

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELLA CAMPANIA

RICORSO

Per: MARUCCI Luigi, nato a Isernia il 25.11.1942 (CF. MRCLGU42625E335V), Presidente Nazionale e legale rappresentante pro tempore dell'O.S.Po.L. (Organizzazione Sindacale delle Polizie Locali) con sede in Roma, Viale Trastevere, n.66 Sig. Giuseppe MORA (CF MRRGPP58R24F839Z) Coordinatore Responsabile di O.S.Po.L. CSA, rapp.ti e difesi dall'Avv. Nicola COCO (CF. CCONCL48M15H501M) con Studio in Roma, Via Treviso n.31, 00161, nonché dall'Avv. Ignazio ARDIZIO (CP. RDZGNZ74TC129Q), con Studio in Napoli, Via Sedile di Porto, n.9, 80100, presso il quale eleggono domicilio ai fini del presente Ricorso

Contro: Comune di Capri in persona dell'on. Sindaco pro tempore **Ciro Lembo**, P.za Umberto I, n. 9, Capri (NA), 80073

e contro: Dott.ssa Marica Avellino, Comandante pro tempore del Corpo della Polizia Municipale del Comune di Capri c/o sede Comando, P.za Umberto I, n.9 Capri (NA), 80073

PER L'ANNULLAMENTO

del **Decreto sindacale n. 53** emesso in data 30 novembre 2010 (Prot. n.19887) con il quale é stato conferito l'incarico di Responsabile dell'Ufficio di Polizia Municipale del medesimo Comune, pubblicato in pari data, nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali e, in particolare della **Deliberazione della Giunta Comunale n.368** del 6 ottobre 2010 avente ad oggetto "Direttiva alla Segreteria Generale di pubblicazione avviso

Deleghiamo a rappresentarci nel presente giudizio l'Avv. Nicola COCO con studio in Roma Via Treviso n.31, e l'Avv. Ignazio ARDIZIO, con studio in Napoli Via Sedile di Porto n.9, presso il quale eleggiamo domicilio conferendo agli stessi ogni ampia facoltà di legge, comprese quelle di richiamare in causa terzi, conciliare, transigere, quietanzare, incassare, rinunciare agli atti del giudizio ed accettare la rinuncia, chiamare terzi in causa, nominare, sostituire a sé e revocare altri procuratori, nonché la facoltà di cui al D. Lgs n. 196/2003. Con promessa rato e valido.

Firma

Sig. Luigi Marucci

Sig. Giuseppe Morra

Sono autentiche

Avv. Nicola COCO

Avv. Ignazio ARDIZIO

per la copertura a tempo determinato del posto di Comandante della Polizia Locale e di modifica della Deliberazione di Giunta comunale n.55/2010 ad oggetto: *‘Atto di indirizzo alla Segreteria Generale ed all'Ufficio Personale per indizione concorso per Comandante della Polizia Locale’*”

FATTO

In data 16 febbraio 2010, la Giunta comunale emanava un Atto di indirizzo concernente l’indizione di concorso pubblico per la nomina di un nuovo Comandante della Polizia Locale (*rectius*: Comandante del Corpo di Polizia Municipale) del Comune di Capri considerato il raggiungimento del limite d’età del precedente titolare, Maggiore Nicola Palma. Con la medesima deliberazione, inoltre, la Giunta, in accoglimento dell’istanza presentata in data 15 maggio 2009 (prot. n. 7945) dal succitato Comandante, ne stabiliva il trattamento in servizio per l’ulteriore durata di mesi sei dal compimento del 65° anno, in applicazione dell’art. 72 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella L. 6 agosto 2008, n. 133.

Pertanto, riscontrata la regolarità della richiesta del Palma e disposta la proroga in oggetto, la Giunta conferiva mandato ai competenti uffici amministrativi di procedere alla predisposizione del bando - ribadendone formalmente la natura giuridica di **concorso pubblico** per titoli ed esami - avviando le relative procedure al fine di *"pervenire alla copertura del posto sin dal giorno successivo al collocamento in quiescenza dell'attuale titolare e, nello specifico, dal primo dicembre 2010"*.

La stessa delibera, dunque, diveniva esecutiva il 16 febbraio 2010 e le procedure concorsuali si articolavano ritualmente, tant’è che, in conformità ai termini prescritti, pervenivano al Comune numerose domande di altrettanti

candidati, ivi compresi alcuni funzionari con qualifica direttiva già appartenenti al Corpo della polizia locale di Capri.

Tuttavia, nelle more delle varie fasi concorsuali - probabilmente, neppure iniziate mediante lo scrutinio preliminare dei titoli presentati - inopinatamente la Giunta emetteva una Direttiva, egualmente indirizzata alla Segreteria Generale, inerente la "pubblicazione di avviso per la copertura **a tempo determinato** del posto di Comandante della polizia locale **e di modifica** della deliberazione di Giunta comunale n. 55/2010 ad oggetto: '*Atto di indirizzo alla Segreteria generale ed all'Ufficio personale per indizione concorso per Comandante della Polizia locale*'" (Delibera n. 368 del 6 ottobre 2010). In sintesi, la nuova statuizione **sostituiva** il già formalizzato (e, almeno, teoricamente, prossimo a conclusione) concorso pubblico a titoli ed esami varato **ben otto mesi prima**, malgrado la carenza di particolari cause emergenziali, d'urgenza, ovvero sopraggiunte, adeguate a giustificare un simile mutamento di prospettiva (e di regole!), trasformandolo nella stipula di un contratto a tempo determinato, a base esclusivamente fiduciaria e, quindi, imperniato sul criterio dell'*intuitu personae*.

Di lì a breve, anche per il maturare di una larga contestazione insorta fra alcuni appartenenti al Corpo, ritenutisi defraudati delle loro prerogative istituzionali nonché delle legittime aspettative di candidati al pregresso concorso pubblico, numerosi organi di stampa segnalavano la estrema singolarità del "caso dei Vigili di Capri", soprattutto in relazione al diffondersi di "voci" annunzianti la predeterminazione della scelta nominativa del fiduciario/a individuato/a come portatore/trice di quegli'elevati requisiti, soggettivi ed oggettivi, ritenuti indispensabili all'esercizio di funzioni complesse quali il comando di

un corpo di polizia, seppur locale. Tali "voci", che identificavano nella dott.ssa Marica Avellino la beneficiaria della "selezione" operata dall'Amministrazione comunale, con buon anticipo rispetto alla pubblicazione ufficiale della designazione, tanto da suscitare notevoli riserve circa l'obiettività, la correttezza e la trasparenza dell'intera operazione programmata e gestita dal Comune.

Ad acuire i fin troppi dubbi di illegittimità sollevati a livello mediatico, intervenivano anche le espressioni motivate del provvedimento, contenute nel testo del Decreto del Sindaco e riportate, alla lettera, dai vari quotidiani.

Infatti costui, nel tentativo di rafforzare le ragioni, piuttosto vaghe e laconiche, addotte dalla Giunta a sostegno della delibera "modificativa" del precedente bando di concorso, vi asseriva che la preferenza accordata all'incarico a tempo determinato corrispondeva (o avrebbe corrisposto) alla volontà di "*sperimentare soluzioni di rapporto di lavoro a termine proprio per la verifica dell'idoneità all'espletamento di una funzione di estrema delicatezza non sempre accertabile attraverso il possesso dei requisiti esclusivamente tecnici*".

Orbene, a prescindere che una siffatta "*sperimentazione*", per essere tale, poco si attagliava a quella stessa complessità del ruolo di Comandante della polizia locale evidenziata nel Decreto potendosi, più congruamente, attuare in relazione a compiti e funzioni meno impegnative in sede di "collaudo", il dato di maggiore criticità che si ricavava dalla proposizione era costituito dalla implicita, ma assai chiara presunzione della **inidoneità** a svolgere le suddette mansioni da parte di quanti possedessero "*requisiti esclusivamente tecnici*". La qualcosa - da assumere nelle giuste proporzioni di una interpretazione au-

tentica della fattispecie - denunciava tre gravi implicazioni: a) la stigmatizzazione (manieristica) del “tecnicismo”, rispetto ad altri non meglio precisati referenti, (psicologici, esistenziali, etici o teoretici ?) e, comunque, non contemplati nelle normali tabelle e procedure concorsuali, che sottintendeva lo scopo di rendere uniche ed eccezionali, ovvero extra/metagiuridiche, le qualità che si pretendevano dalla persona prescelta; b) la contestuale e conseguenziale bocciatura dei candidati, pur dotati di elevata preparazione professionale (la locuzione “*tecnica*” ricomprende, nel comune linguaggio, la formazione, sia teorica, che pratica), fossero sprovvisti delle “doti” astrattamente idealizzate dal Sindaco e dalla Giunta, che penalizzava propriamente il gruppo dei funzionari del Corpo che avevano partecipato al concorso, azzerandone aprioristicamente i curricula; c) diversamente da quanto lasciato intendere, l’esame (magari, ufficioso e formalmente non eseguito) delle posizioni relative ai migliori aspiranti al posto di Comandante pareva, in realtà, essere stato effettuato seppur con modalità inverse rispetto alla criteriologia valutativa ordinaria, ovvero al fine di individuare caratteristiche e qualità svincolate dalle tipologie di requisiti vantati da costoro e, in un senso o nell’altro, erette ad un rango superiore a queste ultime.

In definitiva, e lungi dal colmare le lacune motivate in cui era incorsa la Giunta, le affermazioni del Sindaco (che taluno qualificava come "surreali") apparivano vieppiù speciose, alla stregua di un tentativo postumo di autoconvalidazione (ed autolegittimazione) di provvedimenti ritenuti, evidentemente, privi di credibilità e consistenza giuridica da parte dei loro medesimi artefici .

Non di meno, in occasione ed a seguito della proclamazione dello stato di agitazione del personale del Corpo di polizia locale, esitato nell’incontro tra le

parti, su nota prefettizia n. 86601 del 3 dicembre 2010, tenutosi il giorno 10.12.2010, il Sindaco non offriva alcun margine di trattativa in ordine all'oggetto della vertenza, ribadendo il "concetto" già espresso nel Decreto, ossia che "*...proprio per l'importanza e la delicatezza della funzione non si è proceduto a soluzioni definitive*" e limitandosi a richiamare la "garanzai" della verifica semestrale, peraltro obbligatoria, cui sarà sottoposto l'operato dell'attuale titolare dell'incarico.

DIRITTO

A) VIZI DEL PROVVEDIMENTO PRESUPPOSTO (DELIBERA DI GIUNTA N. 368/2010)

1) Illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 40, comma 6, D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Eccesso di potere per falsi ed erronei presupposti di diritto e di fatto.

La fattispecie in esame si inquadra necessariamente nell'ambito delle recenti innovazioni introdotte, per quanto riguarda specificamente la tematica della dirigenza a contratto, dalla Legge delega del 4 marzo 2009, n. 15 e, ancor più incisivamente, dal D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, entrambi rubricati convenzionalmente come "riforma Brunetta".

Tali interventi legislativi, in ossequio ai principi generali "**in materia di ottimizzazione della produttività dei lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni**" hanno prodotto, indubbiamente, un restringimento degli spazi goduti in precedenza dagli organi statali e locali per quanto attenesse al conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni l'amministrazioni stesse, che aveva contraddistinto il percorso e la criteriologia normativi dall'entrata in vigore della L. 142/90 e dal lungo processo di tra-

sformazione dei rapporti giuridici del pubblico impiego culminato con la promulgazione del D. Lgs. 29/93, ovvero con la successiva Legge n. 59/97.

D'altronde, che il sistema introdotto dalle suindicate fonti si prestasse a pericoli di derive, tanto incidenti sulla spesa pubblica, quanto compromissive di beni costituzionalmente protetti, é testimoniato da una folta sequela di "allarmi" lanciati, anche e soprattutto, dalla giurisprudenza di merito. Valga, per citare uno degli esempi più significativi, il testo della nota Ordinanza TAR Lazio del 19 luglio 2000 con la quale, previa rigorosa critica mossa alle vigenti modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali generali (il c.d. "*spoil system*"), rilevava come esse fossero "suscettibili di violare i principi di imparzialità e buon andamento della/e amministrazione/i". Infatti, argomentava il Giudice amministrativo, "*Un regime della dirigenza eccessivamente orientato verso rapporti di ufficio costituiti su base fiduciaria rischia di essere assoggettato al gradimento del vertice politico dell'amministrazione, sì da ledere il principio di legalità dell'azione amministrativa, valore costituzionale imprescindibile*".

Da questa prospettiva, la "riforma Brunetta" rappresenta (o dovrebbe rappresentare) una sorta di inversione di tendenza, fondata su due obiettivi essenziali: rendere maggiormente vincolanti o, tout court, ostativi i presupposti atti a consentire tali conferimenti ai privati e tornare a privilegiare l'assunzione degli incarichi dirigenziali da parte di quanti siano incardinati, da tempo, nei corrispondenti ruoli della struttura i cui vertici si rendano vacanti.

In buona sostanza, il modello negoziale dell'*intuitu personae* che, grazie alla piena e conforme riproduzione dello schema contrattuale civilistico "puro" non conosceva, teoricamente e praticamente, limiti che non fossero quelli po-

sti dal contraente “forte”, traducendosi, poi, nel contesto amministrativistico, in una dilatazione, talora abnorme, della discrezionalità esercitata dall’organo pubblico, ne esce pesantemente ridimensionato e, per l’effetto, di difficile applicabilità.

“Chiave” del nuovo assetto é (é. non poteva essere altrimenti) la **desoggettivazione** dei requisiti utili alla opzione fiduciaria promossa dalla apposizione di una clausola di chiusura fungente da condizione dirimente, in quanto riferita a fattori circostanziali ed oggettivi assolutamente indipendenti dalle dotazione curricolare dell’aspirante esterno che, con tale accorgimento, perde “a monte” la sua centralità, segnatamente in ordine alla preesistente egemonia della discrezionalità valutativa attribuita al sindacato della P.A..

Tale clausola, nell’attuale testo dell’art. 19, sesto comma, del D. Lgs. 165/01 novellato dall’art. 40 primo comma, lettera e), D. Lgs. 150/09, si identifica ovviamente, al punto 1), con la **subordinazione** del conferimento delle varie tipologie di incarichi dirigenziali, elencate nei primi cinque commi della medesima disposizione, alla inesistenza o, meglio, alla “**non rinvenibilità**” della “particolare” (ed ora, anche **comprovata**) “qualificazione professionale”, pretesa per soggetti esterni, “*nei ruoli dell’Amministrazione*”.

Ne discende, perciò, che ove tale qualificazione possa essere riscontrata **entro** la struttura pubblica, l’opzione contrattuale non soltanto resta inibita alla volontà dell’organo ma ogni diversa determinazione assume palesi caratteri di illegittimità o, finanche, di anti giuridicità.

Peraltro, l’aver aggiunto, da parte del Legislatore, l’aggettivo “*comprovata*” alla preesistente locuzione della “particolare” qualificazione professionale di cui al testo originario della disposizione, si compendia alla formulazione delle

altre due innovazioni contenute al punto 2) del comma 1, lettera e, D. Lg 150/09 dove la previgente particella disgiuntiva “o” (“*persone... che abbiano svolto attività in organismi ed enti...che abbiano conseguito una particolare specializzazione...della formazione universitaria e postuniversitaria...o da concrete esperienze di lavoro*”) viene sostituita dalla congiunzione “e” per cui i requisiti teorici, sebbene di elevato o elevatissimo valore debbono necessariamente concorrere con l’esperienza pratica, sequenziata, maturata e documentata per almeno un quinquennio.

L’ultimo (in ordine di trattazione, ma non certo di rilevanza) dato innovativo della norma é, poi, costituito dalla **esplicita motivazione** della scelta, qualora risulti praticabile per le ragioni suesposte, del professionista esterno che é rivolta esclusivamente ai responsabili dell’azione amministrativa, rafforzandosi, così, la sottoposizione di costoro all’obbligo generale di motivare il provvedimento eliminando o, comunque, arginando le fluttuazioni dei parametri valutativi a seconda dei tempi, luoghi e interessi.

Nella produzione giurisprudenziale più recente, la Corte dei Conti (Sez. centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato - Deliberazione n. SCCLEG/18/2010/PREV) si é distinta per un’applicazione “da manuale” del principio contenuto nella prefata disposizione circa la propedeutica verifica di rinvenibilità della richiesta qualificazione professionale all’interno dei ruoli dell’Amministrazione, cassando (piuttosto impietosamente, in verità) - mediante rifiuto del visto e della conseguente registrazione - un provvedimento del Dirigente generale per il paesaggio, le belle arti, l’architettura e l’arte contemporanea (Decreto 14 giugno 2010), che aveva conferito un incarico di dirigenza non-generale ad una, peraltro, nota

personalità della cultura, autore di numerosi volumi in materia di storia dell'arte, nonché molto noto al pubblico televisivo.

Nell'occasione, la Corte si è attenuta rigorosamente al precetto di legge, denunciando l'ingiustificata interruzione della procedura incentrata sui requisiti dei dirigenti interni, inizialmente avviata dal Ministero ai sensi del quinto comma dell'art. 19 cit., ed il passaggio **immotivato** a quella di cui al successivo comma 6, aggiungendovi un'ulteriore precisazione: l'irrilevanza del tentativo, da parte dell'Amministrazione, di "conciliare" gli obiettivi e le modalità posti da due rispettive disposizioni (comma 5 e comma 6) attraverso l'espedito di operare un giudizio comparativo "misto" dei candidati interni ed esterni assieme.

Al riguardo, il Giudice contabile ha sottolineato come la norma *"imponga esclusivamente che la 'comparazione' debba avvenire tra i candidati interni che abbiano fatto domanda e che, dunque, la scelta ricada nell'ambito degli stessi, sempre che siano in possesso, come nel caso in esame, della specifica professionalità"* elidendo, così, categoricamente, qualsivoglia compromesso interpretativo con una statuizione che, assai probabilmente, non mancherà di incidere, anche in futuro, su tentativi più o meno analoghi.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, la Consulta, notoriamente investita, pochi mesi or sono, della questione sollevata da tre Regioni circa la presunta illegittimità dell'art. 40, primo comma, lettera f), in riferimento all'art. 117 Cost. ne ha respinto tutti i ricorsi asseverando la competenza della legge statale, in tema di ordinamento civile (e non di organizzazione dei servizi) nel quale rientrano, l'assetto privatistico dei contratti a termine, nonché,

ratione materiae, la disciplina dettata dalle stesse disposizioni del D. Lgs. 150/09 (Corte cost., sent. 3 novembre 2010, n. 324).

E, se é pur vero che il nucleo della novellazione del previgente art. 19, D. Lgs. 165/01, ossia la reimpostazione dei criteri per il conferimento di incarichi dirigenziali, é appena “sfiorato” dalla pronuncia della Corte, (paragrafo 2), i suoi effetti non mancano di riverberarsi, risolvendolo definitivamente, sul controverso rapporto intercorrente fra il predetto art. 19 e le disposizioni di cui all’art. 110, D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali).

Al riguardo, é opportuno ricordare come quest’ultima norma (“*Incarichi a contratto*”) - che assorbe in sé la *ratio* ed i contenuti dell’art. 51, L. 142/90 e dell’art. 6, L. 127/97 - sia stata visualizzata (e continui a rappresentarsi) come la “madre” della prassi dello *spoil system*, nelle sue applicazioni, migliori o peggiori che fossero, stante l'ampiezza, la completezza e la meticolosità delle previsioni ivi contenute.

Ne consegue che quanti difendono la conservazione di quella prassi e della discrezionalità "selettiva" da essa consentita, attualmente "minacciate" dalla riforma in discorso, tendano ad enfatizzare la supremazia dell'art. 110 TUEL, considerandolo una sorta di enclave autonoma e protetta dalle ingerenze delle mutazioni così prodottesi nella parallela, ma separata, fonte del D. Lgs. 165/01 Tuttavia, come si ricava anche dalle prime, embrionali ricostruzioni sistematiche della dottrina, all’indomani della statuizione della Consulta, l’operatività di quella norma é divenuta tutt’altro che pacifica, segnatamente per quel che attiene i primi due commi del succitato art. 110.

Infatti, come osservato da alcuni autori (v. L.Oliveri: "*Dirigenza a contratto e riforma Brunetta: costituzionale l'estensione agli enti locali dell'art. 19, comma 6, del D.Lgs. 165/2001*", 'La Settimana degli Enti locali', 17.11.10) i contenuti della disposizione, oggi novellata e restituita al suo pieno vigore dalla sentenza costituzionale, "*non possono non sovrapporsi*" a quelli del prefato art. 110, sia perché la sollevata questione della costituzionalità ha avuto, quale effetto di ricaduta, la surriferita affermazione di competenza statale esclusiva su prerogative che potevano ancora considerarsi di incerta natura (nella specie della competenza residuale attribuita a Regioni ed EE.LL.), sia in ossequio al fondamentale principio della successione delle leggi nel tempo, per cui il TUEL risulta comunque antecedente (e "perdente") rispetto alle datazioni caratterizzanti il D. Lgs. 165/01 e le sue successive modifiche. Ciò premesso, deve rilevarsi che, propriamente quest'ultimo profilo della problematica fin qui riferita, costituisce uno dei fattori più critici della Deliberazione n. 368/10 della Giunta comunale di Capri, poiché, anche *ictu oculi* emerge come evidenza che essa resti esclusivamente imperniata sulla reiterazione applicativa dell'art. 110 TUEL, anziché armonizzarsi alle attuali linee-guida dell'art. 19 cit.

Militano a favore di codesta interpretabilità, tanto la testualità del provvedimento - che dimostra di prescindere totalmente dai parametri e dalle innovazioni introdotte dalla L. 152/09 - quanto alcuni dettagli, apparentemente neutrali ma, in realtà, assai sintomatici. Così, ad esempio, mentre la precedente delibera n. 55 riportava, nell'elenco delle fonti di riferimento, una generica menzione ("*Visto il...*") del D. Lgs. 267/2000, quella in esame si premunisce di specificare le singole disposizioni ("*Visti gli...*") della medesima fonte,

ossia gli artt. 50, 109 e 110 del TUEL, con il sotteso intento di "blindare" la priorità conferitavi rispetto al (genericissimo) richiamo del D. Lgs, 150/09 e dello stesso D. Lgs. 165/01, entrambi privi di indicazione degli articoli applicati, ovvero, nel caso di specie, rimarchevolmente ignorati. Ma la riprova più plateale di simili escogitazioni formalistiche si coglie nel Decreto sindacale, che dedica un intero periodo (il quinto) ad avvalorare l'unicità identificativa della fonte di legge, recitando: "*Considerato che la individuazione del soggetto cui conferire l'incarico va operata secondo quanto previsto dall'art. 110 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267*,ecc." Come, peraltro, già accennato e come potrà constatarsi in prosieguo, il Decreto che sancisce la nomina della dott.ssa Avellino si caratterizza per lo sforzo fornire un alibi alla delibera di Giunta, fors'anche nella consapevolezza del livello rischioso che i vizi dell'atto presupposto possano provocare a danno della complessiva procedura e del suo (scontato) esito.

In realtà, la cautela (retrospettiva) manifestata con tale proposizione sembra sortire effetti opposti dato che, con essa, la censurabilità della erronea e falsa applicazione dei presupposti di diritto riceve la convalida da parte dello stesso Capo del Comune.

Per quanto concerne la violazione di legge inerente l'art. 40, sesto comma, del D. Lgs. 150/09 - malgrado il suo essere stato annoverato tra le fonti di riferimento della delibera n. 368/10, magari solo "*ad pompam*" - non residuano dubbi circa la preordinazione di una condotta omissiva la cui intensità non manca di suscitare inquietudine, soprattutto in ordine alla disinvoltura con la quale si é inteso pretermettere l'obbligo della preventiva verifica di rivenibilità dei requisiti di idoneità al conferimento dell'incarico dirigenziale tra le sog-

gettività munite delle relative qualifiche. Va, infatti, considerato che, già all'epoca del primo bando, il Corpo della polizia locale, del Comune di Capri vantava la presenza di **ben tre direttivi e specialisti di vigilanza** con posizione, rispettivamente, **D4, L5 e D6**, nonché con il grado di **tenente**, posto il mantenimento, per il personale appartenente ai Corpi e servizi di P.L., disciplinato dalla L. 7 marzo 1986, n. 65, dell'ordinamento di struttura militarizzata, seppur limitatamente ad alcuni aspetti come quello dell'assetto gerarchico, del dovere di obbedienza, ecc.

La violazione del disposto di cui all'art. 40, primo comma, lettera e) D. Lgs. 150/09 e, molti altri aspetti della complessiva vicenda in esame, inducono a ritrovarvi forti analogie (se non vere identità) con il caso trattato dalla Corte dei Conti di cui si é precedentemente accennato.

In particolare, deve osservarsi come, anche in quella occasione e prima ancora di derogare agli obblighi di verifica delle professionalità interne all'ufficio, l'Amministrazione competente avesse regolarmente intrapreso la procedura in oggetto, ai sensi del quinto comma dell'art. 19 cit., "abbandonandola" poi, "**senza alcuna motivazione**", secondo quanto rilevato dalla Corte la quale non ha certamente mancato di stigmatizzare tale *modus procedendi* che determina un vizio tipico del provvedimento amministrativo, inficiandone le fondamenta.

2) Eccesso di potere per assoluta carenza, illogicità e contraddittorietà della motivazione. Violazione dell'art. 19, quinto comma, D. Lgs. 165/01
Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

La delibera n. 368/10 articola la sua motivazione in due parti, successivamente a note di preambolo concernenti il collocamento a riposo del Comandante

Palma ed il pregresso bando di concorso pubblico, riportandone gli estremi. La prima parte, recita testualmente: "*...dopo attenta valutazione, si appalesa opportuno assicurare l'espletamento delle predette funzioni, **estremamente importanti** qui a Capri, mediante l'affidamento a persona idonea, capace, e **estremamente equilibrata** nella ponderazione degli affari di competenza con contratto a tempo determinato prima di una soluzione a lungo termine*".

Nella seconda parte, poi, la Giunta afferma di aver "*Ritenuto di dover modificare il proprio atto di indirizzo iniziale nel senso di procedere alla copertura del posto che si renderà vacante dal primo dicembre prossimo, mediante stipula di un contratto a tempo determinato*"

In via preliminare, *absit injuria verbis*, il "profilo professionale" quivi tracciato sembra identificare una figura pseudodirigenziale dissimile, ovvero diametralmente opposta a quella destinata a svolgere le funzioni (supreme) di comando di una struttura complessa con poteri di polizia giudiziaria e pubblica sicurezza, ovvero esercitante poteri di prevenzione e repressione dei reati, di irrogazione di sanzioni pecuniarie, di fermo e arresto di persone, di sequestro di beni mobili e immobili, ecc., per di più **delegati dallo Stato** ai sensi dell'art. 5 della L. 65/86, dell'art. 57 del Codice di procedura penale, del Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, nonché dei più recenti "Pacchetti" innovativi dell'art. 54, TUEL, in materia di sicurezza urbana.

Del resto, una cotale percezione é corroborata dal riferimento alla località di Capri, che allude ad esigenze specificamente attinenti alla gestione di esercizi alberghieri, commerciali e di intrattenimento, la qualcosa é, a dir poco, inusitata per lo svolgimento di mansioni istituzionali che possono comportare grave compressione dei diritti di libertà, di proprietà o porre a rischio l'incolumità

delle persone a seguito dell'uso di armi da fuoco o di altri strumenti di autotutela, così come previsto dalle leggi vigenti per la Polizia locale (art. 5, quinto comma, L. 65/86, DM. 145/87 e DM. 381/94). Per quanto riguarda i compiti istituzionali del Comandante, ad esempio, la tematica dell'**armamento** acquista particolare rilevanza giacché, non soltanto da questa figura si pretende (e giustamente!) una perfetta conoscenza, tecnica e giuridica, della materia e del maneggio stesso delle armi da fuoco, ma é ad essa che la normativa ordinaria vigente (art. 91 L. 65/86) affida la direzione, gestione ed organizzazione dei corsi di addestramento al tiro (obbligatori e periodici), all'impiego di sfollagente e spray e ad alle tecniche di autodifesa.

Ma ancor più latamente, ove si tratti di individuare i requisiti (minimi) di tale figura, non può certamente trascurarsi quello della **attitudine al comando**, posto che il Comandante impartisce **ordini** e non inviti o semplici istruzioni, il cui adempimento, da parte dei subalterni (gerarchicamente), é imposto da norme cogenti, assistite da sanzioni disciplinari o, in taluni casi, anche penali.

Ed anche restando nell'alveo della dirigenza (non apicale), vé da ricordare l'ormai consolidata gamma di qualità personali, che il titolare della funzione deve necessariamente possedere, tanto da assumere, ordinariamente, il ruolo di indici di valutazione quali, ad esempio, la capacità organizzativa, la gestione dei collaboratori, l'attitudine al lavoro di gruppo, la gestione dei rapporti interpersonali, ecc., che rappresentano modelli relazionali "forti" fra il soggetto ed il contesto umano ed operativo di appartenenza, laddove i vaghi referenti attitudinali, ravvisati nella delibera di Giunta, si rivelano "solipsistici" (equilibrio, ponderazione degli affari di competenza, astratte capacità, ecc.) in quanto privi di ogni connessione (e contestualizzazione), reale, virtuale o, persino,

prospettica con l'habitat lavorativo. Ora, se già in sé, il "profilo professionale" disegnato dalla delibera. 368/10 - discostandosi così marcatamente dai più elementari canoni che regolano le assunzioni e l'impiego della diligenza - destituisce di validità l'oggetto stesso della motivazione, quest'ultima presenta anche ulteriori vizi logici che concorrono a delineare la sussistenza e la pregnanza dell'eccesso di potere che affligge l'impugnato provvedimento.

Al riguardo, è opportuno analizzare compiutamente l'inciso "**dopo attenta valutazione**" (...si appalesa necessario assicurare l'espletamento...ecc.), nonché la locuzione "**modificare**" (la deliberazione n. 55), dato che su cotali espressioni si regge e si articola il percorso ideato dalla Giunta comunale al fine di eliminare ogni sopravvivenza del concorso pubblico in atto. Giova, intanto, constatare come al suddetto inciso risulti alquanto arduo attribuire un significato che oltrepassi l'autoreferenzialità, soprattutto perché non vengono punto esplicitate le ragioni (o, meglio, le cause) che possono aver indotto (ovvero, costretto) l'organo collegiale ad intraprendere la (sedicente) "attenta valutazione".

Ad excludendum, non può non ritenersi che tale inciso si riferisca alla visione "clandestina" dei titoli dei candidati il cui esito avrebbe, comunque, dovuto restare all'interno del concorso e della sua conclusione, risultando impossibile ricondurre siffatta "valutazione" all'incidenza di eventi mai verificatisi successivamente all'espletamento delle procedure concorsuali che, comunque, avrebbero dovuto essere accuratamente descritti ed indicati in delibera trattandosi, presumibilmente, di fatti importanti vista la loro efficacia interruttiva di un procedimento dotato di tutte le prerogative di legge.

Senza indulgere, allora, ad ipotesi o a mere presunzioni, l'impercorribilità di e poste una "ricostruzione di oggetto" (e di senso) deve semplicemente constatarsi che "l'attenta" valutazione non poteva materialmente eseguirsi per mancanza, giustappunto, di un oggetto che, restando misterioso, degrada la motivazione del provvedimento a puro prodotto semantico, funzionale, però, a confezionare una morfologia del provvedimento che ne offuscasse la vera natura. Infatti, con la locuzione "modificare" (la precedente delibera), la Giunta ha determinato l'azzeramento del concorso pubblico in atto, ovvero ha disposto una radicale **revoca** del relativo provvedimento, simulandone la vera identità giuridica con una diversa e (apparentemente) meno devastante qualificazione.

Questo genere di operazione parrebbe attagliarsi, a, quel modello di provvedimento implicito ben conosciuto da risalente dottrina, che non mancava di censurarne l'illegittimità, anche se ne riteneva estremamente difficoltosa l'enucleazione dal vasto ambito della discrezionalità amministrativa, quantomeno in termini di sindacato di merito.

Ora, anche a voler pretermettere il nuovo assetto dei doveri degli Amministratori, determinato dalla produzione normativa degli ultimi decenni, é assai chiaro come ogni riedizione del provvedimento implicito confligga con principi essenziali dell'ordinamento, quali la trasparenza dell'attività, l'obbligo di motivazione (esplicita), il rispetto della tipicità e tassatività delle forme dell'atto, nonché la tutela garantita ai soggetti passivi dei vizi del provvedimento medesimo e dei suoi danni, gravi fino a compromettere beni di rilevanza, costituzionale individuati nel buon andamento e nel dovere di imparzialità

di cui all'art. 97, primo comma, e del principio di uguaglianza ex art. 3 della Carta.

Nel caso di specie, l'aver riconvertito in **modifica** un provvedimento di **revo-**
ca ha, naturalmente, coinciso con il raggiungimento di tre obiettivi : il primo,
é costituito nell'auto-esenzione degli organi comunali di completare le proce-
dure concorsuali e di compilare la relativa graduatoria che avrebbe evidenzia-
to titoli, capacità, preparazione e quant'altro, dei candidati interni (e, fors'an-
che di alcuni esterni particolarmente dotati) costituendo, così, un ostacolo in-
sormontabile, sul piano della comparazione, per aspiranti avventizi (predesi-
gnati o meno) da assumere con il sistema dell'*intuitu personae*.

Il secondo obiettivo é stato quello di evitare il maturarsi di diritti quesiti a fa-
vore di quanti avessero eventualmente conseguito elevate posizioni in seno
alla graduatoria stessa, che ben avrebbero potuto far valere avverso l'ammini-
strazione comunale, vincolandola a mantenere gli impegni assunti con il ban-
do di concorso. In questo senso, l'istituto della modifica, da intendersi come
"*cambiamento del contenuto originario dell'atto*" (Sandulli, 1979), si é dimo-
strato notevolmente efficace nel giustificare la caducazione del provvedimen-
to, con efficacia (fattualmente) retroattiva perché incidente sul momento ge-
netico dell'atto medesimo.

Il terzo obiettivo, infine, si coniuga a quanto già precedentemente accennato,
ossia al rimuovere l'obbligo di certificare o, comunque, ammannire l'insor-
genza di **fatti nuovi ed attuali** (non necessariamente eccezionali), così come
richiesto per l'esercizio di tale potestà, da supportare, altresì, **con motivi di**
pubblico interesse che, nel caso di specie, non parevano ravvisabili, ovvero

cogenti al punto da capovolgere, letteralmente, la primitiva impostazione consuale.

È lecito, ovviamente, (solo) presumere che dei "fatti nuovi" si siano, in realtà, verificati nel corso degli otto mesi intercorrenti tra le due delibere di Giunta ma, essendo rimasti occultati - di certo e dichiarato si registra soltanto il cambiamento di uno degli assessori (Salvatore Ciuccio sostituiti da Roberto Russo) - ciò fuoriesce dall'ambito di interesse del presente Ricorso, appartenendo, semmai, ad altri contesti normativi, rilevando qui, unicamente, sotto il profilo della **trasparenza** la cui violazione, peraltro, non sembra opinabile.

3) Violazione dell'art. 7 del Regolamento di Polizia Locale del Comune di Capri. Eccesso di potere.

L'art. 7 del Regolamento in rubrica, al comma 3 dispone testualmente che:
"Lo specialista di vigilanza collocato nella più elevata posizione economica assume anche l'interim del Corpo in assenza del titolare. Nel caso di più ufficiali collocati nella medesima posizione economica, l'interim sarà assunto dal più anziano".

Va nuovamente ricordato che la delibera n. 368/10, premesse la concessione di proroga in servizio del precedente Comandante e la rilevazione dello spirare anche di questa, in data 30 novembre 2010, si premuniva di precisare che la modifica/revoca della delibera n. 55 e l'opzione alla stipula di un contratto a tempo determinato si collocavano in una posizione sostanzialmente **contingente** ("*...prima di una soluzione a lungo termine*"). Per inciso, si osserva che, ancora una volta la Giunta contraddiceva sé stessa, visto che la "soluzione a lungo termine" - l'unica praticabile, in considerazione della fisiologica temporaneità degli incarichi a contratto, salvo l'alternativa... dello scioglimento del

Corpo, duratura perché definitiva! - era il concorso pubblico, **già in corso**, che avrebbe assicurato la stabilità e la continuità dell'assunzione a tempo indeterminato, evitandosi, in tal modo, ulteriori attese di "soluzioni" più o meno ipotetiche. Da questo punto di vista, la provvisorietà temporale del conferimento dell'incarico dirigenziale a soggetti esterni, così vantata dalla delibera n. 368, permetterebbe di individuare un ulteriore movente (non motivo!) sotteso alla cancellazione del concorso pubblico, la cui materiale conclusione avrebbe impegnato un prolungamento cronologico oltrepassante la collocazione in quiescenza del maggiore Palma - con il rischio aggiuntivo di provvedimenti impugnatori e finanche sospensivi del G.A. adito da candidati insoddisfatti - aprendo, necessariamente, una fase interinale virtualmente destinata a protrarsi per mesi o, addirittura, per anni.

Viceversa, la contrattazione fiduciaria, specificamente in virtù della informalità fasica e procedurale che le è propria, poteva (ed ha potuto) ben sopperire all'esigenza di escludere l'interim, permettendo all'Amministrazione il subentro del professionista designato fin dalla mezzanotte dell'ultimo giorno di servizio del Palma, tant'è che la data del suo definitivo abbandono è la stessa della nomina della dott.ssa Avellino (30 novembre 2010). Ora, anche ammettendosi la legittimità di codesta ennesima strategia - che, comunque, non salva in alcuna misura la carenza motiva di tanto ritardata necessità di operare soluzioni provvisorie - è palese come l'aggiramento della norma regolamentare sull'interim del posto di Comandante, porti ad emergere un dato ancor più decisivo avverso le scelte della Giunta. Infatti, applicando le disposizioni della contrattazione collettiva, il Regolamento del Comune di Capri - egualmente ai Corpi e servizi di Polizia locale operanti sul territorio nazionale - prevede la

figura dello **Specialista di Vigilanza** equivalente alla titolarità di un diploma acquisito mediante superamento di concorso, che, propriamente in ragione dell'essere conferito al solo personale della P.L., rappresenta un **titolo professionale esclusivo** all'interno della struttura, non limitato ad aspetti culturali o scolastici, bensì fungente da **titolo abilitante** all'esercizio della funzione dirigenziale superiore (*id est*, suprema) della P.L.

Tutto ciò non può non riflettersi sulla criteriologia della "*comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione*" di cui al novellato sesto comma dell'art. 19, D. Lgs. 165/01, giacché, nel caso di specie, quella nozione, altrimenti generale e astratta, trova la sua formale e sostanziale identità, essendo la figura dello Specialista di vigilanza non surrogabile da altre professionalità e, men che mai, dai "requisiti" di "*idoneità, capacità, estremo equilibrio (?) nella ponderazione degli affari...ecc.*" indicati nella delibera n. 368/10.

B) VIZI DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO (DECRETO SINDACALE N. 33/2010)

1) **Eccesso di potere per falsi ed erronei presupposti di diritto e di fatto. Violazione dell'art. 9, L. 65/86. Eccesso di potere per carenza di motivazione.**

Per quanto concerne il primo dei vizi dell'atto emesso dal Sindaco, può rinviarsi ai rilievi dianzi illustrati, posto che essi si riproducono pedissequamente - salvo taluni aspetti che inficiano la peculiarità motiva dell'impugnato Decreto e che é opportuno analizzare partitamente - accorpando nella censura di il-

legittimità il provvedimento presupponente e quello presupposto secondo lo schema procedimentale ordinario.

Per l'effetto, la cornice normativa costituita dall'art. 110 TUEL, che funge da presupposto (unico) giuridico del Decreto sindacale, conferma e comprova la violazione di legge in cui precedentemente era incorsa la Giunta comunale.

Non di meno, é opportuno operare un confronto di compatibilità tra i referenti ravvisati dal Sindaco, in qualità di requisiti della persona sulla quale "*é ricaduta la scelta*" dell'Amministrazione, e quelli previsti dalla vigente normativa per il conferimento di tali incarichi, al fine di assodare, o meno, se la "scelta" in questione possa considerarsi ricompresa nelle sfere della opportunità e della tutela del pubblico interesse, ovvero in quella della **discrezionalità** amministrativa o non sia immune dall'invadere l'ambito della **legalità**.

Invero, i requisiti che il Decreto sindacale ascrive a titoli di idoneità (e di professionalità) indispensabili, o ritenuti tali, per l'assunzione dell'incarico, si riassumono a due: 1) la residenza in Capri della persona pre-scelta (il trattino pare d'obbligo); 2) l'"esperienza lavorativa", valutata come "**importante**" e "**qualificata**" che la persona ha maturato presso un "*primario (?) e prestigioso studio specializzato in diritto penale*" dove ha acquisito una preparazione e competenza professionale funzionale allo svolgimento dell'incarico da ricoprire".

Va, dunque, preliminarmente osservato che:

a) la residenza nel Comune di Capri non ha mai costituito requisito per la delibera di Giunta o per altri atti dell'Amministrazione né, peraltro, secondo le normative vigenti (TUSL, D.Lgs. 165/01, D.Lgs. 150/09), può considerarsi equipollente o ricomprensibile anche nelle più spurie definizioni della profes-

sionalità e dell'esperienza lavorativa, trattandosi di **mero dato anagrafico**, assolutamente insignificante ai fini della valutazione delle capacità, attitudini ed idoneità all'assunzione di alcunché. Ed anche se, con un simile dato, il Decreto sindacale avesse inteso (assai indirettamente) riferirsi alla conoscenza del territorio - sotto il profilo toponomastico! - é appena il caso di notare come qualche altro migliaio di residenti godano della stessa (ed anche migliore) "preparazione", a cominciare propriamente dai funzionari della Polizia locale caprese, aprioristicamente esclusi da ogni selettività;

b) circa la qualificazione professionale, tutte le enfattizzazioni aggettivali che le vengono rivolte ("importante", ecc.), non risultano suffragate dal benché minimo dato documentale (pubblicazioni, attestati scientifici, certificazione di risultati conseguiti, ecc.) e, dal testo del Decreto, si ricava inoppugnabilmente che essa sia consistita in un normalissimo **praticantato** forense - il quale, notoriamente, si svolge sotto le direttive del *dominus*, con rigorosa inibizione a qualsivoglia iniziativa che consenta al **praticante** di "esprimere" la sua personalità e le sue capacità, con l'eccezione, **dopo due anni di praticantato**, ovvero al suo termine, di ottenere un limitatissimo patrocinio da esercitarsi dinanzi al Giudice di Pace;

c) lo svolgimento della pratica legale non implica il rilascio di alcun punteggio, né esami finali (i vari Consigli dell'Ordine prescrivono un semplice colloquio con un consigliere, il praticante ed il suo dominus), per cui le "referenze" di capacità e valentia del (futuribile) avvocato si restringono a meri apprezzamenti verbali del dominus stesso, privi di ogni valore giuridico. Decisamente incongruo, poi, si rivela il risalto dato dal Decreto alla tipologia dello studio (legale) di elezione, definito "*primario*" (esistono studi "*secondari*" o

"terziari"?) e "prestigioso", elevato a rango di ulteriore requisito (magari, solo complementare!) di specializzazione professionale come se, ad esempio, l'aver frequentato una famosa Università significhi automaticamente genialità l'acquisizione di individuali.

A fronte di codesta loquela elogiativa, si profilano, invece, ben più concrete lacune nel curriculum della dott.ssa Avellino, pur restando unicamente in quello che dovrebbe essere il suo ambito di titoli e competenze. Intanto, la medesima sembra totalmente sprovvista di diplomi di Scuole di specializzazione o di Perfezionamento o, più ancora, di Dottorati di ricerca come indicato dal testo (originario e mai modificato da successive riforme) dell'art. 19, sesto comma, D. Lgs. 165/01, quando allude alla "*particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica* **desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria**".

Ad onor del vero, la dott.ssa Avellino non pare neanche in possesso del titolo o attestato di frequenza ad uno delle migliaia di master, sovente elargiti con fin troppa facilità, da Istituti pubblici o privati. Quanto, poi, alle "*concrete esperienze di lavoro*", di cui all'art. 19, sesto comma, terzo periodo, l'estrema genericità dell'espressione e dell'ambito di riferimento é, però, attualmente, vincolata alla **durata di un quinquennio** (dopo l'entrata in vigore dell'art. 40, primo comma, D. Lgs. 150/09) oltre alla sua obbligatoria integrazione (si ricordi la particella "e") con la proposizione, ad essa precedente, della formazione universitaria e postuniversitaria.

Escluso, *per tabulas*, che la dott.ssa Avellino abbia espletato alcun quinquennio lavorativo, pur soltanto presso lo studio legale di appartenenza - che, comunque, resterebbe estraneo alla nozione di "specializzazione profes-

sionale, culturale e scientifica" **con validazione accademica** - deve necessaria-
- mente concludersi come costei **sia priva di qualsivoglia titolo, requisito o parametro** che possano fungere da presupposto al fine del conferimento di incarico dirigenziale, **ovvero di ogni tipologia di incarico in una Amministrazione pubblica**, statale o locale che sia, per l'accesso alla quale non venga richiesta la sola laurea (e la residenza!). Inoltre la sua votazione, dicasi pure, non dovrebbe essere stata particolarmente eccelsa, visto che il Decreto sindacale non ne fa menzione veruna.

Orbene, tali circostanze consentono di visualizzare, più esaustivamente, la problematica dei confini tra discrezionalità amministrativa e profili di illegittimità del provvedimento del Sindaco, in ordine ai criteri di valutazione adottati nell'occasione, ed alla loro rispondenza agli standard, pur minimi, inerenti la categoria dei contratti *intuitu ipersonae*, ovviamente intesi nella versione in cui una delle parti è impersonata dalla P.A.

Intanto, vi sarebbe da premettere come la più recente esperienza legislativa sia orientata ad affermare sempre maggiori **difformità** fra l'autonomia negoziale del privato e quella degli organi amministrativi, restituendo al **principio di legalità** un'egemonia, parzialmente compromessa dall'avvento di interpretazioni sovente malintese che era stata dei processi di privatizzazione dell'ex- Pubblico Impiego e di sviluppo delle autonomie locali.

In quest'ottica, si inquadra l'arresto della c.d. *deregulation*, a vantaggio di una rinnovata normativizzazione (i famosi "paletti") dell'azione pubblica che fa "vittime" tra Regioni ed EE.LL. - vedasi la riforma del Titolo V della Costituzione e la ri-centralizzazione di molte competenze lasciate di titolarità "oscura" o implicita dal vecchio art. 117 - e, come dimostra la "riforma Brunetta",

tende a riorganizzare la P.A. non senza venature di moralizzazione o, più pedestremente, con chiari obiettivi di abbattimento della spesa pubblica (v. i ripetuti scandali delle "consulenze esterne"). La fattispecie in esame, se colta nei suoi aspetti sintomatici, presenta, così, significativi tratti di un conflitto che viene da lontano ma che, nell'attuale sistema legislativo, ha trovato la sua soluzione nella prevalenza della tipizzazione degli argini giuridici alla discrezionalità incontrollata frapponendo, tra le facoltà di scelta del caso singolo e la tutela dell'interesse pubblico (generico), il "paletto" della categorizzazione degli indici e parametri valutativi mediante la legge formale.

Ne deriva, quindi, che ove la norma **imponga** il rispetto di quei parametri, la ponderazione degli interessi venga integralmente sottratta agli Amministratori e che, alla stregua di ogni Stato di diritto, il pubblico interesse e la buona amministrazione si identifichino con il disposto di legge, la cui violazione, come nel caso del Comune di Capri, non permette alcuna ricerca di legittimazione in altre sedi dell'ordinamento, generali o speciali che possano essere.

Del resto, gli stessi maldestri tentativi di sostituire l'applicabilità di disposizioni, ormai vigenti ed inderogabili, con il richiamo a fonti divenute addirittura suscettibili di abrogazione tacita (come denunciano alcuni settori della dottrina) - vedansi i primi due commi dell'art. 110 TUEL) sono emblematici della consapevolezza degli organi comunali circa l'impossibilità di superare, con lo strumento della discrezionalità, la barriera dei limiti (o, si preferisce, dei divieti e delle inibitorie) **esplicitamente** prescritti dalla norma giuridica.

Che, poi, nella vicenda in discorso, alle violazioni del criterio della rinvenibilità preventiva di competenze professionali interne alla P.A. ed agli artifici dei provvedimenti impliciti, ecc., si accompagni la carenza della stessa materia

"da ponderare", ossia l'assoluta mancanza di ogni titolo di valutazione, può definire un caso-limite (o "da manuale") nel, quale la inesistenza dell'oggetto "(ovvero la sua indeterminatezza è la sua inidoneità) condurrebbero più ad una configurabilità di **inesistenza** dell'atto amministrativo che ad una meno grave forma di **invalidità** dello stesso.

2) Violazione degli artt. 48 e 107, D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Incompetenza relativa. Eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione.

Come già precedentemente accennato, la motivazione del Decreto sindacale appare tendente a supplire, in più parti, alla esiguità delle ragioni adottate dalla delibera di Giunta.

Tale propensione e la testualità motiva che ne discende, tuttavia, inducono ad un migliore approfondimento di merito, giacché l'obiettivo di coadiuvare, sul piano della correttezza, formale e sostanziale, nonché su quello della corrispondenza del provvedimento al pubblico interesse - la suddetta delibera, da parte del Decreto e del suo autore, determina una situazione di contrasto "interorganico" dove il sostegno si tramuta in ingerenza e l'eccesso di zelo in eccesso di potere.

Siricorderà, in proposito, che la Giunta aveva elencato taluni tratti, più di ambito caratteriale che funzionale (ed operativo), della idoneità ad esercitare il ruolo del (designando) Comandante che, nella loro estrema vaghezza e genericità, si esponevano a rilievi di approssimazione e di eteronomia, rispetto ai protocolli, consolidati dalle leggi e dai regolamenti, per valutare attitudini e capacità specifiche a quella particolare tipologia di dirigenza.

Il Decreto sindacale, invece, proponendosi, evidentemente, di scendere nel dettaglio - tanto al fine di rendere "inattaccabile" la motivazione, quanto per

"plasmare", al meglio, quei tratti alle caratteristiche della persona da prescegliere - elabora propri criteri descrittivi che si rivelano viepiù problematici.

Recita, infatti, il settimo periodo: "Considerato che, tenuto conto della natura dell'incarico, del suo carattere fiduciario e della particolarità del Comune in cui dovrà svolgersi sotto il profilo della sua importanza dal punto di vista turistico, storico e culturale, la scelta tra i partecipanti alla selezione può ricadere su di una persona residente nel Comune di Capri e, quindi, già inserita nel tessuto economico, e sociale del Comune di Capri ed in grado di gestire al meglio i rapporti con i Cittadini, i Turisti e gli Enti di Riferimento".

Non é esagerato riconoscere nell'"idealtyp" connotato dal Sindaco, una sorta di ibridoma tra la guida turistica, l'operatore di villaggio-vacanze o, nel migliore dei casi, il funzionario della Pro Loco che coordina i contatti fra strutture alberghiere, centri ricreativi e visite alle bellezze naturali. L'insistenza sull'inserimento nel tessuto (prima) **economico** e (poi) sociale dell'isola e l'essenzialità dei rapporti con i Turisti, non consentono di presagire alcunché di diverso e se ciò risulta già sorprendente in sé, ancor maggiore stupefazione può derivare dall'inciso secondo il quale l'opzione al contratto fiduciario adempirebbe all'esigenza di "sperimentare soluzioni di rapporto di lavoro a termine" in senso lato, ossia inaugurando una stagione (non turistica) di grandi innovazioni istituzionali per il Comune di Capri.

Peraltro, anche in quest'ultimo assunto si ravvisano profonde divergenze con i motivi addotti dalla delibera di Giunta, visto che, in quella occasione, la scelta di impiegare lo strumento del contratto a termine era stata configurata in qualità di soluzione provvisoria e mossa da istanze di mera contingenza, prodro-

mica a "soluzioni a lungo termine" rappresentate come il vero e preconizzato obiettivo.

La "sperimentazione" di tale formula, viceversa, é presentata dal Decreto sindacale a livello di proposta non certamente aliena dall'acquisire future continuità applicative ,non escluse quelle rinnovate in capo ai medesimi beneficiari, la qualcosa non soltanto introduce una modalità interpretativa "eccentrica" della volontà dell'Amministrazione, ma soverchia e destituisce di valore la (timidissima) motivazione della delibera di Giunta denunziando, così, l'appropriazione (o usurpazione), da parte del Sindaco, di prerogative tassativamente riservate all'organo esecutivo collegiale dalle disposizioni ex artt. 48 e 107 TUEL, al quale competono, seppur in via residuale, le funzioni degli organi di governo disciplinate dalla seconda di esse.

NOTA INTEGRATIVA AI MOTIVI DEL RICORSO

La materia della polizia locale, intesa come insieme di funzioni e come organizzazione di strutture operative, é stata oggetto, in epoca più o meno recente, di notevole attenzione da parte della giurisprudenza civile, penale ed amministrativa, il cui comun denominatore é identificabile nell'aver svolto un consistente ruolo di supplenza nei confronti di atteggiamenti del Legislatore non sempre omogenei e lineari, nel definire la fisionomia istituzionale della PL.

Previo opportuno richiamo alla **specialità** di tale contesto che vanta una sua peculiare **unicità** nel vastissimo "universo" delle Regioni e degli Enti Locali, essendo disciplinato da una propria **legislazione statale** (la già menzionata Legge Quadro ("Nuovo Ordinamento della Polizia Municipale") n. 65 del 7 marzo 1986, la P.L. incarna il solo organismo diverso dallo Stato (e da questo

delegato in via, oggi, diretta) ad esercitare il c.d. "monopolio della forza" (come da antica nozione costituzionalistica), ovvero, quella che Virga denominò magistralmente come "**Potestà di Polizia**" nella sua notissima monografia. Per contro, l'iscrizione dei Corpi e servizi all'interno del suddetto "universo" e la conseguenziale dipendenza del personale dall'Ente di appartenenza, (provincia e Comune), ha cagionato frequenti controversie tra posizioni favorevoli ad una "amministrativizzazione" delle competenze (*id est*: prevalenza delle componenti burocratiche rispetto a quelle della prevenzione e repressione dei reati) e conferme, anche promozionali, della natura di organismi di polizia, a tutti gli effetti, di tali medesime strutture.

Ne è risultato, quindi, che, a fronte dell'esclusione della P.L. dal novero delle soggettività rimaste in regime contrattuale di diritto pubblico fra le quali, tutti i Corpi di Polizia statali, compresi i Vigili del Fuoco), secondo le disposizioni del D. Lgs. 2993, é iniziato un percorso piuttosto frastagliato di produzione normativa che, dalla affermazione della contrattazione privatistica dell'ex-Pubblico Impiego, ha tracciato in un graduale processo di riassetto della originaria identità giuridica culminante in alcuni tentativi di **privatizzazione**, ovvero "aziendalizzazione" dei Corpi e servizi di P.L. Eguali considerazioni investono i reiterati sforzi per delimitare certe competenze, ad esempio in materia di polizia giudiziaria, a determinate categorie (reati "bagatellari" o, addirittura, ai soli illeciti amministrativi, laddove le norme di riferimento, ossia gli artt. 55 e 57 C.p.p., che valgono integralmente per la P.L. ivi appositamente menzionata, non pongono alcuna discriminazione di tipologie o figure delittuose in ordine all'esercizio della funzione e dell'attività di p.g.

L'intervento della Magistratura amministrativa e di quella Ordinaria ha posto, però, un argine a codesti rischi di "mutazione".

Il TAR del Lazio, Sezione II bis, con la sentenza 3 luglio - 30 settembre 1997 n. 1512 (confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 12 agosto 1998, n. 1261) ha cassato il progetto di trasformare il Corpo di P.M., promosso dal Comune di Roma, in Istituzione ai sensi degli artt, 22 e 24, L. 142/90, rivendicando la natura pubblicistica (coercitiva, preventiva e repressiva) delle funzioni della Polizia locale con il giudicare irriducibili ad una entità privata o privatizzata, ovvero allo svolgimento di un pubblico servizio. Il TAR del Veneto, Sez. II, con sentenza 18 marzo 1998, n. 868 ha dichiarato la illegittimità della delega delle funzioni direttive e di vigilanza del Sindaco nei confronti del Comandante della P.L. ad un dirigente di settore, mentre la Corte d'Appello di Roma, con sentenza del 16 maggio 2002, ha affermato che la destinazione del Comandante ad altro incarico é contraria all'art. 2013; C.c. *"perché si tratta di un ruolo che nell'ambito del Comune gode di una disciplina speciale che non ne consente la sostituzione con altro soggetto"*. Dalla Cassazione penale, fin dal 1992/93 sono venute diverse pronunce che hanno stabilito la **competenza generale** di polizia giudiziaria per la P.L. e la qualità di **Ufficiali di p.g.** in capo al Comandante del Corpo, ai funzionari direttivi ed ai coordinatori, restituendo loro tutte le funzioni di accoglimento di denunce, querele e referti, di direzione dello svolgimento di indagini, di applicazione delle misure coercitive (fermo di p.g. e sequestro probatorio), ecc.

Con sentenza del 2009, poi, la Cassazione penale ha riqualificato la P.L. come Forza Pubblica, sottolineandone le peculiarità ordinamentali come omologhe a quelle dei Corpi militari.

Ma, sotto il profilo istituzionale, certamente, la statuizione più significativa si rinviene nella sentenza n. 4663 del 4 settembre 2000, emessa dalla V Sezione del Consiglio di Stato giacché, con essa, si afferma che: "*La polizia municipale, una volta eretta in Corpo, non può essere considerata una struttura intermedia (nella specie come Sezione) in una struttura burocratica più ampia (in un Settore amministrativo), né, per tale incardinamento, essere posta alle dipendenze del dirigente amministrativo che dirige tale più ampia struttura*".

Tuttavia, il principio elaborato dal Collegio e di stretto interesse per la fattispecie in esame, risiede nella successiva proposizione ove si stabilisce: "**L'ufficiale più alto in grado del Corpo deve avere la responsabilità del Corpo e rispondere al sindaco delle relative attività. Tale posizione, deve aggiungersi, non è affidabile ad un dirigente amministrativo che non abbia lo status di appartenente al Corpo di polizia municipale**".

Ora, emerge il fondato dubbio che, se sussiste una così incisiva preclusione nei confronti di dirigenti amministrativi incardinati nel medesimo Ente, ma di provenienza estranea all'organico del Corpo di PL, *a fortiori* una simile preclusione debba valere per soggetti esterni, di qualsivoglia identità giuridica o formazione professionale essi siano in possesso. D'altronde, posto che il medesimo Consiglio di Stato (sent. n. 616/2006) ed il TAR Campania (sent. n. 3316/2006) abbiano ribadito che la P.L. costituisce un Corpo militarmente e gerarchicamente organizzato", compendia un quadro ermeneutico di ormai difficile disattendimento.

È, infatti, più che evidente come un Corpo di polizia statale o un corpo militare in senso lato, non possano in alcun modo essere governati da vertici di comando (supremo) assunti per contratto a termine o, persino, da ufficiali supe-

rioni non provenienti dai ruoli dell'identica struttura. Tant'è che, l'unica eccezione a tale, altrimenti inderogabile, sistema, si è registrata, nell'ordinamento italiano, con l'Arma dei Carabinieri il cui Comando Generale restò affidato, fino alla riforma del 1999, a generali provenienti da altri Corpi (es., Alpini). Ma quella situazione - la cui genesi rimontava ad epoche (ed istanze) remote - è stata egualmente corretta, estendendo anche alla Benemerita il principio comune (da sempre) a tutti i Corpi militari e di polizia del conferimento dei Comandi a soggetti prescelti entro una rosa di ufficiali muniti del grado di Generale di Divisione dei CC. In conclusione, dunque, ed in relazione alla **specialità** della legislazione di riferimento (L. 6586)- mai abrogata o modificata nel suo impianto essenziale - ed ai rilevanti indirizzi giurisprudenziali più recenti, emerge chiaramente **la questione della inapplicabilità stessa** delle disposizioni del TUTELe del D. Lgs. 165/01 allo *status istituzionale* della Polizia locale intesa come organismo unitario le cui funzioni, squisitamente pubblicistiche, godono di delega statale, anche indipendentemente dalla tipologia contrattuale collettiva vigente, che attiene al rapporto di lavoro ma non tocca, ovviamente, la natura ordinativa dei Corpi e servizi e, men che meno le funzioni di polizia da quelli esercitate .

CONCLUSIONI

"Voglia il T.A.R. intestato, in accoglimento del presente ricorso, annullare il Decreto sindacale n. 33 del 30 novembre 2010, nonché la Deliberazione di Giunta del Comune di Capri n. 55 del 6 ottobre 2010 avente ad oggetto "Atto di indirizzo alla Segreteria Generale di pubblicazione avviso per la copertura a tempo determinato del posto di Comandante della Polizia Locale e di modifica della Deliberazione di Giunta comunale n. 55/2010 ad oggetto: Atto

d'indirizzo alla Segreteria Generale ed all'Ufficio Personale per indizione concorso per Comandante della Polizia Locale.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio.

Ai sensi del DPR. 115/02, si dichiara che il presente procedimento verte in materia di pubblico impiego ed é esente dal versamento del C.U."

ISTANZA CAUTELARE

Nelle more della definizione del presente ricorso si chiede che l'Ill.mo Presidente voglia disporre, ai sensi ed agli effetti dell'art.55, D. Lgs. 104/2010 la misura cautelare della sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, in considerazione del fatto che l'esecuzione del provvedimento è già in corso e che tale evenienza rende ancor più evidente il danno grave e irreparabile, ma soprattutto immediato ed imminente, che i ricorrenti ed il Corpo di Polizia Locale di Capri possono subire dalla esecuzione del Decreto impugnato.

Quanto al fumus boni juris, l'esposizione dei fatti oggetto del ricorso e la documentazione allegata comprovano la fondatezza dei motivi in fatto ed in diritto dello stesso.

In particolare, l'estrema evidenza delle violazioni di legge in cui sono incorsi, congiuntamente e separatamente, la Delibera di Giunta n. 368/10 ed il Decreto del Sindaco di Capri costituisce un dato oggettivo assumibile mediante comparazione delle norme ordinarie vigenti ed i contenuti degli atti in questione.

A riguardo del periculum in mora, l'esito negativo della gestione del Corpo affidata a persona priva di qualsivoglia attitudine ed esperienza di comando (o, al limite manageriale), nonché sprovvista delle relative qualifiche di Ufficiale di polizia giudiziaria e di Agente di pubblica sicurezza o, comunque,

versante nella impossibilità di svolgerle adeguatamente, si ravvisa nella **paralisi delle attività istituzionali** del Corpo stesso, con la determinazione di gravi pericoli di danno per la struttura, la cittadinanza e l'Ente di appartenenza.

ISTANZA DI FISSAZIONE

Ill.mo sig. Presidente del

Tribunale Amministrativo per la Regione Campania

I sottoscritti Avv. Nicola COCO e Avv. Ignazio ARDIZIO, difensori dei ricorrenti Luigi MARUCCI e Giuseppe MORRA, nelle loro rispettive qualità di Presidente dell'O.S.Po.L. (Organizzazione Sindacale delle Polizie Locali e di Coordinatore regionale dell'O.S.Po.L. – CSA, nel ricorso e promosso contro il Comune di Capri in persona del Sindaco pro tempore e contro la dott.ssa Marica Avellino, com.te pro tempore del Corpo di Polizia locale del medesimo Comune.

Chiedono

che la S.V. Ill.ma voglia disporre la sollecita fissazione **dell'udienza di merito** contenente, altresì la richiesta di sospensiva del provvedimento impugnato.

Indice dei documenti presenti ne fascicolo:

- 1) Ricorso di pagg.: originale più 4 copie;
- 2) Documento **Allegato A** di pagg. 2: Provvedimento impugnato più 4 copie;
- 3) Documento **Allegato B** di pagg. 6: Provvedimento presupposto (delibera di Giunta n. 368 del 6.10.210 più 4 copie;
- 4) Documento **Allegato C** di pagg. 11: Statuto dell'O.S.Po.L. più 2 copie;
- 5) Documento **Allegato D** di pagg. 10: Regolamento Corpo P.L. di Capri più 2 copie;

6) Documento **Allegato E** di pagg. 3: Delibera di Giunta del 12.2.2010 più 2 copie;

7) Documento **Allegato F** di pagg. 5: Domanda concorso, concorso curriculum e scheda di Pietro Presti, schede valutazione Ciro Pescina a Angelo Mazarella più 2 copie;

8) Documento **Allegato G** di pagg. 11: Deliberazione n.SCCLEG/18/2010/PREV Corte dei Conti, 4.10.2010 più 2 copie;

9) Documento **Allegato H** di pagg. 1: Richiesta chiarimenti CSA a Sindaco Capri del 16.12.2010 più 2 copie;

10) Documento **Allegato I** di pagg. 1: Verbale incontro raffreddamento stato di agitazione Corpo di Polizia Municipale del 10.12.2010 più 2 copie;

11) Documento **Allegato L** di pagg. 15: Quattordici articoli di stampa quotidiani sul caso della nomina del Comandante di P.L. del Comune di Capri.

Con osservanza.

Roma 26 gennaio 2011

(Avv. Nicola COCO)

(Avv. Ignazio ARDIZIO)