

Sulla incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e/o amministratore di un ente pubblico e la carica di componenti del Consiglio comunale.

I. L'art. 1, comma 49¹, della L. n. 190 del 6 novembre 2012 (meglio nota come “*Legge anticorruzione*”, recante le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella Pubblica Amministrazione), ha delegato il Governo ad emanare, entro sei mesi dalla sua entrata in vigore, un decreto legislativo diretto a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle Pubbliche Amministrazioni.

In attuazione della delega è stato approvato il **D.Lgs. n. 39 dell’8 aprile 2013**², avente ad oggetto le disposizioni in materia di inconfiribilità ed incompatibilità di incarichi presso le Pubbliche Amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico.

Come affermato dalla Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nella “*Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. n. 39 del 2013)*”³, il D.Lgs. n. 39/2013 costituisce un “*diaframma protettivo rispetto alle pressioni del ceto politico, ed ai rischi di “cattura” da parte degli interessi regolati, che*

¹ Recita il cit. comma 49 della L. n. 190/2012: “*Ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi, il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione, nonché a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate.*

² Pubblicato sulla G.U. n. 92 del 19 aprile 2013 ed entrato in vigore il 4 maggio 2013.

³ La Relazione è reperibile sul sito www.anticorruzione.it

viene a contrastare le patologie proprie del fenomeno delle c.d. “revolving doors” (il passaggio senza soluzione di continuità da una carica a da un incarico all’altro) e del cumulo di cariche”.

Ai sensi di quanto disposto dall’art. 2⁴, il decreto in questione si applica agli incarichi conferiti nelle Pubbliche Amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2⁵, del D.Lgs. n. 165/2001, ivi compresi gli Enti pubblici, nonché negli enti di diritto privato in controllo pubblico. Inoltre, il successivo comma specifica che, “*ai fini del presente decreto*”, al conferimento negli enti locali di incarichi dirigenziali è “*assimilato quello di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale*”, nonché di tali incarichi a soggetti con contratto a tempo determinato, ai sensi dell’art. 110, comma 2, D.Lgs. 267/2000.

Il decreto in esame chiarisce, sin da subito, **la distinzione tra l’inconferibilità e l’incompatibilità di un incarico**: l’art. 1, lett. g), infatti, dispone che per “*inconferibilità*” deve intendersi “*la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal Capo I del Titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organo di indirizzo politico*”; la lett. h) recita, invece, che per “*incompatibilità*” deve intendersi “*l’obbligo per il soggetto cui viene conferito l’incarico di*

⁴ Recante: “*Ambito di applicazioni*”.

⁵ Recita il cit. comma 2 dell’art. 1 del D.Lgs. n. 165/2001: “*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONP*”.

scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e carichi in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico”.

Dunque, con il termine “*inconferibilità*” si intende individuare le cause preesistenti, di natura soggettiva od oggettiva, che impediscano ad un soggetto di assumere legittimamente un incarico; con il termine “*incompatibilità*” si intendono le cause che, in qualunque momento insorgano, impediscono ad un soggetto incaricato di continuare a esercitare legittimamente le funzioni connesse all'incarico e che, conseguentemente, comportano la decadenza da un incarico conferito.

II. Con riguardo all'interpretazione delle norme in materia di incompatibilità, è stato autorevolmente affermato che “.. .. **le norme che impongono limiti ai diritti di elettorato attivo e passivo dei cittadini - e fra queste quelle in materia di incompatibilità - sono di stretta interpretazione**” (Consiglio di Stato, Sezione Terza, 12 novembre 2014, n. 5583).

Tuttavia, fermo restando il divieto di interpretazione analogica, le predette norme potrebbero essere oggetto di un'interpretazione estensiva⁶, secondo quanto affermato dalla Cassazione⁷

⁶ Preme specificare che l'interpretazione estensiva è comunque una forma di interpretazione testuale della disposizione, che conduce ad attribuirle un significato semplicemente più ampio della mera espressione letterale; mentre l'interpretazione analogica designa una forma d'integrazione del diritto lacunoso, che permette di regolare un caso non previsto dalla legge, con la disciplina prevista per un caso analogo, che abbia, cioè, lo stesso razionale fondamento, mediante un processo logico per risalire dalle norme espresse e particolari al principio che le governa.

⁷ Di seguito, la massima della citata decisione: “*La causa di incompatibilità alla carica di consigliere comunale, prevista dall'art. 63, comma primo, numero 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), per colui che, come titolare, "ha parte", anche indirettamente, in servizi esercitati nell'interesse del comune, pur trattandosi di limitazione ad un diritto fondamentale e dunque restando assoggettata al divieto di interpretazione analogica, può essere interpretata in senso estensivo, fino a ricomprendere anche soggetti, non menzionati dal legislatore, ma assimilabili a quelli nominati dalla citata disposizione, in ragione della loro posizione personale verso l'ente e del potenziale conflitto d'interessi; possono rilevare, a tal fine, anche forme eterogenee di attività perseguite*

pur se con riguardo alla distinta causa di incompatibilità alla carica di consigliere comunale di cui all'art. 63, comma 1, n. 2, del D.lgs. n. 267/2000 (Cass. Civ., Sezione Prima, 22 dicembre 2011, n. 28504).

Sulla incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e la carica di componenti del Consiglio Comunale.

a) Ambito soggettivo.

Preliminarmente chiarita la distinzione tra i due diversi concetti di inconfiribilità ed incompatibilità, ci si sofferma sull'ipotesi della *“incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali”*, come disciplinata dall'**art. 11 del sopra citato D.Lgs. n. 39/2013**.

In particolare, , viene in rilievo il comma 3 della richiamata disposizione, secondo cui *“gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione nonché gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale sono incompatibili b) con la carica di componente della giunta o del consiglio della provincia, del comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o*

dall'amministrazione comunale, pur quando non implicano l'esercizio di potestà autoritative. (La S.C. ha affermato detto principio con riguardo al professionista autore del progetto di variante generale al programma di fabbricazione mediante una prestazione, oggetto di convenzione con il comune, con carattere di continuità, permanenza e stabilità, durata circa sette anni, seguita dalla elezione del medesimo alla carica di consigliere comunale e non ancora esaurita)”. Nello stesso senso, anche Cass. Civ., Sezione Prima, 11 marzo 2005, n. 5449, secondo cui: “Ogni limitazione al diritto di elettorato passivo ha carattere di “eccezione” rispetto al generale fondamentale principio del libero accesso, in condizioni di uguaglianza, di tutti i cittadini alle cariche elettive; ciò comporta il divieto di interpretazione analogica in materia di cause di ineleggibilità e di incompatibilità; le relative disposizioni possono, tuttavia, essere interpretate, nel rispetto del canone della ragionevolezza, in senso “estensivo” rispetto alla mera littera legis”.

di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, ricompresi nella stessa regione dell'amministrazione locale che ha conferito l'incarico”.

Occorre, sin da subito, precisare che l'art. 1, lett. l), del decreto in parola precisa che: “*per «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», si intendono “gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico”.*

Come ragionevolmente affermato dalla giurisprudenza⁸ e dalla dottrina⁹, la *ratio* sottesa alla prevista incompatibilità risiede evidentemente nell'evitare che la medesima persona fisica rivesta contestualmente la carica di amministratore di un Comune o di una Provincia e la qualità di titolare, amministratore, dipendente, con poteri di rappresentanza o

⁸ “*Del resto questa impostazione trova conferma nell'intervento normativo operato dal D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39, in attuazione della delega contenuta nella L. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge anticorruzione), che ha introdotto nuove e molteplici ipotesi di inconferibilità e incompatibilità di incarichi, tra le quali - per ciò che ora interessa - quelle relative ai rapporti tra la carica di Sindaco, di Presidente della provincia e di Consigliere comunale o provinciale da una parte e la carica di "Amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti" dall'altra (cfr. artt. 7 e 11); difatti, nell'impedire al Sindaco e al Presidente della Provincia di “sedere in prima persona” negli organi di amministrazione di un ente privato controllato dall'amministrazione (come, nel caso ora in esame, il CIPNES), il legislatore denota una chiara volontà di “slegare”, almeno in certa misura, le due cariche, così da garantire che la seconda possa essere esercitata in modo indipendente dalla prima, ancorché pur sempre nell'interesse dell'ente nominante; pertanto le norme che regolano il conferimento e la revoca di questo tipo di incarichi (tra cui l'art. 50 del D.Lgs. n. 267 del 2000) devono essere gioco forza interpretate alla luce della nuova disciplina “anticorruzione”, riconoscendo ai titolari di incarichi fiduciari quel minimo di indipendenza dall'organo nominante che tale disciplina implicitamente impone, con la conseguenza che l'eventuale decisione di revocare un incarico fiduciario già attribuito dovrà essere adeguatamente motivata, nei termini in precedenza esposti”:* Tar Sardegna - Cagliari, Sezione Seconda, 23 aprile 2015, n. 717.

⁹ In dottrina, vd. Kranz Sylvia, *Di dirigenti e dipendenti delle pubbliche amministrazioni e delle società partecipate*, in www.leggiditalia.it; sul punto, vd. Elena Griglio, *La giurisprudenza costituzionale in materia di ineleggibilità, incandidabilità e incompatibilità*, in www.documenti.camera.it, secondo cui “.. .. la *ratio* dell'incompatibilità assolve ad un suo proprio scopo - sostanzialmente quello di evitare la contemporanea titolarità di due uffici validamente conseguiti -”; ancora, sulla specifica *ratio* sottesa alla disciplina dell'incompatibilità, Francesco Merloni, *Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, in www.treccani.it, secondo cui: “*l'incompatibilità mira ad impedire che possa permanere nell'incarico amministrativo colui che si trovi in particolari situazioni di conflitto*”.

di coordinamento, di un soggetto che si trovi in rapporti giuridici con l'Ente locale: rapporti caratterizzati da una prestazione da effettuare all'Ente o nel suo interesse, atteso che tale situazione potrebbe essere foriera di una **posizione di conflitto d'interessi**. Invero, le previste incompatibilità rispondono alla *“necessità di tenere distinti coloro che hanno poteri di indirizzo sull'amministrazione da coloro che sono soggetti a poteri di indirizzo politico”*¹⁰.

Del resto, ciò è coerente con la finalità di prevenzione e contrasto della corruzione, nonché con l'obiettivo di prevenire i conflitti di interessi, come dichiarato dalla citata disposizione della legge delega¹¹.

b) Ambito oggettivo.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della disposizione, il D.Lgs. n. 39/2013, all'art. 1, comma 2, lett. b), chiarisce che per *“<<enti pubblici>>”* debbono intendersi *“gli enti di diritto pubblico non territoriali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati”*.

Dunque, dal combinato disposto della sopra richiamata disposizione (art. 1, comma 2, lett. b) con il predetto art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 39/2013 si può ritenere, quale *argumenta a contrariis*, che:

1) non è ravvisabile una situazione di incompatibilità tra la carica di consigliere provinciale o comunale e la carica di amministratore di un Ente che, seppure “pubblico” nel

¹⁰ Così come si legge nella *“Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. n. 39 del 2013)”*

¹¹ Ed infatti, il comma 49 della L. n. 190/2012 stabilisce: *“Ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi, il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni ...”*.

sensu specificatamente definito dalla sopra citata disposizione, non si trovi in rapporti giuridici con l'Ente locale, così da non potersi profilare alcun tipo di conflitto d'interessi.

Con la precisazione che sussistono rapporti giuridici ogni qual volta vi sia una relazione che lega due o più soggetti, in base ad un contratto e/o ad una disposizione di legge, che attribuisce loro, rispettivamente, reciproci diritti ed obbligazioni giuridiche¹².

2) non vi è, comunque, incompatibilità tra la carica di consigliere provinciale o comunale e quella di amministratore di un Ente “non pubblico”, cioè di un Ente non rientrante nell'ampia definizione di “.. .. *enti di diritto pubblico non territoriali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati*” (art. 1, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 39/2013).

In buona sostanza, per acclarare la compatibilità o meno della nomina sarà necessario verificare di quale specifico Ente si tratti, così da stabilire: 1) se lo stesso rientri nell'ampia nozione di “Ente pubblico”, come definita dal cit. art. 1, comma 2, lett. b); 2) se tale Ente pubblico si trovi in una qualche relazione, per legge e/o per contratto, con l'amministrazione

¹² Sul punto, si segnalano i seguenti orientamenti dell'ANAC:

- l'orientamento n. 118 del 3 dicembre 2014, secondo cui è incompatibile, ai sensi dell'art. 11, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 39/2013, lo svolgimento di un incarico amministrativo di vertice nell'amministrazione regionale con la carica di **liquidatore della Comunità montana**, in quanto trattasi di una forma associativa tra Comuni con popolazione superiore a 15mila abitanti all'interno della medesima Regione;
- l'orientamento n. 87 del 7 ottobre 2014, secondo cui sussiste l'incompatibilità di cui all'art. 11, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 39/2013 tra l'incarico di consigliere di amministrazione di un'Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza, avente natura giuridica di Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza (I.P.A.B.), non ancora trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona (A.S.P.) o in persona giuridica di diritto privato (associazioni o fondazioni), con la carica di componente della giunta o del consiglio di un Comune con popolazione superiore a 15mila abitanti o di una forma associativa tra comuni aventi la medesima popolazione della medesima Regione;
- l'orientamento n. 20 del 28 maggio 2014, secondo cui le ipotesi in tema di incompatibilità e inconfiribilità di cui al D.lgs. n. 39/2013 si applicano anche al **liquidatore di una società**, in quanto tale figura non si limita a svolgere attività meramente liquidatorie o conservative, ma è titolare di poteri gestori e di poteri rappresentativi e, pertanto, si sostituisce agli amministratori.

che conferisce l'incarico e, conseguentemente, possa configurarsi, seppur astrattamente, un potenziale conflitto d'interessi.

In assenza anche di uno solo di entrambi tali indefettibili presupposti, non sussisterà alcuna incompatibilità.

Sulle sanzioni per la violazione delle disposizioni in materia di incompatibilità

In linea con le stringenti e primarie finalità sottese alla normativa in esame, il legislatore ha poi stabilito **un regime sanzionatorio particolarmente rigoroso** nel caso di violazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 39/2013.

Da un lato, infatti, ai sensi dell'art. 17 del decreto, è **nullo** l'incarico conferito in violazione delle disposizioni del medesimo decreto; dall'altro, ai sensi del successivo art. 18, i componenti degli organi che abbiamo conferito incarichi dichiarati nulli (ad eccezione dei componenti assenti al momento della votazione, dei dissenzienti e degli astenuti) sono **responsabili** per le conseguenze economiche degli atti adottati e non possono conferire ulteriori incarichi, pur di loro competenza, per un periodo di tre mesi.

Infine, è espressamente stabilito dall'art. 19 che lo svolgimento degli incarichi di cui al decreto in questione in una delle situazioni di incompatibilità regolate dal legislatore comporta la **decadenza** dall'incarico e la **risoluzione** del relativo contratto di lavoro.

Settembre 2018