

## CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni civili: I Sezione, 8 agosto 2003, n. 11959.

*Ai sensi dell'art. 63, c. 1, n. 2), del d.lgs. 267/2000, sussiste una causa di incompatibilità con la carica di sindaco per il subappaltatore di lavori commissionati dal comune, situazione che cessa solo con l'approvazione degli atti di collaudo.*

*Omissis.*

È noto che - a parte le cause di "incandidabilità" alla carica di amministratore locale (cfr. art. 58 del d. lgs. n. 267 del 2000), che si riferiscono ad uno *status* di inidoneità funzionale assoluta e non rimovibile da parte dell'interessato - le cause di ineleggibilità (cfr. artt. 60 e 61 del t.u.) sono stabilite allo scopo di garantire la eguale e libera espressione del voto, tutelata dall'art. 48 comma 1 primo periodo Cost. ("Il voto è personale ed eguale, libero e segreto"), rispetto a qualsiasi possibilità di *captatio benevolentiae* esercitabile dal candidato o di *metus potestatis* nei confronti dello stesso e che la loro violazione determina l'invalidità della elezione del soggetto ineleggibile, il quale non abbia tempestivamente rimosso la relativa causa; mentre le cause di "incompatibilità di interessi" (cfr. art. 63 del t.u.), quale quella di specie, sono previste al fine di assicurare il corretto adempimento del mandato elettivo da parte dell'eletto alla carica pubblica e, quindi, prevalentemente, di garantire la realizzazione degli interessi tutelati dall'art. 97 comma 1 Cost., secondo cui "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Più specificamente, e con riferimento alla fattispecie, la *ratio* (anche) della causa di incompatibilità in esame (annoverabile, appunto, tra le c.d. "incompatibilità di interessi") "consiste nell'impedire che possano concorrere all'esercizio delle funzioni dei consigli comunali soggetti portatori di interessi confliggenti con quelli del comune o i quali si trovino comunque in condizioni che ne possano compromettere l'imparzialità" (così, Corte Costituzionale, sent. n. 44 del 1997; cfr. anche, e *pluribus* e tra le ultime, sentt. nn. 450 del 2000 e 220 del 2003).

Del resto, in conformità a questi principi, lo stesso art. 78 comma 1 del d. lgs. n. 267 del 2000, nel disciplinare lo *status* degli amministratori locali (quali individuati nel precedente art. 77 commi 1 e 2) e, più in particolare, i loro "doveri", sancisce, tra l'altro, che il loro comportamento, "nell'esercizio delle loro funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione".

Il fondamento costituzionale della previsione (anche) delle cause di incompatibilità di interessi all'esercizio della carica di amministratore locale sta, oltreché nell'art. 97 comma 1, nell'art. 51 comma 1 primo periodo Cost., giusta il quale "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere ... alle cariche elettive, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"; anche se la dottrina ha giustamente sottolineato che l'impedimento all'esercizio della carica validamente conseguita incide solo indirettamente, a differenza di quanto accade per le cause di ineleggibilità, sul diritto di elettorato passivo e ne costituisce una limitazione soltanto nel senso che l'esistenza di una causa siffatta - peraltro sempre tempestivamente rimovibile - potrebbe rappresentare una remora al concreto esercizio di quel diritto, scoraggiando la presentazione della candidatura da parte di chi si trovi in una situazione di incompatibilità di interessi.

In ogni caso, la giurisprudenza della Corte costituzionale è ferma nel ritenere che il diritto di elettorato passivo - quale diritto politico fondamentale, intangibile nel suo contenuto di valore ed annoverabile tra quelli "inviolabili", riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. - può essere unicamente disciplinato da leggi generali, che possono limitarlo soltanto al fine di realizzare altri interessi costituzionali parimenti fondamentali e generali (quali, appunto, quelli tutelati dall'art. 97 comma 1 Cost.: cfr., e *pluribus*, Corte costituzionale, sentt. nn. 235 del 1988, 539 del 1990 e 141 del 1996); che - anche se è vero che l'incompatibilità, a differenza dell'ineleggibilità, non incide sul rapporto di elettorato, né spiega alcuna influenza sulla validità dell'elezione - la predetta natura del diritto di elettorato passivo implica che esso non può non riguardare ogni vicenda relativa alla preposizione del cittadino ad una carica elettiva (cfr., e *pluribus*, sent. n. 60 del 1966); che ogni limitazione al diritto medesimo ha carattere di "eccezione" rispetto al generale e fondamentale principio del libero accesso, in condizioni di eguaglianza, di tutti i cittadini alle cariche elettive (cfr., e *pluribus*, sentt. nn. 166 del 1972 e 1020 del 1988); che, conseguentemente ed in particolare, è necessario che il legislatore, nello stabilire i requisiti di eleggibilità, deve tipizzarli con determinatezza e precisione, sufficienti ad evitare, quanto più possibile, situazioni di persistente incertezza, troppo frequenti contestazioni, soluzioni giurisprudenziali contraddittorie, che finirebbero per incrinare gravemente, in fatto, la proclamata, pari capacità elettorale passiva dei cittadini (cfr. sent. n. 166 del 1972 cit.); e

che - fermo il divieto di interpretazione analogica in materia di cause di ineleggibilità e di incompatibilità - le relative disposizioni possono, tuttavia, essere interpretate, nel rispetto del canone della ragionevolezza, in senso "estensivo" rispetto alla mera *littera legis* (cfr. la fattispecie di incompatibilità di interessi esaminata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 44 del 1997 cit., segnatamente nel n. 5 del Considerato in diritto).

Siffatti principi sono stati integralmente recepiti dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr., e *pluribus* e da ultime, sentt. nn. 489 del 2000 e 1073 del 2001). Dall'analisi della quale, peraltro, emerge la conferma della legittimità del ricorso alla interpretazione "estensiva" delle disposizioni che stabiliscono cause di ineleggibilità (cfr., ad es., sent. n. 10845 del 1993, che ha esteso la causa di ineleggibilità, prevista dall'art. 2 comma 1 n. 6 della legge n. 154 del 1981 per i giudici conciliatori, anche ai vice conciliatori; nonché sent. n. 2195 del 2003, che ha esteso la causa di ineleggibilità prevista dall'art. 60 comma 1 n. 6 del d. lgs. n. 267 del 2000 ai magistrati onorari addetti ai tribunali ordinari ai sensi dell'art. 42-bis dell'ordinamento giudiziario, aggiunto dall'art. 8 n. 12 del d.lgs. n. 51 del 1998). Può aggiungersi, con specifico riferimento alle cause di "incompatibilità di interessi" che - fermo il divieto di interpretazione analogica delle disposizioni che le prevedono - a maggior ragione la interpretazione estensiva delle stesse è giustificata dalla loro *ratio*: infatti - posto che esse sono volte ad impedire l'esercizio della carica elettiva, validamente conseguita, da parte di coloro i quali, espressamente menzionati, si trovino in una delle situazioni di potenziale conflitto di interessi tipizzate dal legislatore - è ben possibile estendere, al di là della interpretazione letterale della disposizione, la causa di incompatibilità a soggetti che, pur non essendo stati esplicitamente considerati da questa, per la loro posizione giuridica personale nei confronti dell'ente locale ed in ragione della sussistenza di un potenziale conflitto di interessi, siano assimilabili ai soggetti espressamente considerati: altrimenti opinando, infatti, resterebbe frustrata l'intenzione del legislatore di impedire a tali soggetti, i quali si trovino nella predetta situazione personale di incompatibilità di interessi, l'esercizio della carica medesima.

Infine, ribaditi questi principi - ed in particolare che l'interpretazione della disposizione applicabile alla fattispecie deve essere operata esclusivamente alla luce di essi; e che le fattispecie concrete di ineleggibilità e di incompatibilità debbono essere giudicate esclusivamente alla luce della specifica disciplina dettata per la loro regolazione - non è inutile sottolineare che la disciplina legislativa, non immediatamente volta a regolare le limitazioni al diritto di elettorato passivo, può rilevare soltanto nella misura in cui essa sia coerente, ovvero collida, sotto il profilo della razionalità, con le ragioni della scelta del legislatore di stabilire, o no, le predette limitazioni: ad esempio, e con riferimento alla fattispecie, come sarà specificamente chiarito dalle successive considerazioni, la disciplina privatistica e pubblicistica dell'appalto e del subappalto di opere, lavori o servizi pubblici in tanto può influire sull'interpretazione dall'art. 63 comma 1 n. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000, nella parte che rileva in questa sede, in quanto essa sia coerente, o no, con le ragioni della causa di incompatibilità ivi prefigurata; con la conseguenza che il dubbio sulla predetta coerenza può eventualmente tradursi in dubbio sulla legittimità costituzionale, sotto il profilo della razionalità appunto, della norma che prevede la causa di incompatibilità.

2.4 L'art. 63 comma 1 n. 2 del d. lgs. n. 267, nello stabilire la causa di "incompatibilità di interessi" ("non può ricoprire la carica") ivi prevista e rilevante nella fattispecie, pone, ai fini della sua sussistenza, una duplice, concorrente condizione: la prima, di natura soggettiva; la seconda, di natura oggettiva.

È necessario, innanzitutto (condizione soggettiva), che il soggetto - in ipotesi incompatibile all'esercizio della carica elettiva - rivesta la qualità di "titolare" (ad es., di impresa individuale), o di "amministratore" (ad es., di società di persone o di capitali: cfr. il n. 1 del medesimo comma, ove si parla più ampiamente, sia pure ad altri fini, di "amministratore di ente, istituto o azienda"), ovvero di "dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento", quale può essere, ad es., l'istitutore o il procuratore di impresa commerciale (cfr. artt. 2203-2209 cod. civ.), o il direttore generale di società per azioni (cfr. art. 2396 cod. civ.; per l'individuazione dei criteri distintivi del "potere di rappresentanza o di coordinamento", cfr. Cass. nn. 2144 e 2209 del 1982, 7153 del 1983, 6131 del 1985, 1162 del 1993 e 1465 del 1995). L'ampia formulazione di tali qualità soggettive e l'analisi della giurisprudenza di questa Corte, ora ricordata, mostrano, per un verso, che le predette qualità debbono risolversi, in definitiva, in poteri di gestione e/o di decisione (quantomeno) relativamente all'appalto; e dimostrano, per l'altro, a conferma di quanto dianzi affermato, la legittimità del ricorso alla eventuale interpretazione estensiva della disposizione.

In secondo luogo, il legislatore prevede - come condizione "oggettiva", che deve necessariamente concorrere con quella "soggettiva" per la sussistenza della causa di "incompatibilità di interessi" - che il soggetto, rivestito di una della predette qualità, in tanto è incompatibile, in quanto "ha parte ... in appalti, nell'interesse del comune".

Per la comprensione del senso normativo di tale espressione, pare indispensabile analizzare partitamente le locuzioni che la compongono.

Se si pone l'accento sul termine "parte" della locuzione "aver parte" e lo si correla alla successiva locuzione "nell'interesse del comune", appare chiaro che la locuzione "aver parte" allude alla contrapposizione tra interesse "particolare" del soggetto, in ipotesi incompatibile, ed interesse del comune, istituzionalmente "generale", in relazione alle funzioni attribuitegli (cfr. art. 13 del t.u.), e, quindi, allude alla situazione di potenziale conflitto di interessi, in cui si trova il predetto soggetto, rispetto all'esercizio "imparziale" della carica elettiva. In altri termini e ad esempio, se un imprenditore "ha parte", nel senso ora indicato, in un appalto, al quale l'ente locale è "interessato", lo stesso non è idoneo, secondo la previsione tipica del legislatore, ad adempiere "imparzialmente" i doveri connessi all'esercizio della carica elettiva.

La più complessa locuzione "aver parte in [qualche cosa]" non può che assumere il senso - "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" (art. 12 comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale) - di "parteciparvi insieme con altri", "prendervi parte"; mentre - com'è noto - la diversa locuzione "esser parte di [qualche cosa]" vuol dire esserne uno degli elementi costitutivi.

La circostanza che il legislatore abbia utilizzato il termine "appalti" al plurale e senza ulteriori specificazioni legittima l'interprete a comprendere in esso qualsiasi tipo di appalto "nell'interesse del comune", sia esso d'opera, di lavori o di servizi pubblici (cfr., in tal senso estensivo, Cass. n. 10238 del 1995).

"Aver parte in appalti nell'interesse del comune", dunque, significa, innanzitutto, parteciparvi, eventualmente insieme con altri soggetti, ovviamente diversi dall'ente locale committente, o, comunque, "interessato" all'appalto (cfr. Cass. n. 3918 del 1987). Il fatto, poi, che il legislatore - fin dalla più remota formulazione della disposizione (art. 15 comma 1 n. 7 del d.P.R. n. 570 del 1960, d'anziché testualmente riprodotto) - abbia usato l'espressione "ha parte in appalti" - anziché, ad es., "è parte di un contratto di appalto" - imprime all'espressione medesima un significato ampio: esso si riferisce, infatti, alla partecipazione all'appalto non soltanto, com'è ovvio, nella qualità di soggetto appaltatore dell'opera, dei lavori o del servizio pubblico, ma anche, più ampiamente appunto, come soggetto, il quale vi partecipi con le predette qualità soggettive e come portatore di un proprio specifico e "particolare" interesse contrapposto a quello "generale" dell'ente locale committente - o, comunque, "interessato" all'appalto - e, quindi, potenzialmente confliggente con l'esercizio "imparziale" della carica elettiva. Pertanto - fermo che con il termine "appalti" il legislatore intende riferirsi all'appalto di opera, lavori o servizi pubblici di cui l'ente locale sia committente o a cui sia, comunque, interessato - spetta al giudice individuare, secondo le circostanze del caso concreto sottopostogli e secondo la disciplina applicabile, quale sia la "partecipazione rilevante" ai fini dell'applicazione della disposizione in esame.

Deve essere sottolineato, ancora, che il legislatore - usando, nell'espressione "ha parte", il tempo presente indicativo - ha inteso significare, per un verso, che la condizione oggettiva dell'incompatibilità di interessi, anche se potenziale, deve sussistere "attualmente", vale a dire al momento della elezione; e, per l'altro, che la partecipazione all'appalto, quale impedimento all'esercizio della carica elettiva, dura nel tempo fintantoché essa possa dirsi sussistente: vale a dire, dal momento iniziale della partecipazione stessa e sino al suo "esaurimento" e, quindi, all'esaurimento del potenziale conflitto di interessi; e ciò, restando salva, ovviamente, la facoltà del soggetto incompatibile di rimuovere la relativa causa nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge.

Va, infine, precisato che gli averbi "direttamente o indirettamente" - che, nella disposizione in esame, seguono la locuzione "ha parte" - debbono intendersi riferiti non già alla condizione oggettiva, bensì a quella soggettiva.

Nel senso ora precisato, militano, infatti, diverse e concorrenti considerazioni. In primo luogo, il testo originario della disposizione: infatti, nella formulazione dell'art. 15 comma 1 n. 7 del d.P.R. n. 570 del 1960, i predetti averbi seguivano immediatamente l'individuazione (meno precisa di quella contenuta nella disposizione vigente) dei soggetti incompatibili ("coloro i quali"), facendosi cadere, quindi, inequivocabilmente, l'accento sulla condizione soggettiva. In secondo luogo, il rilievo, secondo cui la causa di incompatibilità all'esercizio di una carica elettiva costituisce limitazione ad un diritto politico fondamentale di natura individuale e personalissima, la quale, perciò, non può che riferirsi, in ultima analisi, ad una condizione soggettiva di conflitto di interessi. In terzo luogo, l'ulteriore e decisivo rilievo, secondo cui - ove i predetti averbi fossero riferiti alla condizione oggettiva (partecipazione all'appalto) e, quindi, l'area della incompatibilità comprendesse anche una "partecipazione indiretta" all'appalto - un'interpretazione siffatta si presterebbe a pericolose estensioni delle limitazioni all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, che il legislatore costituente ha voluto come "eccezionali", sulla base di una categoria giuridica (la "partecipazione indiretta" all'appalto, appunto) generica, di difficile individuazione e, perciò, piuttosto evanescente (si pensi, ad es., come ipotesi limite, alla posizione dell'imprenditore, il quale si sia limitato a fornire i materiali necessari alla realizzazione dell'opera pubblica).

Ed allora, deve concludersi nel senso che il legislatore - qualificando il modo della partecipazione all'appalto - ha inteso, specificamente, rafforzare l'effettività della norma e limitare il predetto diritto non soltanto nei confronti

del soggetto, al quale, in ragione della partecipazione all'appalto con una determinata qualità soggettiva (titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento), il conflitto di interessi sia immediatamente (e formalmente) riferibile, ma anche, con un chiarissimo scopo "antielusivo", nei confronti del soggetto che, al di là della qualità soggettiva di colui che partecipa "formalmente" all'appalto, debba, secondo le circostanze del caso concreto, considerarsi come il "reale" portatore dell'interesse "particolare" potenzialmente confliggente con quelli "generalisti" connessi all'esercizio della carica elettiva. Sicché, è evidente che la condizione soggettiva di incompatibilità, nei casi di accertata divergenza tra dato formale e dato sostanziale relativamente al soggetto partecipante all'appalto, non può che integrarsi nei confronti del *dominus* - nel senso di portatore "sostanziale" e non meramente "formale" - del predetto interesse. È, naturalmente, difficile - e, comunque, non rileva immediatamente in questa sede - individuare una casistica esaustiva delle possibili ipotesi, ma sembra sufficiente, in prima approssimazione, fare riferimento a casi di interposizione "fittizia" di persona, ovvero a situazioni di collegamento o di controllo societario prefigurate dall'art. 2359 cod. civ. (cfr., significativamente, proprio in materia di condizioni per il subappalto, la disciplina dettata dall'art. 18 comma 9 della legge n. 55 del 1990, nel testo sostituito dall'art. 9 comma 69 della legge n. 415 del 1998, richiamata dall'art. 141 comma 3 del d.P.R. n. 554 del 1999; nonché la disciplina sulla rimozione della causa di incompatibilità, esaminata infra al n. 2.6). Nell'ambito della "cornice" finora delineata il giudice del merito - ivi compresa questa Corte (cfr., e *pluribus* e da ultima sent. n. 1733 del 2001) - è chiamato ad accertare, secondo le circostanze del caso concreto, la sussistenza, o no, della causa di incompatibilità di interessi *de qua*.

2.5 Dall'analisi che precede discende agevolmente che la situazione di incompatibilità di interessi tipizzata dalla disposizione in esame non può non ritenersi integrata nei confronti del soggetto che, rivestito di una delle qualità soggettive previste dalla disposizione stessa, partecipi, come appaltatore, all'appalto nell'interesse del comune: infatti - posto che gli interessi dell'amministrazione e dell'appaltatore sono "naturalmente" contrapposti; e che nella disciplina di siffatti contratti i poteri di ingerenza e di controllo dell'amministrazione, committente o interessata, nei confronti dell'appaltatore sono numerosi e penetranti dal momento dell'aggiudicazione a quello dell'approvazione del collaudo finale - la situazione di potenziale conflitto di interessi, rispetto all'esercizio imparziale della carica elettiva, in cui versa l'appaltatore, è del tutto evidente, tenuto conto che questi, quale amministratore locale eletto, verrebbe a trovarsi, in definitiva, anche nella contraddittoria ed incompatibile posizione di controllato - controllore.

Alla medesima conclusione deve pervenirsi anche per il soggetto, il quale, rivestito di una delle predette qualità soggettive, presti la propria attività nell'ambito di un appalto siffatto come subappaltatore.

A tale conclusione conduce la piana interpretazione dell'art. 63 comma 1 n. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000, senza che si renda immediatamente necessaria la sua - pur possibile e legittima - interpretazione estensiva: conclusione, questa, che, peraltro, non collide neppure, sotto il profilo della razionalità, con la disciplina dell'appalto di opera, lavori o servizio pubblici, nella parte in cui regola il subappalto (cfr., supra, n. 2.3, in fine).

In proposito e più specificamente, quel che conta sottolineare non è tanto la indiscutibile autonomia e distinzione strutturale dei rapporti di appalto pubblico e di subappalto stipulato nell'ambito di questo, quanto, piuttosto, per un verso, la coincidenza, parziale o totale, dell'oggetto dell'uno con quello dell'altro e, per altro verso, la natura secondaria, derivata e dipendente del subappalto rispetto all'appalto.

Più in particolare, per quel che riguarda i principi affermati da questa Corte nella sentenza n. 8384 del 2000 (più volte richiamata con contrapposti intenti negli scritti difensivi delle parti) - secondo cui il contratto di subappalto, stipulato dall'appaltatore di opera pubblica, è strutturalmente distinto da quello principale d'appalto e, in quanto stipulato tra soggetti privati, è assoggettato alla disciplina del codice civile ed al contenuto pattizio che le parti hanno inteso dargli, mentre non gli sono applicabili, se non attraverso il richiamo pattizio delle parti, le disposizioni di natura marcatamente pubblicistica tipiche dell'appalto di opere pubbliche - essi non rilevano per l'applicazione della disposizione in esame: infatti - mentre la questione sollevata nella fattispecie alla base della ora richiamata sentenza aveva ad oggetto l'applicabilità *tout court*, o no, al subappalto, in quanto stipulato nell'ambito di un contratto di appalto di opera pubblica, della disciplina pubblicistica regolante quest'ultimo (questione decisa in senso negativo, proprio in ragione della autonomia e della distinzione strutturale dei due negozi) - il quesito che si pone nella presente fattispecie consiste nello stabilire se siffatte autonomia e distinzione strutturale siano, di per se sole, idonee ad escludere, in radice, a differenza di quanto accade per la posizione dell'appaltatore, la ipotizzabilità di un conflitto di interessi in capo al subappaltatore.

Appare decisivo, in tale prospettiva, ribadire che, nell'art. 63 comma 1 n. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000, la condizione oggettiva per la sussistenza dell'incompatibilità di interessi ivi prefigurata è data dalla "partecipazione all'appalto", nei sensi dianzi (cfr., supra, n. 2.4) precisati, relativamente alla quale sia ipotizzabile un conflitto di

interessi. Ed allora, l'autonomia e la distinzione strutturale del subappalto rispetto all'appalto valgono a delimitare l'ambito soggettivo di efficacia di ciascuno dei due contratti (esclusivamente *inter partes*: PA - appaltatore e appaltatore - subappaltatore), nonché a determinare la disciplina applicabile ai relativi rapporti ed alle conseguenti responsabilità civili delle parti, mentre, a ben vedere, non influiscono in alcun modo sulla *ratio* e sull'applicazione dell'art. 63 comma 1 n. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000. Invece, sia la coincidenza, totale o parziale, dell'oggetto dei due distinti rapporti, sia la loro "sovrapposizione", in ragione della natura derivata e dipendente del subappalto rispetto all'appalto, valgono ad evidenziare, nella logica della norma di incompatibilità, la comunanza di interessi "particolari" tra appaltatore e subappaltatore e la loro medesima posizione, sotto tale profilo, rispetto ai contrapposti interessi "generali" del comune e, quindi, il potenziale conflitto di interessi di entrambi rispetto all'imparziale esercizio della carica elettiva.

2.6 Siffatta interpretazione dell'art. 63 comma 1 n. 2 è, inoltre, coerente con le disposizioni legislative che disciplinano il subappalto nell'ambito dell'appalto pubblico.

La sussistenza, in capo al subappaltatore, di un potenziale conflitto di interessi rispetto all'imparziale esercizio della carica elettiva di amministratore locale trova conferma, innanzitutto, nella regola generale, secondo la quale, negli appalti di opere riguardanti la pubblica amministrazione, vige il divieto di subappalto in mancanza di autorizzazione dell'autorità competente (P.A. committente o, ad es., suo concessionario), stabilita sia dall'art. 339 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F, sia, attualmente, dalla norma, penalmente sanzionata, dettata dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982 n. 646 (Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423, 10 febbraio 1962 n. 57 e 31 maggio 1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia) e successive modificazioni ed integrazioni. Costituisce *communis opinio* che, con tale divieto, il legislatore ha inteso evitare che l'appalto traligni in una forma di speculazione ed influisca sulla bontà dell'opera per effetto della riduzione del margine di guadagno dell'appaltatore; e che il controllo esercitato dalla P.A. attraverso l'autorizzazione è preordinato anche alla verifica che i lavori siano effettuati da imprese tecnicamente e moralmente idonee, come è dimostrato dall'inserimento dell'art. 21 cit. in una legge contenente anche disposizioni di prevenzione di carattere patrimoniale volte a contrastare la criminalità organizzata e mafiosa e, quindi, a prevenire e reprimere infiltrazioni di siffatta criminalità nell'esecuzione di opere pubbliche (cfr., ad es., per gli effetti civilistici, della violazione del divieto, sentt. nn. 9542 e 11450 del 1997).

È sufficiente, poi, leggere la disciplina dettata dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990 n. 55 (Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazioni di pericolosità sociali) e successive modificazioni ed integrazioni - che regola, relativamente alla partecipazione a gare per gli appalti di opere o lavori pubblici, condizioni e procedimento cui la autorizzazione al subappalto è subordinata - per individuare non solo una serie di punti di coincidenza degli interessi del subappaltatore con quelli dell'appaltatore, ma anche, e soprattutto, la regola, secondo la quale (anche) il subappaltatore è assoggettato a penetranti controlli della P. A. sia preventivi che successivi all'autorizzazione. In primo luogo, infatti, deve ritenersi sempre salvo il potere dell'amministrazione di revocare, a seguito di verifiche successive in ordine alla sussistenza delle predette condizioni, l'autorizzazione (erroneamente) data e di esercitare, conseguentemente, la facoltà di rescissione o di risoluzione del contratto d'appalto (cfr. art. 21 comma 1 ultimo periodo della legge n. 646 del 1982). In secondo luogo, come possibili esempi di controllo dell'amministrazione successivo all'autorizzazione, possono ricordarsi sia la disciplina sui prezzi praticati dall'impresa aggiudicataria per i lavori e le opere affidati in subappalto (art. 18 comma 3-bis), sia quella sull'osservanza del trattamento economico e normativo, stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si svolgono i lavori, anche nei confronti dei dipendenti del subappaltatore (art. 18 comma 7, che prevede la responsabilità in solido dell'aggiudicatario con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo), sia, ancora, quella sulla sicurezza fisica di tutti i lavoratori operanti nel cantiere (art. 18 comma 8, che prevede un potere di coordinamento dell'aggiudicatario di tutte le imprese operanti nel cantiere e, quindi, anche di quelle subappaltatrici): orbene, tutte queste discipline prevedono incisivi poteri di verifica e di controllo, preventivi e successivi all'autorizzazione, esercitabili dalla stazione appaltante anche nei confronti del subappaltatore.

Infine, deve affermarsi, con specifico riferimento alla "rilevanza temporale" della causa di incompatibilità di interessi in esame (cfr., supra, n. 2.4), che la "partecipazione" del subappaltatore all'appalto non può ritenersi "esaurita", fintantoché non sia - o debba considerarsi - intervenuta, al momento delle elezioni, l'approvazione, da parte del comune committente (o, comunque, interessato), del collaudo finale (cfr. combinato disposto degli artt. 28 comma 3 della legge n. 109 del 1994 e 199 comma 3 del d.P.R. n. 554 del 1999). È noto, infatti, che, con

l'approvazione del collaudo finale, l'ente pubblico committente (tra l'altro) "accetta" definitivamente l'opera o i lavori eseguiti anche per la parte di competenza del subappaltatore.

In proposito, deve richiamarsi lo specifico precedente di questa Corte (cfr. sent. n. 7063 del 1992), in cui è stato affermato il principio, integralmente condiviso dal Collegio, secondo cui "è incontestabile che l'appalto di opere pubbliche deve ritenersi pendente finché non sia intervenuto il certificato di collaudo (o di regolare esecuzione delle opere) approvato dall'ente pubblico, né può tale situazione essere superata attraverso interpretazioni "sostanzialistiche", che troverebbero ostacolo proprio nello spirito del citato art. 51 [Cost.], la cui funzione, nella parte in cui si riferisce al confronto elettorale come metodo di accesso alle cariche pubbliche, è non solo quella di bandire discriminazioni, ma anche quella di garantire l'uguale diritto di tutti all'osservanza delle regole". Né siffatta affermazione di principio risulta contraddetta dalla successiva sentenza n. 10238 del 1995, la fattispecie di pretesa incompatibilità alla base della quale era costituita, non già da un contratto d'appalto in corso, ma da una mera posizione creditoria dell'eletto nei confronti del comune, scaturente da un contratto d'appalto pacificamente "esaurito" al momento della elezione.

È, comunque, decisivo osservare che, altrimenti opinando, potrebbe, tra l'altro, accadere - come avvenuto nella specie (cfr., infra, n. 2.7) - che il subappaltatore, eletto amministratore locale (sindaco e/o consigliere comunale), sia chiamato a concorrere, non solo alla deliberazione di scelta del collaudatore, ma anche alla deliberazione di approvazione del collaudo finale: situazione, questa, che - prefigurando, nel soggetto eletto, una contestuale e contraddittoria coincidenza delle posizioni di "controllato" (subappaltatore) e "controllore" (amministratore locale) - integra appieno il potenziale conflitto di interessi, rispetto all'esercizio imparziale della carica elettiva, che la disposizione in esame intende impedire. È del tutto evidente, infatti, che anche il subappaltatore è "interessato" ad un collaudo finale favorevole relativamente alle opere od ai lavori dallo stesso eseguiti, se non altro ed in definitiva perché, in caso di collaudo sfavorevole, egli potrebbe essere assoggettato all'azione di regresso esercitata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1670 cod. civ.; e che, nella logica della norma di incompatibilità, quel che rileva non è già la mera eventualità dell'azione di regresso, bensì l'indiscutibile interesse ad un collaudo finale favorevole, debitamente approvato dall'ente locale committente.

Né, a confutazione, potrebbe richiamarsi la disciplina relativa al dovere di astensione degli amministratori locali e dettata dall'art. 78 comma 2 del d. lgs. n. 267 del 2000: infatti - posto che tale disposizione stabilisce, tra l'altro, che gli amministratori locali "devono astenersi dal prender parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado" - è del tutto evidente che, mentre il conflitto di interessi qui previsto attiene a specifiche situazioni di incompatibilità che possono eventualmente verificarsi nel corso dello svolgimento delle funzioni pubbliche connesse all'esercizio della carica elettiva (cfr., ad es. e da ultimo, Cons. St., sez. IV, n. 2826 del 2003), quello disciplinato dalla disposizione in esame riguarda una situazione di potenziale incompatibilità di interessi che esiste già al momento della elezione e che, quindi, se non tempestivamente rimossa, viene considerata dal legislatore come ragione di inquinamento originario rispetto allo stesso esercizio imparziale della carica.

Neppure può obiettarsi - soprattutto per quel che riguarda il subappaltatore - che la "pendenza" dell'appalto potrebbe, in concreto, risolversi in una protrazione "*sine die*" della causa di incompatibilità in esame nei suoi confronti, con conseguente, grave compromissione del suo diritto di accesso alla carica elettiva. In proposito, deve sottolinearsi che - dal momento che colui che aspira all'esercizio della carica elettiva di amministratore locale deve sapere che questo si traduce nella cura imparziale della *res publica* e che il legislatore prefigura chiaramente la causa di incompatibilità di interessi in esame - l'ordinamento appresta idonei strumenti per la tempestiva rimozione della causa stessa: dal combinato disposto degli artt. 68 comma 3 (nella parte in cui prevede che "ai fini della rimozione ... delle cause di incompatibilità sono applicabili le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 5, 6 e 7 dell'articolo 60") e 60 commi 3 (nella parte in cui dispone che "le cause ... [di incompatibilità] non hanno effetto se l'interessato cessa dalle funzioni ... non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature") e 6 del d. lgs. n. 267 del 2000 (il quale statuisce che "la cessazione delle funzioni importa la effettiva astensione da ogni atto inerente all'ufficio rivestito"), infatti, si trae l'inequivocabile regola, secondo la quale appaltatore e subappaltatore, partecipanti ad un appalto nell'interesse del comune e rivestiti di una delle qualità soggettive previste dall'art. 63 comma 1 n. 2 dello stesso t.u. (titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento), al fine di rimuovere la causa di incompatibilità di interessi ivi stabilita, debbono cessare dalle relative funzioni "non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature"; fermo restando, ovviamente, che tale cessazione ha da essere "effettiva", e che non deve, quindi, ritenersi sussistente, secondo le circostanze del caso concreto, una delle ipotesi di divergenza tra dato formale e dato sostanziale,

dianzi (cfr., supra, n. 2.4, in fine) esaminate, tali da integrare una fattispecie "elusiva" dell'impedimento in questione.

Può aggiungersi - anche se non rileva immediatamente nel caso di specie - che l'eventuale "impossibilità" di rimuovere, al momento di una determinata elezione, la causa di incompatibilità in esame (si pensi, ad es., al caso del titolare di impresa individuale, il quale dovrebbe necessariamente rinunciare alla sua posizione ed alla sua attività di imprenditore) non costituisce ragione sufficiente a considerarla *tamquam non esset*: infatti - ribadito che il legislatore intende impedire l'esercizio della carica elettiva di amministratore locale al soggetto che, in quanto partecipe all'appalto, è considerato, secondo previsione tipica, in conflitto di interessi con l'ente locale - siffatta causa di incompatibilità non dura indefinitamente, ma, appunto, fintantoché non si esaurisca la partecipazione all'appalto e, quindi, il potenziale conflitto di interessi.

*Omissis.*