

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni civili: Sezione lavoro, 29 ottobre 2003, n. 16245

La causa di incompatibilità per lite pendente, di cui all'art. 63, comma 1, n. 4), del t.u. 267/2000, non si applica quando l'eletto si trova in lite con l'ente a seguito di azione popolare esperita ex art. 9 del t.u. 267 e l'ente non ha aderito all'iniziativa dell'elettore, mentre si applica se l'ente vi aderisce.

L'esercizio dell'azione popolare, pur avendo la valenza di un atto di costituzione in mora a favore dell'ente creditore e in danno dell'amministratore debitore, non determina per questi una situazione di incompatibilità ex art. 63, comma 1, n. 6), del t.u. 267, se l'ente non aderisce all'azione popolare.

Omissis.

Con il quarto motivo di ricorso i ricorrenti denunciano la sentenza impugnata per aver erroneamente escluso che nella fattispecie non si fosse verificata l'ipotesi di incompatibilità prevista dall'art. 63, comma 1, n. 6 t.u. cit. sotto il profilo che l'esercizio dell'azione popolare ex art. 70 t.u. aveva comportato non solo la pendenza di una lite, ma anche la costituzione in mora per un credito liquido ed esigibile del Comune nei confronti del ...

2. Il ricorso non è fondato.

3. Giova premettere innanzi tutto il plesso normativo di riferimento, in cui si inquadra la questione in esame, in riferimento sia alla tipologia delle azioni popolari che rilevano in questo giudizio, sia alle cause (in particolare) di incompatibilità, sia al procedimento di accertamento delle stesse.

3.1. Quanto al primo profilo deve considerarsi che - facendo seguito a precedenti regolamentazioni che avevano configurato fattispecie di azione popolare comunale (tra cui soprattutto l'art. 225 del r.d. 4.2.1915 n. 148 di approvazione del t.u. della legge comunale e provinciale, che riconosceva a ciascun contribuente la facoltà di far valere le azioni ed i ricorsi del comune; disposizione questa prima abrogata dal r.d. 3 marzo 1934 n. 383 e poi ripristinata dall'art. 23 legge 9 giugno 1947 n. 530) - l'art. 7 legge 9 giugno 1990 n. 142 ha previsto una speciale ipotesi di azione popolare, attribuendo a ciascun elettore, quale membro di una collettività organizzata, la legittimazione, concorrente con quella dell'ente locale, di far valere un diritto o un interesse il cui esercizio spetta istituzionalmente all'ente esponenziale della collettività (originariamente l'azione popolare era riconosciuta - dal cit. art. 225 - al "contribuente", ma questa limitazione è stata dichiarata incostituzionale: C. cost. n. 103 del 1975). La riedizione, con l'art. 7 cit., di questa forma di azione popolare si inquadra nell'ambito del potenziamento degli istituti di partecipazione dei cittadini negli enti locali voluto dal legislatore e trova il suo fondamento nel principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Nell'originaria formulazione di tale disposizione ciascun elettore poteva far valere, innanzi alle giurisdizioni amministrative, le azioni ed i ricorsi che spettavano al comune. Il primo comma del cit. art. 7 è stato successivamente sostituito dall'art. 4, comma primo, lett. a), della legge 3 agosto 1999 n. 265 che ha eliminato il riferimento (e quindi la limitazione) alla giurisdizione amministrativa, prevedendo *tout court* che ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni ed i ricorsi che spettano al comune (questo maggiore ambito era del resto in passato previsto dal cit. art. 225 t.u.l.c.p. del 1915). Tale modifica normativa intervenuta nel 1999 non ha inciso sulla natura di questa azione popolare (c.d. suppletiva perché presuppone l'inerzia dell'ente locale), ma solo sul suo ambito, limitato dapprima alla giurisdizione amministrativa ed esteso poi anche a quella ordinaria per effetto dell'ampia formula successivamente adottata. In tale formulazione novellata il cit. art. 7 stabilisce, al secondo comma, che il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti del comune (e quindi non c'è una fattispecie di sostituzione processuale), ed aggiunge ora che, in caso di soccombenza, le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso, salvo che il comune costituendosi abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall'elettore. Sicché occorre distinguere due ipotesi: quella del Comune che, aderendo all'iniziativa dell'elettore, svolge la stessa azione o lo stesso ricorso e si pone come controparte, sostanziale e processuale, del convenuto o del resistente; quella del Comune che invece, non condividendo tale iniziativa o per altra ragione, non aderisce all'azione o al ricorso dell'elettore e quindi non può essere chiamato a sopportare le spese processuali in caso di soccombenza. La posizione del Comune è pertanto differenziata: pur essendoci una lite pendente in entrambi i casi, solo nella prima ipotesi c'è un *petitum* (anche) del Comune nei confronti del convenuto o del resistente, mentre nell'altra ipotesi è solo ed unicamente l'elettore a domandare una pronuncia giudiziale nei confronti di quest'ultimo.

C'è da aggiungere che in entrambe queste ipotesi l'iniziativa dell'elettore presuppone l'inerzia del comune, poiché nel caso in cui l'ente locale avesse già agito in giudizio l'azione popolare risulterebbe inutile, sicché, sotto questo profilo, risulta la connotazione dell'azione popolare come di natura suppletiva o sostitutiva, fermo restando che è

l'ente pubblico ad essere titolare della situazione sostanziale che l'azione è diretta a tutelare. Come questa Corte (Cass. 15 dicembre 2000 n. 15830) ha già ritenuto, il riconoscimento del potere di azione all'elettore in situazione di inerzia del Comune conferisce all'attore popolare solamente la legittimazione processuale con riferimento alla pretesa che viene fatta valere, ma non la titolarità sostanziale del diritto, che resta dell'ente.

Un'azione popolare analoga, ma limitata alle azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario conseguenti al verificarsi di un danno ambientale, è poi riconosciuta dall'art. 23 legge 7 agosto 1990 n. 241, come sostituito dall'art. 4, comma 2, legge n. 265 del 1999 cit., alle associazioni di protezione ambientale. Anche in tale fattispecie il titolare della pretesa risarcitoria rimane l'ente locale.

I primi due commi dei cit. art. 7 e l'art. 23 cit., così novellati dal cit. art. 4, sono stati poi trasfusi nell'art. 9 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali emanato sulla base della delega prevista dall'art. 31 della cit. legge n. 265 del 1999), che costituisce la disposizione di cui hanno fatto applicazione i giudici di merito; l'unificazione della disciplina in un'unica disposizione comporta che deve in ogni caso ritenersi applicabile il disposto del secondo comma; ossia occorre la *vocatio in jus* dell'ente locale, che può aderire, o no, all'iniziativa dell'elettore o dell'associazione in entrambe le ipotesi di azioni popolari.

Invece una azione popolare diversa (perché a carattere non già suppletivo, bensì autonomo), ma anch'essa rilevante nel presente giudizio, è quella prevista dal successivo art. 70 d.lgs. n. 267 del 2000, cit.: la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale può essere promossa in prima istanza da qualsiasi cittadino elettore del comune, o da chiunque altro vi abbia interesse davanti al tribunale civile, con ricorso da notificare all'amministratore ovvero agli amministratori interessati, nonché al sindaco o al presidente della provincia. È non di meno previsto il contraddittorio con l'ente locale, ma l'elettore non fa valere un'azione spettante all'ente, ma esercita una pretesa che la norma gli riconosce direttamente ad essere amministrato da un soggetto che non sia in situazione di incompatibilità (oltre che di ineleggibilità o di incandidabilità).

3. 2. Quanto poi al regime dell'incandidabilità, dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità, disciplinato ora dal capo II del cit. d.lgs. n. 267 del 2000, il primo comma dell'art. 63 in particolare prevede le fattispecie di incompatibilità e, tra l'altro, stabilisce, al n. 4, che non può ricoprire la carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale colui che ha "lite pendente" in quanto parte di un procedimento civile od amministrativo, rispettivamente, con il comune o la provincia, ad eccezione delle liti in materia tributaria, che non determinano incompatibilità, e sempre che non si tratti di fatto connesso con l'esercizio del mandato dell'amministratore locale (terzo comma del medesimo art. 63: cfr. in proposito Cass. 22 giugno 1985 n. 3756 che ha accolto un'interpretazione estensiva di tale nesso di connessione che esclude l'incompatibilità per pendenza della lite).

Una disposizione analoga era contenuta nell'art. 3, comma 1, n. 4), legge 23 aprile 1981 n. 154, applicabile peraltro (tuttora) anche ai consiglieri regionali (C. cost. n. 223 del 2003, pronuncia resa a seguito di ordinanza di rimessione di questa Corte n. 14856 del 19 ottobre 2002); ma era limitata ai procedimenti civili ed amministrativi (e quindi non si estendeva alla pendenza di un giudizio per responsabilità contabile innanzi alla Corte dei conti: Cass. 12 settembre 1992 n. 10421). In precedenza invece (art. 15, comma 1, n. 6, d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570) la lite pendente (*tout court*) con il Comune era causa di ineleggibilità a consigliere comunale, salvo che quest'ultimo non avesse rinunciato alla lite prima della convalida dell'elezione e sempre che non si trattasse di liti tributarie: cfr. rispettivamente C. cost. n. 45 del 1977 e C. cost. 58 del 1972 che in tal senso hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione.

La *ratio* di tale ineleggibilità (poi divenuta incompatibilità nella legge n. 154 del 1981 per lite pendente era posta in rilievo da C. cost. n. 58 del 1972 cit. 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" (ibid.). 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, cit., nonché da ultimo nell'art. 63, comma 1, n. 4, d.lgs. n. 267 del 2000. Viceversa la mancata estensione dell'eccezione anche alla pendenza di controversie di lavoro, che pure vedono le ragioni dell'incompatibilità in bilanciamento con l'esigenza di tutela del lavoro, è stata ritenuta che non sia costituzionalmente illegittima (in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost.) da C. cost. n. 160 del 1997.

Una fattispecie di ineleggibilità per lite pendente era anche prevista dalla normativa regionale; cfr. C. cost. n. 162 del 1985 che ha dichiarato illegittimo, per violazione degli art. 3 e 51 cost., l'art. 5, n. 6 e 9, l. reg. sic. 9 marzo 1959, n. 3, riportato nell'art. 5, n. 6, 8 e 9, t. u. delle leggi per l'elezione dei consigli comunali nella regione siciliana,

approvato con d. p. reg. Sicilia 20 agosto 1960, n. 3, nella parte in cui prevede una situazione di ineleggibilità anziché di incompatibilità.

Incompatibile è poi anche - per quanto rileva in questo giudizio - colui che, avendo un debito liquido ed esigibile, rispettivamente, verso il comune o la provincia ovvero verso istituto od azienda da essi dipendenti sia stato legalmente messo in mora (art. 63, comma 1, n. 6, cit.). Una disposizione analoga era contenuta nell'art. 3, comma 1, n. 6), legge 23 aprile 1981 n.154, cit., e prima ancora nell'art. 15, comma 1, n. 9, d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570, che però prevedeva la morosità (messa in mora per debito liquido ed esigibile) come causa di ineleggibilità a consigliere.

3. 3. Quanto infine al profilo procedimentale deve ricordarsi che nel vigente regime del d.lgs. n. 267 del 2000 l'incompatibilità (in generale e quindi anche quella per lite pendente o per morosità) può essere fatta valere innanzi tutto nel rispetto delle prescrizioni dettate dal successivo art. 69 che scandisce un modulo procedimentale ben definito (come già in precedenza l'art. 7 della cit. legge n.154 del 1981 e prima ancora l'art. 9 bis d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570, quale introdotto dall'art. 5 legge 23 dicembre 1966 n. 1147): il consiglio di cui l'amministratore locale fa parte contesta all'interessato, d'ufficio o a seguito di istanza di qualsiasi elettore, la condizione di incompatibilità; quest'ultimo ha dieci giorni di tempo per formulare osservazioni o per eliminare la causa di incompatibilità; alla scadenza di tale termine il consiglio delibera nuovamente e, ove ritenga sussistente la causa di incompatibilità, invita l'amministratore locale ad eliminarla e, ove quest'ultimo non vi provveda nei successivi dieci giorni, ne delibera la decadenza. Con riferimento poi alla particolare ipotesi della lite pendente - che interessa in questo giudizio - la circostanza che la eliminazione della pendenza della lite, come causa di incompatibilità, non sia in realtà nell'esclusiva e piena disponibilità dell'amministratore locale non costituisce di per sé ragione di dubbio di illegittimità costituzionale della disposizione (arg. ex C. cost. n. 48 del 1987), anche se comunque deve essere data all'interessato la possibilità di rimuovere la causa dell'incompatibilità entro un congruo termine dalla notifica del ricorso (C. cost. n. 160 del 1997, cit.).

A questo procedimento amministrativo (che può sfociare in un giudizio di impugnazione della delibera dichiarativa della decadenza) si affianca - in via concorrente ed indipendentemente da tale procedimento (Cass. 25 settembre 1990 n. 9691) - l'azione popolare di cui al cit. art. 70: ogni elettore o chiunque vi abbia interesse può, con ricorso al tribunale civile, chiedere la declaratoria di decadenza dell'amministratore locale. Anche in tal caso comunque l'amministratore locale ha il termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso per rimuovere la causa di incompatibilità (art. 69, comma 3, cit., che ripete la formulazione dell'art. 20 legge 3 agosto 1999 n. 265), però non si giova del filtro (e della garanzia) del suddetto procedimento amministrativo; ma - ha affermato C. cost. n. 235 del 1989 - "se l'eletto non rimuove tempestivamente l'incompatibilità confidando nel procedimento amministrativo ex art. 7 l. n. 154/81 lo fa a suo rischio". In precedenza tale azione popolare era prevista dagli artt. 5 e 7 della cit. legge 23 dicembre 1966 n. 1147 in materia di contenzioso elettorale amministrativo (disposizione che è stata ritenuta non essere in contrasto con il diritto di elettorato passivo del cittadino: C. cost. n. 235 del 1989).

4. Considerando la normativa appena richiamata, può subito ora notarsi che il combinato disposto dell'art. 9 e dell'art. 63 comma 1 n. 4 d.lgs. n. 267 del 2000 cit. recava in sé un (apparente) automatismo. Qualunque elettore poteva proporre un'azione popolare nei confronti del sindaco (o di un consigliere comunale, etc.) e conseguentemente si integrava la fattispecie della pendenza di una lite tra il Comune ed il sindaco, da cui conseguiva l'incompatibilità di quest'ultimo; automatismo questo che si sarebbe potuto prestare anche a strumentalizzazioni volte solo a rimuovere l'eletto dalla carica ricoperta.

Di tale rischio insito in questo automatismo consapevole la giurisprudenza di questa Corte che, anche se inizialmente ha escluso un'indagine di merito in ordine all'idoneità della lite pendente a radicare un'effettiva situazione di conflitto di interesse (Cass. 16 febbraio 1991 n. 1666), ha comunque avuto modo di precisare in generale che il controllo del giudice della causa elettorale circa l'esistenza di una situazione di "lite pendente" non deve fermarsi all'accertamento del solo dato formale, relativo alla pendenza del giudizio, ma, nel rispetto dell'autonomia del giudice della lite pendente, deve accertare se pende fra le parti un contenzioso effettivo, valutando quegli elementi di chiara evidenza che potrebbero mostrare che il contenzioso si è sostanzialmente esaurito per transazione o rinuncia al giudizio, ovvero che è manifestamente infondato, per difetto del petitum o della causa petendi, ovvero ancora che è assolutamente pretestuoso per essere stato investito un giudice privo di giurisdizione rispetto al caso sottoposto al suo esame (Cass. 19 maggio 2001 n. 6880, Cass. 26 luglio 2000 n. 9789, Cass. 7 giugno 2000 n. 7768; cfr. anche Cass. 17 aprile 1992 n. 4724 ed in epoca più risalente Cass. 4 aprile 1973 n. 932); si è dato altresì rilievo alla rinuncia al diritto pur perdurando la litispendenza (Cass. 28 maggio 1990 n. 4972). Anche Cass. 6 maggio 1999 n. 4533 ha precisato che l'incompatibilità per lite pendente può essere

negata quando il carattere meramente formale od artificioso del procedimento risulta *prima facie*. E Cass. 9 aprile 1992 n. 4357 ha precisato che, perché sussista l'incompatibilità, "la lite deve in ogni caso riflettere uno scontro di interessi, ossia (...) una pretesa di un soggetto di conseguire da un altro, che glielo contesta, qualche bene della vita". Più recentemente questo orientamento, progressivamente teso a leggere il requisito formale della "lite pendente" come espressione di un requisito sostanziale consistente nel conflitto di interessi, ha trovato una formulazione ancor più esplicita (ed avanzata) 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 contrapposizione di parti ossia una reale situazione di conflitto".

Con riferimento poi in particolare all'esercizio dell'azione popolare in esame (ex art. 9 cit.) l'automatismo dell'incompatibilità come conseguenza della lite pendente è stato sostanzialmente disatteso anche da Cass. 15 dicembre 2000 n. 15830 cit. che ha operato una (pur non pienamente condivisibile) distinzione affermando che lo strumento previsto dal legislatore per la partecipazione al processo del comune è l'ordine di integrazione del contraddittorio che realizza la "*vocatio in ius*" dell'ente pubblico, mentre la citazione in giudizio dagli attori popolari ha il valore di una semplice "*denuntiatio litis*"; quindi in presenza solo di quest'ultima ed in mancanza dell'ordine del giudice non scatterebbe la ragione di incompatibilità per lite pendente conseguente all'esercizio dell'azione popolare (in realtà la distinzione che può farsi - come risulterà infra - è centrata sull'adesione, o meno, dell'ente locale all'azione o al ricorso proposto dall'elettore con l'azione popolare).

Viceversa il rigido e formale automatismo dell'incompatibilità per lite pendente anche nel caso di azione popolare ex art. 9 t.u. cit. (prima della novella del 2002) è stato ritenuto, proprio nel presente giudizio, dal tribunale di Rimini che ha sollevato, con ordinanza del 19 ottobre 2001, la questione incidentale di legittimità costituzionale di tale disposizione (art. 9) per contrasto con gli artt. 51, primo comma, 97, primo comma, e 24, primo e secondo comma, Cost., nella parte in cui non consente al giudice, adito per la declaratoria di incompatibilità e quindi di decadenza del sindaco, di apprezzare l'effettività del contenzioso instaurato del cittadino elettore con l'azione popolare prevista dalla disposizione censurata. Secondo il tribunale, che non ha ritenuto evidentemente di accedere alla sopra richiamata giurisprudenza di questa Corte, la semplice proposizione dell'azione popolare nei confronti del sindaco avrebbe determinato *ipso jure* (prima della novella di cui si viene ora a dire) l'incompatibilità del sindaco stesso con conseguente violazione degli evocati parametri costituzionali. Ed in effetti, ponendosi in questa diversa prospettiva esegetica (che però - come già rilevato - non era contestata dalla giurisprudenza di questa Corte), per cui ogni qual volta un elettore avesse esercitato l'azione popolare ex art. 9 cit. per il comune nei confronti (ad es.) del sindaco, quest'ultimo sarebbe diventato automaticamente incompatibile ex art. 63, comma 1, n. 4 cit., si sarebbe finito per assegnare ad ogni elettore un anomalo meccanismo di rimozione del sindaco con la conseguenza che (soprattutto) il parametro costituzionale dell'art. 51 Cost. sarebbe risultato in evidente sofferenza.

C'è infatti da considerare il necessario bilanciamento con l'art. 51 Cost., che garantisce in via generale il diritto di elettorato passivo, riconducibile alla sfera dei "diritti inviolabili della persona" (cfr. Corte cost. n. 141 del 1996, n. 571 del 1989, n. 235 del 1989); diritto questo che è sì suscettibile, come tale, di restrizioni (che si risolvono in una compressione delle possibilità che l'ordinamento costituzionale offre al cittadino di partecipare alla vita democratica), ma nei soli limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di pari rango costituzionale, nel rispetto della necessità e della ragionevole proporzionalità di tali limitazioni (C. cost. n. 467 del 1991; cfr. anche Cass. 28 dicembre 2000 n. 16205, cit.). Per cui le norme che derogano o comunque comprimono il diritto elettorale passivo sono di stretta interpretazione (C. cost. n. 46 del 1969, n. 166 del 1972, n. 571 del 1980, n. 344 del 1993).

5. A modificare questo meccanismo (i.e. incompatibilità conseguente a lite pendente promossa con azione popolare ex art. 9 cit.) è comunque intervenuto l'art. 3 - ter della legge 24 aprile 2002, n. 75 (di conversione in legge, con modificazioni, del decreto - legge 22 febbraio 2002, n. 13) che ha previsto che al comma 1, numero 4), dell'art. 63 d.lgs. n. 267/2000, cit., il secondo periodo è sostituito dal seguente: "La pendenza di una lite in materia tributaria ovvero di una lite promossa ai sensi dell'articolo 9 del presente decreto non determina incompatibilità" e sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: "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".

Quindi mentre l'originario art. 63, comma 1, n. 4 cit. prevedeva che non può ricoprire la carica di sindaco, di presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale, colui che ha lite pendente, in

quanto parte di un procedimento civile od amministrativo, rispettivamente, con il comune o la provincia (con la sola eccezione della pendenza di una lite in materia tributaria che non determina incompatibilità), la nuova formulazione della disposizione cit. ha ampliato l'area dell'eccezione perché oltre alle liti tributarie ha anche previsto le liti pendenti promosse con azione popolare ai sensi dell'art. 9 t.u..

La novella ha poi introdotto anche un ulteriore temperamento: la lite promossa a seguito di o conseguente a sentenza di condanna (evidentemente penale, come si vedrà infra) determina incompatibilità soltanto in caso di affermazione di responsabilità con sentenza passata in giudicato.

6. Ciò posto, come quadro normativo di riferimento recentemente novellato, deve considerarsi ora che i ricorrenti invocano (con azione popolare ex art. 70 cit.) due ragioni di incompatibilità del Sindaco: la lite pendente in ragione del precedente esercizio dell'azione popolare art. 9 cit. (art. 63, comma 1, n. 4) e la costituzione in mora per un credito liquido ed esigibile (art. 63, comma 1, n. 6). I primi tre motivi di ricorso concernono la prima ragione di incompatibilità e riguardano tutti problemi di costituzionalità; il quarto motivo attiene alla seconda ragione di incompatibilità e in esso si deduce un vizio di violazione di legge.

Considerato che l'atto di costituzione in mora è, nella specie, rappresentato null'altro che dall'esercizio dell'azione popolare (ex art. 9 cit.), che viene allegato, in via principale, quale lite pendente tra Comune e Sindaco, deve esaminarsi innanzi tutto quest'ultimo profilo (quello dell'incompatibilità conseguente a lite pendente promossa con azione popolare), che costituisce oggetto dei primi tre motivi, così seguendo lo stesso ordine logico ritenuto dalla difesa dei ricorrenti.

7. Il primo rilievo, di tutta evidenza, che può farsi è che dopo la cit. novella del 2002 l'insussistenza dell'evocata ragione di incompatibilità per lite pendente costituita dall'esercizio dell'azione popolare ex art. 9 cit. appare testuale, come si è già sopra rilevato. Di ciò è ben consapevole la difesa dei ricorrenti che infatti nei primi tre motivi del ricorso articola sotto più profili eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 63, comma 1, n. 4), come novellato, invocando, in sostanza, un ripristino dell'originaria formulazione della disposizione sul presupposto che quella novellata violerebbe plurimi parametri costituzionali.

8. Il primo motivo - che consiste in una mera critica della sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso che fosse non manifestamente infondata la sollevata eccezione di incostituzionalità - è inammissibile.

È sufficiente a tal proposito ribadire quanto già affermato da questa Corte (Cass. 10 ottobre 1985, n. 4931) secondo cui il motivo di ricorso per cassazione non può risolversi nella mera critica della pronuncia impugnata per la ritenuta irrilevanza ovvero manifesta infondatezza della sollevata eccezione di illegittimità costituzionale giacché la questione di costituzionalità di una norma, per un verso non può costituire unico e diretto oggetto del giudizio, e per altro verso, può sempre essere proposta, o riproposta, dalla parte interessata, oltre che rilevata d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, purché essa risulti rilevante, oltre che non manifestamente infondata, in connessione con la decisione di questioni sostanziali o processuali che siano state ritualmente dedotte nel processo (in senso conf. v. anche, più recentemente, Cass. 18 febbraio 1999 n. 1358 e Cass. 22 aprile 1999, n. 3990).

Pertanto, considerato che proprio ai sensi dell'art. 24, 2° comma, l. 11 marzo 1953 n. 87 l'eccezione di incostituzionalità può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo, l'eventuale erroneità della valutazione del giudice che, nel provvedimento impugnato, la abbia ritenuta manifestamente irrilevante o infondata, è del tutto irrilevante alla luce della possibilità che il giudice del gravame sia sollecitato a compiere una nuova autonoma delibazione della questione, in ipotesi difforme da quella effettuata dal giudice del precedente grado.

Quindi non può avere ingresso la censura dei ricorrenti che si dolgono del fatto che la sentenza della Corte d'appello di Genova abbia "erroneamente escluso la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di incostituzionalità del d.l. n. 13/02, convertito nella l. n. 75/02 e dell'art. 63, c. 1, n. 4, d.lgs. 267/2000".

9. Con il secondo motivo i ricorrenti (ri)propongono eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 63, comma 1, n. 4 cit., come novellato, nella parte in cui prevede che la pendenza di una lite promossa ai sensi dell'art. 9 cit. non determina incompatibilità. I parametri evocati sono plurimi (artt. 3, 24, 25, 97, 101, 113, commi 1 e 2, Cost.) e plurimi sono gli allegati profili di incostituzionalità.

9. 1. Viene posta innanzi tutto una comparazione tra l'azione popolare ex art. 9 (che non determina incompatibilità) e la fattispecie prevista dall'art. 69 del medesimo d.lgs. n. 267 del 2000, che disciplina la contestazione delle cause di ineleggibilità ed incompatibilità da parte del consiglio di cui l'amministratore locale fa parte ad iniziativa d'ufficio o su istanza di qualsiasi elettore.

La questione - ancorché rilevante perché l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata inciderebbe direttamente sull'esito del giudizio atteso che una ragione di incompatibilità è proprio

quella costituita dall'esistenza di una lite pendente, disciplinata appunto dalla norma indubbiata - è però manifestamente infondata.

Da una parte non sono comparabili le fattispecie poste a confronto le quali sono radicalmente diverse. In quella della disposizione indubbiata (art. 63, comma 1, n. 4 cit.) vi è una lite pendente promossa con azione popolare ex art. 9 cit. a contenuto indeterminato; nella disposizione allegata come *tertium comparationis* è invece disciplinato il procedimento amministrativo che - dopo la previa contestazione delle cause di incompatibilità e l'invito formale ad eliminarle - sfocia nella delibera assembleare di decadenza dell'amministratore locale per incompatibilità.

D'altra parte è pur vero che contro tale delibera è ammesso il ricorso giurisdizionale al tribunale competente per territorio (come prevede il quinto comma del medesimo art. 69), ricorso che radica conseguentemente una lite pendente tra l'ente locale, che ha dichiarato l'incompatibilità, e l'amministratore locale. Ma questa particolare lite pendente (ricorso ex art. 69, comma 5, cit.) non può comportare l'incompatibilità ex art. 63, comma 1, n. 4, cit., perché una diversa interpretazione contrasterebbe frontalmente con l'art. 24 Cost.: l'amministratore locale si troverebbe di fronte al paradossale dilemma di non opporsi alla delibera assembleare dichiarativa dell'incompatibilità - e quindi di accettare la decadenza - ovvero di opporsi alla stessa e quindi instaurare una lite nei confronti dell'ente, circostanza questa che però determinerebbe automaticamente, per altro verso (i.e. pendenza di una lite ex art. 63, comma 1, n. 4), una situazione di incompatibilità con conseguente decadenza per altra ragione. Nella sostanza sarebbe negata la tutela giurisdizionale con conseguente violazione dell'art. 24 Cost.. Invece l'esigenza di interpretazione orientata, costituzionalmente conforme, impone di ritenere che, sotto questo profilo, la disciplina del quinto comma dell'art. 69 sia autosufficiente e non vada ad integrarsi con la fattispecie della lite pendente di cui all'art. 63, comma 1, n. 4, cit.; con la conseguenza che in tale particolare fattispecie l'incompatibilità da lite pendente non scatta perché non prevista.

9. 2. La difesa dei ricorrenti ha poi posto in rilievo come il settimo comma dell'art. 69 cit. prevede che l'iniziativa, che può condurre alla declaratoria di decadenza per incompatibilità, appartenga a qualsiasi elettore, il quale può presentare istanza - e, allegando una ritenuta ragione di incompatibilità, può promuovere la delibera assembleare di decadenza. Si evoca in sostanza una diversità di disciplina per l'elettore tra l'azione popolare ex art. 9 cit. e l'istanza ex art. 69, comma 7, cit. ed un'ingiustificata diversa valenza assegnata all'iniziativa dell'elettore medesimo nelle due fattispecie.

Questo rilievo però non altera i termini della già vista comparazione.

Ogni singolo elettore può sì presentare istanza (ex art. 69, comma 7, cit.) perché l'assemblea deliberi la decadenza per incompatibilità. Ma la situazione di lite pendente è pur sempre quella (già vista) del ricorso, proposto ai sensi del quinto comma dell'art. 69, dell'amministratore locale avverso la delibera dichiarativa della decadenza, ricorso che non determina incompatibilità per lite pendente.

9. 3. In realtà un problema di comparazione per la verifica del rispetto del principio di eguaglianza si pone più in generale, rispetto alla prospettiva dei ricorrenti, tra la lite pendente a seguito dell'esercizio dell'azione popolare e la lite pendente a seguito dell'esercizio, ad opera dell'ente locale, di una qualsiasi altra azione. Per rimanere alla fattispecie del presente giudizio, può considerarsi che l'azione popolare ha avuto ad oggetto la ripetizione di indebito (ex art. 2033 c.c.), quanto all'indennità di carica percepita dal sindaco in situazione di incompatibilità, ed il risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.), quanto alle spese per il rinnovo delle operazioni elettorali in conseguenza della dichiarazione di decadenza pronunciata da questa Corte nella sopra menzionata sentenza. La comparazione rilevante sul piano costituzionale è quella con un'azione diretta esperita dal Comune nei confronti del sindaco, avente parimenti ad oggetto la ripetizione di indebito ed il risarcimento del danno. E, generalizzando, la comparazione può porsi tra azione popolare ex art. 9 ed una qualsiasi azione esercitata dall'ente locale nei confronti dell'amministratore locale.

La possibile simmetria va però chiarita.

Si è già rilevato che l'art. 9 prevede l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'ente locale al quale non sia stato notificato l'atto introduttivo del giudizio promosso dall'elettore; con la *vocatio in jus* l'ente può aderire, o meno, all'azione o al ricorso; sicché - come si è già notato - vi sono due ipotesi di lite pendente ex art. 9 secondo che l'ente locale aderisca, o meno, all'azione.

Nell'ipotesi in cui l'ente aderisca all'iniziativa dell'elettore effettivamente si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui l'ente, senza rimanere inizialmente inerte si da consentire l'azione popolare ex art. 9, agisca direttamente nei confronti dell'amministratore locale. La circostanza che nel primo caso l'azione dell'ente sia, per così dire, preceduta dall'iniziativa dell'elettore non costituisce elemento idoneo a differenziare le due fattispecie. In entrambi i casi infatti l'ente domanda una pronuncia giurisdizionale nei confronti dell'amministratore locale e quindi nell'uno e nell'altro caso vi è una situazione di conflitto di

interesse che è quella sottesa alla previsione della lite pendente come causa di incompatibilità (art. 63, comma 1, n. 4).

Viceversa nel caso di azione popolare che abbia instaurato un giudizio in cui l'ente, pur destinatario della *vocatio in jus*, non chieda alcuna pronuncia giurisdizionale nei confronti dell'amministratore locale per il fatto di non aderire all'iniziativa dell'elettore, la situazione è ben diversa: l'ente è solo destinatario degli effetti sostanziali di un'eventuale pronuncia di accoglimento del *petitum* fatto valere dall'elettore. Non c'è certo quella stessa situazione di conflitto di interesse insita nella precedente fattispecie; qui il conflitto di interesse, benché non del tutto assente, è sullo sfondo in forma potenziale ed è condizionato, nella sostanza, dall'attendibilità dell'iniziativa dell'elettore e dalla possibile pretestuosità, e quindi strumentalità, della stessa. Costituisce pertanto una fattispecie diversa il cui elemento differenziale è identificabile appunto nella mancanza di una stessa situazione di attuale ed effettivo conflitto di interesse nel caso di azione popolare cui non aderisce il Comune, il quale rimanga inerte vuoi perché non si costituisce - ed è il caso di specie - vuoi perché, pur costituendosi, non aderisce all'azione o al ricorso dell'elettore. Ben diversa e non rilevante - è appena il caso di aggiungere - sarebbe invece l'inerzia del Comune che rimanesse contumace in un giudizio promosso nei suoi confronti dall'amministratore locale (cfr. Cass. 25 settembre 1990 n. 9691, cit.); viceversa la fattispecie in esame può essere semmai accostata a quella della lite pendente tra l'amministratore locale ed un terzo, promossa con un atto introduttivo del giudizio notificato anche all'ente locale come *denuntiatio litis*, circostanza questa che non determina incompatibilità per lite pendente (Cass. 9 aprile 1992 n. 4357, cit.). Ed allora può ben affermarsi che rientra nella discrezionalità del legislatore apprezzare questa mera potenzialità di conflitto di interesse, insita nell'esercizio dell'azione popolare ex art. 9 cit. cui non aderisca l'ente locale, bilanciandola con il rischio di possibili strumentalizzazioni del ricorso all'azione stessa: il legislatore può prevedere una disciplina differenziata che in tal caso escluda l'automatismo dell'incompatibilità per lite pendente.

In conclusione l'interpretazione orientata, costituzionalmente adeguata, esige di distinguere nell'ambito della disposizione indubbiata, che prevede che la pendenza di una lite promossa nell'esercizio dell'azione popolare di cui all'art. 9 non determina incompatibilità, come eccezione alla regola generale dell'incompatibilità quale conseguenza della lite pendente tra ente locale ed amministratore locale, posta dall'art 63, comma 1, n. 4 la prevista esclusione dell'incompatibilità riguarda il caso in cui l'ente non aderisca all'iniziativa dell'elettore, mentre si riespande la regola generale dell'incompatibilità nel caso in cui l'ente locale aderisca a tale iniziativa (l'esigenza di privilegiare l'interpretazione adeguatrice proprio in materia di incompatibilità degli amministratori locali è stata ribadita da C. cost. n. 44 del 1997).

Così interpretata la disposizione censurata, l'eccezione di incostituzionalità sollevata dai ricorrenti è, sotto il profilo appena esaminato, manifestamente infondata.

9. 4. Un'ulteriore comparazione è poi posta dai ricorrenti in riferimento alla fattispecie del numero 6) dello stesso art. 63 cit. che prevede che è incompatibile colui che, avendo un debito liquido ed esigibile, rispettivamente, verso il comune o la provincia ovvero verso istituto od azienda da essi dipendenti sia stato legalmente messo in mora.

Tale *tertium comparationis* - per la cui interpretazione in correlazione con la previsione di azione popolare ex art. 9 cit. si rinvia all'esame del quarto motivo del ricorso - è inconferente perché il raffronto è posto tra termini non comparabili: una particolare lite pendente, da una parte, e, dall'altra, un atto, che può essere stragiudiziale, quale la costituzione in mora. Ove poi la valenza di costituzione in mora debba assegnarsi proprio all'atto introduttivo del giudizio e quindi all'atto di esercizio dell'azione popolare, si ricade nell'ipotesi della lite pendente e della dicotomia (in esame) tra regola generale (incompatibilità) ed eccezione (esclusione dell'incompatibilità): v. infra sub 12.

Omissis.

12. Infine non è fondato il quarto motivo di ricorso, che concerne la seconda dedotta ragione di incompatibilità (per costituzione in mora in ordine ad un credito liquido ed esigibile) in riferimento alla quale i ricorrenti pongono, come già notato, un problema di violazione di legge e non già alcuna questione di costituzionalità.

La disposizione la cui violazione è allegata dai ricorrenti (art. 63, comma 1, n. 6, cit.) prevede - come già rilevato - l'incompatibilità dell'amministratore locale che, avendo un debito liquido ed esigibile verso il comune o la provincia ovvero verso istituto od azienda da essi dipendenti sia stato legalmente messo in mora. Non è invece necessario che il credito sia anche certo, né l'incertezza sull'an escluda che la pretesa creditoria sia esattamente quantificabile e che il suo adempimento non sia soggetto a termine.

Orbene, c'è da considerare che in effetti con l'esercizio dell'azione popolare ex art. 9 cit. - come esattamente rilevato dalla difesa dei ricorrenti - si determina anche la costituzione in mora dell'amministratore convenuto in giudizio atteso che da una parte nell'atto introduttivo del giudizio può ravvisarsi l'"intimazione scritta" di cui

all'art. 1219 c.c. (*ex plurimis* Cass. 7 settembre 1989 n. 3616) e d'altra parte quest'ultima non necessariamente deve provenire dal titolare del diritto azionato, ma ben può essere comunicata al debitore da un terzo in nome e per conto del creditore (*ex plurimis* Cass. 28 novembre 2001 n. 15067). Nell'azione popolare ex art. 9 cit. l'elettore appunto fa valere in giudizio un diritto dell'ente locale e non già proprio e quindi, agli effetti dell'art. 1219 c.c., può considerarsi che agisca - *ex lege* - in nome e per conto dell'ente chiedendo all'amministratore locale l'adempimento del suo debito nei confronti dell'ente. E' lo stesso esercizio dell'azione popolare che lo abilita *ex lege* a far valere la pretesa dell'ente locale; non si pone quindi un problema di potere rappresentativo come nel caso in cui l'atto di costituzione in mora, in quanto stragiudiziale, fosse distinto e diverso dall'atto introduttivo del giudizio.

Si determinano pertanto tutti gli effetti sostanziali della mora debendi (quanto ad es. al regime degli interessi).

Ma, in disparte tali effetti sostanziali, la circostanza che l'esercizio dell'azione popolare ex art. 9 cit. abbia anche la valenza di un atto di costituzione in mora in favore dell'ente locale creditore ed in danno del suo amministratore debitore non comporta l'incompatibilità di cui al n. 6 del primo comma dell'art. 63 cit. perché la disciplina degli effetti di tale particolare azione è tutta contenuta - espressamente e specificamente - nell'art. 3 - ter della cit. legge n. 75 del 2002. Il legislatore ha inequivocabilmente inteso escludere l'effetto dell'incompatibilità e questa esclusione - pur limitata, secondo l'interpretazione adeguatrice sopra accolta, all'ipotesi in cui l'ente locale non aderisca all'azione popolare (e che è quella di specie) - esaurisce anche la disciplina della ricaduta dell'esercizio dell'azione popolare in termini di incompatibilità dell'amministratore locale convenuto.

Insomma vale il criterio della specialità: la prescrizione particolare (art. 3 - ter cit.) secondo cui l'esercizio dell'azione popolare non determina incompatibilità prevale sulla regola generale che dall'esercizio di un'azione dell'ente locale nei confronti del suo amministratore fa discendere l'incompatibilità di quest'ultimo e - contenendo una regola speciale derogatoria ed autosufficiente - preclude la possibilità di recuperare l'effetto dell'incompatibilità attraverso la mera qualificazione della stessa azione popolare come idoneo atto di costituzione in mora per un debito liquido ed esigibile. D'altra parte se così non fosse si determinerebbe un ingiustificato regime differenziato, non compatibile con il principio di eguaglianza, perché non ogni azione popolare sarebbe idonea a determinare l'incompatibilità dell'amministratore locale; tale inidoneità sarebbe da escludere nel caso dell'azione popolare avente ad oggetto un credito liquido ed esigibile, ancorché nient'affatto certo (ed in ipotesi anche meramente pretestuoso) e quindi sarebbe in tal caso frustrata, la finalità perseguita dal legislatore della legge n. 75 del 2002 di evitare l'automatico insorgere di una ragione di incompatibilità per il mero esercizio di un'azione popolare ex art. 9 cit. senza che l'ente locale ad essa aderisca.

13. In conclusione: il primo motivo del ricorso è inammissibile; le questioni di costituzionalità poste nel secondo e nel terzo motivo sono vuoi manifestamente infondate vuoi inammissibili per difetto di rilevanza; il quarto motivo del ricorso è infondato.

Consegue che il ricorso deve essere nel suo complesso rigettato.

Le spese del presente giudizio possono essere compensate tra tutte le parti sussistendone giustificati motivi (i. e. novità delle questioni poste dalla novella del 2002).

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese di giudizio.