



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 2/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliati Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Massimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Il regime giuridico degli atti adottati in assenza di conferimento di funzioni dirigenziali

di Daniela Falso

Segretario Comunale*

Sommario

1. Premessa; 2. Nozione del funzionario di fatto e sorte dei provvedimenti adottati; 3. La nullità dell'atto con la riforma del 2005 e le influenze sulla figura del funzionario di fatto e sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo; 4. L'istituto della *prorogatio* delle funzioni ed interferenze con l'esercizio di fatto di funzioni pubbliche; 5. Il regime giuridico degli atti adottati dai dirigenti degli enti locali in assenza del decreto sindacale di nomina; 6. Le problematiche inerenti il riconoscimento retributivo per l'attività prestata dal dirigente comunale in assenza di conferimento delle funzioni.

1. Premessa

Una delle problematiche più peculiari in materia di incarichi dirigenziali nel pubblico impiego, che ha interessato dottrina e giurisprudenza¹, attiene al regime giuridico degli atti posti in

essere dal soggetto che esercita potestà pubbliche in assenza di un atto di investitura per

invece in cui sia intervenuto un annullamento giurisdizionale o amministrativo, ipotesi ulteriormente diversificata tra quella in cui l'annullamento della nomina precede l'adozione del provvedimento e quella in cui l'annullamento è successivo. In giurisprudenza, si richiama la validità degli atti favorevoli adottati dal funzionario di fatto sia prima che dopo la riforma del 2005: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 1992, n. 4, in "Cons. Stato", 1992, pt. I, pag. 148; Consiglio di Stato, Sez. V, 24 febbraio 1996, n. 232, in "Cons. Stato", 1996, pt. I, pag. 245; Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 marzo 2005, n. 992, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2861, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi (*double blind peer review*).

¹ Cfr, in particolare, A. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1989, pagg. 224 e segg.; F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, tomo II, Milano, 2010; si distingue l'ipotesi in cui chi ha agito difetti *ab initio* dell'atto di nomina o operi nonostante un titolo nullo o inefficace, da quella di chi ha esercitato pubbliche funzioni in base ad una investitura illegittima, suddividendo tale eventualità tra il caso in cui la nomina non sia stata annullata e quello

manca del titolo di legittimazione o per vizi del titolo stesso.

In particolare, il solco prospettico nel quale è sovente stata inquadrata la fattispecie de qua, è quello del se – dichiarato il suo difetto di competenza ad agire – gli atti posti in essere dal funzionario, il cui atto di investitura all'ufficio sia viziato o manchi ab origine, siano da ritenersi validi.

Con il presente lavoro pertanto, si tenterà, in primis, di enucleare una nozione di funzionario di fatto che, ad oggi, il legislatore non ha inteso tipizzare e di cui dottrina e giurisprudenza² hanno dato una definizione estremamente eterogenea ed ampia, facendone sintesi di una pluralità di figure; di poi, con riferimento alla sorte degli atti adottati dall'agente di fatto, si analizzerà l'istituto giuridico della nullità dell'atto amministrativo e dei suoi effetti sul riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo; proseguendo, si analizzerà il peculiare istituto della *prorogatio* delle funzioni, per rilevare le eventuali interferenze tra questo istituto e l'esercizio di fatto di funzioni pubbliche³; ed infine, si affronterà, specificamente, il delicato e complesso tema del regime giuridico degli atti adottati dai dirigenti degli enti locali o dai funzionari apicali⁴, in assenza di decreto

sindacale di conferimento agli stessi delle funzioni dirigenziali.

2. Nozione del funzionario di fatto e sorte dei provvedimenti adottati

Il conferimento delle funzioni dirigenziali è disciplinato nel pubblico impiego dall'art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e ss.mm. (Testo Unico del pubblico impiego)⁵, così come riformato dal Decreto Brunetta (Decreto Legislativo 27 ottobre 2009 n. 150) e dal Decreto-Legge 31 maggio 2010 n. 78 contenente "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica". In particolare, con la procedura comparativa di nomina del dirigente, in attuazione del principio di separazione tra attività di indirizzo e di gestione disciplinato dagli articoli 4 e 14 comma 7 del D. Lgs. n. 165/2001 e dall'art. 107 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000 n. 165 per le autonomie locali, vengono attribuiti al medesimo un com-

² Cons. St., Sez. VI, n. 2861/2013. Cfr. SCARABINO, *Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni*, in *Gius. Amm.*, 2003, pt. III.

³ Più precisamente, se il funzionario di fatto sia da considerarsi tale anche nelle ipotesi del soggetto che agisce in regime di *prorogatio*. La Corte Costituzionale, positivizzando il divieto di *prorogatio*, con sentenza del 4 maggio 1992 n. 208 in <http://www.cortecostituzionale.it>, ha ribadito come l'istituto non risponda ad una esigenza generalizzata dell'ordinamento giuridico, ma, anzi, costituisca una eccezione alle norme che fissano la durata in carica degli organi amministrativi, come tale applicabile solo nei casi previsti per legge.

⁴ Il nuovo ordinamento professionale di cui al CCNL 1 aprile 1999 Comparto Enti Locali, stabilisce agli artt. 8 e seguenti la piena equiparazione dei responsabili dei servizi comunali nei piccoli comuni privi di dirigenza, ai dirigenti veri e propri e l'applicazione agli stessi dei medesimi principi relativi alla investitura ed alle responsabilità.

⁵ L'art. 19, rafforzativo in termini di stabilità degli incarichi dirigenziali, alla luce della necessità di arginare la precarietà di tale rapporto di lavoro di natura fiduciaria, dispone al primo comma, rimodulando in modo più completo la precedente disposizione, che ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'art. 2103 del codice civile. Il secondo comma dispone che l'amministrazione dovrà rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica, i criteri di scelta che saranno adottati, acquisire la disponibilità dei dirigenti interessati ed, infine, procedere alla loro valutazione. Il legislatore ha ricercato una soluzione che impone il rispetto della trasparenza e della procedimentalizzazione del percorso (mediante i tre passaggi della conoscibilità, acquisizione della disponibilità, valutazione) che sfocerà in un motivato atto di conferimento delle funzioni.

plesso di poteri e di funzioni che l'organo per legge può esercitare ex art. 97 della Costituzione; come è noto, tale articolo pone una riserva di legge relativa in materia di organizzazione degli uffici pubblici, lasciando ai regolamenti interni la sola disciplina di dettaglio.

Orbene, proprio il difetto di competenza genera delle patologie che, tradizionalmente, vanno dalla incompetenza assoluta⁶, all'incompetenza relativa o carenza di potere in concreto⁷, fino all'acompetenza. Per la dottrina maggioritaria⁸ l'acompetenza ricorrerebbe quando l'atto è posto in essere da un soggetto che non ricopre la qualità di organo di un ente pubblico, per mancanza della relativa investitura (appunto mancata nomina all'incarico) o per vizio dell'investitura originario o sopravvenuto.

Una delle ipotesi più tipiche di difetto di competenza è quella che ha consentito la definizione di funzionario di fatto⁹, da intendersi come colui che esercita potestà pubbliche senza una valida investitura all'ufficio o con investitura scaduta; al fine proprio di salvaguardare il ragionevole affidamento del terzo in buona fede, è nata quella opzione ermeneutica che fonda la validità degli atti produttivi di effetti favorevoli per il terzo sul principio dell'*apparentia iuris*.

Prima della profonda innovazione apportata dal legislatore nel 2005, la principale problema-

tica posta dall'istituto del funzionario di fatto era quella relativa alla sorte degli atti adottati in carenza di investitura o di preposizione non valida ad un ufficio pubblico.

A tal proposito¹⁰ si distingueva tra invalidità ad effetto caducante, nella quale si ha un travolgimento automatico dell'atto consequenziale senza necessità di apposita impugnativa, ed invalidità ad effetto viziante, nella quale invece l'atto consequenziale resiste alla caducazione dell'atto presupposto rimanendo efficace, necessitando della tempestiva impugnazione per la sua eliminazione; in sostanza, se l'atto presupposto costituisce la sola base legittimante dell'atto consequenziale, si avrà una invalidità ad effetto caducante, altrimenti sarà viziante. In realtà, i casi di invalidità ad effetto caducante sono rari in giurisprudenza, come gli atti esecutivi o confermativi, mentre l'invalidità ad effetto viziante opera in tutti gli altri casi di annullamento dell'atto di nomina, nei quali l'atto consequenziale non impugnato resta efficace e valido. Difatti, se l'impugnazione non viene proposta, si produce la salvezza degli atti adottati dal funzionario di fatto che, seppur viziati, manterranno efficacia e validità.

Il fondamento giustificativo principale della salvaguardia dell'atto adottato dal titolare apparente dell'ufficio, è nei principi di buona fede e del legittimo affidamento del terzo; un ruolo complementare assumono anche i principi di certezza del diritto, di conservazione degli atti e di continuità dell'azione amministrativa.

⁶ Tradizionalmente definita carenza di potere in astratto in quanto inesistente (oggi difetto di attribuzione secondo il disposto di cui all'art. 21 *septies* della Legge 7 agosto 1990, n. 241).

⁷ Oggi ricondotto dalla riforma all'art. 21 *octies* quale espressione del cattivo uso del potere esistente in astratto ma mancante dell'atto di nomina *ab initio* o perché rimosso.

⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2013.

⁹ Tesi introdotta dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1955, n. 17, in "Cons. Stato", 1955, pt. I, p. 999 e precisata da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 1970, n. 4, in "Cons. Stato" 1970, pt. I, p. 1543; da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539 in <http://www.giustizia-amministrativa.it> e Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2012 n. 585, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁰ L'art. 1418 cc recita che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente". Per il Consiglio di Stato, Sez. VI 13 giugno 2007, n. 3173, la nullità dell'atto amministrativo costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi in cui sia specificamente prevista dalla legge, mentre l'annullabilità costituisce la regola generale di invalidità, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità. Le cause di nullità dell'atto amministrativo costituiscono dunque un *numerus clausus*, Consiglio di Stato Sez. IV n. 1957 del 2 aprile 2012 e Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1498 del 26 gennaio 2010, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

Nel diritto amministrativo, infatti, per esigenze di certezza e stabilità dell'azione amministrativa, la giurisprudenza ha sempre ritenuto eccezionali le ipotesi di nullità, raramente applicando l'art. 1418 codice civile, a differenza del diritto civile in cui la regola generale in caso di violazione di norme imperative è appunto la nullità virtuale¹¹.

3. La nullità dell'atto amministrativo e le influenze sulla figura del funzionario di fatto e sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 11 febbraio 2005, n.15, che ha novellato la L. 241/90 introducendo tra gli altri, l'art. 21 *septies*, si è assegnata al diritto amministrativo una categoria che ha sempre riscontrato resistenze definitorie: la nullità.

Orbene, sul solco della continuità, anche dopo la L. 15/05, la giurisprudenza ha continuato a distinguere tra invalidità ad effetto caducante e viziante, sia prima, che dopo l'annullamento della nomina; talora, ha sostenuto che la codificazione delle ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo non abbia influito sull'istituto del funzionario di fatto, riconducendo la carenza di potere in astratto alla nullità ex art. 21 *septies* per difetto di attribuzione (competente il giudice ordinario) e la carenza di potere in concreto all'annullabilità per violazione di legge ex art. 21 *octies* (competente il giudice amministrativo)¹².

¹¹ In giurisprudenza, con particolare riferimento alla tematica della distinzione tra effetto caducante ed effetto viziante della invalidità anche dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15; CdS, Ad. Plen., n. 17/55, CdS, Ad. Plen., n. 4/70, CdS, Sez. V, n. 6539/11 e CdS, Sez. VI, n. 585/12. Con riferimento alla tipologia del vizio, v. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 20 marzo 1991, n. 79, in "Trib. Amm. reg.", 1991, pt. I, p. 1796 e T.A.R. Lazio, Latina, 11 giugno 1984, n. 285, in "Trib.amm.reg." 1984, pt. I, p. 2028.

¹² Il quadro in dottrina è decisamente articolato in tal senso, si rimanda a V. GHERGHI "Il funzionario di fatto", in *Nuova rass.*, 2002, pp. 777 ss., p. 786; P.G. SCARABINO, "Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni" in *Giust. Amm.*, 2003, pt. III, pp. 607 ss., p. 612; L. D'ANGELO, "La nullità del

La dottrina più radicale¹³ sostiene al contrario che dopo l'intervento dell'art. 21 *septies* non è più configurabile l'invalidità ad effetto viziante, ma la nullità degli atti per nullità ad effetto caducante; gli atti favorevoli o sfavorevoli saranno *tamquam non esset* e ciò rende inoperante il tradizionale principio dell'affidamento del terzo verso i provvedimenti favorevoli adottati dal funzionario di fatto.

Secondo altra dottrina¹⁴ l'applicazione della nullità *tout court* determinerebbe una riduzione del livello della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, per cui sarebbe preferibile mantenere il regime della invalidità ad effetto viziante per gli atti favorevoli adottati dal funzionario di fatto.

Le brevi osservazioni sopra esposte in merito al difetto di competenza per mancato conferimento dell'incarico dirigenziale, consentono ora di introdurre il problema della giurisdizione sul provvedimento nullo non derivante da violazione o elusione del giudicato (in questo caso infatti è espressamente prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 133 lett. a) del Codice del Processo Amministrativo), ma da difetto assoluto di attribuzione o carenza assoluta di potere del funzionario di fatto; per tali altre ipotesi di nullità provvedimentale, opera l'ordinario criterio di riparto ai sensi dell'articolo 7 del CPA.

Tradizionalmente, la Corte di Cassazione radica la competenza del giudice ordinario sul provvedimento nullo per carenza assoluta di potere;

provvedimento amministrativo ex L. 15/2005: le esequie del funzionario di fatto", in *Giustamm.*, n. 4/2005, par. 3, su cui concorda A.M.R. LIUZZO in *giustamm.* N. 11/2009, par. 8.

¹³ F. ALIOTTA in "La nullità del provvedimento amministrativo" in www.diritto.it 5 aprile 2007 par. 3.

¹⁴ In tal senso, Consiglio di Stato Sez. VI n. 3173/07, Consiglio di Stato Sez. V n. 5845/08, Consiglio di Stato, Sez. V, Roma 26 gennaio 2010, n. 1498, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che ribadisce la tassatività delle ipotesi di nullità nel diritto amministrativo per esigenze di certezza e stabilità dell'azione amministrativa e riconduce al vizio di violazione di legge le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità virtuale, convertendosi, pertanto, in causa di annullabilità del provvedimento.

l'atto nullo incide su posizioni soggettive di diritto non degradabili ad interesse legittimo, mentre l'affievolimento del diritto soggettivo incardinerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

Con l'emanazione dell'art. 21 *septies*, il Consiglio di Stato¹⁵ ritiene necessario distinguere in base alla singola fattispecie dedotta in giudizio ed individuare sempre quale delle situazioni deve essere tutelata in base alla natura delle posizioni soggettive fatte valere e non sul tipo di patologia; inoltre, si chiarisce che non sempre a fronte di un provvedimento nullo si configura una posizione di diritto soggettivo; nelle fattispecie relative a nullità che incidono su interessi oppositivi del privato (espropri, atti ablatori), la nullità impedisce l'affievolimento del diritto e dunque la giurisdizione è del giudice ordinario, mentre nelle ipotesi di nullità di atti che incidono su interessi pretensivi (richiesta di concessione), non vi è dubbio che, non preesistendo il diritto, la giurisdizione sia del giudice amministrativo; quando c'è una pretesa nei confronti della pubblica amministrazione, la si-

¹⁵ In tal senso la dottrina dominante, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, ritiene che la figura ricorra nel caso dell'esercizio di funzioni essenziali e indifferibili, che per loro natura riguardino i terzi con efficacia immediata e diretta; con la conseguenza che i risultati favorevoli ai terzi vengono, così, imputati alla pubblica amministrazione, risultando irrilevante verso i terzi il rapporto tra quest'ultima e la persona fisica dell'organo che agisce (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in "Urb. e App." 2000, p. 428, TAR Latina 10 luglio 2000 n. 656, in "Foro amm." 2001, p. 146, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2003 n. 821 in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 marzo 2005, n. 992 in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 agosto 2008, n. 3915, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 21 novembre 2011, n. 1380, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 febbraio 2011, n. 402, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I 3 luglio 2012, n. 333, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, T.A.R. Molise, Sez. I, 7 dicembre 2012, n. 745, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2861, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

tuazione giuridica soggettiva è di interesse pretensivo¹⁶.

Acclarati i profili inerenti la giurisdizione, ne consegue, riguardo ai poteri decisori del giudice, che, pur se il vizio dell'atto emanato è definito quale nullità, la giurisdizione è del giudice preposto alla tutela degli interessi, dunque il GA, che può emettere sentenze dichiarative; la situazione soggettiva originaria può essere di interesse e la giurisdizione va determinata in base alla situazione sostanziale¹⁷.

Potrebbe ipotizzarsi che di fronte a casi di nullità dell'atto, il giudice amministrativo trattenga la giurisdizione convertendo il difetto di nullità in difetto di annullabilità¹⁸, dichiarati inammissi-

¹⁶ E' la situazione che in dottrina viene definita di legittimo affidamento.

¹⁷ Il nuovo Codice del Processo Amministrativo ha previsto, espressamente, l'azione di accertamento delle nullità all'art. 31 comma 4° e la diversificazione delle forme di tutela in restitutiva, costitutiva e risarcitoria, rispetto al vecchio processo di tipo impugnatorio.

¹⁸ Il rapporto tra indirizzo politico e competenze dei dirigenti è stato originariamente disciplinato dall'art. 3 comma 1 del D. Lgs. 29/93 ("privatizzazione del pubblico impiego") che riservava ai dirigenti l'adozione degli atti che impegnassero l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa; la norma aveva però dato adito ad una lettura restrittiva dell'autonomia dirigenziale, in quanto il verbo utilizzato dal legislatore ("gestire-impegnare"), investiva il dirigente di potere gestionale sui soli atti di carattere negoziale, non su quelli di natura autoritativa. Il problema è stato risolto dalla nuova formulazione dell'art. 3 (oggi art. 4 del D. Lgs. 165/01) a seguito del D. Lgs. 80/98, molto più netto nel chiarire che l'adozione di tutti gli atti, ivi compresi quelli di carattere pubblicistico, spetta ai dirigenti, con conseguente esclusione dalla sfera di competenza politica. Nello stesso senso per i dirigenti degli enti locali, e analogamente, per i responsabili di servizio nei comuni privi di figure dirigenziali, è intervenuto l'art. 107 comma 3 del D. Lgs. 267/00; ai poteri gestionali si affiancano poteri di adozione di atti puntuali e poteri di spesa, attraverso l'assegnazione ai singoli centri di responsabilità di precisi obiettivi di risultato e di un budget a valere sul bilancio previsionale. In tale contesto, i controlli interni e le responsabilità dirigenziali hanno la funzione di assicurare che l'attività dei dirigenti sia finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico e al raggiungimento degli obiettivi prefissati. In tema di responsabilità dirigenziale, importante è stato l'intervento riformatore del D. Lgs. 150/09 detto Riforma

bile il ricorso per difetto di giurisdizione o ritenga che, in base al principio civilistico di equiparazione delle fattispecie invalida a quella valida e il principio che la giurisdizione si realizza attraverso la *causa petendi*, l'effetto degradatorio c'è stato e quindi dichiarare la nullità del provvedimento disponendo il risarcimento del danno in concreto verificatosi ex art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Certamente la pronuncia in via dichiarativa su una causa di nullità è un modo nuovo, anomalo, forse, di procedere per il giudice amministrativo, ma potrebbe diventare necessario seguendo le nuove impostazioni legislative dettate dal Codice. Certo è che la logica tradizionale dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo e di condanna va oggi integrata con l'azione di accertamento della nullità che ha reso ammissibile la tutela restitutoria anche nei rapporti tra amministrazione e cittadino; quanto all'interesse ad agire, in applicazione dell'art. 100 codice di procedura civile, si evidenzia che hanno interesse sia tutti i cittadini che trarrebbero un vantaggio diretto dalla declaratoria di nullità, sia coloro che si vedrebbero lesi da un provvedimento dal quale derivano conseguenze sfavorevoli.

4. L'istituto della *prorogatio* delle funzioni ed interferenze con l'esercizio di fatto di funzioni pubbliche.

Fattispecie particolare discussa in dottrina, è quella del funzionario che opera in regime di *prorogatio*. In questo caso il soggetto è legittimamente preposto all'ufficio, ma continua a compiere atti anche dopo la scadenza del proprio mandato.

In un primo momento, si è sostenuta in dottrina la riconduzione del soggetto prorogato entro i confini della figura del funzionario di fatto, muovendo dalla parificazione tra la scadenza dell'atto di investitura e la sua assenza.

Tale impostazione è stata oggetto di necessaria rivisitazione, in conseguenza dell'intervento del DL 293/94, convertito in legge 444/94 che, all'art. 3, ha provveduto a legalizzare un periodo di proroga delle funzioni per quarantacinque giorni in capo al funzionario, decorsi i quali l'attività viene posta in essere in assenza di valida investitura.

Deve pertanto ritenersi esclusa l'assimilazione del funzionario prorogato al funzionario di fatto per detto periodo, in quanto, ricorrendo una proroga di diritto ex art. 3 citato, gli atti posti in essere, sebbene limitati alla ordinaria amministrazione, sono pienamente validi ed efficaci.

La riconduzione alla figura del funzionario di fatto può assumersi in relazione all'attività compiuta oltre il termine legale di proroga; decorsi i quarantacinque giorni dalla scadenza del mandato, gli atti posti in essere sono nulli per carenza di potere in astratto, mentre durante il regime di *prorogatio* gli atti posti in essere sono validi ed efficaci in forza del riconoscimento legislativo dell'istituto della proroga.

La *prorogatio*, pur non rientrando all'interno delle funzioni di fatto, è ugualmente espressione del principio di conservazione degli atti amministrativi; la finalità conservativa è la base giustificativa dell'istituto. Il soggetto prorogato dovrà attendere agli affari correnti, lasciando al successivo titolare le decisioni più complesse.

Per il funzionario di fatto invece il fondamento dell'operato va ricercato nei principi generali del legittimo affidamento e della continuità dell'azione amministrativa¹⁹.

5. Il regime giuridico degli atti adottati dai dirigenti degli enti locali in assenza di decreto sindacale di nomina.

L'art. 50 comma 10 del D. Lgs. 267/00 (TUEL) dispone che il Sindaco nomina i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuisce e definisce gli incarichi dirigenziali e quelli di collabora-

Brunetta. F. CARINGELLA in *Corso di Diritto Amministrativo* Tomo I, Milano.

¹⁹A. SANDULLI *Manuale di Diritto Amministrativo* ed. 1989, volume I, XV ed., p. 224 e segg., V. RAGONESI *Manuale di Diritto Amministrativo* Milano 2002, p. 32 ss., p. 312.

zione esterna, secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli artt. 109 e 110, nonché dallo Statuto e dal Regolamento comunale di Organizzazione.

Le funzioni e le responsabilità dirigenziali sono disciplinate dall'art. 107 TUEL che, in attuazione del principio generale della separazione tra attività di indirizzo politico e attività gestionale dei dirigenti e dei responsabili di servizio di cui alla riforma della legge del pubblico impiego, disciplina le attribuzioni dirigenziali improntandole ad una forte responsabilità di risultato (18); tra le principali attribuzioni dirigenziali, di cui all'art. 107 TUEL e al regolamento di organizzazione e di contabilità comunale, ricordiamo gli atti di gestione finanziaria, compresa l'assunzione degli impegni di spesa, gli atti di amministrazione e gestione del personale, i pareri di regolarità tecnica e contabile su tutti gli atti deliberativi da sottoporre a Giunta e Consiglio, dunque atti e provvedimenti essenziali per la continuità dell'azione amministrativa dell'Ente, che assicurano quotidianamente all'interno di un comune l'attuazione dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di sussidiarietà.

L'attribuzione in capo ai suddetti agenti del potere di adottare provvedimenti amministrativi nella logica della separazione tra indirizzo e gestione, coniugandosi con il dogma della risarcibilità dell'interesse legittimo dopo la sentenza n. 500/99 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, fa sì che il dirigente sia, in presenza dei relativi presupposti, il soggetto naturalmente responsabile dei danni cagionati dall'attività amministrativa illegittima, nei cui confronti, pertanto, potrà agire direttamente la persona lesa o, in rivalsa, l'amministrazione di appartenenza che abbia risarcito il danno.

In attuazione del meccanismo di decadenza automatica degli incarichi apicali di vertice, ovvero dello *spoils system* introdotto dalla " legge Frattini" (legge 145/2002), si pone la disciplina della figura del Segretario Comunale, che viene nominato dal Sindaco ex art. 97 TUEL e la cui nomina ha una durata corrispondente al man-

dato sindacale, salvo conferma espressa o tacita (decorso centoventi giorni dalla data di insediamento della nuova amministrazione) o revoca per violazione dei doveri d'ufficio o per revoca concordata, approvata dalla Giunta e dalla ex Agenzia dei Segretari Comunali oggi Prefettura.

Interessante in questo ambito è, dunque, approfondire la specifica fattispecie che si verifica negli enti locali all'esito di elezioni amministrative comunali, con particolare riferimento al caso di assenza di conferimento delle nomine dei dirigenti o dei responsabili di servizio, a seguito di elezione di un nuovo sindaco; numerose sono le ipotesi in cui, la mancata tempestività delle nuove nomine dirigenziali, comporta due conseguenze interessanti da analizzare: per un verso i pregiudizi per le aspettative del personale interessato in termini di retribuzione di risultato; per l'altro, il regime giuridico degli atti adottati medio-tempore dai dirigenti stessi che, in assenza di decreto di nomina (sia in caso di conferma e rinnovo, che di nuova nomina), continuano ad esercitare le proprie funzioni attribuite dal sindaco cessato, percependo regolarmente la retribuzione di posizione.

Orbene, con riferimento al secondo aspetto sopra delineato, relativo all'organo "scaduto", che continua, di fatto, ad esercitare i suoi poteri fino alla conferma o alla nomina del proprio successore, due sono, allo stato dell'arte, le opzioni ermeneutiche avanzate: una prima opinione restrittiva²⁰, secondo la quale non può qualificarsi in termini di "funzione di fatto" l'attività esercitata dal titolare di un ufficio, in quanto il funzionario che continua a svolgere le proprie mansioni dopo la scadenza del proprio atto di nomina, appare titolare di una investitura legittima e priva di vizi; pertanto, in ipotesi di *prorogatio*, sussiste un obbligo giuridico del titolare di attendere ai compiti attinenti l'ufficio durante il periodo di proroga; decorso i quarantacin-

²⁰ VITTA, "Il funzionario di fatto" riv. Dir. Pubbl. 1923, VA-CIRCA, Enc. Giur. XIV Roma 1989.

que giorni di *prorogatio*, gli atti adottati sono nulli e, dunque, ciò dimostra come l'investitura conserva piena validità ed efficacia e non è inquadrabile all'interno della categoria delle funzioni di fatto. Altra tesi, (20) che interpreta la figura del funzionario di fatto in termini più ampi, ritiene che l'operatività del funzionario di fatto ricomprenderebbe l'ipotesi dell'organo scaduto, che continua di fatto ad esercitare i propri poteri, fino alla nomina del successore o alla conferma; l'espletamento di funzioni essenziali ed indifferibili, che comportano effetti favorevoli nella sfera giuridica dei destinatari, rende l'atto emanato dall'agente apparente imputabile alla pubblica amministrazione, con conseguente applicazione del principio della invalidità ad effetto viziante e non caducante. Tale impostazione estensiva comporta un maggior rilievo al principio di conservazione degli atti, in quanto esso è operativo in una serie più ampia di ipotesi.

La *prorogatio*, ancorchè non sia da collocare all'interno delle funzioni di fatto, ed in tal senso la Corte Costituzionale con la sentenza 208/1992 ha ribadito il principio della riserva di legge in materia e l'eccezionalità dell'istituto, è ugualmente espressione del principio di conservazione degli atti amministrativi²¹; pertanto, il funzionario in regime di *prorogatio* è tenuto ad ottemperare agli affari correnti riguardanti l'attività dell'ufficio, lasciando al successivo titolare le questioni che richiedono maggior ponderazione.

Si è già detto che l'art. 21 *septies*, oltre a comminare la nullità dell'atto privo dei suoi elementi essenziali, viziato da difetto assoluto di attribuzione ovvero adottato in violazione del giudicato, contiene, altresì, un rinvio generale agli altri casi di nullità previsti dalla legge; una delle ipotesi di nullità testuale più importanti riguarda appunto la previsione di cui all'art. 3 e all'art. 6 della legge 444/1994. La prima norma commina

la nullità per gli atti adottati durante il periodo di *prorogatio*, ma che non rientrano tra gli atti di straordinaria amministrazione, né siano caratterizzati da indifferibilità e urgenza; la seconda, colpisce tutti gli atti (anche straordinari o urgenti) adottati dagli organi decaduti quando sia decorso il termine massimo di quarantacinque giorni; il dirigente comunale, pertanto, che continua ad esercitare le proprie funzioni durante il periodo di *prorogatio* e nelle more del riassetto organizzativo da parte della nuova amministrazione, emette atti validi ed efficaci; decorsi i quarantacinque giorni e persistendo la mancanza di nomina, gli atti saranno da ritenere nulli.

Parte della dottrina²² osserva che, considerato che la terminologia usata dal legislatore non è, *ex sé*, vincolante per l'interprete, anche dopo la riforma il giudice potrà sottoporre ogni previsione di nullità testuale al giudizio di ragionevolezza, dovendo verificare se una regola eccezionale, quale la nullità del provvedimento, trovi una ragione giustificatrice tale da rendere ammissibile la deroga al regime generale dell'annullabilità; dunque occorre verificare se la previsione testuale di nullità garantisca uno specifico valore giuridico, che abbia, nel caso concreto, forza superiore a quello di stabilità e di certezza dei rapporti e dei valori giuridici.

Diversa è la fattispecie relativa alla mancata conferma del Segretario Comunale titolare di sede, a seguito di elezioni amministrative; mentre gli atti adottati dal dirigente in *prorogatio* sono validi ed efficaci per quarantacinque giorni, comminando la legge la nullità testuale decorso tale termine, gli atti adottati dal Segretario restano validi ed efficaci anche in caso di decorso del suddetto termine senza provvedimento sindacale espresso di conferma; infatti in tal caso il legislatore dispone che, decorsi centoventi giorni dall'insediamento dell'amministrazione, il Segretario sia da intendersi implicitamente confermato qualora il sindaco non abbia avvia-

²¹ In tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 14 febbraio 1967 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 maggio 1968, n. 303, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²² F. CARINGELLA, in *Corso di Diritto Amministrativo*, Tomo II.

to e concluso la procedura di pubblicazione della sede²³, conservando la validità degli atti adottati medio tempore. Qualora il Sindaco provveda, invece, ad individuare un nuovo Segretario Comunale non prima di sessanta giorni e non oltre i centoventi dall'insediamento, gli atti adottati dal predecessore sono validi e efficaci, non comminando la legge alcuna sanzione di nullità testuale.

6. Le problematiche inerenti il riconoscimento retributivo per l'attività prestata dal dirigente comunale in assenza di nomina

Infine, resta da analizzare il particolare aspetto del riconoscimento retributivo per l'attività di fatto prestata dal dirigente comunale in assenza di conferimento delle funzioni. Uno degli aspetti salienti della riforma del pubblico impiego del 1993, è stato quello di prevedere una significativa modifica del modello retributivo del personale di livello dirigenziale o equiparato (i responsabili di servizio nei piccoli enti), ancorando una parte della retribuzione al raggiungimento di specifici risultati connessi all'attività svolta. Non si tratta di un elemento retributivo fisso, ma di una voce variabile che, in base alle previsioni e secondo le modalità previste dalla contrattazione decentrata, viene riconosciuta nei limiti nei quali il dirigente, nell'ambito dello svolgimento dei compiti che gli sono affidati, abbia raggiunto gli obiettivi che gli sono stati assegnati dall'amministrazione di appartenenza. L'art. 147 del decreto legislativo n. 267/00, così come sostituito dalla legge n. 213/2012, prevede che ciascun ente, nell'ambito della sua autonomia, disciplini i controlli interni, fra i quali è specificamente prevista la valutazione delle prestazioni del personale con qualifica dirigenziale; questo meccanismo implica che gli obiettivi, le modalità di valutazione e l'entità della voce retributiva di risultato siano stabiliti

prima dello svolgimento dell'attività oggetto di verifica.

Orbene, la mancata assegnazione di obiettivi specifici e addirittura la ritardata conferma o assegnazione della titolarità di posizione organizzativa o della dirigenza, comporta, pertanto, l'incongruità di una eventuale corresponsione della retribuzione di risultato; qualora invece, pur in assenza di conferimento delle funzioni a seguito di elezioni amministrative, nel corso dell'esercizio finanziario siano state assegnate le risorse mediante approvazione del PEG (piano esecutivo di gestione, recante per ciascun capitolo e stanziamento contabile un obiettivo specifico) ai dirigenti pro-tempore individuati con decreto di nomina dal precedente sindaco, la Corte dei Conti ha ritenuto in sede di controllo che, qualora i dirigenti continuino nel periodo di "vacatio" della formale investitura ad esercitare le funzioni di responsabilità precedentemente loro affidate dal sindaco uscente, sia possibile per l'organismo indipendente di valutazione procedere alla stima dei risultati raggiunti, assegnando la relativa retribuzione di risultato almeno nella misura minima del dieci per cento della retribuzione di posizione in godimento²⁴.

²³ L'art. 99 Tuel dispone la conferma implicita del segretario comunale.

²⁴ Parere Sez. Regionale Corte dei Conti Lombardia 63/2008 e parere Sez. Piemonte Corte dei Conti 41/2009.