

Area di riferimento: controlli sugli organi degli enti locali

di Walter Pennestri

L'on. Tizio, Senatore della Repubblica dell'attuale legislatura, presenta, in occasione delle elezioni amministrative che si svolgeranno nel prossimo turno ordinario elettorale nel Comune di X (ab. 22.000), la propria candidatura alla carica di Sindaco, senza rassegnare le dimissioni dal mandato parlamentare.

All'esito delle consultazioni elettorali, l'on. Tizio risulta eletto e, tuttavia, non declina l'incarico di appartenente alla Camera del Senato della Repubblica.

Il candidato, premessi brevi cenni sulle limitazioni al diritto di elettorato passivo, descriva quali provvedimenti il Prefetto potrà adottare al caso di specie.

Schema preliminare di svolgimento della traccia:

- Il diritto costituzionale di elettorato passivo: natura, finalità e limitazioni.
- Tipizzazione delle cause di ineleggibilità ed incompatibilità: diversità di ratio e di trattamento giuridico.
- Interpretazione ermeneutica del rapporto intercorrente tra le due fattispecie: il canone del tendenziale parallelismo e naturale biunivocità ovvero il processo di “trasformazione” delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in ipotesi di incompatibilità (sentt. Corte Costituzionale n. 143/2010 e n. 201/2003).
- L'ineleggibilità del Sindaco di comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti, candidato al Parlamento nazionale (art. 62 del D. L.vo n. 267/2000) e la mancata previsione della corrispondente ipotesi di incompatibilità quando la carica di Sindaco sia sopravvenuta al mandato parlamentare.
- L'intervento della Corte Costituzionale con le sentenze n. 277/2011 e n.120/2013 e quello del legislatore con il D.L. n. 138/2011 (convertito in L. n. 148/2011).
- Analisi e soluzione del caso concreto, con particolare riferimento alle attività di competenza dell'autorità prefettizia: procedura di contestazione, da parte del Consiglio comunale, della causa di incompatibilità del Sindaco e conseguente declaratoria di decadenza dalla carica locale. Avvio della procedura dello scioglimento del Consiglio da parte del Prefetto, ai sensi dell'art. 141 del D.L.vo 267/2000.

Svolgimento

L'art. 51 della Costituzione riconosce a tutti i cittadini, senza distinzione di sesso, la possibilità di accedere alle cariche elettive in condizione di uguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Attraverso il circostanziato richiamo al principio sancito dall'art. 3 della Carta fondamentale, la norma fissa il criterio della generalità del diritto di elettorato passivo, con la finalità di favorire il massimo coinvolgimento dei cittadini al processo democratico di svolgimento della vita pubblica.

Inquadrato dalla giurisprudenza costituzionale nella sfera dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte Cost. 46/69, 571/89, 53/90), il diritto politico potrà essere limitato soltanto nei limiti indispensabili e proporzionati alla tutela di altri interessi o valori di rango costituzionale ed esercitato alle condizioni normativamente previste. In questo senso, ogni individuazione di fattispecie derogatorie dovrà ritenersi ipotesi del tutto eccezionale la cui interpretazione sarà sottoposta a criteri ermeneutici particolarmente rigorosi e restrittivi.

In forza della riserva di legge prevista dall'art. 51 Cost., l'attività di tipizzazione delle restrizioni all'elettorato passivo è demandata al legislatore che a ciò provvederà attraverso una delicata attività di bilanciamento - rispondente ai canoni di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. - tra la necessità di tutelare il diritto individuale ed il bisogno di preservare esigenze di pubblico interesse legate alla funzione elettorale.

Secondo questa linea interpretativa, sono state ritenute idonee a giustificare deroghe al criterio di generalità indicate talune condizioni individuali e/o circostanze fattuali che potrebbero compromettere la libera espressione della volontà popolare e la corretta integrità del *munus publicum*: si pensi all'ipotesi in cui il soggetto che intenda esercitare il diritto di elettorato passivo rivesta, al momento della competizione elettorale, un incarico che possa condizionare, falsandola, la libertà di voto degli elettori o, ancora, all'ipotesi in cui il candidato (o l'eletto, nell'ipotesi in cui la situazione si verifichi successivamente all'assunzione del mandato elettivo) sia titolare (o divenga titolare) di un incarico che si pone in situazione di conflittualità con la carica elettiva, atteso il potenziale contrasto tra i diversi interessi sottesi al concomitante esercizio di entrambe le funzioni.

Le situazioni appena descritte sono state sistematicamente inquadrare come cause di ineleggibilità ed incompatibilità, i cui caratteri distintivi sono stati specificati, nel tempo, grazie all'attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Nonostante fossero, infatti, già richiamate dalla Costituzione come categorie separate ed autonome (cfr. artt. 65, 66, 112 Cost.), la differenziazione tra

le due fattispecie (suggerita per la prima volta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 42/1961) è stata recepita dal legislatore statale soltanto con l'entrata in vigore della legge 23 aprile 1981, n. 154 in materia di enti locali.

In tal senso, le riferite categorie di limitazione dell'accesso alla carica elettiva e di restrizione alla conservazione della funzione sono state individuate in relazione al momento di svolgimento della consultazione elettorale e distinte a seconda che esse intervengano prima o dopo l'assunzione dell'incarico elettivo.

In questa direzione, mentre l'ineleggibilità è stata definita come la situazione idonea a provocare effetti distorsivi sulla *par condicio* elettorale e dunque sulla regolarità delle competizioni, l'incompatibilità è stata interpretata come una situazione di conflitto di interessi nel quale un soggetto, ricoprendo determinate funzioni o svolgendo determinati compiti (prima o dopo l'elezione), potrebbe venire a trovarsi nello svolgimento del suo mandato elettivo.

Seguendo un approccio teleologico, la descritta distinzione è il frutto di una diversa valutazione della *ratio* sottesa ad entrambe le fattispecie in esame.

Con la previsione della ineleggibilità il legislatore intende preservare, ex art. 48 Cost., il libero convincimento degli elettori da possibili condizionamenti derivanti dalla posizione o dall'incarico eventualmente ricoperto dai candidati alla consultazione elettorale, anche se tali condizionamenti non siano ingenerati da specifici comportamenti attivi; e ciò allo scopo di evitare che il candidato, attraverso una *captatio benevolentiae* o un *metus publicae potestatis* sugli elettori, possa approfittare del proprio incarico per influire indebitamente sulla competizione elettorale.

Per converso, le norme che introducono cause di incompatibilità mirano a garantire il regolare esercizio delle pubbliche funzioni ex art. 97 Cost., preservando l'imparzialità dei poteri pubblici da possibili conflitti di interesse che derivano dal cumulo di funzioni tra loro confliggenti.

La differente *ratio* consente di comprendere anche la diversità di trattamento sanzionatorio ad esse riservato dal legislatore: nullità dell'elezione, *ope legis*, appena accertata nell'ipotesi in cui il soggetto ineleggibile risulti comunque eletto all'esito delle consultazioni elettorali, validità del mandato elettivo nel caso della incompatibilità, sebbene in tal caso gravi sull'interessato un obbligo di rimozione della situazione di conflittualità.

In linea con le eterogenee finalità perseguite e con il conseguente diversificato regime sanzionatorio, si pone la diversa opportunità riservata ai soggetti candidati o eletti di rimuovere la condizione limitativa di accesso e/o di esercizio della funzione.

A differenza dell'incapacità elettorale che presuppone la mancanza di un requisito positivo essenziale per accedere alla carica elettiva (maggiore età, iscrizione nelle

liste elettorali di un comune del territorio nazionale, abilitazione ai pubblici uffici), l'ordinamento prevede, infatti, che il soggetto che si trovi in una causa di ineleggibilità e/o di incompatibilità possa rimuoverla, espandendo nuovamente il diritto preventivamente compreso: da un lato, la condizione di ineleggibilità verrà meno quando l'interessato cessi dalla carica che impedisce la sua elezione in un momento antecedente lo svolgimento delle consultazioni elettorali (tendenzialmente coincidente col momento di presentazione delle candidature alle elezioni arg. art. 60, comma 3, TUEL), dall'altro, l'incompatibilità potrà essere rimossa anche successivamente all'elezione attraverso l'esercizio di opzione tra le cause incompatibili.

Tutto ciò vale a giustificare anche il diverso momento in cui potrà essere verificata la sussistenza delle due cause di limitazione: mentre infatti l'ineleggibilità va rilevata con riferimento al giorno fissato per la presentazione delle liste elettorali essendo una causa limitativa preordinata a tutelare la correttezza del procedimento elettorale sin dalla prima fase (sebbene la declaratoria possa avvenire anche successivamente alla convalida di un'elezione già avvenuta), la sussistenza dell'incompatibilità (anche se originaria e dunque antecedente all'elezione) potrà essere rilevata soltanto al momento dell'effettiva immissione nel mandato elettivo in vista del potenziale, ma altamente plausibile, rischio di conflitto derivante dal cumulo delle cariche.

Benché le limitazioni sopra riferite attengano a due esigenze di tutela differenti, il rapporto tra esse è stato interpretato alla luce di un canone di tendenziale parallelismo e naturale biunivocità, evincibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 51 della Carta costituzionale.

In forza del principio enunciato (cfr. legge 2 luglio 2004, n. 165, recante “*Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione*”), qualora la causa che preclude l'accesso ad una carica elettiva emerga successivamente all'elezione, tale circostanza sopravvenuta dovrà essere considerata come causa di incompatibilità. In altri termini, il soggetto eletto non può assumere durante il proprio mandato alcuni uffici che gli avrebbero precluso l'accessibilità all'incarico elettivo che sta svolgendo.

Una sorta di processo di trasformazione o di conversione ritenuto necessario dal giudice delle leggi per mantenere il sistema di eleggibilità in una cornice di coerenza e ragionevolezza, onde poter salvaguardare il buon andamento e l'imparzialità dei pubblici uffici ed il libero espletamento di entrambi gli incarichi (cfr. sent. Corte Cost. n. 143/2010 e n. 201/2003).

Ed invero, il mancato trattamento di una simile sopravvenienza nei termini di incompatibilità determinerebbe un'evidente disparità di trattamento di chi, tro-

vandosi in una condizione di ineleggibilità prima della consultazione popolare, non possa accedere all'incarico elettivo se non rimuovendone le limitazioni, rispetto a chi incorra nella medesima condizione di ineleggibilità ma solo successivamente all'elezione. Il tutto con evidente violazione del principio di uguaglianza richiamato dall'art. 51 della Costituzione.

È proprio con riferimento alle cause di ineleggibilità sopravvenute alla carica di Sindaco dei comuni con popolazione superiore a 20.000 abitanti che la Corte costituzionale ha, in tempi piuttosto recenti, richiamato il principio poc'anzi esaminato.

La disciplina positiva sulla eleggibilità alle cariche elettive degli enti territoriali minori, unitamente alla tipizzazione delle relative restrizioni, è prevista dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Nel particolare, mentre l'art. 60 del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali elenca puntualmente gli incarichi e le funzioni che determinano, in via generale ed astratta, la limitazione di accesso alla carica di Sindaco, il successivo art. 63 individua, con una presunzione *iuris et de iure*, le categorie di incarichi che determinano, invece, un'ipotesi di conflittualità con il mandato locale.

Con riferimento alla prima delle limitazioni indicate, il legislatore del 2000 ha previsto la possibilità per il candidato di rimuovere la causa di ineleggibilità cessando dalle funzioni che precludono l'accesso alla carica elettiva (attraverso le dimissioni, il trasferimento, la revoca dell'incarico o del comando, il collocamento in aspettativa non retribuita) non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature.

Per converso, l'eletto che si trovi in una delle condizioni previste dall'art. 63 TUEL potrà rimuovere la causa di incompatibilità attraverso l'esercizio di un'opzione tra le cariche confliggenti.

Sia nell'ipotesi in cui il Sindaco perda successivamente all'elezione i requisiti positivi di eleggibilità, sia nell'ipotesi in cui versi in una condizione di incompatibilità, originaria o sopravvenuta alla consultazione, l'art. 68 TUEL prevede, quale conseguenza della mancata rimozione della condizione limitativa, la decadenza dalla carica elettiva. Il procedimento sanzionatorio è descritto dal successivo art. 69 che demanda al Consiglio di cui l'interessato fa parte l'onere di contestare la sussistenza della fattispecie patologica in questione.

Orbene, per i profili di interesse, appare utile esaminare la disposizione contenuta nell'art. 62 TUEL che individua un'ipotesi di ineleggibilità cui versa il Sindaco di un comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti che aspiri a ricoprire la carica di Deputato o Senatore.

Tale norma, nel richiamare la disciplina in materia di elezioni alle Camere del Parlamento, rispettivamente contenuta nel decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e nel decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, prevede che l'accettazione della candidatura a parlamentare da parte del Sindaco di un comune di certa rilevanza demografica comporti, in ogni caso, per il primo cittadino la decadenza dalla carica elettiva ricoperta.

Tuttavia, né la normativa sull'incompatibilità parlamentare di cui alla legge 15 febbraio 1953, n. 60, né il Testo Unico sull'ordinamento degli Enti locali hanno previsto alcunché per il caso in cui l'identica causa di ineleggibilità (ossia l'assunzione della carica di Sindaco) sopravvenga rispetto all'elezione parlamentare ovvero per il caso in cui il mandato di Sindaco venga assunto successivamente a quello di deputato o senatore.

In base alle disposizioni richiamate, il mandato sindacale in un comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti, sebbene rappresenti una causa di ineleggibilità originaria a membro del Parlamento, non determinerebbe alcun effetto sull'esercizio del diritto di elettorato passivo qualora sopravvenga alla carica parlamentare.

Alla luce del principio interpretativo sopra richiamato, la mancata previsione del divieto di cumulo tra le due cariche elettive comporta una disparità di trattamento tra la posizione di coloro che, già parlamentari, intendono candidarsi, senza limitazioni, alla carica locale e coloro che, invece, titolari di un ufficio pubblico locale presentino la propria candidatura per uno dei due rami del Parlamento. Su questi ultimi, infatti, grava l'onere di rimuovere la causa di ineleggibilità e, in caso di inerzia, l'ordinamento prevede la decadenza automatica dalla carica ricoperta in concomitanza con la presentazione della propria candidatura.

Sul punto, è intervenuta la Corte Costituzionale (con le sentenze n. 277/2011 e n. 120/2013) che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge 15 febbraio 1953, n. 60 in materia di incompatibilità parlamentari e dell'art. 63 TUEL in tema di incompatibilità delle cariche elettive locali, nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di Sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti.

Sotto questo profilo, il giudice delle leggi ha affermato come appaia irragionevole la scelta del legislatore di prevedere un'esclusione di eleggibilità alle Camere del Parlamento di chi rivesta la carica di Sindaco di un grande comune che non sia accompagnata dalla previsione di una causa di incompatibilità quando il mandato locale sopravvenga rispetto alla elezione a membro del Parlamento nazionale.

Sulla vicenda, è intervenuto anche il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, che, all'art.13, comma

3, ha previsto che le cariche di deputato e senatore sono incompatibili con qualsiasi altra carica pubblica elettiva di natura monocratica relativa ad organi di governo di enti pubblici territoriali aventi popolazione superiore ai 5.000 abitanti.

Venendo al merito della fattispecie, sulla base degli elementi conoscitivi messi a disposizione, appare acclarata la non sussistenza in capo a Tizio di una causa di ineleggibilità in quanto lo stesso, al momento della candidatura all'elezione amministrativa, non svolgeva alcuna delle funzioni e/o degli incarichi previsti dall'art. 60 TUEL. Se ne deduce, dunque, che l'elezione alla carica di Sindaco sia stata convalidata dall'Ufficio elettorale centrale sebbene risulti che Tizio non abbia mai rassegnato le proprie dimissioni dal mandato parlamentare.

L'avvenuta elezione di Tizio a Sindaco del Comune di X ha, tuttavia, comportato la contemporanea sussistenza di due incarichi: Senatore, da un lato, e Sindaco, dall'altro.

Alla luce degli interventi ermeneutici richiamati, la situazione di Tizio, già senatore ed eletto Sindaco del Comune di X, configurerebbe un'ipotesi di incompatibilità, che come tale dovrà essere contestata dal Consiglio comunale, secondo il procedimento previsto dall'art. 69 del TUEL.

Ai sensi della norma richiamata, l'interessato avrà dieci giorni di tempo per formulare osservazioni o per eliminare la causa di incompatibilità contestata. Entro i successivi dieci giorni, il Consiglio delibererà definitivamente e, ove ritenga sussistente la limitazione all'esercizio della funzione, inviterà l'amministratore a rimuoverla o ad esprimere, se del caso, l'opzione per la carica che intenda conservare. Qualora l'amministratore non vi provveda entro i successivi dieci giorni l'organo consiliare lo dichiarerà decaduto.

All'esito della menzionata procedura, le funzioni di Sindaco, dichiarato decaduto dal Consiglio comunale, saranno svolte, ai sensi dell'art. 53 TUEL dal Vicesindaco con contestuale avvio da parte del Prefetto competente per territorio della procedura di scioglimento dell'organo consiliare ai sensi dell'art. 141, comma 1, lett. b) del TUEL.

Al riguardo, il Prefetto invierà un circostanziato rapporto contenente le motivazioni sottese alla fattispecie esaminata al Ministro dell'Interno, il quale provvederà a proporre al Presidente della Repubblica lo scioglimento del consesso assembleare che, tuttavia, resterà in carica fino al primo turno elettorale utile.

La procedura si concluderà con l'adozione di un decreto del Presidente (comunicata al Parlamento) che sarà poi pubblicato, a fini notiziali, sulla Gazzetta Ufficiale.

Per completezza espositiva, si evidenzia che nel caso in cui il Consiglio comunale non dovesse ritenere sussistente la causa di incompatibilità sarà possibile esperire

ricorso giurisdizionale avverso la relativa delibera. Nel caso, infine, in cui il consesso ometta di dichiarare l'esistenza della causa limitativa dell'esercizio della funzione sindacale, la declaratoria di decadenza dalla carica potrà essere promossa da qualsiasi cittadino elettore del comune o da chiunque altro vi abbia interesse nonché dal Prefetto avviando l'azione popolare prevista dall'art. 70 TUEL.



Legislazione correlata

Artt. 3 e 51 Cost..

D. L.vo n. 267/2000 (artt. 53, 60, 62, 63, 68, 69, 70, 141).

D.P.R. n. 361/1957.

D. L.vo n. 533/1993.

L. n. 60/1953.

D. L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni dalla L. 148/2011 (art. 13).