



Consiglio di Stato

Adunanza della Sezione Prima 22
Ottobre 2008

N. Sezione 3376/08 *La Sezione*

OGGETTO:

Ministero dell'Interno.

*Quesito relativo alla
incompatibilità tra la carica di
assessore e quella di consigliere
comunale in relazione agli artt. 47
commi 3, 4 e 64 del decreto
legislativo 18 agosto 2000, n. 267.*

VISTA la relazione prot. n.
15900/TU/00/64 del 24 settembre
2008 con la quale il Ministero
dell'Interno – Dipartimento per gli
affari interni e territoriali – Direzione
Centrale per le Autonomie - chiede il
parere del Consiglio di Stato in ordine

al ricorso straordinario in oggetto;

ESAMINATI gli atti e udito il relatore-estensore Consigliere Giuseppe
Severini;

PREMESSO in fatto quanto esposto nella relazione
dell'Amministrazione, che riferisce che il Capo II del decreto legislativo 18
agosto 2000, n. 267 detta agli art. 55 e ss. disposizioni in materia di
incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità alla carica di
amministratore degli enti locali, prevedendo in particolare all'art. 64
un'ipotesi di incompatibilità tra la carica di consigliere comunale e quella di

assessore nella rispettiva giunta, nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti.

Il Ministero dell'interno osserva che tali disposizioni erano già previste nell'ambito della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successivamente sono state trasfuse in modo sostanzialmente inalterato nel vigente T.U.O.E.L..

Nondimeno, in sede applicativa si sono registrate incertezze sull'interpretazione di dette disposizioni.

In particolare, diversi amministratori locali hanno richiesto il parere del Ministero dell'interno, in riferimento a varie ipotesi di cumulo di cariche, concretamente configurabili, diverse e non tutte puntualmente disciplinate dal d. lgs. n. 267 del 2000.

Il Ministero dell'interno effettua una preliminare distinzione tra l'ipotesi in cui l'assessore viene individuato dal sindaco tra i consiglieri eletti (assessore interno) e le altre, previste dall'art. 47, commi 3 e 4, ove invece l'assessore viene individuato dal sindaco al di fuori dei componenti del consiglio (assessore esterno) tra i cittadini in possesso dei requisiti di candidabilità, eleggibilità e compatibilità alla carica di consigliere.

L'art. 64 T.U.O.E.L. prevede un'espressa incompatibilità tra la carica di consigliere comunale e provinciale e quella di assessore nella rispettiva giunta.

Il comma 2 prevede inoltre che, qualora un consigliere comunale assuma la carica di assessore (interno) nella giunta, cessa dalla carica di consigliere all'accettazione della nomina, e al suo posto subentra il primo dei non eletti.

Ad avviso del Ministero sembrerebbe, come dice la giurisprudenza, che la ratio sia nell'opportunità di evitare un conflitto tra le diverse funzioni, di componente dell'organo di indirizzo e di controllo politico-

amministrativo, e quella di componente dell'organo esecutivo dello stesso comune.

Così, il Ministero ritiene che non dovrebbe sussistere incompatibilità tra l'incarico di consigliere comunale e quello di assessore esterno presso due comuni diversi (come previsto invece dall'art. 65 per la diversa ipotesi del consigliere comunale che rivesta analogo carica – di consigliere - in altro comune).

L'argomentazione può essere ricavata da due considerazioni:

a) non è prevista nell'ambito del Capo II del T.U.O.E.L. un'espressa ipotesi di incompatibilità tra consigliere comunale ed assessore esterno di due comuni diversi;

b) in linea generale, è possibile il cumulo di incarichi presso enti diversi, salvo le ipotesi di incompatibilità appositamente previste (da cui è effettivamente possibile evincere un conflitto nell'eventuale cumulo), che sono di stretta interpretazione e non estensibili analogicamente.

A un diverso principio sembra rispondere l'ipotesi dell'art. 47, commi 3 e 4, concernenti la possibilità del sindaco di nominare gli assessori (esterni) anche al di fuori dai componenti del consiglio, tra cittadini in possesso di requisiti di candidabilità, eleggibilità e compatibilità a consigliere.

In tal caso la possibilità di cumulo della carica di assessore e quella di consigliere sembrerebbe avere soluzioni diverse, a seconda che l'amministratore acquisisca dapprima la carica di assessore (esterno) e poi quella di consigliere comunale, o viceversa.

Nel primo caso (prima assessore, poi consigliere) infatti sarebbe possibile cumulare i due incarichi, perché al momento del conferimento dell'incarico di assessore (esterno) il futuro amministratore è in possesso dei requisiti per assumere quell'ufficio e se successivamente decide di

candidarsi a consigliere comunale non sussiste alcuna ipotesi di incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità previste dall'art. 60, comma 1, n. 12 e dall'art. 65 T.U.O.E.L per consigliere comunale.

Viceversa, nel secondo caso (prima consigliere, poi assessore), se un soggetto ricopre già la carica di consigliere, non sarebbe possibile cumulare i due incarichi, perché in quel momento l'amministratore non è più in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 47 T.U.O.E.L..

Si pone pertanto l'esigenza di verificare quale sia l'esatta interpretazione: in particolare se l'art. 47, commi 3 e 4, sia di stretta interpretazione, ovvero vada interpretato alla luce del combinato disposto con l'art. 64, il solo che espressamente detta disposizioni in tema di incompatibilità tra consigliere comunale e assessore comunale.

In particolare, circa i requisiti di eleggibilità del c.d. assessore esterno, è necessario verificare i limiti di applicazione dell'art. 60 sui requisiti di eleggibilità, visto che l'interessato non partecipa alla competizione elettorale, e quindi non sussisterebbero quelle esigenze di garanzia della regolarità del procedimento elettorale mediante l'esclusione di quanti, per particolare posizione, possono influenzare la volontà degli elettori.

Quanto alla giurisprudenza che è intervenuta sull'argomento, il Tribunale di Castrovillari, con sentenza 26 settembre 2002 n. 3560, ha precisato che nel T.U.O.E.L. non vi è alcuna norma che sancisca espressamente l'incompatibilità tra consigliere di un comune ed assessore di altro comune.

La disciplina delle incompatibilità degli assessori ha il referente normativo nell'art. 64, dove è previsto che "la carica di assessore è incompatibile con la carica di consigliere" e che "qualora un consigliere comunale assuma la carica di assessore nella rispettiva giunta, cessa dalla carica di consigliere all'atto dell'accettazione della nomina". Il quadro di

riferimento non prevede espressamente l'incompatibilità tra consigliere comunale ed assessore esterno di altro comune, limitandosi a sancire l'incompatibilità tra consigliere comunale ed assessore "della rispettiva giunta".

Precisa il Tribunale che l'istituto della incompatibilità garantisce il regolare esercizio delle funzioni pubbliche mediante divieto di cumulo della carica elettiva con altre cariche, e si riferisce a situazioni inconciliabili con lo svolgimento del mandato elettorale e l'espletamento delle funzioni di consigliere comunale. Si tratta quindi di un regime normativo per restringere l'esplicazione della sfera soggettiva, la cui operatività non può svolgersi al di fuori delle ipotesi normativamente delineate. E' da escludere pertanto, un'operazione interpretativa configurante estensione analogica in *malam partem*.

In sostanza, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 64 l'incompatibilità ha ragion d'essere nell'esigenza di differenziare il momento di indirizzo generale e di controllo politico — amministrativo, affidato al consiglio e quello esecutivo — organizzativo e residuale riservato invece alla giunta, nell'ipotesi in esame, in cui l'incarico di assessore viene assunto presso un comune diverso da quello in cui lo stesso amministratore è stato eletto consigliere, non sussistono le esigenze che determinano la previsione normativa di incompatibilità di cui all'art. 64.

Il principio normativo secondo cui l'assessore esterno deve possedere i medesimi requisiti di candidabilità, eleggibilità e compatibilità alla carica, attiene alle condizioni e qualità richieste per accedere alla carica, individuati dagli artt. 55, 58, 59, 60 e 63 del T.U.O.E.L.. Norme che non disciplinano le eventuali incompatibilità derivanti dall'assunzione di mandati elettorali o impegni della giunta, che hanno collocazione e disciplina nell'art. 64 T.U..

La Corte di Cassazione, con riferimento a casi di incompatibilità di un amministratore provinciale, è intervenuta sull'argomento con due pronunce della I sezione civile (n. 2490 del 6 marzo 2000 e n. 3902 del 13 marzo 2002). Queste hanno evidenziato che le cause di ineleggibilità alle cariche pubbliche elettive sono costituite da condizioni personali del cittadino, che si sostanziano nell'impossibilità giuridica di divenire soggetto passivo del rapporto elettorale e che, ove non rimosse entro un certo termine precedente le elezioni, le invalidano, traendo dette cause fondamento dall'esigenza di garantire la regolarità del procedimento elettorale attraverso l'esclusione delle persone che, per la loro posizione di supremazia, potrebbero influenzare la volontà degli elettori.

Circa il criterio interpretativo, osserva la Cassazione che, in presenza di una disciplina normativa introdotta mediante la tecnica del rinvio, non si può prescindere dall'adattamento delle disposizioni richiamate alla realtà giuridica, eventualmente diversa da quella per la quale siffatta disciplina è stata originariamente formulata.

In questo senso, sul piano dell'interpretazione letterale, l'espressione "cittadini in possesso dei requisiti di compatibilità ed eleggibilità alla carica di consigliere", sottende una nozione di attualità, il cui momento di riferibilità, non espressamente indicato dal legislatore, non può essere *sic et simpliciter* determinato mediante pedissequa trasposizione della disciplina della ineleggibilità, perché le situazioni soggettive richiamate dal legislatore sotto il *nomen iuris* di ineleggibilità non sono in realtà giuridicamente tali nei riguardi degli assessori l'investitura dei quali non sia conseguente ad elezione.

Infine, sul piano dell'interpretazione sistematica, non si può non considerare che, nel sistema ("quasi-presidenziale") di governo dell'ente locale delineato con la riforma del 1993, è mutato il profilo istituzionale

della Giunta, riconsiderata quale organo di collaborazione del presidente, il quale, nella scelta dei relativi componenti, suscettibile di venire effettuata indifferentemente tra membri del Consiglio e cittadini ad esso esterni, fruisce della massima discrezionalità, con i limiti delle situazioni di ineleggibilità (*rectius*, di incompatibilità) a garanzia di un livello minimo di imparzialità nella gestione della cosa pubblica.

Ciò premesso, preso atto che le disposizioni non si prestano ad univoca soluzione per le due diverse ipotesi dell'assessore interno e dell'assessore esterno, attesa la presenza di un combinato disposto normativo non esplicito sul punto e tenuto conto peraltro, del consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, ordinaria ed amministrativa che non ammette l'interpretazione estensiva di norme limitative dell'elettorato passivo per il loro carattere derogatorio al principio della libera accessibilità alle cariche amministrative, il Ministero dell'interno ritiene necessario acquisire il parere del Consiglio di Stato.

CONSIDERATO:

Con il quesito in oggetto, il Ministero dell'Interno sostanzialmente domanda se sussista incompatibilità tra la carica di consigliere comunale in un comune e di assessore in un altro comune (compreso nel territorio della stessa Regione).

La ragione del dubbio muove dal rilievo che la lettera delle disposizioni in tema di incompatibilità riguarda espressamente altre fattispecie: precisamente, quella tra assessore e consigliere comunale nell'ambito dello stesso comune (art. 64 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e quella tra consigliere comunale in un comune e consigliere comunale in un altro comune della stessa Regione (art. 65, comma 2, d. lgs. n. 267 del 2000). Si tratta dunque di verificare se, in sede applicativa, tali norme debbano essere interpretate nel senso da includere anche la fattispecie per

cui è quesito, seppure non testualmente ivi indicata.

La Sezione rileva che il tipo di conflitto di interessi su cui si basa la ratio delle due espresse fattispecie è diverso. Per quanto riguarda la incompatibilità infracomunale (art. 64 cit.), il riferimento è all'evidenza quello della complessiva forma di governo comunale delineata dall'ordinamento degli enti locali, per cui la separazione dei poteri compensa la forte attribuzione di competenze in capo al sindaco: non può perciò un medesimo individuo far parte al contempo dell'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo e dell'organo esecutivo.

A diversa ragione risponde l'ipotesi di incompatibilità intracomunale (art. 65, comma 2, cit), dove il conflitto di interessi si profila non tra organi dello stesso ente territoriale, ma tra enti territoriali siti all'interno della medesima Regione: in questo caso, la legge “ con l'incompatibilità “ intende prevenire un eventuale ed episodica sovrapposizione di ruoli e di competenze riguardo ad affari che possono essere di comune interesse tra i due enti.

Tale ratio della incompatibilità intracomunale vale, evidentemente a *fortiori*, per il caso per cui è quesito. E' evidente infatti che lo stesso timore si potrebbe prospettare per un assessore in modo ben più intenso che per un semplice consigliere comunale.

Il riferimento alla *eadem ratio* condurrebbe pertanto a rinvenire, seppur inespressa, l'esistenza nell'ordinamento della medesima disposizione: cioè in pratica ad estendere analogicamente l'incompatibilità alla fattispecie di assessore in un comune e consigliere in un altro. Questo senza alcuna giustificabile distinzione tra il caso in cui la carica precedente nel tempo sia quella di consigliere e quella in cui sia quella di assessore.

Nondimeno, si oppone a questa soluzione il principio interpretativo generale – applicativo del principio di legalità – per cui i privilegi odiosi

(cioè: le norme che restringono eccezionalmente diritti di status) sono di stretta interpretazione: principio che, come è noto, è codificato dall'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), in forza del quale le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi da esse considerati.

La risposta al quesito deve dunque essere negativa: gli artt. 64 e 65 citati si applicano solo per i casi ivi testualmente menzionati.

Nondimeno, la Sezione, nel rendere così la risposta al quesito, esprime l'auspicio che sia adottata una iniziativa legislativa per colmare la lacuna nel medesimo senso dell'art. 65, comma 2, d lgs. n. 267 del 2000, in modo che le uguali conseguenze regolino situazioni caratterizzate dallo stesso profilo sostanziale.

P.Q.M.

nei suesposti termini è il parere.

L'ESTENSORE

(Giuseppe Severini)

IL PRESIDENTE

(Pasquale de Lise)

IL SEGRETARIO

(Licia Grassucci)