



ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
COMUNI
ITALIANI

IL PRESIDENTE

Prot. 51/SG/VN/DPRS/AD/fb-13

Roma, 1 luglio 2013

Egregio Ministro,

con la presente mi riferisco alle problematiche applicative poste dal d.lgs n. 39/2013, che ha introdotto nuove forme di incompatibilità tra gli incarichi dirigenziali e incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi.

In merito, con lettera del 16 maggio 2013 abbiamo sottoposto all'attenzione dei Suoi Uffici diverse problematiche applicative relative al decreto in oggetto, prime fra tutte la mancata previsione, in via espressa, di un regime transitorio di entrata in vigore delle disposizioni ivi previste in relazione alle nuove ipotesi di inconfiribilità e di incompatibilità di incarichi presso le PA e presso gli enti privati in controllo pubblico.

Ciò, di fatto, incide su situazioni consolidate, nel pieno rispetto del quadro legislativo allora vigente, prima dell'entrata in vigore del decreto medesimo, con gravi conseguenze sui delicati equilibri degli organi elettivi dei Comuni.

Come abbiamo avuto modo di esporre nella nota citata, riteniamo che, in ossequio ad un principio generale del nostro ordinamento per cui *tempus regit actum*, le nuove ipotesi di inconfiribilità e di incompatibilità di incarichi previste dal citato decreto legislativo n. 39/2013 non operano in relazione agli incarichi ed alle cariche già ricoperte o conferite alla data di entrata in vigore del decreto stesso, trovando invece applicazione solo in relazione agli incarichi ed alle cariche ricoperte o conferite successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

Nella nota tecnica allegata alla presente (All.1), ribadiamo ed approfondiamo le motivazioni di carattere giuridico a sostegno dell'orientamento ora esposto.

In diverse sedi ci era stata data ampia rassicurazione circa la condivisione da parte dei Suoi Uffici di tale orientamento.

Apprendiamo che la CIVIT con la Delibere n. 46, 47 e 48 del 27 giugno us ha formalizzato il proprio orientamento sulle questioni applicative sollevate dal D. lgs n. 39/2013, ivi compreso il regime transitorio, ritenendo che le nuove ipotesi di incompatibilità disciplinate dalla norma trovano applicazione anche agli incarichi in

11



essere alla data di entrata in vigore del decreto e dunque affidati sotto l'egida del previgente regime.

Stante la delicatezza della situazione e lo stato di estrema confusione ed incertezza in cui versano gli Enti, riteniamo dunque urgente un Suo riscontro alla nostra nota del 16 maggio us.

Le chiediamo, inoltre, di sostenere nelle opportune sedi gli emendamenti che l'Associazione sta comunque predisponendo al decreto in oggetto, al fine di chiarire in via definitiva le innumerevoli questioni applicative poste dalla norma.

Restando in attesa di un cortese cenno di riscontro, colgo l'occasione per inviare i miei più cordiali saluti.

Alessandro Cattaneo
Presidente ANCI f.f.

On. Giampiero D'ALIA
Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplicazione
Palazzo Vidoni
00186 Roma

Decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39
“Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le
pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma
dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190”

- Il regime transitorio -

Il d. lgs n. 39/2013 ha introdotto, in attuazione della delega recata dall'articolo 1, c. 49 e 50, della legge n. 190/2012 ed ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione nonché della prevenzione dei conflitti di interessi, una nuova disciplina in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico definendo nuove ipotesi 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.

La norma in oggetto non prevede, in via espressa, un regime transitorio di entrata in vigore delle disposizioni ivi previste in relazione alle nuove ipotesi di inconfiribilità e di incompatibilità di incarichi presso le PA e presso gli enti privati in controllo pubblico.

Ciò, di fatto, incide su situazioni consolidate, nel pieno rispetto del quadro legislativo allora vigente, prima dell'entrata in vigore del decreto medesimo.

Si ritiene, tuttavia, che le nuove ipotesi di inconfiribilità e di incompatibilità di incarichi previste dal citato decreto legislativo n. 39/2013 non operano in relazione agli incarichi ed alle cariche già ricoperte o conferite alla data di entrata in vigore del decreto stesso, trovando applicazione solo in relazione agli incarichi ed alle cariche ricoperte o conferite successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

Ciò sulla base di due ordini di considerazioni.

Innanzitutto occorre rilevare, in via generale, che i rapporti - in essere al 4 maggio 2013 - sui quali operano le nuove “incompatibilità” scaturiscono da atti adottati di regola all'esito di un procedimento o, comunque, di una procedura di natura privatistica, i quali hanno acquisito efficacia sotto il vigore della precedente disciplina. In proposito, la giurisprudenza amministrativa in più occasioni ha richiamato l'applicazione del principio *tempus regit actum* quale criterio su cui si conforma l'azione dell'amministrazione, lo svolgimento dei procedimenti e l'adozione dei provvedimenti conclusivi (Cons. Stato, n. 1511/2013, Cons. Stato 1458/2009, Cons. Stato sez. V 495/2006).

In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito come “per il procedimento amministrativo vale il generale principio *tempus regit actum* sulla base del quale l’opinione comune ritiene che la nuova normativa non sia invocabile quando il procedimento abbia già *esaurito sostanzialmente* la fase più significativa dal punto di vista sostanziale”.

Da ciò deriva che la legittimità di un provvedimento va valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui lo stesso è stato adottato, in relazione agli interessi *sostanziali* tutelati in quella fase del procedimento.

Tale lettura appare, inoltre, avvalorata anche dal principio di tutela dell’affidamento nella sicurezza dell’ordinamento giuridico, cui spesse volte la giurisprudenza costituzionale ha fatto riferimento (Corte Cost. n. 236/2009).

Il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto, non può essere lesa da disposizioni retroattive, che “*trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori*” (*ex plurimis*, sentenze n. 24 del 2009; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999 e n. 390 del 1995). Inoltre nel caso in cui la norma può disporre anche per il passato è necessario che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (*ex plurimis*, sentenze n. 162 del 2008; n. 74 del 2008; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 374 del 2002 e n. 525 del 2000).

Se dunque si dovesse ritenere che le nuove ipotesi di incompatibilità trovino applicazione anche alle situazioni giuridiche già consolidate alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 39 in commento, si finirebbe per attribuire alla norma un valore retroattivo non espressamente previsto e che si porrebbe, tra l’altro, in netto contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, quali innanzitutto il diritto, costituzionalmente garantito, di accesso alle cariche elettive in condizioni di parità.

E veniamo qui al secondo elemento da considerare ai fini di una corretta interpretazione delle disposizioni in oggetto; le norme del d. lgs. n. 39/2013 (cfr. artt. 11 e 12) definiscono nuove ipotesi di incompatibilità tra l’essere pubblico dirigente o titolare di incarico amministrativo di vertice di una PA e l’essere componente di organo di indirizzo politico a livello locale, quale Sindaco, Assessore o Consigliere.

Ebbene, come recentemente ricordato dal giudice costituzionale nella sent. n. 60 del 2006, caratteristica fondamentale delle cause di incompatibilità è la effettiva possibilità per l’interessato di rimuoverle con un proprio atto di rinuncia ad una attività o professione o con il trasferimento ad altra sede. Il giudice costituzionale precisa che la condizione di incompatibilità, per essere costituzionalmente legittima, deve essere rimovibile attraverso un atto di volontà dello stesso soggetto.

In altre parole, la condizione di incompatibilità è costituzionalmente legittima nella misura in cui la stessa può essere rimossa attraverso l'esercizio di un'opzione.

Ad avviso dello scrivente, nel caso di specie, laddove si ritenesse applicabile il D. Lgs n. 39/2013 agli incarichi in essere con conseguente incompatibilità sopravvenuta, tale incompatibilità non potrebbe essere rimossa attraverso l'esercizio di un effettivo esercizio di jus variandi.

Il d. lgs. n. 39 prevede che in caso di incompatibilità *“restano ferme le disposizioni che prevedono il collocamento in aspettativa dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”*. Non sfugge, tuttavia, come tale soluzione non sia di fatto percorribile in quanto per il pubblico dipendente vige il principio di unicità del rapporto di lavoro; per effetto di ciò, dunque, il dipendente pubblico che, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 39/2013, dovesse collocarsi in aspettativa per risolvere l'incompatibilità, si ritroverebbe privo di ogni forma di adeguato sostentamento.

Né può ritenersi che il soggetto che dovesse ritrovarsi in una delle situazioni di incompatibilità *“sopravvenuta”* per effetto dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 39/2013 possa rinunciare al mandato elettivo causa di incompatibilità.

Pur volendo tralasciare le concrete conseguenze connesse a questo tipo di soluzione (basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al caso di un Sindaco che incorra in una situazione di incompatibilità e rassegni le proprie dimissioni: ciò comporterebbe, a termini dell'art. 53 del D. lgs n. 267/2000, lo scioglimento del Consiglio Comunale e la contestuale nomina di un commissario), è appena il caso di sottolineare come ciò configurerebbe di fatto una forma surrettizia di limitazione dell'elettorato passivo che si porrebbe in netto contrasto con il dettato costituzionale e con l'orientamento giurisprudenziale corrente, secondo il quale le norme sopravvenute riguardanti i diritti soggettivi afferenti ai titolari di cariche pubbliche elettive trovano applicazione alla scadenza del mandato elettivo.

Quanto alle disposizioni che regolano le condizioni di esclusione o di limitazione del diritto elettorale passivo (incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità), giova riportare, sinteticamente, i principi ormai consolidati fissati dalla giurisprudenza costituzionale:

1) quello dell'elettorato passivo costituisce un diritto *«riconducibile nell'ambito dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione»* (sent. n. 571/1989);

2) a norma dell'art. 51 Cost. *«l'eleggibilità è la regola, l'ineleggibilità l'eccezione»* (cfr. sentt. nn. 46/1969, 235/1988, 510/1989);

3) *«le cause di ineleggibilità, derogando al principio costituzionale della generalità del diritto elettorale passivo, sono di stretta interpretazione e devono comunque rigorosamente contenersi entro i limiti di quanto sia ragionevolmente indispensabile per*

garantire la soddisfazione delle esigenze di pubblico interesse cui sono preordinate» (ancora sent. n. 46/1969).

Alla luce di ciò, dunque, è evidente come una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del d. lgs. n. 39/2013 ed improntata a criteri di ragionevolezza, impone di ritenere che le norme in esse contenute operano necessariamente in relazione agli incarichi conferiti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, non potendo incidere sulle situazioni giuridiche perfezionate prima dell'entrata in vigore del decreto né potendo intervenire a limitare in qualunque modo il diritto elettorale passivo né a comprimere il principio di eguaglianza. Tutto ciò detto restano impregiudicati i dubbi di legittimità costituzionale delle norme in oggetto.