

CONSIGLIO DI STATO

I Sezione, 14 giugno 2001, n. 501/2001.

Concernente: 1) i pieni poteri del vicesindaco nel periodo di reggenza fino alla convocazione dei comizi; 2) la necessaria nomina del commissario prefettizio nel caso di successivo impedimento, rimozione o decesso del vicesindaco reggente.

Evidenzia l'Amministrazione che in sede applicativa il vigente ordinamento degli enti locali, ora desumibile dal TU n. 267 del 2000, lascia emergere complesse problematiche relative ai poteri vicari esercitabili dal vicesindaco.

Al riguardo, con il precedente parere n. 94/96 reso dalla Sezione nell'Adunanza del 21/2/1996, sono state affrontate le questioni interpretative di maggiore rilievo, che necessitano però di un approfondimento alla luce delle innovazioni legislative successivamente intervenute: il riferimento in tal senso è, in particolare, alla legge 30/4/1999 n. 120 la quale, introducendo il turno unico per le elezioni amministrative, consente ora al vicesindaco di sostituire il sindaco per un periodo di tempo considerevole.

In linea generale, come è noto, il vicesindaco assume le funzioni del sindaco (art. 53, comma 1, TU) in caso di impedimento permanente, rimozione o decadenza di quest'ultimo, laddove invece nel caso di dimissioni la legge prevede (art. 53, comma 3) il commissariamento dell'Ente.

Nell'ipotesi ora descritta, è ormai pacifico che il vicesindaco possa svolgere con pienezza di poteri tanto le funzioni di vertice politico dell'amministrazione quanto quelle di ufficiale di governo.

Il primo problema interpretativo che l'Amministrazione solleva riguarda invece l'esercizio di attività propriamente politiche, in relazione alle quali emerge il dubbio se possano essere legittimamente espletate da un soggetto che trae la propria investitura da una nomina e non dal voto dei cittadini, come invece il sindaco.

In concreto, l'Amministrazione si domanda se il vicesindaco possa o meno nominare (o revocare) gli assessori ed in particolare (nei comuni ove lo Statuto preveda un numero fisso di assessori) l'assessore destinato a prendere il suo posto nella Giunta.

Un secondo problema riguarda l'applicabilità alla fattispecie della reggenza delle norme (art. 64, comma 4, TU) che precludono a parenti ed affini del sindaco di far parte della giunta comunale.

Ulteriore questione riguarda la determinazione dell'indennità di funzione spettante al vicesindaco, dovendosi in sostanza stabilire se al vicario spetti la corresponsione di una indennità commisurata alla funzione svolta.

L'ultimo quesito riguarda infine le ipotesi in cui il vicesindaco, dopo aver assunto le funzioni vicarie, deceda o si trovi a versare in situazione di impedimento, decadenza o rimozione: al riguardo l'Amministrazione, premesso di non ritenere possibile la sostituzione del vicesindaco da parte di altro assessore da questi designato, si domanda se la nomina del commissario prefettizio comporti necessariamente lo scioglimento della Giunta e - soprattutto - del Consiglio comunale.

Considerato:

Il quadro di riferimento normativo sotteso ai quesiti che l'Amministrazione propone può essere ricostruito ricordando che ai sensi dell'art. 46, D.Lvo 8 agosto 2000, n. 267 (TU sull'ordinamento degli enti locali) il sindaco, eletto dai cittadini a suffragio universale e diretto, nomina gli assessori componenti la Giunta, fra i quali un vicesindaco, incaricato di sostituirlo in caso di assenza o impedimento temporaneo e destinato a farne le veci in caso di impedimento permanente.

Come è noto, nella attuale forma di governo degli enti locali (non a caso definita di tipo presidenziale) gli assessori nell'espletamento del loro mandato rispondono non più direttamente al consiglio comunale (come avveniva nel passato) ma al sindaco il quale può all'occorrenza revocarli, dandone motivata comunicazione in consiglio.

L'autonomia funzionale della giunta rispetto al consiglio (al quale sono ormai riservati prevalenti compiti di indirizzo e programmazione) si riflette, sul piano strutturale, nella composizione dell'organo di governo dell'ente, atteso che gli assessori, almeno nei comuni di un certo rilievo demografico, non possono far parte del consiglio comunale.

In questo contesto, le ipotesi di impedimento, rimozione, decadenza, sospensione o decesso del sindaco sono disciplinate dall'art. 53, commi 1 e 2, TU i quali così recitano:

«1. In caso di impedimento permanente, rimozione, decadenza o decesso del sindaco o del presidente della provincia, la Giunta decade e si procede allo scioglimento del consiglio. Il consiglio e la Giunta rimangono in carica sino alla elezione del nuovo consiglio e del nuovo sindaco o presidente della provincia. Sino alle predette elezioni,

le funzioni del sindaco e del presidente della provincia sono svolte, rispettivamente, dal vicesindaco e dal vicepresidente.

2. Il vicesindaco ed il vicepresidente sostituiscono il sindaco e il presidente della provincia in caso di assenza o di impedimento temporaneo, nonché nel caso di sospensione dall'esercizio della funzione ai sensi dell'articolo 59».

Prima dell'entrata in vigore della legge 30 aprile 1999 n. 120 identica disciplina si applicava nella ipotesi di dimissioni del sindaco, ai sensi dell'art. 37-bis, L. n. 142 del 1990.

Con l'articolo 8 della citata legge n. 120 del 1999 (recante istituzione del turno unico per le elezioni amministrative) il comma 3 dell'art. 37-bis (ora confluito nell'art. 53 TU) è stato modificato, prevedendosi nel caso di dimissioni del sindaco il commissariamento dell'ente, con contestuale scioglimento del consiglio.

Ne consegue che in linea di fatto il vicesindaco è ora chiamato a svolgere, oltre a quelle ordinarie di assessore, le seguenti eventuali funzioni:

a) sostituzione temporanea del sindaco impedito o assente;

b) sostituzione temporanea del sindaco sospeso per condanna non definitiva ex art. 15, comma 4-bis, legge n. 55 del 1990 e succ. modif.;

c) sostituzione sino a nuove elezioni nel caso di impedimento permanente, rimozione o decadenza del sindaco.

Dal punto di vista sistematico il vicesindaco è dunque il "vicario" del sindaco, e cioè l'organo-persona fisica stabilmente destinato ad esercitare le funzioni del titolare in ogni caso di sua mancanza, assenza o impedimento. Sotto il profilo funzionale, nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) il vicesindaco esercita una sostituzione temporanea del titolare il quale può, per venir meno dell'impedimento o per decorso del termine massimo di interdizione ora fissato dall'art. 1 della legge n. 475 del 1999, essere successivamente reimmesso nella pienezza del mandato.

Nella ipotesi sub c) la sostituzione ha invece carattere stabile, atteso che la carica di sindaco è, almeno sino a nuove elezioni, definitivamente vacante.

Di qui, come già evidenziato nel precedente parere della Sezione n. 94 del 21/2/1996, la tendenziale pratica assimilabilità della prima ipotesi alla fattispecie della supplenza temporanea mentre la seconda ipotesi assume contorni assimilabili per molti versi a quelli della vera e propria reggenza.

L'analisi del quadro di riferimento va completata ribadendo che nei casi di rimozione, decadenza etc. del sindaco alla sostituzione di questi da parte del vicesindaco corrisponde lo scioglimento del consiglio e la decadenza della giunta, che però rimangono in carica fino alle nuove elezioni.

E rimangono in carica (circostanza questa assai significativa) con pienezza di poteri visto che (argomenta ex art. 38, comma 5, TU) solo dopo la pubblicazione del decreto di indizione dei comizi elettorali tali organi devono limitarsi ad adottare gli atti urgenti e prorogabili.

Traendo le fila dai rilievi sin qui esposti, deve dirsi che il quadro normativo esibisce risultanze sufficientemente univoche, confermando che nell'ipotesi della vicarietà - come già in precedenza rilevato dalla Sezione - nessuna norma positiva identifica atti riservati al titolare della carica e vietati a chi lo sostituisce.

Tale considerazione di ordine, per così dire, testuale risulta corroborata da riflessioni di carattere sistematico, dovendosi al riguardo innanzi tutto ricordare che, secondo i principi, la preposizione di un sostituto all'ufficio o carica in cui si è realizzata la vacanza implica di norma l'attribuzione di tutti i poteri spettanti al titolare, con la sola limitazione temporale connessa alla vacanza stessa (cfr. con riferimento alla reggenza, Sez. VI, 27/1/96, n. 134).

Se a ciò si aggiunge che l'esigenza di continuità nell'azione amministrativa dell'ente locale postula che in ogni momento vi sia un soggetto giuridicamente legittimato ad adottare tutti i provvedimenti oggettivamente necessari nell'interesse pubblico, è giocoforza riconoscere al vicesindaco reggente pienezza di poteri anche per quanto concerne la revoca o nomina degli assessori.

In caso contrario, come già si rilevava nel precedente parere, ad essere dimidiato nella propria operatività sarebbe non già il vicesindaco ma l'ente nel suo insieme, laddove la legge ha manifestamente voluto evitare che l'impedimento del sindaco si risolvesse in una moratoria nell'attività di governo dell'ente.

Tale *deminutio* si evita con la traslazione dei poteri sindacali in capo al vicesindaco, nell'ipotesi di circostanze impedienti di carattere oggettivo, e con il commissariamento dell'ente nell'ipotesi di volontarie dimissioni dell'eletto: a ben vedere, proprio il fatto che il Legislatore ha recentemente ritenuto di dover disciplinare con disposizioni derogatorie la sola fattispecie delle dimissioni, conferma implicitamente che nell'altro caso (impedimento oggettivo) il meccanismo della automatica investitura del vicesindaco è stato ritenuto idoneo ad assicurare la piena funzionalità dell'ente, il che depone ulteriormente in favore di una configurazione non restrittiva dei poteri affidati al sostituto.

Certamente, come già rilevato a suo tempo dalla Sezione, può destare perplessità che poteri così incisivi, come quelli oggi attribuiti al sindaco in virtù dell'elezione popolare diretta, vengano esercitati per periodi di tempo anche considerevoli da un vicario privo di analoga investitura; come pure, sotto il profilo dell'opportunità può ritenersi che nella situazione suddetta il vicesindaco dovrebbe far uso di responsabile autolimitazione.

Quanto sopra non incide però sui termini formali del quesito, che *de iure condito* va sciolto nel senso della pienezza dei poteri del vicesindaco investito di funzioni vicarie.

Il secondo quesito qui sottoposto dall'Amministrazione riguarda l'applicabilità alla fattispecie della sostituzione della norma di cui all'art. 64 TU, a mente della quale non possono far parte della giunta il coniuge, i parenti e gli affini del sindaco.

Circoscrivendo la portata del quesito, l'Amministrazione si domanda se l'assunzione dei poteri sindacali da parte del vicesindaco determini una situazione di preclusione alla nomina di assessori legati al reggente da vincoli familiari.

Il dubbio, ovviamente, nasce da ciò che, essendo le cause di incompatibilità normalmente di stretta interpretazione, esse sembrerebbero insuscettibili di applicazione analogica in una situazione nella quale il vicesindaco esercita la funzione vicaria ma non è - formalmente - immesso nella carica sindacale.

Al riguardo deve però convenirsi con i rilievi dell'Amministrazione, alla stregua dei quali risulta evidentemente disarmonico da un lato riconoscere al vicesindaco la pienezza dei poteri e dall'altro esonerarlo invece dal rispetto di quei canoni di trasparenza generalmente imposti al titolare del mandato.

In questa linea può allora osservarsi che la norma in rassegna, ancorché ricompresa all'interno di un articolo rubricato ai casi di incompatibilità, disciplina in realtà l'aspetto strutturale dell'organo in quanto correlato al buon andamento ed al trasparente esercizio della funzione ad esso commessa: cosicché può concludersi che il divieto, in quanto volto a prevenire i potenziali conflitti di interesse derivanti dalla presenza in giunta di soggetti legati a chi svolge in concreto le funzioni di capo dell'amministrazione, vada di necessità applicate anche nel caso della sostituzione.

Per quanto riguarda poi la determinazione dell'indennità spettante al sostituto, si osserva che la materia è allo stato disciplinata da norme (da ultimo cfr. DM 4/4/2000) che non contemplano l'ipotesi in questione.

Nel silenzio della legge, la questione va quindi risolta in via sistematica e dunque avendo innanzi tutto presente la peculiare natura dell'emolumento di cui si discute, che non è stipendiale ma indennitaria, come si conviene nel caso di cariche formalmente onorarie.

Di qui la non utilizzabilità di quei principi restrittivi elaborati dalla giurisprudenza con specifico riferimento al settore del pubblico impiego ove, nei casi di sostituzione vicaria del titolare di una posizione funzionale superiore (impedimento o assenza del titolare dal posto per malattia, ferie, congedo, missione, motivi di famiglia e simili), l'attività svolta, siccome espressione di un dovere istituzionale gravante in capo al sostituto, è compresa tra quelle astrattamente esigibili rispetto alla qualifica di appartenenza del titolare della posizione funzionale inferiore e, pertanto, rientrando per legge tra i suoi compiti come attribuzione propria della qualifica rivestita, non può dar luogo ad alcuna variazione del trattamento economico (per tutte cfr. Ad. Plen., 4/9/97, n. 20).

All'opposto, nel caso all'esame, siccome la misura dell'indennità si correla essenzialmente alla funzione svolta dal percipiente (e non alla qualifica da questi rivestita) sembra conseguente concludere nel senso che al vicario spetta, per il periodo di concreto esercizio dei pieni poteri sostitutivi, una indennità di importo pari a quella goduta dal sindaco.

L'ultimo quesito concerne l'individuazione degli effetti derivanti da un eventuale successivo impedimento, rimozione o decesso del vicesindaco reggente.

In proposito, la soluzione ipotizzabile in prima battuta sarebbe quella di ritenere che, fra le ampie prerogative del vicesindaco, rientri anche quella di designare il suo sostituto.

Come ben osserva l'Amministrazione, trattasi di ipotesi impraticabile: da un lato, infatti, il reggente continua ad occupare la posizione formale di vicesindaco, che non può dunque essere attribuita ad altro assessore; dall'altro, è evidente che salva espressa previsione di legge il *munus* pubblico non è disponibile per il titolare, con conseguente impossibilità di sostituzioni atipiche o fondate su base esclusivamente volontaria.

Ne consegue che il vicesindaco non potrà designare un sub-sostituto e quindi ove decaduto, rimosso o deceduto sarà sostituito, secondo sistema, dal commissario prefettizio.

Ferme le conclusioni ora raggiunte, ci si chiede se la nomina del commissario prefettizio comporta di necessità la decadenza della giunta o lo scioglimento del consiglio, transitando le relative funzioni in capo all'organo straordinario.

In sostanza, secondo gli scenari ipotizzati dall'amministrazione, il commissario potrebbe:

- a) svolgere esclusivamente le funzioni di sindaco, restando in carica giunta e consiglio;
- b) svolgere le funzioni del sindaco e della giunta, restando in carica il consiglio;
- c) svolgere tutte le funzioni di governo dell'ente, come avviene nell'ipotesi delle dimissioni del sindaco.

Procedendo per gradi, deve osservarsi che l'ipotesi sub a) è chiaramente destituita di ogni fondamento per un verso infatti, non si vede come il commissario possa presiedere un organo di cui egli (a differenza del vicesindaco) non fa parte e d'altra parte deve ricordarsi che nel vigente ordinamento degli enti locali la giunta si connota per il rapporto fiduciario che la lega al sindaco, rapporto che viene naturalmente meno in assenza dell'organo di vertice e del suo designato sostituto.

L'ipotesi sub c) - pur coerente dal punto di vista logico - incontra poi un ostacolo insormontabile in ciò che essa presuppone la possibilità di addivenire allo scioglimento dell'organo elettivo in un contesto normativo che invece ne salvaguarda espressamente la operatività fino al rinnovo elettorale (specificamente cfr. art. 53, comma 1, TU).

Né d'altra parte ricorre nel caso in rassegna il presupposto del mancato funzionamento del consiglio, il solo che (al di fuori delle ipotesi nominate di scioglimento con commissariamento immediato dell'ente) consente in generale al Prefetto, in sede di intervento ex artt. 19 TU n. 383 del 1934 e 53 TU n. 267 del 2000, di inviare apposito commissario presso amministrazioni locali per reggerle qualora non possano per qualsiasi ragione funzionare.

Ne consegue che il commissario prefettizio svolgerà le funzioni del sindaco e quelle della giunta, permanendo invece in carica il consiglio: in questa ottica, lo scioglimento del consiglio (già decretato allorché si verificò l'impedimento permanente del sindaco) continua ad avere la finalità che gli è propria, quella cioè di consentirne il rinnovo al primo turno elettorale, mentre per il resto (secondo l'espressa indicazione normativa e dunque fino all'indizione delle elezioni) l'organo assembleare rimane in carica con pienezza di funzioni, siccome derivante il mandato da investitura popolare diretta.

D'altra parte, essendo la vigente forma di governo degli enti locali improntata al criterio della distinzione fra le responsabilità gestionali e quelle programmatiche, la presenza al vertice dell'ente di un commissario non sembra possa ostacolate o precludere l'esercizio da parte del consiglio delle competenze di indirizzo e di controllo politico amministrativo ad esso intestate; né, per converso, la mancanza di un legame politicamente fiduciario con il consiglio sembra poter impedire al commissario di esercitare, quale organo responsabile dell'amministrazione del comune, tutte le funzioni altrimenti demandate al sindaco dalla legge, dallo statuto e dai regolamenti.

A ben vedere, anzi, la mancanza di tale legame fiduciario rileverà in senso opposto, non potendosi ovviamente ipotizzare che il consiglio approvi nei confronti del commissario la mozione di sfiducia.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere del Consiglio di Stato.