

**\*Pubblicato su D&G - Dir. e Giust. 2002, f. 46, 59**

di

Giovanni Maria di Lieto

Sentenza Tribunale Vallo della Lucania n. 677/2002 (Pres. Tringali, est. Zizanovich)

**La massima**

ELEZIONI COMUNALI. SINDACO. SUBAPPALTATORE DI OPERE ESEGUITE PER CONTO DEL COMUNE. INCOMPATIBILITA'. SUSSISTE.

*Aver parte, nella previsione dell'art. 63 n. 2 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, esprime un concetto più ampio rispetto all'esser parte (di un contratto di appalto): tanto più che la norma prevede che si possa "aver parte" non solo direttamente ma anche indirettamente, estendendo per ciò stesso la sua operatività a soggetti estranei al contratto di appalto.*

*Il subappaltatore, avendo parte indiretta nell'appalto di opere nell'interesse del Comune, non può ricoprire la carica di sindaco o consigliere comunale.*

\*\*\*\*\*

Nota a sentenza Tribunale Vallo della Lucania n. 677/2002 (Pres. Tringali, est. Zizanovich)

di

Giovanni Maria di Lieto

Il Tribunale di Vallo della Lucania, con sentenza n. 677/2002, ha pronunciato la decadenza del sindaco del Comune di A. ritenendo incompatibile, ai sensi dell'art. 63 Dlgs 267/2000, la carica elettiva con la veste di amministratore di società subappaltatrice di lavori eseguiti nell'interesse dell'Ente. La sentenza suscita perplessità. E' noto che le norme sulla ineleggibilità o sulla incompatibilità, comprimendo il diritto di accesso alle cariche pubbliche costituzionalmente garantito dall'art. 51 della Carta fondamentale, sono norme di stretta interpretazione, non suscettibili di interpretazione analogica. Di ciò è consapevole l'organo giudicante che ritiene di aver dato un'interpretazione dell'art. 63 Dlgs 267/2000 fondata sulla lettera della legge, oltre che sulla ratio e

sulla sistematica lettura delle ipotesi di incompatibilità dettate dalla norma in esame. Fatto sta che l'art. 63 parla di appalto, non di subappalto, e occorre seguire attentamente l'iter interpretativo adottato dal Tribunale per sancire la equiparazione, ai fini della incompatibilità, dell'una all'altra ipotesi. L'art. 63 stabilisce che non può ricoprire la carica di sindaco "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 dell'Ente. Secondo il Tribunale, "l'aver parte" esprime un concetto più ampio rispetto all'esser parte, in quanto implica non semplicemente la partecipazione alla stipula dello stesso bensì la ricorrenza in concreto di un interesse, giuridicamente rilevante, alla conclusione e all'esecuzione di tale contratto". D'altronde, solo così interpretando la norma, secondo il Tribunale acquista senso logico giuridico la previsione dell'aver parte "indirettamente", giacché le parti contrattuali non possono che avere parte "direttamente" all'accordo in ragione della loro stessa posizione giuridica. Se ne deve concludere che, essendo l'appalto e il subappalto strettamente connessi, essendo appaltatore e subappaltatore entrambi interessati all'esecuzione del contratto e alla regolare accettazione, entrambi hanno parte, l'uno direttamente, l'altro indirettamente nel contratto di appalto: e l'incompatibilità permane, a giudizio del Tribunale, fino all'approvazione del collaudo, perché solo da questo momento l'appaltatore è esonerato da ogni responsabilità nei confronti della stazione appaltante. Il ragionamento sembra convincente. E tuttavia, se fosse vero che, per "aver parte" nel contratto di appalto, basti, come sostiene il Tribunale, la ricorrenza in concreto di un interesse, anche successivo, all'esecuzione del contratto, la sfera della incompatibilità potrebbe estendersi anche oltre il subappaltatore. Al fornitore, ad esempio, dei materiali usati dall'appaltatore, o all'assicuratore dei rischi connessi all'esecuzione dell'opera appaltata, non essendovi dubbio che anche in questo caso ricorra un interesse giuridicamente rilevante all'esecuzione del contratto. Il che francamente sembra troppo, tenuto conto della natura della norma, dell'esigenza comunemente riconosciuta di una stretta interpretazione della stessa, e del carattere autonomo, sia pure economicamente collegato, di questi contratti rispetto

all'appalto. Occorre allora chiedersi se l'interpretazione che fornisce il Tribunale della formula: "aver parte...indirettamente in appalti" sia veramente corretta. E se il legislatore non abbia invece inteso, come intende in altri casi, riferirsi con quella formula al fenomeno della rappresentanza "indiretta", del mandato, della fiducia, dell'interposizione fittizia o reale. Se cioè non abbia inteso riferirsi al contraente occulto, al soggetto nascosto di un negozio (parzialmente) simulato, non essendovi dubbio che, oltre al contraente formale, debba essere precluso l'accesso a cariche pubbliche al contraente effettivo, portatore di interessi in potenziale contrasto con quelli dell'Ente. Se tale interpretazione fosse esatta, verserebbe in situazione di incompatibilità solo chi, fin dall'inizio, "ha parte" indiretta nella conclusione del contratto, come parte occulta, come parte nascosta, egualmente interessata alle sorti del contratto, e l'incompatibilità non si estenderebbe al terzo che, in un momento successivo, e con rapporto autonomo al quale l'Ente rimane estraneo, può avere al più un interesse di fatto, non rilevante ai fini della incompatibilità, all'esecuzione del contratto. Ne sarebbe ridimensionata la portata della norma, inapplicabile al subappaltatore e a qualsiasi terzo estraneo alla formazione del contratto. Se ne dovrebbe concludere che l'interpretazione letterale fornita dal Tribunale non è corretta, e che l'interpretazione letterale erronea ha condotto l'organo giudicante ad applicare la norma a casi analoghi, non espressamente previsti, equiparando la posizione dell'appaltatore a quella del subappaltatore, con una interpretazione sostanzialmente analogica e sicuramente vietata.

Giovanni Maria di Lieto