

Osservatorio sulle fonti

UN CONTRIBUTO DEI GIUDICI ORDINARI AL DIBATTUTO RAPPORTO TRA T.U.E.L. E LEGGE DELRIO.

ANNOTAZIONE ALL'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI ASTI 13.3.2015

di *Matteo Porricolo**

SOMMARIO: 1. La vicenda. - 2. La decisione. - 3. Il seguito.

1. Con ordinanza del Tribunale di Asti del 13 marzo 2015 è stata dichiarata l'incompatibilità di Fabrizio Brignolo rispetto alla carica di Presidente della Provincia di Asti da lui detenuta e, per l'effetto, è decaduto dalla stessa.

Egli, già sindaco della città, si presentava nell'autunno del 2014 unico candidato alla carica di vertice nelle prime elezioni che adottavano il nuovo sistema di secondo grado dettato dalla l. n. 56 del 7 aprile 2014, la cd. *Legge Delrio*. Conseguentemente al suo insediamento, però, si sollevavano perplessità circa la compatibilità della nuova carica con il ruolo di membro del Consiglio di Amministrazione della Cassa di Risparmio di Asti S.p.A.¹ che già da tempo Brignolo ricopriva, considerato che tale banca svolge per la Provincia il servizio di tesoreria².

Il D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" - detta a riguardo una particolare procedura: ai sensi dell'art. 41, nella prima seduta il Consiglio, prima di deliberare su qualsiasi altro oggetto, ancorché non sia stato prodotto alcun reclamo, deve esaminare la condizione degli eletti e dichiarare l'eventuale ineleggibilità di essi quando sussista alcuna delle cause previste nel Capo II del Titolo III, provvedendo secondo la procedura indicata dall'art. 69. Compiendo un richiamo a tutte le cause comprese nel Capo è da ritenersi che il sindacato del Consiglio ricada anche sulle ipotesi di incompatibilità, anche se la lettera della legge menziona espressamente solo la dichiarazione di ineleggibilità.

Quando successivamente all'elezione si verifica qualcuna delle condizioni previste come causa di ineleggibilità ovvero esiste al momento della elezione o si verifica successivamente qualcuna delle condizioni di incompatibilità previste, il citato art. 69 impone che il consiglio di cui l'interessato fa parte gliela contesti. Tale dettato non deve trarre nell'errore di ritenere la procedura poc'anzi esplicitata esclusivamente destinata ai consiglieri, per tre ordini di ragioni: l'art. 41 rinvia all'art. 69 per l'esame degli "eletti", senza distinzioni; ivi si parla in generale di "amministratore"; e in base all'art. 37, c. 2°,

* Dottorando di ricerca in Autonomie locali all'Università del Piemonte Orientale.

¹ La maggioranza delle azioni della banca erano detenute, ad allora, dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Asti, il cui Consiglio di indirizzo, ai sensi dell'art. 13 dello Statuto, è nominato in numero di cinque membri dal Comune di Asti e in numero di ulteriori cinque dalla Provincia (su un totale di ventuno).

² Di cui dal Titolo V della Parte II del Testo unico degli Enti locali.

Osservatorio sulle fonti

il presidente è di diritto membro del consiglio³.

Dopo di che, l'amministratore locale ha dieci giorni di tempo per formulare osservazioni o eliminare le cause di ineleggibilità sopravvenute o di incompatibilità. Entro i dieci giorni successivi il consiglio delibera definitivamente e, ove ritenga sussistente la causa di ineleggibilità o di incompatibilità, invita l'amministratore a rimuoverla o a esprimere, se del caso, l'opzione per la carica che intende conservare.

Qualora l'amministratore non vi provveda entro i successivi dieci giorni il consiglio lo dichiara decaduto.

Nel caso in questione, il consiglio provinciale aveva proceduto in novembre alla convalida di tutti i consiglieri, sospendendo invece il procedimento nei confronti del Presidente, in attesa di approfondire e chiarire la situazione.

Così, due cittadini promuovevano con ricorso ai sensi dell'art. 70 del T.U.E.L. la cd. "Azione popolare", che prevede: «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».

Il terzo comma del medesimo articolo dispone: «Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 22 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150». In breve, la norma richiamata impone per la materia il rito sommario di cognizione: competente, in questo caso, è il tribunale della circoscrizione in cui si trova il capoluogo della Provincia. Il tribunale giudica in composizione collegiale e al giudizio partecipa il Pubblico ministero. Tutto il processo è improntato dalla celerità.

I ricorrenti ravvisavano la causa di incompatibilità⁴ prevista dall'art. 63, c. 1°, n. 2, secondo cui: «Non può ricoprire la carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, consigliere metropolitano, provinciale o circoscrizionale [...] colui che, come titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento ha parte, direttamente o indirettamente, in servizi, esazioni di diritti, somministrazioni o appalti, nell'interesse del comune o della provincia [...]».

Parte resistente impostava la difesa su due pregiudiziali, oltre contestare nel merito:

³ In questo senso anche C. NAPOLI, N. PIGNATELLI, *Codice degli Enti locali. Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Neldiritto, Roma, 2013, p. 439: «Al giudizio di convalida sono soggetti tutti i consiglieri risultati eletti e dunque il sindaco e il presidente della provincia che, in base all'art. 37, comma 1 e 2, TUEL, sono, a tutti gli effetti, membri dei rispettivi consigli».

⁴ «L'ineleggibilità costituisce impedimento alla elezione, che, se ha avuto luogo ugualmente, è fin dall'inizio nulla e insanabile; l'incompatibilità, invece, attiene non all'elezione ma al successivo svolgimento della carica pubblica, che viene ad essere pregiudicato dal motivo di incompatibilità.

La prima trova la sua causa in un ufficio, rivestito dal candidato prima o durante le elezioni, la cui titolarità è tale da poter influire sull'esito della consultazione elettorale, producendo a suo favore una specie di *captatio benevolentiae* degli elettori; così, se l'elezione c'è stata, questa si presume *iuris et de iure* falsata dalla particolare situazione in cui trovavasi l'eletto e, quindi, non valida in modo insanabile. La seconda, invece, attiene ad un cumulo di cariche teoricamente in grado di comportare conflitto di interessi e, quindi, rappresenta una situazione sanabile con la cessazione (dimissioni) dalla carica incompatibile.» F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli Enti locali*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 167-168.

Osservatorio sulle fonti

eccepiva in prima battuta l'inammissibilità del ricorso perché fondato su norme (del TUEL) non più applicabili alle Province dall'entrata in vigore della legge 56/2014, che secondo questa tesi avrebbe interamente superato il Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Sempre sullo stesso piano sosteneva l'improcedibilità del ricorso, perché promosso prima che venisse adottata la delibera di convalida dell'elezione. Nel merito, contestava la domanda, in quanto insussistente l'incompatibilità.

Nelle more del procedimento, nel dicembre del 2014, l'amministrazione provinciale reputava opportuno rivolgersi all'avvocato e professore universitario Vittorio Barosio, molto noto in campo amministrativistico, onde ottenere un parere *pro veritate* sulla questione.

Il docente e legale torinese, facendo leva sulla presunta incertezza normativa, sosteneva che il presidente della Provincia non sembrasse incorrere nell'ipotesi di incompatibilità⁵, poiché non avrebbe, in realtà, avuto alcun potere esecutivo nel C.d.a., essendo parte di un organo che secondo lo statuto della banca sarebbe privo di compiti gestionali, di competenza invece del Comitato esecutivo o del Direttore generale: cioè non avrebbe in alcun modo potuto interferire nel rapporto tra Provincia e Cassa di Risparmio.⁶

I consiglieri provinciali, forti del parere *pro veritate*, convalidavano l'elezione del Presidente con Deliberazione del 16.12.2014.

È da rilevare che, visti i nuovi rapporti venutisi ad instaurare tra Presidente e Consiglio, l'applicazione dell'art. 69 del T.U.E.L. non è così scontata: normalmente la contestazione di cui all'art. 69 da parte del Consiglio nei confronti del Sindaco/Presidente della Provincia era più che altro un caso di scuola, considerato che la dichiarazione di decadenza del vertice avrebbe, ex art. 53 TUEL, comportato lo scioglimento del Consiglio. Ad oggi, invece, con la Delrio in vigore per le Province, ipotizzando addirittura Consigli e Presidenti di colore politico differente e, in ogni caso, non più legati da rapporto di fiducia⁷, la permanenza nell'ordinamento dell'istituto della contestazione in via amministrativa delle cause di ineleggibilità/incandidabilità causerebbe la nascita in mano del Consiglio di un potere che non può dirsi legittimo in base alla *ratio* della riforma.

2. L'ordinanza in esame ha costituito il primo intervento giurisprudenziale a fornire un contributo sui nuovi rapporti che si sono venuti ad instaurare tra T.U.E.L. e Legge Delrio.

La prima pregiudiziale di inammissibilità del ricorso, sopra descritta, è stata respinta dai giudici astigiani, che così si sono pronunciati: «*Deve infatti osservarsi, in primo luogo, che la legge Delrio [...] non ha espressamente abrogato il TUEL, neppure per quanto concerne le Province*».

L'inciso contenuto all'art. 1, c. 51° della legge 56/14, secondo cui «[...] le Province

⁵ Il riferimento è tratto da fonti giornalistiche, in quanto, nonostante le richieste, il documento non è stato pubblicato nella sua interezza.

⁶ Lo Statuto della Cassa di Risparmio di Asti è reperibile al seguente link:

http://www.bancacrasti.it/images/pdf/documenti_statuto_crasti.pdf

⁷ Per queste conclusioni, vedasi il prossimo paragrafo.

Osservatorio sulle fonti

sono regolate dalla presente legge» non costituirebbe, cioè, abrogazione del T.U.E.L. (si potrebbe dire “per nuova regolazione dell'intera materia”) e sempre secondo il Tribunale «*non esclude affatto che la nuova disciplina delle province dettata dalla stessa legge, possa (rectius debba) coordinarsi con le altre norme previste in materia, laddove non in contrasto con la novella legislativa, soprattutto al fine di evitare che si verifichino situazioni di vuoto normativo*».

Prosegue l'ordinanza: «*La legge Delrio, pur introducendo significative modifiche all'ordinamento provinciale in tema di organi, funzioni e sistema elettorale, non ha infatti attuato una riforma organica e generale, non avendo disciplinato in modo esaustivo tutti gli aspetti concernenti il funzionamento dell'ente territoriale in questione*». Espone quindi il Tribunale come siano rimaste escluse dall'intervento del 2014 certe materie, che possono dirsi “legislativamente” necessarie, quali le cause di incompatibilità, ineleggibilità e incandidabilità, la parte sui controlli e in generale tutto l'ordinamento finanziario e contabile.

«*Ne consegue che l'effetto abrogativo non può riguardare, nel suo complesso, tutto il sistema organizzativo delle province delineato dal T.U.E.L., ma è semmai ravvisabile solo limitatamente alle disposizioni in esso contenute che siano implicitamente (ma comunque chiaramente) incompatibili con le nuove previsioni della legge 56/2014*».

A tal proposito, pare opportuno rammentare che sul tema era intervenuta in data 23 ottobre 2014 la Nota n. 1/14 del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, emessa in risposta alle richieste di chiarimento in merito a talune problematiche sorte a seguito dell'entrata in vigore della l. 7 aprile 2014, n. 56.⁸

Nell'ultimo paragrafo della nota il Ministro, abbastanza laconicamente, prendeva posizione proprio sull'applicabilità attuale del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Compiendo un distinguo tra Città metropolitane, alle quali «*si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni in materia di comuni di cui al testo unico, nonché le norme di cui all'articolo 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131*» (art. 1., c. 50° l. 56/2014), e le Province, che secondo il disposto del comma successivo, «*In attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione, [...] sono disciplinate dalla presente legge*», il Ministro chiariva che, al fine di garantire la funzionalità complessiva del sistema di governo dell'ente, avrebbero trovato comunque applicazione anche per le Province le norme del TUEL, non incompatibili con la l. n. 56/2014 e per quanto non disciplinato dalla stessa e dallo Statuto.⁹

⁸ La nota è reperibile al sito:

http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/legge_province/nota_ottobre2014.pdf

⁹ Sia consentito a riguardo il rimando a M. PORRICOLO, *L'interpretazione ministeriale della nuova forma di governo provinciale. Commento alla nota n. 1/2014 del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie*, in N. DESSÌ (a cura di), POLIS Working Papers, n. 218 - OPAL Osservatorio per le autonomie locali, 6/2015, laddove si obiettava: “Lascia invece molto perplessi la supposta cedevolezza del Testo unico anche innanzi ad una fonte quale lo statuto, come la nota pare fare intendere (“per quanto non disciplinato dalla stessa [legge 56] e dallo statuto”). Troverebbe, quindi, applicazione la nuova legge congiuntamente con lo statuto provinciale, e solo se vi siano ancora lacune le norme del TUEL, ove compatibili.

Osservatorio sulle fonti

Circa gli istituti specifici oggetto del ricorso, per i magistrati la Provincia «*rimane un ente esponenziale degli interessi collettivi del territorio, con un fondamento pur sempre democratico*» nonostante sia stato abolito il suffragio universale a favore di un sistema elettivo di secondo grado; cosicché l'azione popolare ex art. 70 TUEL «*essendo posta a garanzia dell'interesse pubblico ad evitare il consolidamento di situazioni di conflitto potenzialmente dannose per l'ente territoriale, conserva infatti sicuramente una ragion d'essere anche dopo la riforma Delrio [...]*».

Vengono infine individuate anche persuasive ragioni letterali: l'art. 63 TUEL ha ricevuto una modifica espressa da parte della legge Delrio, che, al comma 23, ha aggiunto la figura del Consigliere metropolitano fra i soggetti potenzialmente incompatibili. Anziché eliminare, quindi, gli amministratori provinciali, la legge 56/2014 ha ampliato il novero dei soggetti destinatari della norma del Testo unico. Detto altrimenti, se il legislatore avesse davvero voluto espungere alcune figure, in quella sede avrebbe potuto senz'altro farlo.

Tali sono le logiche che inducono il Collegio ad affermare che gli istituti contestati non sono stati superati dalla riforma e che, contrariamente a quanto sostenuto dal resistente, per gli stessi sono ancora vigenti le disposizioni contenute nel Testo unico degli Enti locali.

Si dichiara, poi, infondata l'eccezione di improcedibilità del ricorso: parte resistente produceva sentenze della Cassazione che riteneva a sé favorevoli, ma i giudici ribattono come le stesse si riferissero invero ai casi di impugnazione delle decisioni adottate in materia di eleggibilità dal Consiglio comunale (D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570), che presuppongono la previa deliberazione, «*mentre il ricorso ex art. 70 TUEL non ha natura impugnatoria e prescinde dall'esistenza di un deliberato consiliare di convalida*» (Cass. civ. sez. I, n. 18128, del 19.12.2002).

Venendo al merito, il Collegio ravvisa che nella fattispecie in esame sussista l'ipotesi di incompatibilità lamentata dai ricorrenti.

Pur essendo pacifico che il ricorrente non possieda poteri esecutivi, la circostanza «*non esclude che quest'ultimo, quale componente del Consiglio d'Amministrazione, sia comunque in grado influire, quantomeno potenzialmente, sul processo formativo delle delibere del Comitato [esecutivo] nonché in generale sulla gestione del servizio di cui si*

Si badi che un'interpretazione letterale della nota del Ministro porterebbe all'assurdo di ritenere che lo statuto possa oramai derogare *in toto* al Testo unico, perché a ciò autorizzato dalla Delrio, la quale avrebbe rimpiazzato le precedenti norme arrogandosi la prerogativa di essere l'unica fonte che disciplina le province.

Va invece ricordato che il TUEL disciplina per gli Enti locali, nella prima parte dedicata all'ordinamento istituzionale, anche i servizi pubblici, il personale e il sistema dei controlli e, nella seconda parte, l'ordinamento finanziario e contabile. Si tratta di materie non toccate dalla l. 56/2014 e che non possono non essere disciplinate dalla legge.

Alla luce di questo, il rapporto tra le tre fonti in esame è quindi da intendersi nel senso che lo statuto provinciale può derogare al TUEL soltanto nelle parti in cui quest'ultimo è stato derogato dalla nuova legge speciale, e che essa, limitatamente a quelle materie da essa disciplinate (si tratta sostanzialmente degli organi e poteri, del sistema elettorale e delle funzioni dell'Ente), può aver lasciato - volutamente o meno - lacune.»

Osservatorio sulle fonti

discute», ossia del servizio di tesoreria per la Provincia.

Vengono elencati, infatti, i poteri del C.d.A sul Comitato, come desunti dallo Statuto e dal Codice civile: la nomina di parte di esso; la decisione sulla sua durata in carica; la delega di attribuzioni; il potere di verifica e controllo; il potere di direttiva; la possibilità di avocazione onde assumere la gestione diretta.

Tutti questi obblighi e facoltà renderebbero palese come sussista un potere di indirizzo del Consiglio, capace di influenzare la formazione della volontà del Comitato esecutivo. Dichiarò perciò il Collegio: «*Ne consegue la sussistenza della causa di incompatibilità oggetto di causa, dovendosi ritenere alla luce di quanto precede che il resistente, nella sua qualità di componente del C.d.A. e quindi di amministratore della Cassa di Risparmio di Asti, abbia parte nel servizio di tesoreria che viene pacificamente svolto dalla stessa nell'interesse della Provincia di Asti*».

Sussiste allora per il Tribunale quel conflitto d'interessi, anche solo potenziale, che l'art. 63 del TUEL mira a prevenire.

3. Decaduto il Presidente, ad oggi la Provincia di Asti - col vice facente funzione - non ha ancora provveduto a nuove elezioni, paralizzata dai dubbi sull'applicazione delle norme. In particolare, il Segretario provinciale avrebbe richiesto un parere al Ministero dell'Interno al fine di chiarire due dubbi: se viga ancora la norma del TUEL secondo cui la decadenza del presidente comporta la decadenza del Consiglio e se gli atti pregressi firmati dal Presidente decaduto restino validi ed efficaci.

Quanto al primo quesito, nella citata nota 1/2014 già veniva spiegato come il nuovo sistema elettorale degli enti di area vasta avesse superato il principio del “*simul stabunt simul cadent*”. Ivi si verteva intorno alla mozione di sfiducia (a sensi dell'art 52 TUEL), ma pare logico estendere l'applicabilità anche al caso in cui cessi la carica.¹⁰

Risolto quindi che il Consiglio resta in carica fino alla sua naturale scadenza e si debba procedere al più presto a nuove elezioni “presidenziali”, per tentare di trovare una soluzione al secondo problema occorre ragionare sugli istituti generali del diritto amministrativo.

Verrebbe innanzitutto da richiamare proprio la l. 241/1990, che, all'art. 21 *septies*, riconduce il “**difetto assoluto di attribuzione**” fra le ipotesi di nullità dell'atto. Si potrebbe di conseguenza sostenere che il presidente decaduto avrebbe adottato i provvedimenti in violazione di norme di relazione, che si rapportano a diritti soggettivi dei cit-

¹⁰ Sia consentito ancora il rimando a M. PORRICOLO, *L'interpretazione ministeriale della nuova forma di governo provinciale. Commento alla nota n. 1/2014 del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie*, cit.: “Tale scelta è motivata dal fatto che i due organi ricevono ormai una legittimazione distinta proveniente da due votazioni separate, con mandati aventi durata differente (quattro anni il presidente, due il consiglio *ex art. 1, co. 59 e 68*) e giuridicamente condizionati dall'incarico da cui originano (sindaco o consigliere comunale), la cui decadenza travolge anche la seconda carica (art. 1, co. 65 e 69) [...]”

Viene così sorprendentemente a crearsi per le province e per le città metropolitane una particolare forma di governo presidenziale pura, del tutto nuova nell'esperienza italiana e che, data la durata differente dei mandati, potrà inoltre generare curiosi casi di coabitazione tra consiglio e presidente di diversa provenienza partitica”.

Osservatorio sulle fonti

tadini e non ad interessi legittimi (il che inoltre giustificerebbe la *ratio* dell'azione popolare innanzi al giudice ordinario).

Similmente, il d.l. 16 maggio 1994, n. 293 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1°, L. 15 luglio 1994, n. 444), disciplinante la proroga degli organi amministrativi, prevede all'art. 4:

«1. Decorso il termine massimo di proroga senza che si sia provveduto alla loro sostituzione, gli organi amministrativi decadono.

2. Tutti gli atti adottati dagli organi decaduti sono nulli.»

Recentissima è, poi, la sentenza della Corte costituzionale 17-03-2015, n. 37, con cui, su remissione del Consiglio di Stato, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, c. 24° del d.l. n. 16 del 2012, nella parte in cui la norma, dettata da esigenze urgenti e inderogabili, autorizzava l'Agenzia delle Entrate ad attribuire incarichi dirigenziali a funzionari privi della relativa qualifica al fine di coprire posizioni vacanti.

In conseguenza della pronuncia del Giudice delle Leggi, la Commissione Tributaria Provinciale di Milano (sentenza n. 3222/15) ha dichiarato la nullità di un avviso di accertamento sottoscritto da un funzionario cui erano stati conferiti incarichi dirigenziali senza concorso pubblico.

Non è agevole, a questo punto, trovare i rimedi in autotutela di cui l'amministrazione può giovare: va esclusa innanzitutto l'operatività dell'istituto della convalida, che l'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo riserva alle ipotesi di annullabilità dell'atto.

Nel silenzio della legge, occorre prendere in esame la dottrina, secondo cui “La conversione è un istituto che riguarda gli atti nulli: in luogo dell'atto nullo è da considerare esistente un diverso atto, purché sussistano tutti i requisiti di questo e risulti che l'agente avrebbe voluto il secondo atto ove fosse stato a conoscenza del mancato venire in essere del primo. Essa opera *ex tunc* in base al principio della conservazione dei valori giuridici”.¹¹

Non adatte all'ipotesi in questione sono, invece, la ratifica, la rettifica e la rinnovazione.¹²

Per contro, però, si deve notare come la giurisprudenza del Consiglio di Stato sia pressoché univoca nel ritenere validi gli atti adottati dall'organo successivamente dichiarato decaduto in ragione dei principi del “funzionario di fatto”, di “continuità dell'azione amministrativa”, di “legittimo affidamento” e “buona fede”.¹³

¹¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 557-558, che si rifà al pensiero di SANDULLI.

¹² La ratifica ricorre allorché sussista una legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un titolo provvisorio di competenza di altro organo, che successivamente, ratificandolo, fa proprio il provvedimento e sana il vizio.

La rettifica è limitata agli atti meramente irregolari.

La rinnovazione, oltre a essere destinata agli atti annullabili, ha efficacia solo *ex nunc*.

Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 559.

¹³ V. R. MUSONE, *Il regime di invalidità degli atti del funzionario di fatto*, in <http://www.filodiritto.com>, 12 giugno 2013, dove si richiamano varie pronunce tra cui:

Osservatorio sulle fonti

La pronuncia più calzante fornita dai Giudici di Palazzo Spada riguarda il caso di incandidabilità dei consiglieri e così riporta: «dato e non concesso che il consigliere eletto, in attesa della "verifica", si trovi sub condicione, trattasi di condizione risolutiva e non sospensiva.

Non si deve dire cioè che il consigliere non possa esprimere un valido voto, o dare le dimissioni finalizzate allo scioglimento, sino a che non sia stata dichiarata la inesistenza di cause di ineleggibilità; si deve dire, invece, che il consigliere è nella pienezza dei suoi poteri (incluso quello di concorrere a determinare lo scioglimento del consiglio con lo strumento delle dimissioni) sino a che non venga dichiarata la esistenza di una causa di ineleggibilità.

E' vero che la dichiarazione di ineleggibilità può avere effetto retroattivo, ma ciò non rende ipso facto invalidi gli atti compiuti nel frattempo; si deve infatti applicare il principio del "funzionario di fatto" grazie al quale, in linea di massima, gli atti compiuti restano validi, a meno che non siano stati impugnati nelle forme e nei termini dovuti facendo valere proprio il vizio del difetto di titolo di chi ha agito come funzionario».¹⁴

Ma appare ostacolo insormontabile all'estensione analogica la circostanza che la sentenza fosse inerente alla verifica amministrativa da parte del Consiglio, che non può essere paragonata ad una pronuncia giurisdizionale che stabilisce in via definitiva la condizione dell'eletto, come avvenuto nel caso astigiano.

<<la validità degli atti compiuti dal cosiddetto "funzionario di fatto" (tale dovendo considerarsi il titolare di funzioni pubbliche, il cui conferimento sia insussistente o annullato, in virtù dell'instaurazione del rapporto organico con la materiale assegnazione all'ufficio) e la non ripetibilità della relativa retribuzione, corrispondono a principi generali dell'ordinamento, finalizzati a tutelare la certezza delle situazioni giuridiche e la buona fede dei cittadini che entrino a contatto con l'Amministrazione>> Cons. Stato Sez. VI, Sent., 24-05-2013, n. 2861

<<non può essere condiviso l'assunto secondo il quale l'annullamento della nomina del Commissario Straordinario avrebbe travolto gli atti da esso adottati in quanto essi, se non impugnati, conservano la loro efficacia, quanto meno in base ai principi propri degli atti del funzionario di fatto.>> Cons. Stato Sez. VI, 08-08-2008, n. 3915

<<vi sono i presupposti della figura del funzionario di fatto, e devono ritenersi validi ed efficaci i provvedimenti adottati dal funzionario prima dell'annullamento della sua nomina>> Cons. Stato Sez. VI, 14-02-2007, n. 607, che si rifà a Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2003 n. 821.

<<l'illegittimità della nomina di un organo monocratico esercente pubbliche funzioni, quale per l'appunto il Commissario Straordinario, non ha alcun riflesso sugli atti emessi dallo stesso prima dell'eventuale annullamento o revoca della sua nomina, in quanto la situazione dell'organo emanante è riconducibile alla nota figura del "funzionario di fatto", i cui atti medio tempore adottati sono da considerarsi senz'altro validi e produttivi di effetti, in omaggio al fondamentale principio di continuità dell'azione amministrativa, quanto meno con riferimento a quegli atti che, per natura e finalità, producono favorevoli ai destinatario>> T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. II, Sent., 23-04-2015, n. 718, richiamando Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 4, in "Cons. Stato", 1992, pt. I, p. 148; Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 1996, n. 232, in "Cons. Stato", 1996.

¹⁴ Cons. Stato Sez. III, Sent., 19-12-2012, n. 6534.