

**Incompatibilità e decadenza del consigliere comunale
e provinciale per azioni giudiziali di recupero
dell'indennità di carica percepite in buona fede
dall'amministrazione: il concetto di fatto connesso
all'esercizio del mandato; interpretazione conforme
alla tutela del diritto di elettorato passivo
costituzionalmente garantito**

I) l'ipotesi di lite; II) riferimenti normativi ; III) lite civile in sé considerata ; IV) azione civile e costituzione di parte civile ; V) l'esimente dei fatti connessi con l'esercizio del mandato VI) interpretazione restrittiva per liti riguardanti indennità di carica VII) Possibili strumentalizzazioni delle liti concernenti indennità di carica VIII) interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela del diritto di elettorato passivo ; IX) conclusioni

I) Non è infrequente che nello svolgimento del mandato elettorale ad un consigliere comunale o provinciale , vengano erogate indennità e somme non dovute e dallo stesso percepite in buona fede , comunque presunta .

Sorge in casi siffatti la necessità di recuperare la somma indebitamente percepita dal consigliere stesso , che non di rado può comunque non riconoscere il diritto dell'amministrazione sia in ordine alla sussistenza dell' indebito che in ordine alla possibilità del recupero .

In proposito è a tutti nota la giurisprudenza (oggi superata e minoritaria) che sancisce l'impossibilità del recupero delle somme percepite dagli agenti pubblici in buona fede e senza aver contribuito all'errore *ex latere solventis*: non è infrequente pertanto che l'amministratore interessato , alla richiesta di restituzione , eccepisca la irrecuperabilità delle somme.

Evidente che all'amministrazione comunale o provinciale alla quale venga eccepita tale presunta irripetibilità, non resti che procedere al recupero giudiziale delle somme in argomento , salvo affrontare in caso contrario i rigori della Corte dei Conti.

II) Sorge altresì in tale evenienza la problematica della sussistenza o meno di un'incompatibilità sopravvenuta nel corso del mandato con la carica di consigliere, a seguito dell'azione civile eventualmente promossa dalla PA o promossa dallo stesso consigliere contro l'amministrazione , ognuno a tutela delle proprie ragioni di credito ritenute lese, per questioni sorte nel corso del mandato.

In ordine alle cause di incompatibilità la normativa rilevante è data dall'art. 63 del TU EE LL che – per quello che interessa in questa sede – così recita :“ *Incompatibilità.*

1. Non può ricoprire la carica di sindaco , presidente della provincia , consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale: (...)
- 4) colui che ha lite pendente , in quanto parte di un procedimento civile o amministrativo , rispettivamente , con il comune o la

provincia. La pendenza di una lite in materia tributaria ovvero di una lite promossa ai sensi dell'art. 9 del presente decreto non determina incompatibilità. Qualora il contribuente venga eletto amministratore comunale, competente a decidere sul suo ricorso è la commissione del comune capoluogo di circondario sede di tribunale ovvero sezione distaccata di tribunale. Qualora il ricorso sia proposto contro tale comune, competente a decidere è la commissione del comune capoluogo di provincia. Qualora il ricorso sia proposto contro quest'ultimo comune, competente a decidere è , in ogni caso , la commissione del comune capoluogo di regione. Qualora il ricorso sia proposto contro quest'ultimo comune , competente a decidere è la commissione del capoluogo di provincia territorialmente più vicino. La lite promossa a seguito di o conseguente a sentenza di condanna determina incompatibilità soltanto in caso di affermazione di responsabilità con sentenza passata in giudicato. La costituzione di parte civile nel processo penale non costituisce causa di incompatibilità . La presente disposizione si applica anche ai procedimenti in corso; 5) *Colui che , per fatti compiuti allorchè era amministratore o impiegato , rispettivamente , del comune o della provincia ovvero di istituto o azienda da esso dipendente o vigilato , è stato con sentenza passata in giudicato , dichiarato responsabile verso l'ente, istituto od azienda e non ha ancora estinto il debito;* 6) *Colui che , avendo un debito liquido ed esigibile , rispettivamente , verso il comune o la provincia*

ovvero verso istituto od azienda da essi dipendenti è stato legalmente messo in mora ovvero , avendo un debito liquido ed esigibile per imposte , tasse e tributi nei riguardi di detti enti, abbia ricevuto invano notificazione dell'avviso di cui all'art. 46 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; 7) Colui che, nel corso del mandato, viene a trovarsi in una condizione di ineleggibilità prevista nei precedenti articoli. (...)".

La norma anzidetta, seppur in apertura si produce in una dichiarazione che appare quasi una petizione di principio , qual' è appunto quella che sancisce la pendenza di una lite come causa di incompatibilità in via generale, poi nel suo sviluppo introduce una serie di temperamenti che riducono notevolmente la portata e l'ampiezza della previsione di incompatibilità stessa. La ratio di tale ineleggibilità (poi divenuta incompatibilità nella legge n. 154 del 1981) per lite pendente è stata posta acutamente in rilievo da C. cost. n. 58 del 1972 , secondo cui la disposizione mira ad assicurare "il disinteresse nell'esercizio delle funzioni cui il candidato aspira, per evitare gli inconvenienti che potrebbero insorgere qualora lo stesso soggetto fosse nel contempo amministratore e litigante"; ciò però non vale per le liti tributarie atteso che "la potenziale conflittualità tra ente impositore e contribuente appare quasi normale"

L'eccezione delle liti tributarie, introdotta da quest'ultima pronuncia, con dichiarazione di incostituzionalità, è poi stata

riprodotta nell'art. 3, comma 1, legge n. 154 del 1981, n. 4 e nell'art 63 appena citato.

In particolare , ai fini della presente indagine, rilevanti appaiono le limitazioni all'operatività della incompatibilità per quelle liti civili, promosse anche a seguito di una eventuale sentenza di condanna (penale), che comportano la decadenza della carica di consigliere per la sola ipotesi in cui l'esito del giudizio risarcitorio sia definitivamente contrario all' amministratore e quest'ultimo resti inadempiente all'esecuzione della statuizione giudiziale.

III) Orbene, sia pur nel silenzio della previsione normativa in esame , appare illogico ed irragionevole ritenere che una lite civile, non conseguenza di una pregressa condanna penale, possa di per sé sola , a prescindere dal suo esito, comportare la decadenza del consigliere interessato: evidente che “ a fortiorum” tale previsione di decadenza non opera nei casi di una lite iniziata ex novo ed avulsa da qualsiasi precedente statuizione giudiziale, quale può essere una sentenza di condanna penale con accertamento generico dell'an della responsabilità civile.

IV) Tali considerazioni valgono ancor di più laddove si consideri che testualmente per la norma in esame , la costituzione di parte civile non determina incompatibilità .

Sotto tale profilo è a tutti noto che l'anzidetta costituzione (per quello che interessa in questa sede) , altro non è che un frammento di processo civile inserito nel processo penale ,

mediante il quale il soggetto danneggiato - creditore , chiede una pronuncia che accerti la sussistenza dell' "an" della responsabilità civile dell'imputato, salvo rimettere il "quantum debeat" ad altro giudizio.

Orbene anche in quest'ambito, un' elementare interpretazione all'insegna dell'analogia legis, non può che condurre all'esclusione della causa di incompatibilità per la fattispecie in esame e ciò perché : " ubi eadem legis ratio , ibi eadem legis dispositio". Evidente in altri termini che se non viene ritenuta causa di insostenibile conflitto di interessi quella lite radicata nell'agone della contesa penalmente rilevante , ancor meno si può ritenere tale una lite civile "tout court"

V) Peraltro la giurisprudenza passata ha sempre interpretato la pendenza della lite in argomento come da riferirsi a fatti non ricollegabili all'esercizio del mandato : tale esimente , è stata ribadita anche nell'art. 63 attuale : illuminante sul punto la sentenza che segue , secondo la quale " l'incompatibilità con la carica di consigliere comunale , per effetto di lite civile o amministrativa con il comune , non sussiste in relazione ai fatti connessi con l'esercizio del mandato - va intesa come riguardante il fatto generatore della lite con riferimento non soltanto alle controversie che risultino strettamente correlate ai compiti istituzionali del soggetto della cui incompatibilità si discute , ma anche a quelle in cui quel soggetto non faccia valere interessi personali e privati , ma , ancorchè in modo errato o

infondato, interessi della collettività inerenti la funzione pubblica in questione. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto esistente la connessione con l'esercizio del mandato relativamente alla controversia proposta dall'amministratore comunale contro il comune per il rimborso delle spese di giustizia sopportate in un procedimento penale nel quale l'amministratore stesso era stato assolto). Cassazione civile , sez. I, 15 dicembre 2000 , n. 15845);

VI) Deciso "revirement" segna la medesima sezione della Corte di Cassazione allorchè ritiene che " La nozione di fatto connesso con l'esercizio del mandato – in relazione al quale, ai sensi dell'art. 3, ultimo comma, l. 23 aprile 1981 n. 154 , non opera l'incompatibilità con la carica di consigliere comunale derivante da lite civile o amministrativa pendente con il comune , prevista dal n. 4 del comma 1 dello stesso art. 3 – si riferisce esclusivamente ai comportamenti collegati all'esercizio della funzione , in quanto concorrenti al perseguimento degli interessi generali propri di essa, sicchè a tale nozione è estraneo non soltanto l'illecito doloso - nel quale, interrompendosi il rapporto organico tra l'ente ed il soggetto , è per definizione assente il legame della condotta con gli interessi della collettività – ma anche il fatto , pur non penalmente illecito, il quale, quantunque traente spunto od occasione dal mandato , sia rivolto al perseguimento di interessi meramente personali dell'amministratore o di altri privati soggetti. Ne consegue che non rientra nell'esimente del fatto connesso con l'esercizio del

mandato la riscossione di una indennità di carica , quale sindaco , in misura diversa e maggiore rispetto a quella ritenuta spettante dal comune con la lite derivatane, attenendo l'indennità di carica ad una situazione giuridica a contenuto patrimoniale riguardante la persona dell'amministratore comunale, non ricollegata all'espletamento di funzioni istituzionali al servizio degli interessi generali dell'ente territoriale o della collettività”
[Cassazione civile, sez. I, 4 maggio 2002, n. 6426](#)

VII) La sentenza che precede non sembra tenere adeguatamente conto di alcuni principi costituzionali inerenti il diritto di difesa in generale, e più in particolare l'esigenza generale di ragionevolezza della norma che così come interpretata dalla statuizione che precede cadrebbe in una insanabile contraddizione interna (sul punto si rinvia ai paragrafi III e IV).

Ed infatti a ragionare con la cassazione del 2002 qualsiasi lesione del diritto di credito di un amministratore può essere a lui inferta , senza che quest'ultimo possa in nessun caso difendere le proprie ragioni , salvo rinunciare ad un suo diritto fondamentale ex art. 51 Costituzione , ossia il proprio diritto di elettorato passivo.

Diversamente opinando, per garantire la propria sopravvivenza del proprio status di amministratore, sarebbe costretto a rinunciare al proprio diritto - consacrato dalla Costituzione – di “ agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi

legittimi” ; in ogni caso l’interessato dovrebbe sacrificare un diritto costituzionalmente garantito .

Ma soprattutto, la norma così come interpretata dalla Cassazione del 2002 sarebbe potenziale mezzo persecutorio della maggioranza politica che attraverso delle liti strumentali , ben potrebbe così - in una chiara ottica antidemocratica --usare tale espediente in danno della minoranza e dei suoi componenti , creando artatamente delle cause di incompatibilità , e attivando liti giudiziali a tal fine.

VIII) Proprio a tale scopo il legislatore del 1980 aveva già previsto tale esimente dei fatti commessi nell’esercizio del mandato che sapientemente è stata reiterata dal legislatore del nuovo TU degli enti locali.

Tale impostazione, che si ritiene valida anche per l’ipotesi della causa attivata dall’ipotetico consigliere- a difesa del quantum e dell’an delle proprie indennità-, appare ancor più condivisibile ed evidente laddove si figuri l’ipotesi della lite ove l’amministrazione assuma un ruolo di parte attrice: a ritenere una lite siffatta , causa di incompatibilità , significherebbe ancora una volta sancire una sorta di diritto potestativo unilaterale della maggioranza politica in ordine alla sopravvivenza del mandato politico-elettorale di qualsiasi componente del consiglio, che non troverebbe previsioni simili negli altri ordinamenti democratici moderni.

Non a caso la giurisprudenza prevalente formatasi sul punto dei cosiddetti fatti "connessi" con l'esercizio del mandato (ex plurimis: Cassazione Civile, Sez.I°, 4 maggio 2002, n.6426; Cass. Civ. Sez. I, 15 dicembre 2000, n.15845; Cass. Civ., Sez.I°, 15 dicembre 2000, n.15845; Cass. Civ., Sez.I°, 12 novembre 1999, n.12529; Cass. Civ., Sez. I°, 30 marzo 1999, n.3070) tende a privilegiare un'interpretazione estensiva del concetto di "fatto connesso", escludendo, quindi, il tassativo riferimento agli specifici compiti dell'amministratore, espressamente elencati dalla legge, al fine di evitare che una lite, la cui origine trovasi - sia pure in via mediata ed indiretta - dentro la doverosa tutela degli interessi generali da parte dell'amministratore pubblico, possa fornire facile occasione di impedimento strumentale al diritto di elettorato passivo ed agli interessi generali, ai quali la Pubblica amministrazione deve conformare la sua attività.

IX) L'espressione "connessi" va quindi intesa in senso ampio, tale da ricomprendere nel concetto di "incompatibilità" soltanto quei giudizi pendenti, nei quali il soggetto fa valere interessi personali e privati non nascenti dal rapporto di mandato e tali da ricomprendere, nell'esimente, quei fatti, generatori di lite, compiuti per far valere interessi della collettività inerenti la funzione pubblica in questione, anche se in modo errato ovvero infondatamente (Cass. n.3503 del 1993) o comunque quei fatti che hanno comportato svolgimento di mandato elettorale ad opera del consigliere .

Orbene, l'indicata nozione di lite su atti connessi all'esercizio del mandato non trascura l'eccezionalità delle limitazioni del diritto di elettorato passivo, nè implica una loro estensione analogica, ma risulta imposta dalla valenza letterale delle espressioni usate dal legislatore, che evidenzia la "ratio" di evitare che l'ente pubblico possa essere rappresentato da cittadini condizionati da un interesse personale: ciò significa che la "lite" deve in ogni caso riflettere uno scontro di interessi, ossia, molto schematicamente, una pretesa di un soggetto di conseguire da un altro, che glielo contesta, qualche bene della vita, per fatti avulsi dal mandato elettorale in essere .

Ed allora, il concetto di "lite pendente" deve essere esplicitato nell'essere "parte in un procedimento civile o amministrativo... " ed ai fini dell'accertamento del presupposto dell'incompatibilità, non basta il "dato formale ed oggettivo", secondo cui i soggetti in conflitto d'interessi abbiano assunto la qualità di parti di una lite in senso processuale del rapporto controverso (Cons. Stato, Sez.4°, 30.9.1987 n.556), ma occorre una concreta indagine in ordine all' ambito della contesa, al fine di valutare se essa possa essere sostanzialmente espressiva di un interesse privato o se possa essere comunque ricondotta ad un interesse afferente al "munus" ed al mandato esercitato .

Evidente che anche se afferente a diritti di credito , la lite potenziale che dovesse derivare dalla contestazione di un'azione

di recupero di indennità di carica sarebbe afferente al “munus” esercitato dall’amministratore pubblico .

Questo orientamento, giurisprudenziale teso a leggere il requisito formale della "lite pendente" come espressione di un requisito sostanziale consistente nel conflitto di interessi, ha trovato chiara formulazione in Cass. 28 luglio 2001 n. 10335, che ha affermato che "ad integrare la condizione di pendenza della lite non basta, peraltro, la pura e semplice constatazione dell'esistenza, di un procedimento civile o amministrativo nel quale risultino coinvolti, attivamente o passivamente, l'eletto e l'ente, ma occorre che a questo dato formale corrisponda una concreta contrapposizioni di parti ossia una reale situazione di conflitto", nella quale- ad avviso di chi scrive - appare davvero irragionevole ritenere che possa rientrare una semplice lite in ordine ad un differente criterio di quantificazione di una indennità di carica dell’amministratore interessato.

Massimo Demetrio Sgrignuoli