

Tribunale di Napoli, VIII sezione civile, sentenza n. 12561 del 19/11/12, Giudice Francesco Graziano. Appalto (varie ipotesi ex art. 1669 cod. civ.): inadempimento di contratto di subappalto di opera pubblica (sentenza emessa ex art. 281 sexies c.p.c.)

Eufrasia Cannolicchio*

La sentenza affronta un tema molto attuale: le infiltrazioni mafiose e camorristiche all'interno degli appalti pubblici. Com'è noto, il controllo degli appalti pubblici è oggi affidato al Magistrato Raffaele Cantone, soprattutto per ciò che riguarda l'aspetto penalistico.

Analizzando l'aspetto civilistico dei contratti conclusi con la PA, è importante esaminare gli articoli del codice civile e la legislazione dell'82 richiamati in sentenza, in quanto appare con molta evidenza che in realtà i mezzi per affrontare e risolvere l'amaro problema delle infiltrazioni esistono. Infatti, il Tribunale di Napoli in veste di Giudice Monocratico con la sentenza *de quo*, ha negato la richiesta di adempimento e quindi di pagamento del contratto concluso in subappalto con la Società convenuta, ritenendo il contratto nullo perché mancava l'autorizzazione della PA, quale "autorità competente".

Il giudice affronta, attraverso l'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, e l'art. 1418 cod. civ., il problema della validità del contratto ed eventuale nullità *ab origine* del contratto in quanto contrario alle norme illecite. Prima di procedere, però, all'analisi delle norme civilistiche che riguardano il caso di specie, è opportuno fare un piccolo inciso, soffermandosi sull'aspetto penalistico del tema in esame: in particolare sulla locuzione "infiltrazioni mafiose e camorristiche", al fine di rendere quanto più chiara possibile la questione esaminata.

Si ritiene in dottrina che l'infiltrazione mafiosa possa essere intesa come "il raggiungimento di cariche sociali, nell'ambito di una S.p.a., di un raggruppamento di imprese ecc., contraente con la P.A., da parte di un soggetto legato ad un'associazione di tipo mafioso, senza che questo tipo di legame abbia dato luogo a provvedimenti ex art. 10 della l. n. 575/1965. Quindi, il soggetto in questione, pur non essendo formalmente entrato a far parte di un'associazione di tipo mafioso, ha, tuttavia, prestato ad essa un proprio adeguato contributo per la realizzazione degli scopi del gruppo criminoso: si sono cioè voluti colpire soggetti ed imprese collocabili in una sorta di zona grigia non assoggettabile a misure di prevenzione".

Ciò premesso, va evidenziata l'importanza dell'art.21 della legge 13 settembre 1982, che costituisce il fulcro della decisione adottata dal giudice nella sentenza. Il suddetto art. testualmente prevede: "Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo".

Tale disposizione è quindi finalizzata alla tutela preventiva della collettività dalle suddette infiltrazioni nell'esecuzione di opere pubbliche poiché, come sostenuto dalla giurisprudenza, in mancanza della preventiva autorizzazione di cui al citato art. 21, il contratto di subappalto di opera

* Avvocato presso il Foro di Santa Maria Capua Vetere.

pubblica risulta in contrasto con norma imperativa e tale contrasto determina, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., la nullità del contratto stesso, come nel caso di specie.

Ed ecco che viene in rilievo un aspetto particolarmente importante, che ricomprende temi sensibili per l'opinione pubblica, poiché arriva a ricomprendere il profilo etico e sociale di una questione apparentemente, ma erroneamente, solo giuridica, e come tale poco suscettibile di attenzione da parte della collettività. In conseguenza della nullità del contratto di subappalto ex art.1418 cod. civ, è negata all'appaltatore la possibilità di richiedere alla P.A committente il compenso per i lavori che erano stati affidati in subappalto, altrimenti sarebbero vane le esigenze di tutela a cui la nullità in esame è finalizzata. Invero, se il contratto di subappalto è nullo per violazione di norma imperativa, si determina un'altra conseguenza importante, ovvero la legittimazione della stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto per grave inadempimento da parte dell'appaltatore. Ecco, dunque, che emerge l'aspetto etico e sociale della questione esaminata; quell'aspetto da me evidenziato e che è meritevole di adeguata considerazione. L'appaltatore, in effetti, non può rappresentare il titolo sul quale l'imprenditore fonda la richiesta di pagamento delle prestazioni fatte eseguire da un terzo in violazione della norma integratrice del contratto di appalto risolto per inadempimento, e questo non solo perché ciò si tradurrebbe nell'esecuzione del contratto invece già risolto per illiceità delle prestazioni suindicate, ma soprattutto perché il comportamento vietato dalla già menzionata norma costituisce un chiarissimo fatto illecito. Infatti, la nozione dei negozi contrari al buon costume include anche quelli contrari ai principi e alle esigenze della coscienza collettiva che costituiscono la morale sociale, a cui si uguaglia il comportamento generale delle persone di buona fede in un determinato momento e in un determinato ambiente. In sostanza, l'accertamento della nullità di un contratto a norme imperative impone un'ulteriore valutazione dell'atto, non solo sotto il profilo etico e sociale, ampiamente trattato, ma anche sotto un profilo più strettamente giuridico, per accertare un'eventuale immoralità dell'atto. Dalla lettura dell'art. 2035 cod. civ - "Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato" - si evince che le prestazioni eseguite per uno scopo contrario al buon costume non sono ripetibili, invece quelle eseguite per uno scopo contrario a norme imperative, ma non immorale, lo sono. Un principio questo che spiega i suoi effetti anche nel campo dell'azione generale di indebito arricchimento: infatti, la norma contenuta nell'art. 2035 cod. civ paralizza l'azione generale di arricchimento. Questione questa assai delicata, che evidenzia la distinzione, nell'ambito della nullità virtuale derivante dalla violazione di norme penali, in relazione alla tipologia di interesse violato, se di natura collettiva o meno. Deve ritenersi che, in presenza di una nullità virtuale comminata per violazione sanzionata penalmente di norma imperativa di ordine pubblico e buon costume, l'azione di ripetizione e quella di arricchimento senza causa non sono ammissibili, perché diversamente si andrebbe a ledere proprio il fine a cui la sanzione penale è predisposta. Tutto ciò evidenzia chiaramente come la norma esaminata in dettaglio, ossia quella che fa divieto all'aggiudicatario di appalto pubblico di concedere in subappalto l'opera ed al subappaltatore di eseguirla, sia posta a tutela del superiore interesse pubblico della trasparenza, della concorrenza e della correttezza delle procedure di evidenza pubblica.

In conclusione, dunque, la *ratio* sottesa alla decisione della sentenza qui commentata è che il comportamento del subappaltatore non deve ledere lo scopo del divieto volto ad evitare il profitto di soggetti che non abbiano i requisiti di aggiudicazione e andando ad alterare, così, l'equilibrio del mercato. Quest'ultimo, infatti, è garantito dalla presenza di quelle norme, ampiamente esaminate, che vietano al subappaltatore non solo di celarsi dietro l'aggiudicatario dell'appalto in maniera non autorizzata, ma anche di conseguire per via giudiziale quanto vietato da norme imperative, in questo modo riuscendo ad ottenere una tutela anche sotto il profilo etico e sociale che è stato trattato nel presente commento.