembra provare troppo, perché se tale influenza è sufficiente a fondare il carattere fiduciario del rapporto non si vede come e quando funzioni di controllo potrebbero essere svolte in termini oggettivi.

La complessiva disciplina della figura del Segretario comunale sembra, invece, ritrarlo come un tipico organo tecnico-professionale; gli argomenti portati in contrario, come abbiamo cercato di dimostrare, sono non adeguati ed implicano una indesiderata confusione concettuale tra controllo di legalità ed elaborazione dell'indirizzo politico.

6. Osservazioni conclusive

Il solo elemento normativo a sostegno della natura fiduciaria del Segretario comunale rispetto al Sindaco, a ben guardare, ed invertendo lo schema del ragionamento seguito correttamente dalla Corte anche nella sent. 23/2019, potrebbe essere la nomina diretta da parte dell'organo politico ed il meccanismo di decadenza automatica; ma è regola risalente nella giurisprudenza costituzionale che lo spoils system non può essere applicato alle figure tecnico – professionali, estranee alla elaborazione dell'indirizzo politico.

Il revirement operato dalla sent. 23/2019 è fondato sull'assunzione del presupposto della compatibilità logico-giuridica tra funzione tecnico-professionale di garanzia e la fiduciarità e, quindi, la decadenza automatica dall'incarico. La giurisprudenza costituzionale sui limiti allo spoils system, viceversa, parte dal presupposto, che riteniamo condivisibile, della radicale incompatibilità logica e giuridica tra funzioni tecniche di garanzia o neutrali con la fiduciarità dell'organo e quindi con i meccanismi di decadenza automatica dall'incarico: dove c'è funzione tecnica di garanzia o neutrale non ci può essere fiduciarità.

Sembra auspicabile che la Corte riveda l'orientamento che appare dalla sent. 23/2019 e ritrovi la coerenza delle precedenti decisioni, in quanto nessuno degli argomenti a sostegno sembra idoneo a giustificare un distinguishing di questa portata tra le figure tecnico-professionali che non possono essere assoggettate a spoils system e il Segretario comunale. Come già rilevato in precedenza con riguardo ai componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali, si può osservare che lo status di necessaria neutralità del Segretario comunale lo pone (o lo dovrebbe porre) al di fuori dello spoils system²⁵. La sent. 23 /2019 trasforma il Segretario comunale da figura tecnica di garanzia e coordinatore generale della struttura amministrativa in una sorta di capo di gabinetto, al

24 Alcune figure cui la giurisprudenza costituzionale applica la dottrina dei limiti allo spoils system sono costituiti dai casi dei Direttori generali delle ASL; del Comandante regionale dei vigili del fuoco; dei dirigenti non apicali. Si tratta di <<figure tecnico-professionali, incaricate non di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma di perseguire gli obiettivi definiti dagli atti di pianificazione e indirizzo degli organi di governo della Regione>> (l'inciso da sent 69/2016 cit. supra). Ciò si ricava volta a volta dal superamento di test sulla derogabilità del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione che si basano talora su considerazioni di tipo organizzativo, talora su considerazioni che più da vicino riguardano la natura delle funzioni dell'organo burocratico.

25 Si v. sent. 390/2008 Corte costituzionale, con commento di S.de GOTZEN, lo status di <<neutralità>> dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali li pone al di fuori dello spoils system, in Le Reg., 2009, p. 407 ss.. La Corte, nella motivazione della sent. 390/2008 rileva che l'esigenza di ribadire la distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni amministrative di gestione, già impiegata per escludere la decadenza automatica di dirigenti amministrativi "deve, a maggior ragione riconoscersi in relazione all'organo di controllo e contabile della stessa azienda, i cui componenti, a differenza del direttore generale, non sono chiamati ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico regionale, ma svolgono, in posizione di neutralità, funzioni attinenti al controllo del rispetto della legge e della regolare tenuta della contabilità".

quale spettano anche poteri gestionali con una rottura netta rispetto al principio di distinzione tra politica e amministrazione.

La situazione del Segretario comunale, se la linea interpretativa criticata dovesse confermarsi, sarebbe peggiore e incompatibile con le funzioni di garanzia che la legge gli attribuisce. La previsione della sua decadenza automatica sembra vulnerare i principi di imparzialità e buon andamento ed anche il principio, che all'imparzialità si ricollega, della distinzione tra politica e amministrazione.

Le funzioni di garanzia attribuite al Segretario comunale comportano un'esigenza di stabilità che lo ponga al riparo da possibili arbitri, a tutela dell'interesse pubblico²⁶.

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Trieste

26 In una risalente decisione la Corte costituzionale rileva la necessità di stabilità del Segretario comunale, che lo ponga al riparo da possibili arbitri (sent. 52/1969): tale esigenza sembra ravvisabile anche nell'attuale ordinamento degli enti locali. F. STADERINI P. CARETTI P. MILAZZO, Diritto degli enti locali, cit., p. 241 sottolinea "il rischio di politicizzazione dell'amministrazione locale, se si considera che sia il direttore generale che il segretario sono sostanzialmente concepiti come funzionari politici, che debbono nomina, permanenza ...e rinnovo dell'incarico all'idem sentire con l'organo politico di vertice".