

Appalti: causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lettera c).

Reati estinti: necessità della pronuncia di estinzione?

Trascurando l'evoluzione normativa in materia di cause di esclusione dagli appalti (e dalle concessioni e subappalti) di operatori economici già condannati in via definitiva, ci limitiamo alla disciplina vigente:

Articolo 38, comma 1, lettera c), e comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006:

«1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti ... né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (omissis)

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati ... (omissis) ... l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; (omissis)

2. Il candidato o il concorrente ... (omissis) indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. (omissis)»

L'attenzione è alle condanne delle quali deve (in realtà può) essere omessa l'indicazione, dove la norma individua espressamente la seguente casistica:

- a) reati depenalizzati;
- b) reati dichiarati estinti;
- c) condanne revocate;
- d) condanne per le quali è intervenuta la riabilitazione.

La mancata indicazione, l'indicazione superflua o inesatta in relazione a tali fattispecie è pertanto irrilevante e non costituisce ostacolo alla partecipazione alla gara.

Nulla quaestio quanto alla fattispecie sub. a), un reato depenalizzato non è più tale e la stazione appaltante non può non essere pienamente edotta dell'avvenuta depenalizzazione.

Nulla quaestio, seppure per motivi diversi, quanto alle fattispecie sub. c) e sub. d). Si tratta di condizioni subordinate necessariamente all'adozione di un provvedimento; nel primo caso un provvedimento del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 673 del

codice di procedura penale, nel secondo caso una pronuncia del giudice di sorveglianza ai sensi dell'articolo 683 del codice di procedura penale, in attuazione dell'articolo 178 del codice penale.

La problematica qui si incentra sulla fattispecie sub. c).

La norma parla di "reati dichiarati estinti", subordinandone l'irrilevanza alla "dichiarazione di estinzione", quindi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'articolo 676 del codice di procedura penale, che accerti la sussistenza delle condizioni di estinzione, comprese quelle previste dall'articolo 445, comma 2, e dall'articolo 460, comma 5, dello stesso codice di rito.

In tal senso AVCP con la determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, T.A.R. Lazio, sez. II-quater, 22 luglio 2009, n. 7483, Corte di cassazione, sez. IV penale, 27 febbraio 2002, n. 11560 e sez. I penale, 24 novembre 2009, n. 49987, Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 7740. Da ultimo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, ordinanza del 30 luglio 2015, n. 1031, secondo la quale i concorrenti debbono dichiarare tutte le condanne subite, incluse quelle per reati estinti a seguito del verificarsi delle condizioni di legge. L'obbligo di dichiarazione viene meno solo qualora il Giudice dell'esecuzione abbia dichiarato l'estinzione del reato. La pronuncia che accerta l'estinzione è condizione imprescindibile affinché il concorrente possa considerarsi sollevato dagli obblighi di informativa. Solo attraverso l'intervento del Giudice dell'esecuzione la causa estintiva, che non opera in modo automatico, si trasforma da mera "situazione di fatto" a "condizione di diritto".

Ad introdurre un diverso orientamento è ora il Consiglio di Stato, sezione V, 13 novembre 2015, n. 5192.

Non rileva in questa sede il caso specifico, anche se merita attenzione per la sua natura curiosa che denota il permanere nell'amministrazione di una certa inestirpabile mentalità borbonica (con tutti il rispetto per i Borboni). E' stato escluso dalla gara un concorrente il cui procuratore (peraltro senza poteri incisivi) "solamente" 41 anni prima, in giovane età quale militare di leva, era giunto in ritardo all'appello (violando dell'articolo 147 del codice penale militare di pace). E' proprio vero che certe cose non passano mai! [1]

Da qui a escludere dalle gare chi ha rubato una merendina quando andava all'asilo il passo non è così lungo.

¹ *La questione richiama alla mente Leonardo Sciascia che ne "Il giorno della civetta" alla domanda del capitano Bellodi se il tale avesse precedenti penali (siamo negli anni sessanta) fa rispondere all'onesto maresciallo Ferlisi che sì, li aveva, nel 1940 era stato denunciato da un milite perché ad un passeggero che parlava dell'imminente guerra alla Grecia dicendo «entro 15 giorni ce la succhiamo», rispose «e che è, un uovo?».*

L'esclusione era stata confermata in primo grado (T.A.R. Trieste, sez. I, 31 dicembre 2014, n. 678) ed era stata confortata da un parere favorevole dell'allora AVCP [2] a sua volta impugnato.

Ebbene, aldilà del caso specifico, quantomeno singolare e quasi pittoresco, in disparte l'aggravante (per l'amministrazione) che nel caso di specie era stata pronunciata anche l'estinzione da parte del giudice dell'esecuzione, la sentenza assume interesse per un ben altro argomento che appare quasi un *obiter dictum* ma merita di essere riportato integralmente:

«Comunque, anche in vigenza dell'articolo 676 del codice penale Vassalli si è evidenziato dalla giurisprudenza più attenta, che l'effetto estintivo operi ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisogni di alcun provvedimento, non rilevando in contrario l'attribuzione al giudice dell'esecuzione della competenza a decidere in merito all'estinzione del reato dopo la condanna (Cass. Pen. Sez. V, 14 maggio 2015, n. 20068; Cass. Sez. Unite, 30 ottobre 2014, n. 2).

In particolare con la sentenza n. 2 del 2014 le Sezioni Unite della Cassazione, seppure con riferimento al tema dell'indulto, hanno ritenuto maggiormente coerente con i criteri ermeneutici che sottendono il codice processuale il principio secondo cui, quando un determinato effetto giuridico si verifichi per decorso inattivo del tempo, esso si verifica ope legis al momento in cui siano per legge maturate le condizioni cui è condizionato l'effetto.

Corollario di tale approccio ermeneutico è che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo ai fini dell'estinzione del reato e si pone in funzione meramente formale e ricognitiva di un effetto già verificato, nel mentre l'automatismo degli effetti dell'estinzione del reato si pone in coerenza con i principi comunitari di ragionevole durata dei processi, sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dagli articoli 5 e 6 CEDU.

L'applicazione di tale criterio ermeneutico al caso di specie, comporta che l'estinzione del reato si era verificata già prima del formale provvedimento reso dal giudice dell'esecuzione il 9 aprile 2013, sicché la dichiarazione resa da ... non era falsa o non veritiera laddove non dichiarava la condanna di cui trattasi».

La conclusione dei giudici di Palazzo Spada, accogliendo l'appello e riformando integralmente la sentenza di primo grado, lascia piacevolmente sorpresi per l'attribuzione della prevalenza alla sostanza sulla forma e per il richiamo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Una rondine non fa primavera, ma certamente ne è un indizio significativo. Resta il suggerimento, per ragioni di opportunità immediatamente percepibili, per evitare

² Negli atti si cita un parere di precontenzioso n. 65 del 21 maggio 2014, che chi scrive non è riuscito a reperire.

equivoci, mutevoli orientamenti e inutili polemiche tra concorrente e stazione appaltante, di continuare a dichiarare l'esistenza del reato per il quale siano maturati i presupposti dell'estinzione ma per il quale difetti formale provvedimento giudiziale.

Incidentalmente non si può evitare di notare come ANAC (suceduta praticamente senza soluzione di continuità ad AVCP) si sia costituita in ambedue i gradi di giudizio e, in particolare, nel giudizio d'appello, per precisare *«che il pregiudizio lamentato dalla ricorrente non deriva dal parere dell'AVCP, atteso che tale Autorità svolge mera funzione consultiva, senza imporre alcunché alle amministrazioni che ne chiedano il parere sul singolo caso ...»* lasciando agli operatori la valutazione circa l'utilità della prassi dei cosiddetti pareri di precontenzioso.

21 novembre 2015
