

L'endemica tensione tra *merit system* e *spoils system*, alla luce del ruolo dei Segretari comunali

di

Antonio Mitrotti*

SOMMARIO: 1. Spoils system vs merit system - 2. La recente sentenza del Corte costituzionale n. 23 del 2019 - 3. Considerazioni conclusive.

1. Spoils system vs merit system.

Come più volte ribadito da una giurisprudenza costituzionale consolidata, il concorso pubblico si pone come lo strumento di garanzia del diritto di accesso e di piena partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche da parte di tutti i cittadini, fra i quali non esiste alcuna distinzione - versando tutti in condizione di piena eguaglianza¹ - se non quella legata alle loro peculiari e personali virtù, nonché ai loro specifici talenti².

Il che rinvia la propria *ratio existendi* non soltanto nella garanzia (*ex parte civis*) di una iniziale ed eguale condizione di parità di accesso fra i cittadini agli uffici pubblici, bensì (*ex parte principis*) nella parallela, ed ineludibile, necessità di dover assicurare, con effettività, il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica

* Dottorando di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Teramo (cultore della materia in diritto pubblico presso l'Università 'La Sapienza' di Roma e nelle materie di diritto costituzionale ed amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste).

¹ In questo senso, di recente, Corte cost., sentt. 37 del 2015 e 251 del 2017.

² In dottrina, R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Il Foro amministrativo*, n. 9/2002, pp. 1994-2004; S. BATTINI, *il concorso*, in *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2012, pp. 166-170; più di recente A. MITROTTI, "Lo strano caso di una Regione cessionaria nel trasferimento d'azienda privata (ex art. 2112 c.c.)" e l'inevitabile declaratoria d'incostituzionalità per violazione (elusione) della disposizione di cui all'art. 97 della Carta costituzionale. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 02/03/2018, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 10/2018.

Amministrazione, i cui impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (*ex art. 98 Cost.*).

Sicché in tanto possono assicurarsi il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione pubblica in quanto vi sia un concorso pubblico (o una selezione pubblica) che garantisca - quale forma di «*selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso dei requisiti previamente e obiettivamente definiti*»³ - che il reclutamento dei pubblici dipendenti non avvenga sulla base di criteri diversi dal merito.

Con la ferma distinzione tra la sfera politica e quella amministrativa, ossia fra l'azione di governo (libera nelle finalità⁴) e l'azione amministrativa (che, piuttosto, è unicamente vincolata al rispetto della Costituzione ed al perseguimento delle finalità fissate dalla legge).

Tutto ciò lascia intendere che l'imparzialità non debba essere interpretata solo come un effetto consequenziale dell'azione pubblica, bensì che vada preliminarmente concepita e ricercata come il necessario presupposto di ogni reclutamento per l'accesso agli uffici pubblici dei futuri dipendenti che in concreto eserciteranno, imparzialmente, i poteri del proprio ufficio: dal che si spiega, del resto, perché il principio di imparzialità incarna oggi il fondamento costituzionale su cui poggia il così detto *merit system* (sistema di merito), vocato, in buona sostanza, a premiare la netta e decisa separazione tra la politica e l'amministrazione, a garanzia dell'Amministrazione pubblica, del suo buon andamento e dei suoi connaturali corollari di trasparenza, efficacia, efficienza, nonché di economicità⁵.

³ Corte cost., sent. 13 novembre 2009, n. 293.

⁴ *Ex multis*, E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Roma, 1983; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Rivista Diritto Amministrativo*, n. 3/2012, pp. 329-414; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2014; A. MITROTTI, *L'Atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020.

⁵ Sull'elaborazione della dottrina relativa al c.d. *merit system* cfr. S. CASSESE - J. PELLEW (a cura di), *Le système du merit*, Bruxelles, 1987; più di recente, S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione: principio di merito e stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007.

In questo sistema, apparentemente a perfetta tenuta, di *merit system* esiste tuttavia una storica e vistosa eccezione nelle note ipotesi di *spoils system*: meccanismo attraverso cui il costituzionale riconoscimento dell'autonomia connaturata agli organi politici esprimenti gli indirizzi di un Ente pubblico autonomo fa sì che nell'ambito del richiamato dittico 'politica-amministrazione' sia posto maggiormente l'accento sulla prima parte, con l'effetto di un tendenziale 'svilimento' della sfera amministrativa ed il sostanziale riavvicinamento (diametralmente opposto al *merit system*) fra politica ed amministrazione (i cui 'confini' vengono perciò ad attenuarsi)⁶.

Il che, si badi, può legittimamente darsi (a mente della consolidata giurisprudenza costituzionale) soltanto in relazione a peculiari ruoli apicali della Pubblica Amministrazione che siano espressione funzionale di un cruciale raccordo tra politica ed amministrazione ed in cui, cioè, consonanza politica ed *intuitu personae* tra il ruolo di vertice apicale dell'Amministrazione e l'organo politico assurgano a strumenti essenziali per la proficua formazione degli indirizzi e degli obiettivi politici dell'Ente autonomo, in tal modo appannandosi la classica separazione tra la sfera politica e quella amministrativa⁷. Tanto è vero che in questi casi la selezione pubblica del ruolo di 'vertice apicale' dell'Amministrazione non è totalmente

⁶ Sul punto cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018. Il profilo dell'autonomia, del resto, viene alla luce, in tutta evidenza, nel riconoscimento legislativo della non impugnabilità degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico, così come previsto dall'art. 7, comma 1, del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto, cfr. almeno M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, n. 1-2/1949, p. 72 ss., nonché E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, n. 2/2008, pp. 433-520; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2009, pp. 101-134; F. F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2013, pp. 863-914. Con specifico riferimento alla materia del segreto di Stato appare significativo, altresì, il rinvio ad A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2008, pp. 4055-4058.

⁷ Tra le più significative, Corte cost., sentt. nn. 233 del 2006, 103, 104 del 2007, 161 del 2008, 351 del 2008, 34 del 2010, 304 del 2010, 124 del 2011, 20 del 2016, 269 del 2016 e 52 del 2017. Per una ricognizione su tale giurisprudenza si rinvia a C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, 2018, spec. p. 93 ss.

ispirata al criterio del merito, bensì alla 'scelta' dell'organo politico pur tra quei soggetti che posseggano determinati requisiti professionali fissati *ex lege*.

In questi casi l'esigenza di imparzialità recede in favore della garanzia di autonomia per l'organo politico esprimente gli indirizzi dell'Ente autonomo: e non potrebbe essere altrimenti, posto che se, *ragionando a contrario*, di fatto si applicasse rigorosamente il principio d'imparzialità non sarebbe affatto scontato che anche il più preparato dei dirigenti riuscirebbe a conseguire i migliori risultati in termini di attuazione degli indirizzi politici.

E', del resto, inevitabile che in un rapporto di stretta fiduciarità entrino in gioco dinamiche ulteriori rispetto al merito ed alle personali capacità di un dipendente pubblico, legate, vale a dire, ad una dimensione personale e politica capace di porsi come un collante decisivo tra il vertice politico ed il vertice amministrativo che se non consonanti finirebbero paradossalmente proprio per pregiudicare la stessa *ratio existendi* della separazione tra politica ed amministrazione, con un potenziale detrimento per l'autonomia politica degli Enti territoriali: in verità non è affatto da escludere che l'ostruzionismo di un dirigente apicale possa rivelarsi come la causa decisiva dell'insuccesso di un indirizzo espresso dall'organo politico di un Ente (ed a prescindere dalla bontà e dal merito politico dell'indirizzo stesso).

Il meccanismo di *spoils system* è, pertanto, finalizzato ad assicurare la perfetta coincidenza tra le responsabilità effettive d'insuccesso dell'indirizzo politico di un Ente autonomo e le responsabilità politiche di chi è titolare dell'esercizio dei poteri costituzionalmente attribuiti ad un ente autonomo: cosa che viene a realizzarsi proprio nella misura in cui sia "permesso" il legittimo allentamento della separazione tra politica ed amministrazione, concedendo all'organo politico di "nominare" (e revocare *ad nutum*) il vertice apicale della propria Amministrazione tra coloro i quali siano in possesso dei requisiti professionali *ex lege* richiesti nonché fiduciarmente preferibili proprio per "garantire" la piena attuazione dell'indirizzo politico.

2. La recente sentenza del Corte costituzionale n. 23 del 2019.

Con la sentenza del 22 febbraio 2019, n. 23, la Corte costituzionale - impegnata nel delicato ruolo di chiusura del nostro sistema in cui convivono *merit e spoils system* nonché nel sempre problematico contemperamento tra le esigenze sottese al riconoscimento costituzionale dell'Autonomia comunale ed i principi di buon andamento e di imparzialità dell'Amministrazione - sembrerebbe aver forzato le maglie della propria pregressa giurisprudenza in punto di *spoils system*, atteso che dinanzi ad una figura come quella del Segretario comunale e provinciale è sorprendentemente giunta a fare salva la censurata disposizione di cui all'art. 99 (commi 1, 2 e 3) del TUEL - prescrivente il meccanismo di *spoils system*, con la decadenza dei Segretari - sulla base della decisiva considerazione secondo cui «*la soluzione censurata dall'ordinanza di remissione si presenta[va] come riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro*»⁸.

In verità - pur provando, con qualche titubanza, ad argomentare l'esistenza di un intimo legame di fiduciarità tra la figura del Segretario comunale ed il Sindaco - è evidente, da una semplice lettura della parte motiva della decisione, che il principio di ragionevolezza abbia finito per assorbire nelle motivazioni qualsiasi altro ulteriore profilo costituzionale dell'invocato parametro di cui all'art. 97 Cost., specialmente in riferimento al principio d'imparzialità.

Difficile, cioè, non scorgere un *vulnus* al principio d'imparzialità ed al principio di separazione tra la sfera politica e l'amministrazione comunale che ne consegue nonché, più in generale, al *merit system*.

In relazione alla figura dei Segretari comunali, i Giudici di Palazzo della Consulta hanno rimarcato, nel contesto di una puntuale ricostruzione storica del quadro evolutivo della disciplina normativa, che: «*dopo lo slancio autonomista che aveva nutrito le riforme della seconda metà degli anni novanta del secolo scorso, il segretario*

⁸ Corte cost., sent. n. 23 del 2019, su cui cfr. S. DE GOTZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; M. GORLANI, *I segretari comunali e lo spoils system: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2019, pp. 284-292.

comunale torna così ad essere, quanto al rapporto d'ufficio, un funzionario del Ministero dell'interno»⁹.

Si tratta di un'affermazione dirimente sia per il corretto inquadramento del ruolo dei Segretari che, del pari, per valutarne la compatibilità con il meccanismo dello *spoils system* e, di riflesso, con il principio di imparzialità.

Il rapporto d'ufficio va inteso, per dirla con Massimo Severo Giannini, come un rapporto di tipo eminentemente organizzatorio, da cui discende, cioè, sotto il profilo del diritto pubblico che: «il rapporto d'ufficio non attiene al titolare dell'ufficio nella sua materialità di soggetto (persona, gruppo di persone, ecc.), ma attiene ad una qualità giuridica che la norma attribuisce al titolare dell'ufficio, di agire producendo effetti giuridici che non gli si imputano, esercitando potestà che come soggetto materiale non avrebbe: il prefetto, come persona fisica, non potrebbe ordinare alla forza pubblica di accedere coattivamente in una proprietà privata, anzi nessun soggetto ha tale potere: lo ha lo Stato, che lo attribuisce all'organo prefetto (e ad altri); chi lo esercita è il titolare dell'organo»¹⁰.

Se tutto ciò è vero, appare chiaro come debba necessariamente darsi un'effettiva corrispondenza tra funzioni legislativamente attribuite dal TUEL al Segretario e rapporto d'ufficio con il Ministero dell'Interno (non a caso il Segretario ha la principale funzione di dover assicurare la conformità dell'azione amministrativa comunale al principio di legalità) tale per cui non solo riesce oggi difficile inquadrare la figura dei Segretari come fiduciarmente legata al Sindaco di un Ente comunale ma se così davvero fosse in via di fatto (posta l'impossibilità logica in via di diritto, per l'insuperabile paletto di un Ufficio che viene esercitato per il Ministero, non certo per il Sindaco) si verserebbe in una chiara ipotesi di violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione comunale.

Tutto ciò finirebbe per pregiudicare irrimediabilmente l'indipendenza di un Ufficio pubblico - oltre che della persona fisica che ne è materialmente titolare - che, in generale, è per definizione finalizzato a tutelare l'interesse pubblico alla legalità ed

⁹ C. cost., sent. 22 febbraio 2019, n. 23, par. 3.2 del Considerato in diritto.

¹⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, pp. 248-249.

alla legittimità dell'azione amministrativa comunale nonché, in particolare, a garantirne il buon andamento e la stessa continuità dell'azione dell'Ente comunale¹¹.

Si pongono nel solco di questa interpretazione i più recenti interventi legislativi (in particolare la L. n. 190 del 2012 ed il D. Lgs. n. 33 del 2013) che hanno significativamente attribuito ai Segretari alcune penetranti competenze in materia di prevenzione della corruzione e di imprescindibile trasparenza dell'Amministrazione comunale.

Funzioni che, evidentemente, se "latamente" condizionate, in via di fatto, dal rapporto di fiduciarità tra Segretario e Sindaco potrebbero finire addirittura per ritorcersi contro all'Autonomia comunale (potendo inverarsi le fattispecie previste dal TUEL in punto di rimozione degli amministratori locali per atti contrari alla Costituzione e per gravi violazioni di legge, oltre all'ipotesi di scioglimento dei Consigli comunali). Quella stessa autonomia, paradossalmente, che ha però rappresentato per la Corte costituzionale proprio il valore ragionevolmente "bilanciato" dalla (censurata ma) vigente disposizione legislativa prescrivente lo *spoils system* anche per il Segretario comunale e provinciale.

Si fatica quindi a condividere la posizione espressa dai Giudici di Palazzo della Consulta con la recente sentenza n. 23 del 2019, alla luce del fatto che se davvero, come sostenuto dalla Corte, il Segretario comunale potesse spingersi sino a 'compartecipare' alla delicata fase decisoria degli atti deliberativi delle Giunte e dei Consigli comunali allora proprio il rapporto di fiduciarità, che giustificherebbe lo *spoils system* con l'organo politico, potrebbe trasformarsi in un pericolosissimo *boomerang* per l'autonomia comunale, su cui penderebbe la spada di Damocle di un'endemica violazione di legge, inerente al rapporto d'ufficio del Segretario con il Ministero dell'Interno.

Si tratta di un rapporto organizzatorio posto ad ineludibile collegamento tra l'ufficio delle potestà assegnate dalla legge al Ministero dell'Interno e la singola persona fisica di cui il Ministero si avvale per esercitare i propri poteri.

¹¹ F. STADERINI - P. CARETTI - P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2019, p. 241.

Si determinerebbe quindi una violazione del principio di legalità in materia di organizzazione amministrativa nonché dei basilari principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'Amministrazione, oltre che del principio di cui all'articolo 98 della Carta costituzionale.

Tutto ciò senza obliterare la conseguente e patologica possibilità di una potenziale "deviazione" dalle funzioni (d'interesse pubblico) di garanzia della legittimità degli atti comunali, nonché, in particolare, di prevenzione della corruzione e di trasparenza dell'azione amministrativa comunale (funzione che incarna, tra le altre, la vocazione del Segretario comunale alla salvaguardia della legalità dell'azione amministrativa).

3. Considerazioni conclusive.

Con la recentissima sentenza del 22 febbraio 2019, n. 23, è forte la sensazione che la Consulta dinanzi al ruolo dei Segretari comunali abbia esitato nel portare sino in fondo il proprio consolidato orientamento sui presupposti di applicabilità del meccanismo di *spoils system* in un sistema, come il nostro, improntato alla regola generale del *merit system*¹²: sembrerebbe, infatti, che la Corte abbia fatto una vistosa eccezione rispetto alla propria pregressa giurisprudenza in punto di *spoils system*.

Tanto è vero che dinanzi all'invocata norma parametro di cui all'articolo 97 della Costituzione il Collegio di Palazzo della Consulta avrebbe dovuto pronunciarsi in merito ai profili di compatibilità costituzionale della censurata norma oggetto del giudizio con il principio dell'imparzialità, principio cardine posto alla base della separazione tra politica ed amministrazione (l'imparzialità, infatti, ha la pregnante funzione di: «*correggere e tenere sotto controllo la politicità indotta dalla presenza, al vertice dell'amministrazione, di componenti il corpo politico*»¹³) e, conseguentemente, frapposto come prezioso 'elemento costituzionale' per vagliare, e circoscrivere, il

¹² Sul punto, S. BATTINI, *il concorso*, in *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2012, pp. 166-170.

¹³ S. CASSESE, *Il principio di imparzialità*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 13.

più possibile la legittimità dei meccanismi legislativi dello *spoils system* nel nostro ordinamento.

Invece il principio dell'imparzialità è stato assorbito nelle motivazioni della sentenza n. 23 del 22 febbraio 2019: e del resto non poteva essere altrimenti atteso che se le argomentazioni della parte motiva della decisione avessero sviluppato fino in fondo, oltre al principio di ragionevolezza, anche i profili espressione dell'imparzialità della figura del Segretario allora il pregnante elemento del rapporto d'ufficio con il Ministero dell'Interno e la discendente inquadrabilità del Segretario come un funzionario statale sarebbero stati sintomatici di una necessaria separazione tra la politica e l'amministrazione comunale.

Al di là del problematico inquadramento del ruolo dei Segretari comunali e provinciali¹⁴, è fuor di dubbio che il Segretario comunale intrattenga il rapporto d'ufficio con il Ministero dell'Interno e che in forza della titolarità di quest'Ufficio venga, perciò, ad esercitare presso gli Enti comunali funzioni ispirate alla *ratio* di dover raccordare - in coerenza con il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica - da una parte il costituzionale riconoscimento delle Autonomie locali e dall'altra l'effettiva garanzia del rispetto da parte delle stesse Autonomie comunali dei principi contemplati dalla Costituzione, nonché, in particolare, del principio di legalità e dei suoi essenziali corollari di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa: ragion per cui il ruolo del Segretario comunale deve (alla luce della disposizione costituzionale di cui all'articolo 97) essere messo al riparo dai meccanismi (come lo *spoils system*) potenzialmente in grado di pregiudicare l'esercizio 'indipendente' ed 'imparziale' di funzioni, ad oggi, esercitate per conto del Ministero dell'Interno; ossia di funzioni assolutamente slegate da una 'consonanza fiduciaria', e personale, con gli indirizzi degli organi politici comunali (e con il loro eventuale, o meno, successo).

¹⁴ G. DIQUATTRO, *Il ruolo del Segretario generale nell'ente locale dopo le riforme. Funzioni, status, criteri di selezione, di formazione e di scelta da parte dell'ente*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2004, pp. 869- 901; O. GASPARI - S. SEPE (a cura di), *I segretari comunali. Una storia dell'Italia contemporanea*, Roma, 2007; più di recente G. PAVANI, *Alcune riflessioni sulla figura del segretario comunale nel panorama europeo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2015, pp. 765-792.