

Al Presidente del Consiglio
E pc al Segretario Generale

Prot. n. 021437 dell'11-07-2017

Oggetto: consigliere comunale Eleodoro Di Nardo - contestazione causa di incompatibilità.

In riferimento alla nota n. 20861 del 05-07-2017 si riscontra, procedendo alla ricostruzione storica dei fatti, attraverso la documentazione in possesso agli uffici, e tracciando in chiave ricostruttiva il percorso giurisprudenziale di inquadramento della fattispecie.

Con nota del 23-06-2017 prot n. 019872 è stata sollevata contestazione di incompatibilità nei confronti del consigliere Eleodoro Di Nardo.

La contestazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 63 n. 4 dlgs n. 267/2000 nei confronti del consigliere Di Nardo iscritto nelle liste elettorali del Comune di Agropoli ed eletto in seno al Consiglio Comunale di Agropoli nella lista Idea Comune è stata formulata dal signor Carlo Scalzone

Nel caso di specie viene eccepita causa di incompatibilità in ordine a due punti:

a parere del signor Scalzone, il consigliere Di Nardo sarebbe parte processuale in ordine a due processi amministrativi pendenti dinanzi il Consiglio di Stato, nrg 2279/15 e nrg 5279/16 nei quali il Comune di Agropoli è appellato principale.

In chiave ricostruttiva si procede all'esposizione storica dei fatti in base alla documentazione in possesso dell'ufficio scrivente.

Sub A Appello del signor Scalzone Carlo dinanzi il Consiglio di Stato nei confronti del Comune di Agropoli. RG 5279/16 - contro interessato Eleodoro Di Nardo. In data veniva notificato contro il Comune di Agropoli ricorso dinanzi il Consiglio di Stato da parte di Carlo Scalzone per la riforma della sentenza del Tar Campania di Salerno sez. I n. 2665/2015 resa nel ricorso rg 1407/2015 e per il contestuale annullamento, del permesso di costruire n. 5097 rilasciato dal Comune di Agropoli in data 17-03-2015 aventi ad oggetto i lavori di una nuova struttura adibita a bar-pizzeria del Lido Casì sito alla via Kennedy del Comune di Agropoli.

Il Comune di Agropoli con deliberazione n. 248 del 15-09-2016 provvedeva a costituirsi, nominando all'uopo per la difesa l'avv. Massimo Postiglione.

La vertenza ha come oggetto il rilascio della concessione edilizia n. 1333/91 rilasciata dal Comune di Agropoli.

Avverso il suindicato permesso il signor Scalzone ha proposto ricorso (rg 167672013) innanzi al Tar che, previa riunione ad altro giudizio connesso (rg. 1732/2011) con sentenza n. 1194/2014 ha respinto il ricorso affermando sul lotto controverso, in applicazione dell'indice fondiario, residuerebbe ampia volumetria per realizzare l'intervento assentito.

Nel marzo del 2014 i signori Di Nardo, sul lotto controverso hanno presentato una variante al precisato permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione di un nuovo organismo edilizio.

Con pdc n. 5097 il Comune ha assentito l'intervento che prevede, sempre in applicazione del diverso indice fondiario la costruzione di un nuovo organismo edilizio, il diverso utilizzo delle aree asservite a standard della scuola e che la p.lla 906 venga adibita ad arenile dello stabilimento balneare.

Di qui il nuovo ricorso innanzi al Tar di Salerno che, con la sentenza impugnata nel richiamare la precedente decisione n. 1194/2014 ha respinto l'impugnativa.

Avverso tale sentenza vi è stato appello in Consiglio di Stato, del signor Scalzone nei confronti del Comune di Agropoli.

Agli atti del giudizio parte processuale è Scalzone Carlo c/ il Comune di Agropoli, che mira alla revisione del giudicato. In questa sede il consigliere Eleonoro Di Nardo è solo controinteressato.

Sub B. Appello in Consiglio di Stato formulato da Carlo Scalzone contro il Comune di Agropoli - contro interessato Eleodoro Di Nardo. RG N. 2279/2015.

La controversia in esame trova radice processualistica contro la sentenza Tar Campania sez.I n. 1194/2014 resa nei ricorsi riuniti aventi rg 1732/2011 e nrg 1676/2013; permesso di costruire n. 4785 rilasciato dal Comune di Agropoli in data 06-09-2013 avente ad oggetto i lavori di demolizione e ricostruzione di una nuova struttura adibita a bar - ristorante del Lido Oasi sito alla via Kennedy del Comune di Agropoli.

Punto nodale della controversia è il permesso di costruire rilasciato dal Comune di Agropoli che prevedeva la costruzione di un nuovo manufatto da adibire a bar - ristorante del Lido Oasi, mutamento di destinazione d'uso dell'attuale p.lla 906 destinata a standard dell'albergo, nata dal frazionamento della ex p.lla unica 239, come area destinata al servizio dello stabilimento balneare. Avverso il

suindicato permesso il signor Scalzone ha proposto ricorso innanzi al Tar, che previa riunione ad altro giudizio ha respinto il ricorso, con sentenza n. 1194/2014.

Avverso tale sentenza, il signor Scalzone ha formulato ricorso dinanzi il Consiglio di Stato dove a riforma del precedente giudicato, si chiede la anche revisione dei provvedimenti posti in essere dal Comune di Agropoli.

In questa sede il consigliere Di Nardo Eleodoro è solo contro interessato. La pendenza della lite è tra lo Scalzone ed il Comune di Agropoli.

Nell'ipotesi sub A e sub B che peraltro sono oggetto specifico della contestazione di Scalzone, parte processuale attiva è il signor Scalzone Carlo contro il Comune di Agropoli. In entrambi i casi **il consigliere Di Nardo Eleodoro è solo contro interessato.**

Dopo aver proceduto all'esposizione dei fatti, si procede ad un esame strutturale dei riferimenti giurisprudenziali che hanno inquadrato la fattispecie in esame, richiamando i vari provvedimenti decisionali.

Tale esame non vuole in alcun modo fornire un parere tecnico legale alla vicenda de quo, che rimane ed è ,di piena e sovrana competenza del Consiglio, ma si limita esclusivamente a richiamare gli arresti giurisprudenziali che si sono succeduti nel tempo in materia, citando l'organo giurisdizionale, il numero delle sentenze e richiamando il valore precettivo delle stesse.

Sempre in chiave ricostruttiva, per le considerazioni di cui appresso si dirà, ad una interpretazione in chiave sostanzialistica della norma, ha fatto seguito già a partire all'inizio degli anni 80 una interpretazione esclusivamente formalistica della stessa, che ha ribaltato completamente il precedente indirizzo, per cui le sentenze che di seguito vengono citate possono considerarsi l'indirizzo uniforme in materia.

In tal senso è necessario evidenziare che le cause di incompatibilità sono stato oggetto negli ultimi anni, come innanzi precisato, di una attenta disamina giurisprudenziale.

Nel caso di specie la ratio dell'art. 63 co. 1 n. 4 del dlgs n. 267/2000 va ravvisata nella necessità di impedire che possano concorrere all'esercizio delle funzioni dei consigli comunali soggetti portatori di interessi confliggenti con quelli del Comune o che si trovino comunque in condizioni che ne possano compromettere l'imparzialità. (Cass 12 febbraio 2008 n. 3384; Cass 24 febbraio 2005 n. 3904; Corte Cost. 20 febbraio 1997 n. 44).

Per indirizzo uniforme per la sussistenza della causa di incompatibilità contemplata dalla norma in esame è necessario che

la pendenza della lite sia non meramente potenziale come era invece nel sistema previgente, bensì effettiva.

In tal senso si cita Cass 3384/2008; Cass 28 luglio 2001 n. 10335; Cass 9 aprile 1992 n. 4357. Ai fini della integrazione della fattispecie regolata dalla norma, assume rilievo esclusivamente la pendenza di un'effettiva controversia giudiziaria e non semplicemente una lite potenziale o il contrasto, reale o potenziale di interessi tra eletto ed ente pubblico. In sostanza ai fini dell'integrazione delle condizioni di incompatibilità, occorre la presenza effettiva di essere parte processuale nel giudizio. In tal senso l'indirizzo degli ultimi anni è uniforme (Cass n. 3904/2005; Cass n. 5216/1992; Cass n. 3384/2008; Cass 30 ottobre 2003 n. 16305; Cass 4 maggio 2002 n. 6426; Cass 10335/2001; Cass 26 luglio 2000 n. 9789).

Su questo punto occorre precisare e definire il concetto di parte processuale.

Al riguardo si cita Cass n. 3384/2008; Cass 19 maggio 2001 n. 6880; Cass 26 giugno 1971 n. 2024 dove si indica che l'incompatibilità di cui fa menzione l'art. 63 l co n. 4 dlgs 267/2000 va accertata con riferimento al concetto tecnico di parte di una controversia effettiva, sul piano processuale e sostanziale, che non è riferibile alla diversa figura del soggetto genericamente interessato all'esito della lite per le ricadute che possano derivargli, sicché già solo per tale ragione l'ipotesi di incompatibilità non sussiste.

Si deve a tale riguardo richiamare la considerazione in ordine al fatto che il diritto inviolabile di elettorato passivo può essere assoggettato a restrizioni (che si risolvono in una compressione delle possibilità che l'ordinamento costituzionale offre al cittadino di partecipare alla vita democratica) nei soli limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di pari rango costituzionale conseguendone che la compatibilità è la regola e l'incompatibilità è l'eccezione e le norme che derogano o comunque comprimono il diritto elettorale passivo sono di stretta interpretazione (Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 344; Corte Cost. 10 dicembre 1981 n. 183; Corte Cost. 21 novembre 1972 n. 166; Corte Cost. 20 marzo 1969 n. 46; Cass 28 dicembre 2000 n. 16205).

Parti del processo - anche in assenza di un'espressa definizione legislativa del concetto di parte - sono infatti, pressoché univocamente individuate, in dottrina e giurisprudenza (attore, convenuto, interveniente volontario o coatto), i quali, a seguito del compimento di determinati atti processuali (proposizione della domanda, costituzione nel processo) assumono, appunto, nella qualità e la conseguente titolarità all'esercizio di una serie di poteri e facoltà processuali, finalizzati a dare impulso e a consentire lo

svolgimento della vicenda processuale e la produzione di una serie di effetti dei quali gli stessi soggetti sono destinatari immediati, a prescindere dall'effettiva titolarità del diritto o rapporto giuridico sostanziale controverso e quindi dall'esito della lite. Nel caso di specie tale connessione è sempre individuata dalla domanda giudiziale. Il concetto tecnico di parte del giudizio ha portata, quindi essenzialmente processuale e non è, pertanto riferibile in chiave sostanzialistica alla diversa figura del soggetto interessato all'esito della lite per le ricadute patrimoniali che possano derivare (Cass. N. 2024 del 1971; Cass 19 maggio 2001 n. 6880).

L'indirizzo della Suprema Corte tende a circoscrivere le cause di incompatibilità ad una lite effettivamente pendente, recuperando peraltro un orientamento che già alla fine degli anni 80 si era già espresso in tal senso (7457/90; 4724/92; 5216/92; 10421/92).

Ad una interpretazione sostanzialistica dell'incompatibilità, molto forte negli anni 70 e 80 si è contrapposta una interpretazione che fa perno sulla nozione di parte in senso processuale, ispirata ad una più penetrante valorizzazione del diritto di elettorato, riconducibile al novero dei diritti inviolabili della persona (Corte Cost. n. 141/96; 571/89).

In sostanza l'intera vicenda si basa tra un continuo confronto tra una interpretazione formale da un lato e una valutazione sostanzialistica ed estensiva della norma dall'altra, ben potendosi delineare l'alveo della discussione su tale confine.

Particolare attenzione merita la posizione del contro interessato.

Il controinteressato nell'economia processuale non ha altro che una posizione processuale passiva, dal momento che non è quella che da impulso al processo ma è quella che viene investita dalle determinazioni volitive altrui.

In tale ottica la posizione processuale del contro interessato va letta ai sensi dell'art. 51 Cost in virtù della quale rimane pacifico il ruolo di garanzia di un diritto politico fondamentale, riconosciuto ad ogni cittadino con i caratteri dell'invulnerabilità e dell'eguaglianza (art. 2 e 3 Costituzione).

Pertanto le restrizioni del contenuto del diritto di elettorato passivo sono ammissibili in presenza di situazioni peculiari ed in ogni caso per motivi adeguati e ragionevoli, finalizzati alla tutela di un interesse generale, che presuppone un bilanciamento che deve operare tra il diritto individuale di elettorato passivo e la tutela del diritto di difesa.

Nel caso di specie la Corte Costituzionale si è più volta espressa, affermando che la stessa previsione dell'incompatibilità per causa pendente rappresentasse il risultato di un bilanciamento di valori

aventi uguale rilievo costituzionale, e cioè quello di impedire che potessero concorrere all'esercizio delle funzioni comunali soggetti portatori di interessi configgenti con quelli del Comune o i quali comunque si trovassero in condizioni che né potessero compromettere l'imparzialità, fermo restando il valore a rango costituzionale del diritto di difesa.

Un punto va debitamente chiarito ed ampiamente precisato.

Fermo restando la ricostruzione storica dei fatti che è ampiamente visionabile, rimanendo a disposizione dell'attenzione dell'Onorevole Consiglio, rimane radicalmente diversa e quindi oggetto di una diversa ricostruzione la circostanza di essere parte processuale nel giudizio, ed in modo particolare parte attiva da chi invece riveste una posizione passiva in un procedimento, perché semplicemente investo di un'azione processuale ex adverso prodotta.

Nel caso di specie ci troviamo alla presenza di due opposte posizioni: un conto è attivare una azione processuale nei confronti di determinati destinatari, dove si risponde per una responsabilità diretta delle proprie azioni, un conto è una posizione passiva dove si è investiti delle altrui azioni.

Va precisato un punto.

Laddove il Consigliere Di Nardo Eleodoro è contro interessato, lo stesso non ha alcuna posizione conflittuale con il Comune di Agropoli. Non è Di Nardo che cita in giudizio il Comune di Agropoli, ma è Scalzone che si attiva contro il Comune di Agropoli, e dove Di Nardo Eleodoro è contro interessato.

Le contestazioni circa le cause di incompatibilità maturano quando vi è una posizione diretta tra il consigliere comunale e il Comune di appartenenza.

Cosa ben diretta è il caso che ci occupa.

Di Nardo Eleodoro non ha alcuna posizione diretta e conflittuale con il Comune di Agropoli.

La sua presenza processuale, laddove è controinteressato è di mera coabitazione con il Comune di Agropoli.

In sostanza i rapporti processuali sono due distinti e separati.

Il primo rapporto, che è diretto e conflittuale, è quello che intercorre tra Scalzone contro il Comune di Agropoli.

Il secondo rapporto è quello che lega Di Nardo Eleodoro ed il Comune di Agropoli, che è di mera coabitazione, dal momento che entrambi sono destinatari della vocatio in ius di Scalzone.

In sostanza non è il consigliere Di Nardo Eleodoro che si attiva processualmente contro il Comune di Agropoli, ma sono entrambi destinatari di una azione processuale prodotta da altri. In tal senso tali considerazioni vanno lette in sintonia con gli arresti

giurisprudenziali del Giudice delle Leggi (Corte Costituzionale 244/97; 419/99; 1/00) che impone di privilegiare tra più interpretazioni egualmente, possibili, quella disposizione che risulta più compatibile con valori di rango costituzionale.

In sede ricostruttiva dalla lettura degli atti in possesso presso l'ufficio scrivente si tracciano le seguenti considerazioni finali e conclusive:

1. Non vi è alcuna lite tra Di Nardo Eleodoro ed il Comune di Agropoli.

La giurisprudenza è chiara. Si parla di lite in corso o pendenza di lite quando vi sono rivendicazioni processuali opposte e contrapposte.

Laddove Di Nardo Eleodoro è contrinteressato, coabita con il Comune di Agropoli, dal momento che il consigliere Di Nardo non ha attivato alcuna rivendicazione giuridica contro il Comune di Agropoli.

Quindi non c'è lite in corso tra i soggetti, perché non vi sono rivendicazioni di senso opposto.

2. Si è fatta una lunga disamina sul concetto di parte processuale. Si è già detto ampiamente, utilizzando un linguaggio comune, che è parte processuale chi si trova parte in un processo.

Ma essere parte in un processo, impone di distinguere tra una posizione attiva e diretta ed una altra meramente passiva.

Il consigliere Di Nardo non è parte attiva nel processo, dal momento che non ha mai sollevato rivendicazioni giuridiche contro il Comune di Agropoli.

E' semplicemente contro interessato dal momento che insieme al Comune di Agropoli è destinatario di un azione processuale ex adverso prodotto.

In sostanza Di Nardo Eleodoro non ha mai rivendicato nulla contro il Comune di Agropoli, ma insieme al Comune di Agropoli è destinatario di una rivendicazione altrui.

La lunga disamina giurisprudenziale sul concetto di parte processuale è solo finalizzata ad evidenziare che non vi è alcuna lite tra le parti.

Non vi è lite tra le parti, ma qualora si volesse optare per una interpretazione estensiva del concetto di parte processuale, peraltro smentita dalla Suprema Corte, il Consigliere Di Nardo Eleodoro, è contro interessato nel giudizio, cioè fa parte del processo ma non solleva alcuna rivendicazione contro il Comune di Agropoli.

In sostanza, recuperando la contestazione di Scalzone circa le cause di incompatibilità, si precisa che la lite è pendente tra lo Scalzone ed il Comune e non tra l'Ente ed il consigliere Di Nardo.

Per tale motivo Di Nardo in alcun modo può modificare in alcun modo la propria posizione processuale, a riprova del fatto che non ha lite pendente, giacchè in tal caso avrebbe potuto rinunciare al ricorso ovvero alla pretesa sostanziale, ove fosse stato evocato in giudizio dal Comune.

Ad onor di cronaca si precisa che i due giudizi richiamati dallo Scalzone nella contestazione sollevata e oggetto della presente relazione sotto il titolo sub A e sub B sono stati trattenuti in decisione e si aspetta il deposito delle sentenze.

Alla stregua della documentazione in atti e sulla scorta dei fondamentali riferimenti giurisprudenziali in materia, a parere dello scrivente non si ravvisano condizioni di incompatibilità ai danni del consigliere Di Nardo Eleodoro.

Il Responsabile del procedimento
Avv. Candido VOLPE