



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI STORIA E FILOSOFIA DEL DIRITTO
E DIRITTO CANONICO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXIV

**Rilevanza penale dei requisiti generali per la
partecipazione all'appalto pubblico**

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore :Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando : Arturo Sullo

Sezione prima

Il sistema degli appalti pubblici: le origini e le ragioni dell'interesse della disciplina penale nel settore.....1

- 1. L'infiltrazione della criminalità nel circuito lecito degli appalti pubblici e l'inquinamento del mercato.....2**
 - 1.1 Il sistema di assegnazione degli appalti come area privilegiata dell'interesse mafioso.....4
 - 1.2 Le diverse forme di interferenza criminale nel settore degli appalti pubblici. Breve analisi delle metodologie di intervento criminale nel sistema.....8
 - 1.3 L'inadeguatezza della risposta penale tradizionale e la necessità di individuare nuove meccanismi di tutela del mercato pubblico.....11
 - 1.4 La definizione di meccanismi di selezione più trasparenti durante la fase di affidamento del contratto.....14

Sezione seconda

I requisiti penalistici di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento.....17

- 1. L'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento.....18**
 - 1.1 L'individuazione dei soggetti destinatari della disciplina.....20
 - 1.2 L'attestazione di possesso dei requisiti. La rilevanza penale di dichiarazioni sostitutive non veritiere.....28
 - 1.3 La verifica amministrativa del possesso dei requisiti. Il ruolo assunto dall'Autorità per la vigilanza.....37
 - 1.4 L'accertamento ritenuto sufficiente ai fini dell'esclusione dal novero dei competitori: tra "presunzione di non colpevolezza" e informativa prefettizia antimafia.....43

2. Le singole cause ostative alla procedura di affidamento degli appalti pubblici. Le esclusioni in tema di misure di prevenzione [art. 38, comma 1, lett. b)]	51
2.1 La “strategia di prevenzione” rispetto al settore degli appalti pubblici. L’evoluzione della disciplina normativa della “prevenzione antimafia”.....	56
2.2 Il problema delle misure di prevenzione e del loro fondamento costituzionale. Il fine giustifica i mezzi?.....	62
2.3 La mancata esecuzione dolosa o colposa di provvedimenti che applicano misure di prevenzione.....	67
2.4 L’illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati.....	73
3. Le ipotesi di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale [art. 38, comma 1, lett. c)]	78
3.1 La nozione di moralità professionale in una prospettiva penale.....	80
3.2 (segue) Limiti alla valutazione discrezionale della stazione appaltante sui “reati che compromettono la moralità professionale”.....	84
3.3 La nozione di “reato grave”: l’assenza di parametri fissi e predeterminati.....	89
3.4 (segue) La valutazione della gravità del reato in ordine ai parametri di commisurazione preveduti dall’articolo 133 c.p. Ambiguità e insufficienze del modello di disciplina predisposto.....	93
3.5 L’offesa di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità.....	97
3.6 (segue) Ipotesi di esclusione automatica-obbligatoria.....	104
3.7 La qualificazione in “termini di gravità” si concilia con l’apertura al decreto penale di condanna irrevocabile?.....	109
4. Le sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. In particolare, la sanzione ex art. 9, comma 2, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 [art. 38, comma 1, lett. m)]	114
4.1 Premessa: le ipotesi di sanzioni che “escludono” dalla partecipazione alla gara d’appalto. Il legislatore opta per una scelta “minimalista e mirata”	116
4.2 (segue) Ancora sulle sanzioni a contenuto interdittivo nel diritto penale degli appalti. Analisi di un settore “sensibile” d’intervento.....	121

4.3 I criteri di scelta ed il regime di inapplicabilità delle sanzioni interdittive nella disciplina del d. lgs. 231/2001. Quali scenari per le procedure di affidamento degli appalti?.....	125
4.4 Le sanzioni interdittive irrogabili con la sentenza di condanna e le misure applicabili dal giudice in via cautelare. Ripercussioni in tema di appalti e di procedure di affidamento.....	130

Considerazioni conclusive	136
--	------------

Abstract	145
-----------------------	------------

Bibliografia	147
---------------------------	------------

Sezione prima

*Il sistema degli appalti pubblici: le
origini e le ragioni dell'interesse della
disciplina penale nel settore*

1. L'infiltrazione della criminalità nel circuito lecito degli appalti pubblici e l'inquinamento del mercato.

L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione ha assunto nel corso degli ultimi anni una sempre maggiore importanza per la collettività e la vita economica del Paese. Tra tutte, l'ipotesi contrattuale di maggior rilievo è sicuramente quella dell'appalto pubblico, ovvero quell'attività della Pubblica Amministrazione che esprime un "carattere strumentale" ed è finalizzata non all'adempimento immediato di interessi pubblici, ma a procurare i mezzi materiali necessari per poter soddisfare i pubblici interessi stessi¹.

Le ragioni di tale crescente rilevanza attengono pressoché esclusivamente a motivazioni di carattere economico e sono da ricercarsi, anzitutto, nell'ampliamento dell'intervento dei pubblici poteri in tutte le branche della vita economico-sociale europea: invero, secondo dati recenti della Commissione europea, le commesse di lavori da parte delle pubbliche amministrazioni rappresentano una porzione significativa dell'economia europea, al punto che il loro "peso" all'interno dell'economia dei paesi dell'Unione europea sarebbe misurabile in circa 16 % del prodotto interno lordo comunitario².

Tali dati numerici, e i riflessi economici che ne conseguono, rivelano la presenza di un settore, quello degli appalti pubblici, "assai appetibile" da parte della criminalità; tale settore può offrire, infatti, ingenti margini di profitto e di conseguenza è, da sempre, notoriamente esposto a tentativi di infiltrazione illecita volti ad ottenerne il controllo parziale o totale³. In particolare, le più importanti e recenti analisi evidenziano come il

¹ FERRAJOLI, *I reati in materia di appalti*, Milano, 1994, 7.

² Cfr. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della dignità umana*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 5, 1875.

³ IORI, *Trattativa privata e turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, 1101; MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 1; ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen.*, 1982, 435; RUGGIERO, *Incanti (turbativa ed astensione)*, (voce) in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 901; STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 129; VENTURATI, *Incanti (frodi negli)*, (voce) in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 302; FERRAJOLI, *op. cit.*, 3-4: "Secondo le recenti stime il crimine organizzato destina oltre il 19 % delle proprie attività al settore degli appalti pubblici. Il dato è significativo perché dà la misura del grado di penetrazione della malavita nel tessuto economico-sociale del Paese e giustifica lo sforzo costante, operato ad ogni livello, per la ricerca di forme e metodi nuovi di contrasto sempre più incisivi ed efficaci (...) È di palmare evidenza di quali effetti distorsivi possa essere portatrice questa aggressione ai gangli vitali della realtà socio-economica. Ed è chiaro il ruolo prioritario che la criminalità assegna all'area degli appalti pubblici che, come si è detto, oltre a fornire amplissimi spazi per il riciclaggio e l'accesso a fondi pubblici, costituisce inevitabilmente punto di incontro tra il potere imprenditoriale e privato, che della pressione mafiosa può essere portatore o vittima, ed il mondo politico

fenomeno dell'infiltrazione illecita nel settore degli appalti pubblici interessi, principalmente, le organizzazioni criminali di stampo mafioso, volte ad individuare in tale settore nuovi canali di investimento e a realizzare, attraverso questi, una metamorfosi del "mafioso rurale" in "mafioso imprenditoriale"⁴. L'obiettivo della criminalità mafiosa, infatti, non può che essere quello di infiltrarsi nel mercato degli appalti pubblici – mediante l'impiego di metodi di pressione e di capitali di provenienza illecita – e di condizionarne l'andamento secondo le proprie finalità illecite.

Sudette preliminari considerazioni consentono, pertanto, di intuire le importanti implicazioni e ripercussioni penali che interessano la materia della contrattazione pubblica, nonché il principale obiettivo perseguito dalla criminalità mafiosa: questo consiste nell'intento di alterare i meccanismi di selezione dei concorrenti alle gare di appalto, in modo tale da poterne controllare le dinamiche concorrenziali e da poter realizzare un "inquinamento progressivo e sistematico" del mercato⁵.

ritenuto largamente influenzato o influenzabile da quelle pressioni e come tale orientabile nelle sue scelte di indirizzo generale e di gestione amministrativa. Proprio per queste ragioni il legislatore, ritenendo che tale momento (appalti, subappalti, cottimo di opere, forniture pubbliche) possa essere ricettacolo di interessi mafiosi, ha dato, nell'ambito della copiosa normativa antimafia, ampio spazio a misure volte a precludere – per quanto possibile – rapporti tra delinquenza mafiosa e pubblica amministrazione. Queste le motivazioni dell'intervento penale in materia”.

⁴ Cfr., in argomento, per tutti, TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari*, Roma-Bari, 2001, 314; CENTONZE, *Il sistema di condizionamento mafioso degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 96; BALLONI, *Criminologia e criminalità organizzata: analisi, ipotesi e prospettive*, in (a cura di) BANDINI-LAGAZZI-MARUGO, *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Milano, 1993, 40; COLOMBO, *Il sistema degli appalti*, Milano, 1995, 52: “I mafiosi imprenditori, trasferendo il metodo mafioso nell'organizzazione aziendale e nella conduzione esterna degli affari esterni dell'impresa, possono godere di un profitto monopolistico precluso alle altre aziende (...) non più la tradizionale azione parassitaria in campo economico, ma aggressiva presenza imprenditoriale che agisce in direzione di un'espansione e non in un impedimento delle forze di mercato. È da questa mutazione in impresa che nasce e si sviluppa il rapporto con le grandi aziende e il dominio monopolistico della gestione dei subappalti di grandi opere pubbliche”; FERRAJOLI, *op. cit.*, 22-23: “Gli economisti da tempo sostengono che il crimine organizzato – almeno nelle sue attività di mercato – opera come qualsiasi altra impresa economica, fornendo beni-servizi e quindi consumi, rivolgendosi a clienti volontari, secondo il modello della domanda-offerta. Ed i proventi delle attività illegali vengono poi utilizzati per finanziare altri crimini o per monopolizzare affari illeciti o per tentare di corrompere amministratori pubblici: perciò il crimine si considera come una parte funzionale del sistema della libera impresa, cioè un aspetto di quel *continuum* di cui l'altro capo è rappresentato dall'attività legale”. A tal proposito, si veda anche CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Verifica della evoluzione delle forme organizzativo-dirigenziali di Cosa Nostra al fine di un'eventuale elaborazione di proposte per attuare strategie di contrasto*, Risoluzione del 7 giugno 2001, 5-6.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, 7; COLOMBO, *Il sistema degli appalti*, Milano, 1995, 54: “Il rientro dai mercati illegali a quelli legali di una così imponente massa di denaro impone infatti alla criminalità mafiosa complesse operazioni di riciclaggio con effetti di forte amplificazione e ramificazione delle attività illegali in diversi settori economici e finanziari e dunque di inquinamento progressivo dell'economia legale”; CENTONZE, *Il sistema di condizionamento mafioso degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 11 ss.: “Invero, l'inserimento di un'impresa mafiosa nel settore degli appalti pubblici presenta caratteri di illiceità sia sotto l'aspetto dell'inquinamento di tale settore dell'economia pubblica,

È questo il contesto in cui si muove e prospera la criminalità economica ed entro il quale collocare l'analisi del funzionamento del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una prospettiva di tutela penale.

Nel prosieguo della trattazione occorrerà chiedersi se le problematiche di carattere penale che si registrano nel settore degli appalti pubblici possano essere limitate soltanto alla tematica accennata e, soprattutto, se le soluzioni normative di contrasto adottate possano considerarsi davvero efficaci. Prima di affrontare più esaurientemente suddette questioni, meritano un approfondimento le specifiche ragioni che inducono a ritenere proprio il sistema degli appalti pubblici uno dei campi privilegiati di interesse della criminalità organizzata di stampo mafioso⁶.

1.1 Il sistema di assegnazione degli appalti come area privilegiata dell'interesse mafioso.

Il tema degli appalti pubblici, come detto, riveste una fortissima e persistente centralità nell'ambito dei rapporti tra economia e criminalità, specie di stampo mafioso. Le più note vicende della cronaca giudiziaria degli ultimi anni, infatti, dimostrano come una delle più evidenti e significative linee di continuità tra le varie forme di condizionamento criminale dell'economia sia rappresentata, appunto, dall'assegnazione di contratti pubblici ad imprese che trovano la propria capacità competitiva essenzialmente nella disponibilità di capitali illeciti e nella forza di intimidazione derivante dal tessuto associativo di carattere mafioso che consente di dettare criteri di comportamento anti-concorrenziali agli operatori del settore⁷.

sia perché le risorse finanziarie impiegate nelle aziende attraverso le quali l'organizzazione è presente su questo segmento produttivo, direttamente o indirettamente, hanno un'origine illecita collegata alla sfera di operatività della stessa consorceria”.

⁶ ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983, 109; COLOMBO, *op. cit.*, 51: “L'indagine sulla criminalità organizzata ha individuato proprio nel settore degli appalti di opere pubbliche uno dei canali preferenziali di intervento dell'associazione mafiosa”. Per un tentativo di classificazione sistematica dei numerosi e differenziati campi di intervento, influenza e investimento mafioso si vedano le considerazioni svolte in merito alla ricerca condotta dal CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *La criminalità organizzata nell'area milanese*, 1986, 13-21.

⁷ Cfr., in argomento, ALESSANDRI, (voce) *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1993, 1212: “La cosiddetta impresa mafiosa non rappresenta così unicamente il mezzo per investire, in modo rispettabile, i proventi dell'attività criminosa: costituisce, molto più pericolosamente, un'entità economica che gioca a tutto campo sul terreno delle altre imprese, potendo contare su certi vantaggi competitivi al di fuori della portata di normali concorrenti, tali da scardinare il

Non sorprende, pertanto, il fatto che, da più parti, il sistema di assegnazione degli appalti pubblici sia stato definito quale la vera e propria area privilegiata di interesse della criminalità mafiosa⁸. In particolare, gli studi degli analisti hanno permesso di comprendere come la selezione delle modalità di investimento economico da parte della criminalità mafiosa costituisca una “strategia di intervento forzata”, giacché funzionale a trasformare una forza economica potenziale in una forza economica effettiva⁹.

I passaggi fondamentali di suddetta “strategia” consistono nella distorsione delle regole della concorrenza del mercato, nel superamento dei criteri legali di aggiudicazione dei contratti pubblici e nell'imposizione di propri “esclusivi” criteri di selezione dei competitori, ovvero, in sintesi, nello stravolgimento dei principali capisaldi su cui si fonda la disciplina degli appalti pubblici.

L'analisi dell'evoluzione della fenomenologia criminale mafiosa in tema di appalti ha pure evidenziato come la realizzazione di suddetti passaggi passi attraverso una pluralità di modalità di intervento distorsive del circuito legale di mercato; in altri termini, la

quadro della concorrenza e, prima ancora, i suoi stessi presupposti”; BALSAMO, *La disciplina dei subappalti tra lotta alla mafia e tutela dell'iniziativa economica. Le esigenze di riforma*, in (a cura di) PARANO, *Pubblica amministrazione. Diritto penale. Criminalità organizzata. Pubblicazione atti del Convegno*, Milano, 2008, 266; CENTONZE, *op. cit.*, 16: “Il crescente interesse verso le risorse finanziarie pubbliche costituisce un irrimediabile pregiudizio del regime della concorrenza tra le imprese private operanti in questo settore del nostro Paese, determinando la sistematica esclusione dalle gare di appalto più importanti, o più appetibili economicamente, da parte delle imprese estranee al circuito illecito elaborato dall'organizzazione criminale”.

⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, 4; CENTONZE, *op. cit.*, 21 e 14: “Da quanto sin qui detto dovrebbe apparire evidente che l'attenzione sul problema dell'individuazione dei canali privilegiati di investimento del denaro mafioso ha posto al centro dell'osservazione il sistema di controllo mafioso degli appalti pubblici, rappresentando questo settore l'area privilegiata per l'investimento delle risorse mafiose da parte di Cosa Nostra”; COLOMBO, *op. cit.*, 51: “L'indagine sulla criminalità organizzata ha individuato proprio nel settore degli appalti di opere pubbliche uno dei canali preferenziali di intervento dell'associazione mafiosa”; MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1102. Analogamente, si confronti quanto riportato nei risultati degli studi elaborati dal CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (“*Ipotesi sulle possibilità di riciclaggio di denaro di provenienza da attività mafiose nel territorio di Milano*”, in Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, “*La criminalità organizzata nell'area milanese*”, marzo 1986, 1-98) e dall'indagine compiuta dal CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Criminalità organizzata ed economia illegale*, Risoluzione del 24 luglio 2002, p. 3: “L'industria del crimine muoverebbe ogni anno circa 500 miliardi di dollari (...) la stima possiede un indubbio valore intrinseco, consistente nella perimetrazione dell'ordine di grandezza del problema, per il cui migliore apprezzamento sembra utile soggiungere – a titolo comparativo – che la movimentazione complessiva annua dell'intero sistema italiano è pari a 37.500.000 miliardi delle vecchie lire”.

⁹ Sul punto, si veda CENTONZE, *op. cit.*, 9: “Invero, questa trasformazione fisiologica delle strategie criminali dell'organizzazione è risultata necessaria per la sua stessa sopravvivenza”.

metodologia di condizionamento mafioso del settore degli appalti pubblici presenta una multiformità e una multi-direzionalità di condotte illecite¹⁰.

Seppur diverse e multiforme tra di loro, il dato che accomuna le differenti condotte e metodologie di intervento criminale è, tradizionalmente, riconducibile ad un triplice ordine di ragioni.

Da un lato, gli interessi criminali si concentrano su un vantaggio di carattere economico, giacché, come sopra detto, il mercato degli appalti pubblici permette di accedere ad ingenti risorse pubbliche e di realizzare importanti margini di profitto; in tal senso, il settore della contrattazione pubblica rappresenta una fonte di finanziamento delle organizzazioni o dei singoli attraverso il controllo di risorse economiche pubbliche statali o locali¹¹.

Dall'altro, l'intervento criminale sul sistema degli appalti pubblici permette di realizzare una vera e propria strategia di controllo del territorio attraverso la tessitura di una fitta trama di relazioni economiche, finanziarie, politiche e istituzionali¹². La cd. mafia imprenditrice assumerebbe, così, la gestione diretta o indiretta degli appalti pubblici per differenziare i propri spazi di investimento oltre che la propria strategia di influenza¹³.

¹⁰ La multiformità delle distorsioni criminali nel sistema degli appalti di opere pubbliche in Italia e l'analisi delle diverse metodologie di intervento criminale nel sistema degli appalti pubblici sarà oggetto di trattazione specifica nel prossimo paragrafo, cui si rinvia. Per un approfondimento sull'argomento, si veda ALESSANDRI, (voce) *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1993, 1213; CENTONZE, *op. cit.*, 54: "Questa multiformità, infine, rende evidente che flessibili devono essere gli strumenti normativi utilizzabili in funzione di contrasto di questa fenomenologia criminale, che dovrà essere affrontata in sede penale con quella duttilità indispensabile per confrontarsi con tali fenomeni".

¹¹ Vedi, per tutti, CENTONZE, *op. cit.*, 16: "È evidente infatti che l'influenza che la criminalità organizzata riesce ad esercitare sull'economia pubblica è diretta al controllo illegale dei contratti pubblici e allo sfruttamento delle risorse finanziarie pubbliche, che costituiscono la sua fonte principale, più garantita, di approvvigionamento economico. Tali garanzie, a ben vedere, sono la conseguenza diretta della stessa natura economica delle risorse finanziarie pubbliche, che, quantomeno in astratto, non sono soggette alle limitazioni di spesa, tipiche delle attività imprenditoriali gestite da soggetti privati".

¹² Si evince come l'intento delle organizzazioni mafiose sia quello di operare una delegittimazione delle amministrazioni pubbliche locali e statali, fino al punto di sostituirsi alle stesse creando così una sorta di "sistema nel sistema" alternativo al circuito del mercato lecito. Cfr. BALSAMO, *op. cit.*, 266-267. In argomento, si veda pure TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 198 ss.; LARI, *L'infiltrazione di cosa nostra nel mondo dell'imprenditoria ed in particolare nei pubblici appalti, relazione per l'incontro di studio su "Evoluzione della criminalità organizzata ed efficacia dei mezzi di contrasto"*, organizzato a Palermo, 13-14 dicembre 2002; GUERRIERO, *Profili penalistici e strumenti di intervento in tema di abusi nelle procedure degli appalti pubblici*, in *Cass. pen.*, 1998, 3470 ss., che, a proposito delle dinamiche di controllo criminale del settore degli appalti pubblici, parla di un vero e proprio "controllo monopolistico" tale da creare "un mercato chiuso" e impenetrabile da parte dei non aderenti al sistema illecito.

¹³ Vedi per tutti quanto osservato da BALSAMO, *op. cit.*, 268: "Il controllo del mondo degli appalti pubblici ha continuato a costituire uno dei principali strumenti di arricchimento di Cosa Nostra prima, durante e dopo la fase storica caratterizzata dal disegno criminoso che mirava a realizzare un sistema

A suddette ragioni, se ne aggiunge una ulteriore, ovvero quella relativa alla necessità di operare un reimpiego occulto delle risorse finanziarie illecitamente acquisite dall'organizzazione e, quindi, il fenomeno del cd. riciclaggio collegato al settore degli appalti pubblici¹⁴. Pur senza affrontare, per esigenze espositive, tutte le questioni connesse a tale tematica, è noto come suddetta attività illecita costituisca una necessaria condizione di sopravvivenza per le organizzazioni criminali di stampo mafioso¹⁵. Infatti,

globale di controllo verticale degli appalti pubblici (...) Il pervasivo controllo criminale della fase dell'esecuzione dei lavori ha mantenuto tutta la sua efficacia anche nell'attuale fase storica, contraddistinta dalla strategia della sommersione e dalla rinuncia ad ogni velleità di gestione diretta e centralizzata del sistema degli appalti nella fase della loro aggiudicazione, nella quale persiste comunque il pesante condizionamento ambientale che notoriamente l'associazione riesce a realizzare sul territorio regionale anche attraverso gli imprenditori di riferimento (tanto che in alcuni settori i ribassi di aggiudicazione non sono mai stati così limitati come avviene attualmente)"; GUERRIERO, *op. cit.*, 3470 ss.; LARI, *L'infiltrazione di cosa nostra nel mondo dell'imprenditoria ed in particolare nei pubblici appalti*, relazione per l'incontro di studio su "Evoluzione della criminalità organizzata ed efficacia dei mezzi di contrasto", organizzato a Palermo, 13-14 dicembre 2002.

¹⁴ Per un approfondimento sul tema del riciclaggio, cfr. MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1102; CASTALDO, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace? (Un interessante raffronto con la legislazione argentina)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 299; MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 35. Vedi, altresì, sulla questione dell'impiego delle risorse finanziarie mafiose nel mondo produttivo legale e sulle metodologie di indagine più efficaci, TURONE, *op. cit.*, 481. L'Autore si sofferma in particolare sulla centralità degli accertamenti patrimoniali, ai fini dell'individuazione dei canali di investimento delle risorse economiche del sistema produttivo illecito, e auspica l'utilizzo di tecniche di indagine mirate che permettano di ricostruire i movimenti economici illegali.

¹⁵ Sull'argomento, in relazione alla specifica materia degli appalti pubblici, si veda quanto riportato da CENTONZE, *op. cit.*, 10 ss.: "In particolare è possibile rilevare come dal complesso delle esperienze giudiziarie maturate in Sicilia nel corso di questi anni sia emersa l'esistenza di almeno due versanti del riciclaggio collegati al settore degli appalti pubblici". L'Autore, in tal senso, fa riferimento ai cc.dd. "versante interno" e "versante esterno" del fenomeno di riciclaggio e osserva che "per quello che concerne il versante interno del riciclaggio, i canali di investimento più utilizzati sono quelli dell'edilizia e degli appalti pubblici. In questo contesto, è emersa la centralità del settore degli appalti pubblici come ambito di investimento privilegiato dell'organizzazione mafiosa, che ritiene in questo modo di potersi garantire meglio sul piano dell'occultamento delle proprie risorse finanziarie illecite e sul piano parallelo dello sfruttamento delle risorse finanziarie pubbliche, nel convincimento della loro sostanziale inesauribilità. Per quanto concerne il versante esterno del riciclaggio deve osservarsi che le ingenti risorse dell'organizzazione sono impiegate sui mercati finanziari internazionali, dove vengono occultate attraverso complesse operazioni, all'esito delle quali è impossibile l'accertamento della provenienza illecita di tali fondi". A proposito delle forme di riciclaggio interno, si confronti altresì, FALCONE, *Criminalità organizzata e gestione del flusso degli affari*, in AA. VV., *La difesa delle istituzioni locali della criminalità degli affari*, Roma, 1992, 27: "La criminalità organizzata sta cominciando a fare a meno della criminalità degli affari; nel senso che sta creando, all'interno delle organizzazioni criminali, una categoria di soggetti addetti, non già al compimento delle attività squisitamente criminali, bensì alla gestione e al riciclaggio dell'enorme flusso di denaro derivante dalle attività criminali". Infine, in ordine alle modalità ed alle ragioni che animano le forme di riciclaggio esterno, si osservi quanto sostenuto da GUERRIERO, *op. cit.*, 3471, che, in merito alle ingenti somme provenienti dai mercati illeciti controllati dalle organizzazioni mafiose ed alle finalità sottese all'attività di riciclaggio, afferma: "Il fine che l'impresa mafiosa intende raggiungere è dunque anche quello di investire e riciclare denari sporchi, creando una barriera giuridico-formale, fra l'attività criminale e l'attività lecita, così alterando gravemente le logiche del mercato".

attraverso i proventi illeciti del riciclaggio si possono alterare le regole del libero mercato e della concorrenza tra le imprese private e si può incidere sul rapporto tra costi aziendali e benefici economici degli imprenditori non allineati con le scelte operative criminali¹⁶.

Tali plurime e differenti ragioni confermano gli enormi interessi economici sottesi al controllo criminale delle risorse e dei mercati pubblici e, in particolare, ai meccanismi di assegnazione degli appalti pubblici, sì come riflettono molteplici e importanti problematiche di ordine penale meritevoli di un più ampio approfondimento. In questa prospettiva, la trattazione non può che prendere avvio dall'individuazione delle principali modalità di distorsione criminale del mercato lecito degli appalti pubblici e da un'analisi delle diverse metodologie di condizionamento del sistema, per poi soffermarsi su una valutazione in termini di effettività della risposta penale rispetto a suddette diverse modalità di aggressione nei confronti del settore.

1.2 Le diverse forme di interferenza criminale nel settore degli appalti pubblici. Breve analisi delle metodologie di intervento criminale nel sistema.

Le diverse metodologie di influenza e controllo criminale del sistema di affidamento degli appalti pubblici in Italia presuppongono, come detto, la presenza di operatori di mercato “dal volto apparentemente pulito”, capaci di infiltrarsi nel tessuto economico pubblico senza generare il rischio di reazioni repressive conseguenti al diffondersi di un giustificabile allarme sociale¹⁷. L'evoluzione della fenomenologia criminale rispetto al settore in esame ha rivelato, quindi, un differente modo di “avvicinarsi” al circuito lecito di assegnazione delle gare pubbliche: si registrano, infatti, forme di ingerenza criminale caratterizzate non più da un “atteggiamento di rottura” rispetto alle istituzioni che governano l'economia pubblica, ma da “interventi striscianti” e “occulti” rispetto alle regole del mercato¹⁸. Questa differente forma di infiltrazione nel tessuto sociale-

¹⁶ Sul punto, vedi MASCIANDARO, *Crimine & soldi*, Milano, 2001, 8-9.

¹⁷ Vedi BALSAMO, *op. cit.*, 267.

¹⁸ Cfr. BALSAMO, *op. cit.*, 268. In questa prospettiva, paiono condivisibili le opinioni di quanti connotano la nuova strategia criminale in tema di appalti evidenziandone le caratteristiche in termini di “invisibilità economica” e di “mimetizzazione sociale”. Vedi COLOMBO, *op. cit.*, 56; CENTONZE, *op. cit.*, 86-87: “Queste difficoltà – che possiamo definire di esegesi del fenomeno – hanno fra l'altro spinto i

economico lecito delle gare pubbliche rende ancora più complesso il tentativo di decifrare le scelte operative che connotano e sorreggono gli interessi criminali, nonché quello di approntare una disciplina penale soddisfacente per tutelare un settore così soggetto all'attenzione criminale¹⁹. L'emersione di tali fenomeni di evoluzione criminale giustifica, pertanto, i dubbi e le perplessità sull'adeguatezza della risposta penale rispetto alle mutate metodologie di intervento criminale in materia di appalti pubblici, ponendo il problema dell'introduzione di strumenti più efficaci per garantire il contrasto di condotte di infiltrazione della criminalità economica²⁰.

Più in particolare, l'esame delle principali prassi distorsive del mercato degli appalti pubblici evidenzia una spiccata differenziazione di metodologie di intervento e aggressione del sistema legale di assegnazione delle opere pubbliche²¹. Tale

più recenti analisti a soffermarsi con attenzione sul contesto criminale nel quale si sono sviluppati i nuovi interessi dell'organizzazione mafiosa, che, in questa fase storica, registra un allentamento complessivo della pressione criminale e un diffuso mimetismo sociale delle sue ramificazioni (...) Si è realizzato, in questo modo, un ritorno all'atteggiamento più tipico di questa consorte che, ha sempre puntato a mimetizzarsi nel tessuto sociale e politico, al fine di evitare il pericolo di reazioni repressive conseguenti al diffondersi di incontrollabili allarmismi sociali"; GRASSO-LODATO, *La mafia invisibile*, Milano, 2001, 7-8.

¹⁹ Vedi CENTONZE, *op. cit.*, 86. L'Autore, riferendosi ai fenomeni sopra citati ed, in particolare, al cd. mimetismo sociale della criminalità economica, osserva come: "Questo non facilita la ricostruzione delle sue dinamiche operative e rende approssimativo ogni tentativo di analisi"; GRASSO-LODATO, *La mafia invisibile*, Milano, 2001, 7-8. In argomento, si consideri anche quanto espresso da CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura ai fini dell'elaborazione delle più idonee strategie di contrasto delle istituzioni*, Risoluzione del 15 settembre 1999, p. 4 ss.

²⁰ Cfr. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003, 11; ID, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 57; MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 487; RIGHETTI, *Tecniche di occultamento della ricchezza da parte delle organizzazioni criminali*, in (a cura di) VIOLANTE, *I soldi della mafia. Rapporto 1998*, Bari, 1998, 61; TUMMINELLO, *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravante dell'art. 7 d.l. 152/1991, convertito nella l. 203/1991*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 903. Giova anticipare, sul metodo di accertamento dell'effettività penale, PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 517. In materia di tutela penale dei pubblici incanti ed effettività del diritto penale si confronti MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 4 ss.: "Si tratta, piuttosto, accanto ad una rimediazione complessiva sulla portata degli elementi strutturali delle fattispecie in questione e sui rapporti con i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, di controllare innanzitutto lo stato attuale della prassi, al cui interno esse hanno assunto una fisionomia del tutto diversa da quella originaria, senza che, peraltro, attraverso i correttivi ermeneutica di volta in volta utilizzati (e non sempre condivisibili sul piano della corretta interpretazione degli elementi strutturali delle fattispecie in questione), siano venute meno le perplessità di fondo in ordine all'effettività del testo normativo vigente"; PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1212.

²¹ Cfr., CENTONZE, *op. cit.*, 29-31; COLOMBO, *op. cit.*, 59; GRASSO, *Le dinamiche attuali dell'organizzazione mafiosa Cosa Nostra*, in *Quaderni del C.S.M.*, vol. I, 1998, n. 99, 280; LARI, *L'infiltrazione di cosa nostra nel mondo dell'imprenditoria ed in particolare nei pubblici appalti*, relazione per l'incontro di studio su "Evoluzione della criminalità organizzata ed efficacia dei mezzi di

diversificazione, tuttavia, ruota attorno a due figure principali di distorsione criminale del mercato lecito degli appalti: da un lato, il cosiddetto meccanismo illecito di “rotazione programmata” durante la fase di assegnazione degli appalti pubblici; dall’altro, il meccanismo della creazione di cartelli imprenditoriali strumentali al controllo dell’aggiudicazione delle gare.

Il meccanismo di rotazione programmata implica un’illecita prassi che incide sulle dinamiche di scelta del contraente e si fonda sull’accordo tacito secondo il quale, a turno, tutte le imprese partecipanti al sistema descritto si impegnano preventivamente ad offrire nel corso della gara il ribasso di importo minore, precedentemente concordato²². Tutte le imprese che sono coinvolte in questo sistema di spartizione illecita degli appalti pubblici finiscono così per beneficiare dell’assegnazione di lavori pubblici secondo una turnazione o accordi prestabiliti e hanno l’interesse a non alterare le regole interne di funzionamento del meccanismo di rotazione, poiché le stesse imprese ne risultano sostenitrici e beneficiarie²³.

Per quanto, invece, concerne la creazione di cd. cartelli imprenditoriali funzionali al controllo sistematico del settore degli appalti pubblici, l’analisi delle intese economiche palesa come la prassi criminale sia quella di dare vita ad un mercato protetto e chiuso dalle interferenze concorrenziali lecite di altre imprese non aderenti al cartello, determinando così una sorta di micro-sistema esclusivo regolato da logiche operative prestabilite e fondato su di una “dialettica imprenditoriale viziata”²⁴. In altri termini,

contrasto”, organizzato a Palermo, 13-14 dicembre 2002, 8-9. Analogamente, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Criminalità organizzata ed economia illegale*, Risoluzione del 24 luglio 2002, 22.

²² Per un approfondimento sulla tematica della rotazione programmata si rinvia a COLOMBO, *op. cit.*, 102; CENTONZE, *op. cit.*, 155; GRASSO, *op. cit.*, 279. Vedi, altresì, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura ai fini dell’elaborazione delle più idonee strategie di contrasto delle istituzioni*, Risoluzione del 15 settembre 1999, 22-23. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., 18 febbraio 1988, Arcella, in *C.E.D. Cass.*, n. 177650; Cass. pen., 2 febbraio 1995, Imerti, in *C.E.D. Cass.*, 200901; Cass. pen., 25 giugno 1996, n. 989, Trupiano, in *Cass. pen.*, 1997, 1719; Cass. pen., 28 settembre 1998, n. 1103, Bruno, in *Cass. pen.*, 2000, 1191; Cass. pen., 28 gennaio 2000, n. 190, Oliveri, in *Cass. pen.*, 2001, 384.

²³ Cfr. CENTONZE, *op. cit.*, 154: “Si tratta del cosiddetto metodo del “tavolino” – la cui curiosa denominazione deriva dalla circostanza di fatto che la spartizione degli appalti pubblici, come detto, è attuata a un tavolo di trattativa al quale partecipano tutte le imprese coinvolte in questo sistema illecito”. In altri termini, le imprese coinvolte mirano a realizzare un vero e proprio sodalizio criminale volto alla progettazione di una ripartizione preventiva e organizzata di tutti gli appalti assegnati in un determinato territorio o settore di interesse.

²⁴ Si esprime in questi termini CENTONZE, *op. cit.*, 160. L’Autore aggiunge che: “Tale forza di penetrazione criminale sul mercato di questi cartelli è tale da compromettere i meccanismi della competizione produttiva, attraverso la costituzione di cartelli mafiosi che pregiudicano le regole della concorrenza di mercato, danneggiando tutte le imprese estranee alle logiche economiche – o in questo

queste intese economiche costituite in funzione del condizionamento degli appalti pubblici, oltre ad essere in astratto riconducibili alla figura dei cosiddetti cartelli imprenditoriali, mirano in concreto realizzare degli accordi occulti tra le imprese del settore: il sodalizio illecito che ne deriva punta quindi ad imporre delle logiche produttive contrarie al principio della libera concorrenza di mercato e lesive dei principi giuridici che regolano la contrattazione pubblica²⁵.

Tali forme di “pilotaggio” dell’andamento della fase di scelta del contraente generano non poche problematiche nell’individuazione e nell’accertamento delle condotte criminali poste in essere e comportano la necessità di valutare l’adeguatezza della risposta penale tradizionale.

1.3 L’inadeguatezza della risposta penale tradizionale e la necessità di individuare nuovi meccanismi di tutela del mercato pubblico.

La notevole varietà tipologica delle condotte di inquinamento del mercato degli appalti pubblici evidenzia come l’attività di individuazione, accertamento e contrasto dei fenomeni criminali in esame incontri delle difficoltà di non poco conto. Tali difficoltà

caso criminali – di tali cartelli”. Sul problema della rilevanza penale delle intese imprenditoriali nel settore degli appalti pubblici si veda MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 135: “In verità, il cartello che la disciplina antitrust sanziona è solo quello che si appalesa in grado di falsare in modo consistente il gioco della concorrenza, creando, attraverso il coordinamento tra le imprese, una restrizione della competizione altrimenti irrealizzabile. La dottrina economica ha, pertanto, operato una *summa divisio* tra intese cd. verticali e orizzontali: le prime due sono pratiche concordatarie che si instaurano tra imprese produttrici da un lato e clienti dall’altro; gli accordi orizzontali, invece, si stabiliscono tra soggetti che operano sullo stesso livello distributivo e/o produttivo. Come è facile intuire sono proprio quest’ultime tipologie di accordi che determinano la compressione più drastica della concorrenza”; SANTACROCE, *La legge quadro sui lavori pubblici: profili di rilevanza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 134.

²⁵ Cfr., in argomento, le critiche sulla legittimità giuridica dei cartelli mosse da MORMANDO, *op. cit.*, 137-138: “Al tempo stesso, il cartello è, indubbiamente, la soluzione che compromette più drasticamente le regole della concorrenza, poiché ogni partecipe, nel proprio ambito territoriale, agisce in regime di monopolio, con la possibilità di imporre i prezzi e/o i costi della produzione”; CENTONZE, *op. cit.*, 161: “La stessa legittimità giuridica dei cartelli è oggetto di un’attenta rivisitazione. Questi sono ritenuti espressivi di accordi che limitano la concorrenza privata al di fuori delle regole di mercato e riproducono le condizioni produttive che caratterizzano i regimi monopolistici, massimizzando i profitti a scapito delle imprese estranee all’accordo di cartello addirittura contrarie alle sue strategie imprenditoriali. A prescindere dal perseguimento o meno di finalità illecite, sussistono forti dubbi sulla loro compatibilità con i principi costituzionali contenuti nell’art. 42 Cost. (...) è opinione condivisa quella secondo la quale tutti gli accordi restrittivi della concorrenza privata, attuati con le forme dei cosiddetti cartelli imprenditoriali, si riflettono negativamente sul mercato, producendo condizioni analoghe a quelle del regime di monopolio e consentendo alle imprese consociate di massimizzare i propri profitti alterando gli equilibri naturali del segmento produttivo in cui sono presenti”.

vengono accentuate dalla presenza di una legislazione penale ipertrofica non sempre frutto di scelte di politica criminale univoche e condivisibili²⁶.

In altre parole, se, da un lato, la copiosa produzione normativa testimonia ampiamente la volontà del legislatore di circoscrivere e limitare le possibili infiltrazioni della criminalità nel tessuto sociale-economico lecito del mercato degli appalti pubblici, dall'altro, il quadro normativo della legislazione relativa alla tutela penale degli appalti palesa un intervento legislativo che non può definirsi armonico e razionale. In particolare, uno dei più evidenti punti deboli della disciplina in esame è rappresentato dal fatto che l'apparato di contrasto si dimostra potenzialmente molto efficace, allorché si tratti di respingere o neutralizzare tentativi frontali di infiltrazione criminale delle procedure di affidamento degli appalti, mentre appare ben più vulnerabile ove si considerino le penetrazioni illecite realizzate mediante interposizioni fittizie di soggetti apparentemente "rispettabili"²⁷.

Suddette considerazioni, nonché le critiche di quanti auspicano una "rinnovata" forma di tutela del mercato degli appalti pubblici rivelano, dunque, notevoli dubbi e

²⁶ Cfr., IORI, *Trattativa privata e turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, 1101; MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 1; ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen.*, 1982, 435; RUGGIERO, *Incanti (turbativa ed astensione)*, (voce) in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 901; STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 129; VENTURATI, *Incanti (frodi negli)*, (voce) in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 302; ALEO, *op. cit.*, 12-13; FERRAJOLI, *op. cit.*, 1: "Nel coacervo delle disposizioni penali messe a punto a più riprese dal legislatore nazionale per fronteggiare il pericoloso dilagare della criminalità organizzata, che ha oggi ramificazioni internazionali e macroscopici interessi in attività produttive apparentemente lecite, in cui vengono reinvestiti i proventi delle più svariate imprese delittuose, non potevano mancare norme volte specificamente alla repressione di illeciti connessi all'aggiudicazione dei pubblici appalti, fonti di ingenti profitti derivanti dalla spendita di denaro pubblico e campanello di allarme in ordine a possibili connessioni tra mafia e amministrazione politica"; DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 477; GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 18; ROXIN, *I futuri compiti della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 34, che a proposito della legislazione antimafia, ricollegabile al settore degli appalti pubblici, criticamente osserva: "È certo che non si può immaginare di soddisfare tali esigenze se, come nel caso della legislazione antimafia, viene fatto ricorso ad una profluvie di provvedimenti legislativi occasionali, secondo cadenze parossistiche, che rendono estremamente difficoltosa la stessa ricostruzione di un affidabile quadro normativo".

²⁷ Cfr. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 5: "Privilegiando questo presupposto non si è tuttavia tenuto conto di un dato incontrovertibile: la criminalità economica, cioè quella deputata all'investimento dei capitali illeciti, si avvale in genere di persone apparentemente rispettabili. L'ipotesi del malavitoso in odore di misure di prevenzione che contratti direttamente con la p.a. è più un caso di scuola che una evenienza realmente verificabile. Certamente più probabile è che l'organizzazione criminale controlli in modo occulto l'impresa partecipante o aggiudicataria. Il vero problema è quindi disporre di strumenti che consentano di risalire al vero soggetto economico interessato dall'operazione. Una timida risposta a tale problematica si è avuta con l'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, che ha per oggetto il controllo delle composizioni azionarie e dei mutamenti societari dei soggetti aggiudicatari di appalti".

perplexità sull'adeguatezza e sull'effettività della disciplina penale nel settore degli appalti²⁸. Gli strumenti normativi di contrasto esistenti, infatti, non paiono sufficienti, né favorevoli, a una svolta di tipo repressivo nella lotta ai fenomeni di infiltrazione nel mercato degli appalti pubblici; del resto, già in un recente passato, le sanzioni previste nel nostro sistema penale sono state definite “*piuttosto blande per reprimere forme di illegalità così diffuse nel mondo dell'economia*”²⁹.

L'esame della legislazione vigente denota, pertanto, la necessità di intervenire in una duplice prospettiva: da un lato, mediante una rivisitazione dell'assetto normativo generale che permetta di semplificare una produzione normativa copiosa e disomogenea; dall'altro, attraverso la possibilità di riformulare le modalità di intervento penale nel settore, in un'ottica preventiva. Il soddisfacimento di tale duplice esigenza dovrebbe meglio tutelare il mercato pubblico e la possibilità che i potenziali contraenti possano operare in un regime di piena concorrenza: è notorio, infatti, come la libertà di concorrenza costituisca un passaggio obbligato per garantire la piena operatività del confronto competitivo tra i concorrenti, e vada, perciò, intesa quale valore da promuovere, oltre che da tutelare³⁰. Tuttavia, un rafforzamento della tutela della libertà

²⁸ Cfr. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 4 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 517; PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1212; VIGNA-DELL'OSSO-LAUDATI, *op. cit.*, 32; CENTONZE, *op. cit.*, 52-53: “In questa prospettiva, l'attività repressiva in materia di appalti pubblici si diversifica in relazione alle forme di interferenza mafiosa che si riscontrano nel caso concreto, con la conseguenza che l'attività di contrasto si potrà fondare tanto su fattispecie come quelle di cui agli articoli 353, 354, 416-bis, 513-bis del codice penale, quanto su fattispecie introdotte dalla legislazione speciale come quelle di cui agli articoli 10-bis e 10-quinquies della l. 1 maggio 1965, n. 575, agli articoli 21 e 22 della l. 13 settembre 1982, n. 646, all'articolo 1 della l. 12 ottobre 1982, n. 726. L'utilizzo di questi strumenti normativi però reca con sé una grande difficoltà interpretativa nella misura in cui nella materia che si sta esaminando è sempre più difficile distinguere le ipotesi di reato collegate alle attività delittuose tipiche della criminalità organizzata da quelle riconducibili ad altre forme di illecito non ascrivibili all'azione di controllo illegale dell'economia pubblica da parte dell'organizzazione”; ZGAGLIARDICH, *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, Milano, 1996, 27. L'Autore, in particolare, dedica ampio spazio agli strumenti preventivi e repressivi introdotti nel nostro ordinamento specie per contrastare il fenomeno del condizionamento mafioso negli appalti pubblici.

²⁹ Si esprime così, CENTONZE, *op. cit.*, 17. L'Autore soffermandosi, più specificamente, sulla disciplina normativa in materia di appalti pubblici precisa come “pur in presenza di una disciplina legislativa estremamente articolata in materia di appalti pubblici, allo stato attuale, gli strumenti di tutela penale più efficaci appaiono quelli previsti dagli articoli 353 e 354 del codice penale, che, com'è noto, risalgono alla versione originaria del codice Rocco e, da allora, non sono mai stati modificati o integrati. Mentre, la fattispecie di cui all'art. 513-bis del codice penale, nonostante le grandi aspettative che hanno accompagnato la sua introduzione ad opera delle legge 13 settembre 1982, n. 646, appare, tuttora, poco valorizzata dalla giurisprudenza”.

³⁰ Cfr. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, (voce) in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 411; BASEGGIO, *La concorrenza negli appalti pubblici e la natura dei partecipanti nel diritto vigente*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1135; BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1463; GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici: caratteristiche e*

di concorrenza non può dirsi da solo sufficiente ad ovviare alle diverse modalità di aggressione da parte della criminalità nei confronti del sistema degli appalti. Affinché la libertà di concorrenza sia sufficientemente garantita, è, infatti, necessario che agli strumenti giuridici espressamente rivolti alla tutela della libertà di concorrenza si affianchino ulteriori meccanismi volti a rendere più trasparenti i momenti più delicati della contrattazione pubblica: in tal senso, concorrenza e trasparenza dei mercati divengono un binomio inscindibile³¹.

Tale constatazione rivela come, in materia di appalti pubblici, emerga un crescente interesse per la disciplina relativa alle cause di esclusione dei soggetti concorrenti alla contrattazione pubblica: suddetta disciplina, infatti, esplicita l'interesse della Pubblica Amministrazione a contrattare soltanto con soggetti considerati "trasparenti e affidabili" e diviene una forma di tutela anticipata e preventiva rispetto alle possibili metodologie di intervento criminale, sopra menzionate.

1.4 La definizione di meccanismi di selezione più trasparenti durante la fase di affidamento del contratto.

Il mercato dei pubblici appalti non è aperto a tutti gli operatori economici, bensì solo nei confronti di soggetti considerati affidabili, ovvero in grado di garantire, per solidità economica e capacità tecnica, l'adempimento della prestazione richiesta dalla Pubblica Amministrazione.

La necessità di selezionare concorrenti che possano accedere alle contrattazioni pubbliche soltanto dopo aver superato la preliminare valutazione dei requisiti necessari per l'affidamento delle opere costituisce, pertanto, un caposaldo della legislazione in

vigilanza, in SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Milano, 2008, 670 ss.: "Il tema della concorrenza negli appalti di lavori pubblici è in certo senso quello centrale per ragioni di evidenza che non richiedono dimostrazione. È, infatti, centrale, in quanto è alla base di quel libero confronto che costituisce l'essenza dei mercati (...) Esiste la evidente necessità di effettiva concorrenza fra le imprese nel mercato dei lavori pubblici, onde consentire la crescita del settore".

³¹ Si confronti GANDINO, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 4, 1276: "L'art. 2 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 10 della direttiva 2004/17/CE enunciano, tra i principi regolanti l'aggiudicazione, il principio di trasparenza, accanto a quelli di parità e di non discriminazione, che, nella prospettiva comunitaria finalizzata ad assicurare la massima apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, rappresentano un *unicum* inscindibile".

materia di appalti, giacché mira ad individuare strumenti più adeguati, congrui, efficienti, in vista del concreto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'attività appaltata³².

In altri termini, nell'ottica di individuare meccanismi di selezione più trasparenti, il sistema dei requisiti di ordine generale, previsti dall'articolo 38 del Codice degli appalti, diviene "emblema" della necessità per la Pubblica Amministrazione di contrattare soltanto con soggetti considerati "trasparenti ed affidabili": esso assolve all'importante funzione di assicurare il rispetto di quelle esigenze di trasparenza, correttezza ed imparzialità nell'attività di selezione dei concorrenti di una gara e diviene un "avamposto di tutela" in quella fase in cui il soggetto pubblico è chiamato a scegliere le imprese affidatarie dei lavori. Come se non bastasse, la suddetta esigenza è resa ancor più evidente dal fatto che l'amministrazione possa anche richiedere nel bando ulteriori e più restrittivi e rigorosi requisiti soggettivi ed oggettivi di trasparenza, affidabilità e capacità economica, finanziaria, professionale e tecnica, purché questi ultimi risultino logici e ragionevoli, oltre che pertinenti e congrui a fronte dello scopo perseguito³³.

Considerata, dunque, la crescente importanza assunta da tali criteri di selezione dei concorrenti, l'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici ha implementato e rielaborato in maniera uniforme le diverse ipotesi di esclusione già previste nella vasta normativa di settore, tenendo conto degli orientamenti consolidatisi nel tempo, oltre che dei principi dettati in ambito comunitario³⁴. In particolare, l'evoluzione della disciplina derivata dal

³² Cfr., in tal senso, PELLEGRINO, *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Giur. mer.*, 2008, 4, 1203. Analogamente, CACACE, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del «Codice» unificato degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it (studio per un Intervento avente ad oggetto il tema de L'avvalimento e i suoi riflessi sul subappalto, sui raggruppamenti temporanei e sulla qualificazione al convegno organizzato dall'IGI- Istituto Grandi Infrastrutture in Roma l'11 aprile 2006 su «Il codice unificato degli appalti: nuovi e vecchi istituti», aprile 2006).

³³ Cfr. Cons. Stato, 15 marzo 2006, n. 1387, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Tale potere costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, previsti dall'articolo 97 Cost., per cui si sottrae al sindacato del Giudice amministrativo, salvo che non esprima una scelta *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria. In ordine agli ulteriori requisiti previsti dal bando di gara si veda anche quanto stabilito da Cons. Stato, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Giur. it.*, 2005, 1294; Cons. Stato, 25 gennaio 2003, n. 357, in *Riv. trim. app.*, 2003, 702, con nota di CORTESE. In tal caso, l'ente sarà tenuto ad osservare, incondizionatamente, non solo i requisiti di ordine generale imposti dal legislatore ma anche quelli ulteriori richiesti nel bando, senza alcuna possibilità di valutare discrezionalmente la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o la congruità della sanzione contemplata.

³⁴ Cfr. CARDARELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 416; DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 464; LOMBARDI, *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2007, 1, 23.

diritto comunitario ha così portato alla necessità di prevedere requisiti soggettivi di ordine generale sempre più stringenti e vincolanti³⁵.

Attualmente, il regime di trasparenza ed affidabilità delineato dal legislatore nazionale prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni ed appalti pubblici, nonché l'inibitoria alla stipulazione dei relativi contratti, per quei soggetti che risultino carenti di determinati requisiti generali che devono sussistere dal momento della presentazione della domanda (nel caso di procedure ristrette) o della presentazione dell'offerta (nel caso di procedure aperte) fino alla stipula del contratto. Infatti, l'assenza dei requisiti stabiliti dal legislatore priva i soggetti della legittimazione a contrarre e della capacità a concludere i relativi negozi, per cui l'accertamento della violazione, anche in una fase successiva alla gara vera e propria, può determinare l'esclusione (obbligatoria o discrezionale) dalla procedura di selezione³⁶.

In definitiva, il regime delle cause di esclusione previsto dall'articolo 38 del Codice dovrebbe, come detto, perseguire l'obiettivo di annullare o ridurre il rischio di parzialità e di distorsioni criminali che possono interessare la fase di affidamento degli appalti pubblici. Le concrete soluzioni adottate, tuttavia, non hanno soddisfatto le aspettative ed anzi l'impostazione che ne è derivata non solo ha deviato dal fine atteso, ma ha pure finito con il generare maggiori problematiche di quante non ne abbia, in realtà, risolte.

³⁵ Cfr. GANDINO, *op. cit.*, 1276: "Se in un primo momento, intorno agli anni '70, con le direttive cd. di prima generazione, si è fornito un primo corpus normativo in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nonché nei servizi esclusi, la costante violazione degli obblighi di pubblicità ed il ricorso ad aggiudicazioni non concorrenziali hanno fatto emergere la necessità di accentuare il tasso di precisione dei meccanismi di gara, meglio specificati nelle direttive di cd. seconda generazione (ossia le direttive 93/36/Cee per le forniture, 92/50/Cee per i servizi, 93/37/Cee per i lavori e 93/38/Cee per i settori esclusi). Il processo, poi, è culminato nella predisposizione di un testo coordinato (direttiva 2004/18/Ce per i settori ordinari e 2004/17/Ce per i settori speciali), che consente di superare possibili discrasie ed incongruenze tra i sistemi di gara, in precedenza disciplinati dalle varie normative con alcune irragionevoli differenze non giustificate dalla diversità dei settori di intervento, nonché permette di semplificare le procedure, con modifiche e snellimenti finalizzati a velocizzare gli affidamenti".

³⁶ Giova qui anticipare quanto stabilito da Cons. Stato, 20 settembre 2005, n. 4817, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, 1, 114; Cons. Stato, 14 luglio 2004, n. 5094, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sezione seconda

*I requisiti penalistici di ordine generale
per la partecipazione alle procedure di
affidamento*

1. L'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Nell'ambito della procedura di affidamento di un appalto pubblico, particolare rilievo assume la fase della verifica del possesso dei cd. requisiti di ordine generale (anche detti "cause di esclusione") posti a garanzia dell'affidabilità e della trasparenza dei potenziali concorrenti alla gara³⁷. Tali requisiti permettono, infatti, di valutare la "correttezza imprenditoriale" del soggetto concorrente e, più in particolare, l'assenza di situazioni ostative che possano minare l'elemento fiduciario che necessariamente deve connotare l'attività contrattuale pubblica.

La disciplina delle cause di esclusione integra, pertanto, una forma di autotutela preventiva per la stazione appaltante che, in ricorrenza di specifici presupposti oggettivi, deve impedire che il contratto sia assegnato a determinati soggetti "inaffidabili"³⁸ e, in tal maniera, prevenire o, quantomeno, tentare di limitare il fenomeno dell'infiltrazione criminale nel settore delle commesse pubbliche. In tale ottica, la disciplina dell'esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche deve essere intesa come regime legale tipico a fattispecie esclusiva, *"preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41) e che, salvo i casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica"*³⁹.

³⁷ La verifica del possesso di tali requisiti costituisce infatti presupposto fondamentale per poter procedere alla valutazione dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria dei partecipanti alle gare e consente alle stazioni appaltanti di escludere dalle contrattazioni i soggetti che non siano ritenuti idonei sulla base di precisi criteri prestabiliti. Cfr. PONZONE, *I requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 231; CARDARELLI, *Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 418; RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008, 151.

³⁸ Si consideri quanto precisa PONZONE, *op. cit.*, 232: "La necessità di garantire la persistenza del vincolo fiduciario con la stazione appaltante, in ogni fase del rapporto contrattuale, deve tuttavia essere equamente bilanciata con il principio di libera partecipazione delle imprese alle procedure di evidenza pubblica, poiché il potere di esclusione attribuito all'amministrazione rappresenta una deroga al principio di libero accesso generalizzato alle gare, cui segue l'obbligo del committente di aggiudicare i lavori all'impresa che abbia presentato la migliore offerta".

³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1737.

Fino all'entrata in vigore del Codice degli appalti, nel nostro ordinamento la disciplina in materia di cause di esclusione dalle gare d'appalto era contenuta in testi legislativi diversi per ogni tipologia di appalto e presentava un carattere di accentuata disomogeneità e disorganicità⁴⁰. Con l'articolo 38 del Codice degli appalti, invece, il legislatore attua una semplificazione della materia e individua una normativa unica applicabile nei tre settori dei lavori, servizi e forniture, recependo, per ampi tratti, il contenuto dell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE⁴¹. Emerge, così, una soluzione di maggior rigore che si sostanzia in una serie di previsioni progressivamente più analitiche e vincolanti per le stazioni appaltanti⁴². Invero, pur residuando – come di seguito si vedrà – in capo alla stazione appaltante un margine di discrezionalità (o comunque un potere di valutazione) in ordine a determinati aspetti delle fattispecie

⁴⁰ Cfr. CARDARELLI, *Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 418. La materia era in precedenza distintamente regolata per gli appalti di lavori, di servizi e forniture, rispettivamente da: l'articolo 75 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, dall'articolo 12 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e dall'articolo 11 d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 che a loro volta recepivano le norme contenute nelle tre direttive in materia di appalti (articolo 24 direttiva 93/37/CEE; articolo 29 direttiva 92/50/CEE e articolo 20 direttiva 93/96/CE).

⁴¹ CARDARELLI, *op. cit.*, 419 ss.: “In ossequio dei principi enunciati nel 43mo considerando, l'articolo 45, paragrafo 1 della direttiva 2004/18/CE stabilisce in particolare che non sono ammessi a partecipare coloro che hanno riportato condanne definitive aventi ad oggetto una delle seguenti condotte: l'aver partecipato ad una organizzazione criminale così come definita dall'azione comune 98/773/GAI del Consiglio; l'aver posto in essere atti di corruzione, nell'accezione del termine contenuta nell'atto del Consiglio del 26 maggio 1996 e nell'azione comune 98/742/GAI; l'aver perpetrato una frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e, infine, l'aver commesso atti di riciclaggio, così come definito dall'articolo 1 della direttiva 91/308/CEE, dei proventi di attività illecite”; PONZONE, *op. cit.*, 234 ss.: “L'art. 45 della direttiva 18/2004/CE disciplina i requisiti personali posti a garanzia dell'affidabilità morale, finanziaria e professionale dei soggetti interessati, per gli appalti dei settori cosiddetti classici. Il principale aspetto innovativo della disposizione in esame è costituito dall'introduzione, al paragrafo 1, di fattispecie in ricorrenza delle quali l'amministrazione ha l'obbligo di escludere dalla gara i partecipanti che abbiano commesso reati di particolare gravità. Non sono pertanto consentiti quei margini di discrezionalità ammessi per situazioni elencate al par. 2, l'impostazione del quale non si discosta da quella seguita nella normativa comunitaria previgente”.

⁴² PONZONE, *op. cit.*, 239: “Con tale scelta il Codice conferma l'impostazione più rigorosa rispetto alla normativa comunitaria che la normativa italiana aveva già da tempo seguito: tutte le disposizioni legislative e regolamentari citate sopra prevedevano infatti un regime di generale obbligatorietà delle cause di esclusione, escludendo al riguardo ogni valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante nella individuazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare”; CARDARELLI, *op. cit.*, 422: “Diversamente dalla impostazione comunitaria, ed in coerenza con la linea già adottata nei precedenti decreti legislativi di recepimento delle singole direttive, il legislatore italiano ha optato per una soluzione di maggior rigore rispetto a quanto previsto in sede comunitaria, prevedendo che tutti i casi che afferiscono alle qualità degli operatori economici diverse dai requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico, costituiscano motivi di esclusione (tranne alcune debite eccezioni) che non consentono alcuna valutazione di carattere discrezionale, ma operano in modo tassativo e tipizzato. Va altresì chiarito che nella disposizione nazionale non trova sede alcuna possibile deroga, pure astrattamente praticabile in base alle indicazioni della direttiva: confermando in questo modo la scelta rigoristica del legislatore interno”.

previste dalla legge, il legislatore italiano ha previsto che le cause di esclusione dalle gare di appalto siano tassative e non derogabili dalla Pubblica Amministrazione.

Dal punto di vista procedurale, si è così registrato il tentativo di approntare una precisa regolamentazione dei meccanismi affidamento e delle formalità procedurali delle gare, in modo tale che potesse ipoteticamente ridursi in termini considerevoli il rischio di contrattazioni falsate o di parzialità nelle fasi di assegnazione degli appalti.

Le concrete soluzioni adottate, tuttavia, non hanno soddisfatto le aspettative ed anzi hanno denotato un evidente *deficit* di legalità, e più in particolare, spiccati limiti in termini di tassatività e determinatezza, destinati a generare contrasti interpretativi. Nel corso della successiva trattazione, per quanto possibile, si esamineranno le principali problematiche penali sottese alle cause di esclusione dalle gare pubbliche, previste dall'articolo 38 del Codice degli appalti⁴³.

1.1. L'individuazione dei soggetti destinatari della disciplina.

Le ipotesi di esclusione o di divieto dalla contrattazione pubblica non operano indistintamente nei confronti di qualsivoglia potenziale concorrente alla gara, ma assumono interesse soltanto nel caso in cui riguardino determinate categorie di persone fisiche o giuridiche. Quanto al profilo delle persone fisiche interessate dalla disciplina è possibile individuare un ristretto novero di soggetti destinatari delle preclusioni, destinatari che dovranno essere reputati affidabili, affinché il soggetto giuridico (concorrente) possa partecipare alle procedure di aggiudicazione dell'appalto⁴⁴.

⁴³ Preme precisare come la trattazione verrà specificamente focalizzata sulle cause di esclusione che presentino profili di rilievo penale. L'approfondimento delle problematiche inerenti le lettere b), c) e m) dell'articolo 38 del Codice degli appalti, conseguentemente, costituisce una scelta dello scrivente dovuta a ragioni di ordine espositivo.

⁴⁴ Cfr., in argomento, AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Torino, 2007; COLAGIACOMI, *Requisiti per essere parte del contratto*, in (a cura di) PERFETTI *Repertorio degli appalti pubblici*, Vol. II, Milano, 2005, 1219; CROCCO-MANDRACCHIA (a cura di), *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006; DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 3, 361; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007; GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1310; PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAITTA *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 239; PUGLIOTI, *Sui requisiti di qualificazione delle imprese riunite in associazione temporanea e sull'indicazione della ripartizione delle quote all'interno del raggruppamento*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, II, 475; RAGAZZO, *I requisiti di*

Tale aspetto, in un recente passato, era già stato valorizzato dalla determinazione n. 13, 15 luglio 2003, dell’Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione, ove risulta chiaro che la condanna di titolari, direttori tecnici, amministratori, “*costituisce circostanza incidente sull’affidabilità morale dell’impresa nel suo complesso, nel senso che dalla stessa deriva un’attenuazione della moralità complessiva d’impresa ed una limitazione della capacità di essa di partecipare alla gara e alla stipulazione di contratti d’appalto*”.

Secondo la determinazione è irrilevante la circostanza che la condanna dell’amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione dell’incarico, ovvero per fatti non necessariamente correlati ad un eventuale interesse o vantaggio dell’impresa. Alla luce di tale orientamento, neppure la normativa sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi *ex d.lgs. n. 231/2001* può costituire un ostacolo/limite. Infatti, se è vero che la responsabilità dell’ente può essere riconosciuta solo con riferimento a reati commessi nell’interesse o a vantaggio dell’ente, è altrettanto vero che la condanna penale dei titolari, degli amministratori o del direttore tecnico delle imprese costituisce, comunque, circostanza idonea ad incidere sulla moralità professionale (o quantomeno sull’affidabilità in senso lato) di un’impresa nel suo complesso: la moralità-affidabilità della società risente, pertanto, della rilevanza e del ruolo del condannato nell’organizzazione aziendale e delle decisioni dallo stesso assunte⁴⁵.

partecipazione alle gare e l’avvalimento, Milano, 2008, 175; RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; SAITTA (a cura di), *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commentario sistematico*, Padova, 2008. Si consideri come tale aspetto è stato, recentemente, oggetto di modifica legislativa da parte dell’articolo 4, comma 2, lettera b) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

⁴⁵ Il decreto citato disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato e denota una particolare importanza, dal momento che determina il superamento di quel principio espresso dall’antico brocardo latino secondo cui “*societas delinquere non potest*”. Pur senza approfondire compiutamente – per evidenti esigenze di trattazione – tutte le tematiche sottese alla disciplina contenuta nel decreto 231, preme, precisare, per quanto concerne il profilo oggettivo, come l’autore del reato debba essere un soggetto legato all’ente da un particolare “*rapporto giuridico qualificato*” e come il reato debba esser commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente; in altri termini, perché si configuri la responsabilità dell’ente è necessario che i soggetti che si collocano in posizione apicale, o le persone sottoposte all’altrui vigilanza e direzione, compiano uno dei reati per i quali è prevista la responsabilità dell’ente nell’interesse o a vantaggio di questo. In particolare, la nozione di interesse deve poter essere suscettibile di una valutazione *ex ante*, mentre quella di vantaggio deve necessariamente esigere una verifica *ex post*, cosicché gli effetti favorevoli scaturiti dalla condotta penalmente illecita possano essere valutati idoneamente. Sui rapporti tra l’eventuale condanna dei titolari, degli amministratori o del direttore tecnico delle imprese, il ruolo del condannato nell’organizzazione e le decisioni assunte, da un lato, e le “ricadute” sulla moralità professionale di un’impresa nel suo complesso, dall’altro, si veda quanto

Ciò detto, il legislatore, dapprima, ha previsto nell'articolo 38 del Codice degli appalti pubblici un'elencazione tassativa di soggetti interessati dalla disciplina; successivamente, considerato il *vulnus* di determinatezza ed esaustività dell'elencazione, è intervenuto a più riprese per meglio determinarne l'individuazione⁴⁶. Dall'analisi delle diverse lettere del primo comma dell'articolo 38, emerge come i soggetti (fisici) destinatari della disciplina possano essere ora individuati: nel titolare o nel direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; nel socio o nel direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; nei soci accomandatari o nel direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; negli amministratori muniti di potere di rappresentanza o nel direttore tecnico nel socio unico persona fisica, ovvero nel socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio⁴⁷.

Per quanto riguarda l'ampiezza del novero delle persone fisiche escludibili dalla gara, merita un accenno la circostanza che gli amministratori siano dotati o meno del potere di rappresentanza. A tal proposito, la giurisprudenza, già sotto la vigenza del d.P.R. n. 554 del 1999, si era pronunciata stabilendo che la causa di esclusione deve riferirsi al solo rappresentante legale, salvo che i poteri conferiti siano oggettivamente in grado, mediante l'adozione di atti giuridici di rilevanza esterna, di vincolare la società verso i terzi e, in particolare, verso la Pubblica Amministrazione⁴⁸. L'esegesi giurisprudenziale

riportato nel capitolo 4, della presente sezione. Per ulteriori approfondimenti si confronti PROVOLO, *Note in tema di requisiti penalistici per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici*, (art. 38, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 657.

⁴⁶ Cfr. l'articolo 4, comma 2, lettera b) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

⁴⁷ È bene precisare come lo stesso articolo 38 citato identificasse entro il novero dei soggetti destinatari anche quei soggetti che siano “cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”. Tale precisazione è, tuttavia, prevista soltanto per le ipotesi di cui alla lettera c) e non, anche, per le ipotesi riconducibili alla lettera b). La previsione, come detto, è stata recentemente oggetto di modifica chiarificatrice a seguito del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. Ora, è previsto che “in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; 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”.

⁴⁸ Cfr. Cons. di St., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 9, 2602 ; Cons. di St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466, in *Foro Amm. CDS*, 2004, II, 1436 ; Cons. di St., sez. V., 9 giugno 2003, n. 3169, con nota di MARAITA, *Cause di esclusione ex art. 12, lett. b), d.lgs. 157/1995 e rappresentanza legale delle imprese partecipanti alla gara*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 720.

si è così dimostrata logicamente restia ad operazioni di “forzatura” del dato normativo ed ha preso le distanze da interpretazioni marcatamente estensive; medesimo ordine di argomentazioni è, del resto, appropriato rispetto al quadro normativo attuale, giacché anche l’articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006 riprende la stessa dizione d.P.R. n. 554/1999.

Il criterio selettivo scelto dal legislatore è, dunque, da un punto di vista qualitativo, particolarmente ampio ed orientato non solo ad una logica di completa trasparenza ma pure di massimo rigore e di “*piena copertura*” per tutte quelle circostanze che possano potenzialmente rilevare sull’affidabilità del concorrente. Del resto, come si evince dalla lettera c) dell’articolo 38, l’ambito applicativo dell’esclusione e del divieto si estende, a determinate condizioni, anche nei confronti “*dei soggetti cessati dalla carica prima della data di pubblicazione del bando di gara*”⁴⁹.

A tal proposito, il punto che più suscita interesse è quello che riguarda il profilo delle cd. “*forme di dissociazione*” da parte dell’impresa rispetto alla condotta penalmente sanzionata commessa dai soggetti destinatari della disciplina di esclusione⁵⁰. In tal senso, per giustificare la propria affidabilità, non sono sufficienti da parte dell’impresa eventuali provvedimenti di revoca o di sostituzione degli amministratori condannati (per illeciti penali che possano incidere sulla moralità professionale), ma si esigono, piuttosto, forme espresse ed univoche di “*dissociazione*” dalla condotta (penalmente sanzionata) posta in essere dall’organo amministrativo, fino all’esperimento di azioni di responsabilità civile e penale nei confronti degli amministratori stessi⁵¹. Tuttavia, non

⁴⁹ Anche tale aspetto è stato recentemente oggetto di modifica legislativa a seguito del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. L’intervento del legislatore ha, infatti, ridotto l’ambito di interesse e applicazione temporale dell’operatività dell’esclusione da un periodo, originariamente, triennale ad uno, attualmente, annuale. Invero, “*in ogni caso l’esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara*”.

⁵⁰ Tale interesse risulta confermato da alcune decisioni giurisprudenziali intervenute in argomento già in un recente passato. Vedi già TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 aprile 2004, n. 3386, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1126. Più recentemente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6740, in www.dirittoegiustizia.it; Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804, in www.dirittoegiustizia.it. In dottrina, si rinvia a PROVULO, *op. cit.*, 657: “In proposito si ritiene in giurisprudenza che non sia sufficiente che l’impresa revochi e sostituisca gli amministratori condannati per illeciti penali incidenti sulla moralità professionale, richiedendosi invece elementi chiari ed univoci di dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, quali ad es. l’esercizio dell’azione di responsabilità nei loro confronti”. Sul punto si registra un’ulteriore modifica legislativa a seguito del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. Il legislatore ha, infatti, ora eliminato ogni riferimento all’adozione di “*atti o misure*” di dissociazione e previsto, più semplicemente, che l’impresa debba dimostrare che vi sia stata “*completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata*”.

⁵¹ Ed, infatti, la semplice cessazione del rapporto, per dimissioni o allontanamento, non può, di per sé, essere considerata sufficiente ad escludere eventuali ripercussioni negative sull’affidabilità della società,

può pretendersi che tale onere di dissociazione si estenda oltre i ragionevoli limiti sopra individuati: la disapprovazione o la censura dell'impresa devono, infatti, concernere solo le ipotesi connesse all'incarico ricoperto, giacché, in caso contrario, si determinerebbe un generalizzato e (perciò) indebito giudizio di riprovazione nei confronti del soggetto in questione⁵².

Ulteriore profilo problematico è poi quello che concerne il novero delle persone giuridiche astrattamente escludibili.

La disciplina del Codice degli appalti è risultata, in un primo momento, assai generica, per non dire, addirittura, "avara" di indicazioni⁵³. Il testo normativo non offriva, infatti, precisazioni circa le (possibili) modalità organizzative ed i "collegamenti funzionali" o i vincoli giuridici che generalmente possono caratterizzare i soggetti (giuridici).

Anzitutto, il Codice non considerava quelle ipotesi in cui alle gare partecipasse un'impresa facente parte di un gruppo di società⁵⁴. Si rendeva, pertanto, opportuno

potendo trattarsi di sostituzione o provvedimenti "di facciata". In particolare, si osservi quanto espresso da Cons. di Stato, sez. V, 12 ottobre 2002, n. 5523, in *Foro amm.*, 2002, 2447. In tale provvedimento si precisa come debba ritenersi legittima l'esclusione dell'impresa nel caso in cui, pur essendo stata esercitata l'azione di responsabilità, siano pure ravvisabili "ulteriori elementi di segno contrario alla volontà di esprimere dissociazione completa nei confronti del comportamento penalmente sanzionato".

⁵² Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6740, in www.dirittoegiustizia.it. Il Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto professionalmente affidabile la società che, venuta a conoscenza della condanna irrogata al proprio amministratore sei anni prima dell'assunzione della carica (l'amministratore in questione era stato condannato con pena patteggiata per reati commessi nell'esercizio della sua professione di commercialista) lo dimette dalla carica stessa, dissociandosi dalla sua condotta. Con l'occasione il Consiglio di Stato ha anche precisato che l'onere di dissociarsi dai fatti per cui l'ex amministratore o l'ex direttore tecnico dell'impresa ha riportato condanna presuppone che quei fatti siano in qualche modo collegati alla carica di amministratore o direttore dell'impresa perché altrimenti la dissociazione si ridurrebbe ad una riprovazione, della quale la normativa sulle pubbliche gare non ha ragione di occuparsi. Preme evidenziare come in giurisprudenza si sia, a più riprese, affermato che "(...) la dissociazione non risponde a particolari requisiti formali, non trattandosi di istituto giuridico codificato, ma deve risultare esistente, univoca e completa". Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804, in www.dirittoegiustizia.it, in fattispecie concernente l'esclusione dalla condanna per il reato di turbata libertà degli incanti commesso da soggetto che aveva rivestito la carica di legale rappresentante e direttore tecnico della società.

⁵³ L'unica previsione, in tal senso, risultava essere quella che figurava al comma 4 dell'articolo 38 oggetto di analisi, ove è fatto espresso riferimento anche ad eventuali potenziali concorrenti o candidati non stabiliti in Italia e, precisamente, si stabilisce che: "Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti". Il punto, tuttavia, non desta particolare interesse ai fini della trattazione che si intende svolgere.

⁵⁴ Il "gruppo di società" è un'organizzazione d'impresе societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. In argomento, vedi, per tutti, CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, 209. Nel caso di "gruppi di società" non si assiste solo ad un semplice "collegamento" tra imprese ma, come emerge dalla disciplina civilistica, nell'ambito del gruppo si registrano dei "nessi idonei a determinare un superamento della separatezza formale esistente tra le varie entità". In questo senso, l'art. 2497-sexies c.c. stabilisce una presunzione di

valutare se la sussistenza di precedenti penali nei confronti di determinate persone fisiche facenti parte di una società – controllante o controllata – del gruppo potesse comportare un’ipotesi di esclusione per le altre, anche ove quest’ultime non fossero direttamente interessate da cause preclusive di tipo penale.

Sul punto, la giurisprudenza e la dottrina hanno mostrato una ferma opposizione nei confronti di una simile estensione della rilevanza del precedente penale all’interno dei gruppi di società; un’interpretazione estensiva non sarebbe stata, infatti, ammissibile, dato il riconoscimento “*dell’indipendenza e dell’autonomia sul piano giuridico di ciascuna società, perché ogni impresa mantiene la sua soggettività e l’esistenza del gruppo non implica il formarsi di una soggettività distinta*”⁵⁵.

Altresì, il d.lgs. n. 163/2006 non contemplava, inizialmente, nemmeno l’ipotesi che alla gara partecipasse un “raggruppamento temporaneo di imprese” per l’affidamento di contratti e di servizi pubblici. Sul punto, stante il silenzio del legislatore, si (ri)presentava lo stesso interrogativo concernente le summenzionate ipotesi di gruppi d’impresa, ovvero quello di capire se l’accertamento della sussistenza di precedenti penali in capo a persone giuridiche operanti all’interno di una delle imprese potesse ripercuotersi negativamente sulle altre “raggruppate” determinando così anche una loro esclusione⁵⁶.

La risposta al secondo quesito proposto è stata analoga alla prima, sopra sommariamente descritta⁵⁷; la sussistenza di un temporaneo collegamento tra le imprese costituenti un raggruppamento non necessariamente comporta la nascita di un autonomo

effettiva attività di direzione e coordinamento, mentre l’art. 2497 c.c. sancisce la responsabilità diretta della controllante, nel caso in cui l’attività di direzione e coordinamento sia stata esercitata in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

⁵⁵ Cfr., per tutte, (già) Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 1999, n.16, in *Foro Amm. CDS*, 1999, I, 37. Ne deriva che i gruppi così intesi, allora, costituiscono un fenomeno di carattere essenzialmente economico. Vedi ROBALDO-CALIANDRO, *Le cause di esclusione dalle gare pubbliche e l’applicazione della sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001: legami e conseguenze*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, 2006, 188.

⁵⁶ Si ritiene opportuno precisare che il Codice degli appalti non fornisce alcuna specifica disciplina neppure in ordine al possesso dei requisiti di capacità finanziaria e tecnica delle imprese: l’individuazione di questi viene, dunque, rimessa, in linea di principio, alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione nella formulazione del bando di gara. Pare, però, alquanto evidente che seppure esista un temporaneo collegamento tra le imprese costituenti il raggruppamento, questo elemento “*non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché in astratto le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia*”.

⁵⁷ Cfr., in proposito, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 luglio 2005, n. 3400, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 7, 2268. In dottrina, si veda PUGLIOTTI, *Sui requisiti di qualificazione delle imprese riunite in associazione temporanea e sull’indicazione della ripartizione delle quote all’interno del raggruppamento*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, II, 475.

centro di interessi, poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia⁵⁸.

Restava, infine, da considerare l'ipotesi in cui intervenisse una cd. "vicenda modificativa soggettiva societaria" (vale a dire, una trasformazione, una fusione o una scissione della società) nella fase di scelta del contraente, ovvero prima dell'aggiudicazione definitiva della gara: in tali casi, si rendeva necessario chiarire se tali modificazioni fossero consentite e se la Pubblica Amministrazione fosse tenuta a verificare (nuovamente) la sussistenza dei requisiti di partecipazione nei confronti del soggetto subentrante.

A riguardo, il Codice degli appalti pubblici prevede (tutt'ora), all'articolo 51, che i soggetti risultanti dall'avvenuta trasformazione, fusione o cessione, siano ammessi alla gara (ma che sia necessaria la) previa verifica da parte dell'ente aggiudicatore dei requisiti di partecipazione, di ordine generale, speciale e dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dallo stesso d.lgs. n. 163/2006⁵⁹. Di conseguenza, si rende necessario un nuovo ed accurato riscontro dell'insussistenza di tutte quelle cause ostative rilevanti sul piano penale, previste dall'articolo 38, nei confronti delle persone fisiche rilevanti nel nuovo soggetto risultante dall'avvenuta modificazione soggettiva⁶⁰.

Fatta questa breve ricostruzione, possono trarsi le seguenti considerazioni.

Il legislatore, preso atto delle problematiche sommariamente esposte, è intervenuto in materia ed ha, così, introdotto nell'elenco delle cause ostative alle procedure di affidamento la lettera *m-quater*), ai sensi della quale si prevede che *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i*

⁵⁸ Tale caratteristica può essere desunta anche dalle modalità di costituzione del raggruppamento, consistente nel conferimento, da parte delle imprese, di un mandato con rappresentanza ad un'impresa capogruppo con il fine essenziale di incaricarla per la formazione l'offerta, mentre le altre conservano la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. In questo modo, i requisiti di carattere generale come quelli di carattere finanziario tecnico devono essere autonomamente dimostrati da ciascuna impresa e l'eventuale esclusione di una di esse non può comportare conseguenze negative per le altre.

⁵⁹ In argomento, diffusamente, DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 3, 361.

⁶⁰ Il Codice degli appalti ha, così, fatto proprio un orientamento giurisprudenziale elaborato in precedenza dal Consiglio di Stato. Vedi Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 1230; e già Cons. Stato, sez. IV, 4-18 ottobre 2001, n. 5511, in *Foro Amm.*, 2001, 2815.

*relativi contratti i soggetti (...) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*⁶¹. La previsione, nel preciso intento di ovviare alle problematiche ed alle lacune sopra viste e di evitare il “diffondersi di una prassi creativa giurisprudenziale”, ha inteso ancorare la soluzione ad alcuni evidenti criteri: questi vorrebbero esser rinvenuti, da un lato, nella situazione di controllo riferibile al regime di operatività dell'articolo 2359 c.c. o ad una qualsiasi relazione, anche di fatto; dall'altro, nel limite costituito dall'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

La scelta legislativa denota, tuttavia, dal punto di vista penale, (quantomeno parzialmente) un evidente *deficit* di tassatività e determinatezza⁶². Invero, anche qualora l'espresso richiamo operato alla disciplina dell'articolo 2359 c.c. possa essere ritenuto sufficiente per soddisfare la necessità di determinatezza-legalità, non altrettanto potrà dirsi per le generiche formulazioni che fanno riferimento a “*qualsiasi relazione, anche di fatto*”, o ad “*offerte imputabili ad un unico centro decisionale*”. La prima, infatti, pecca per eccesso e non offre, conseguentemente, un criterio di individuazione certo e determinato; la seconda, peggio, ha il valore di una petizione di principio che non consente di operare una *reductio ad unitatem* delle diverse ipotesi, né chiarisce cosa debba intendersi per “unico centro decisionale”.

A parziale conclusione di quanto sopra esposto, pertanto, pare ragionevole ritenere che quanto alle prime due problematiche citate – quella dei gruppi di società controllanti e controllate e quella dei raggruppamenti temporanei di impresa – il legislatore abbia espresso efficacemente il proprio intendimento, ovvero quello di prevedere un'ipotesi esclusione dalla gara per i soggetti, a vario titolo, interessati (purché, ben inteso, sia rispettato il limite costituito dall'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale). Infatti, nel caso di gruppi di società, la scelta legislativa è sancita, inequivocabilmente, dal riferimento all'articolo 2359 c.c.; nel caso dei cd.

⁶¹ La lettera è stata aggiunta dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166 del 2009, recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*”.

⁶² Invero, le considerazioni maggiormente critiche si incentrano principalmente sulla formulazione linguistica e sul significato da attribuire all'espressione “*qualsiasi relazione, anche di fatto*” ed alla circostanza che la relazione comporti che le offerte siano imputabili “*ad un unico centro decisionale*”.

raggruppamenti temporanei di imprese, poi, la soluzione può essere duplicemente avallata o mediante il ricorso alla (più generica) formula “*qualsiasi relazione, anche di fatto*” o, anche, secondo alcune teorie, mediante il riferimento al comma 1, numero 3) del medesimo articolo 2359 c.c., ed alle tesi che sostengono il cd. controllo “*in virtù di particolari vincoli contrattuali*” tra società⁶³.

Per quanto, infine, riguarda la terza problematica, quella relativa alle cd. ipotesi di “vicende modificative soggettive”, si ritiene che questa, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto essere risolta, in senso analogo alle altre due, mediante il ricorso alla formula “*qualsiasi relazione, anche di fatto*”; tuttavia, tanto l’indeterminatezza della prima formula, quanto (l’indeterminatezza del) la successiva precisazione – “*se (...) la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*” – non consentono di pervenire ad una soluzione chiara e unitaria, ovvero valevole in tutti i casi astrattamente ipotizzabili. Pertanto, in attesa di un ulteriore intervento chiarificatore del legislatore, si dovrà, come sopra detto, continuare a procedere ad un riscontro dell’insussistenza di tutte quelle cause ostative rilevanti sul piano penale, caso per caso⁶⁴.

1.2. L’attestazione di possesso dei requisiti. La rilevanza penale delle dichiarazioni sostitutive non veritiere.

Il codice dei contratti pubblici, come visto, richiede il possesso di una serie di requisiti di ordine generale per i concorrenti che intendano partecipare alle gare pubbliche d’appalto e stabilisce che i soggetti interessati, ove ne siano privi, vengano esclusi dalla procedura e non possano stipulare contratti con la Pubblica Amministrazione.

⁶³ Vedi CAMPOBASSO, *op. cit.*, 210.

⁶⁴ Preme qui precisare che un ulteriore punto meritevole di interesse, sotto il profilo dell’individuazione del novero dei soggetti destinatari, è rappresentato dalla previsione recentemente introdotta (comma introdotto dall’art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009) al comma 1-bis dell’articolo 38, ove si stabilisce che: “*I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell’articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario*”. Tale previsione, evidentemente, denota profili di rilevante interesse in ordine all’individuazione del novero dei soggetti destinatari dell’applicazione della disciplina; tali profili, tuttavia, per ragioni espositive, verranno affrontati nel corso del prossimo capitolo.

Punto di partenza per comprendere le modalità attraverso cui il regime di esclusione opera è lo strumento giuridico mediante il quale i potenziali concorrenti di una procedura a evidenza pubblica per l'aggiudicazione di lavori o servizi devono dare notizia alla Pubblica Amministrazione delle ragioni di (non) esclusione dalla gara.

In applicazione del principio di efficienza e speditezza che deve ispirare l'attività amministrativa, il comma 2 dell'articolo 38 in esame, prevede che *“il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”*. Ne consegue che tale strumento giuridico (quello delle dichiarazioni sostitutive) diventa, per evidenti ragioni di convenienza e semplificazione procedurale, il mezzo ordinario per documentare ed affermare in gara il possesso dei requisiti⁶⁵. La norma dispone che il concorrente debba indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione e cioè che la dichiarazione sostitutiva dovrà specificare tanto le risultanze del casellario, quanto quelle ivi non esplicitate; altresì, in combinato con il comma 3 dell'articolo 38, il Codice prevede che la Pubblica Amministrazione, a fronte dello strumento dell'auto-certificazione di cui si serve l'impresa, dovrà procedere agli accertamenti relativi alle cause di esclusione applicando l'articolo 43, d.P.R. n. 445 del 2000, ossia mediante riscontro della veridicità delle dichiarazioni sostitutive prodotte⁶⁶.

⁶⁵ Le dichiarazioni sostitutive vengono, dunque, richieste agli aspiranti concorrenti per dar conto della loro idoneità a partecipare alle gare pubbliche ed a rendersi aggiudicatari di contratti con la Pubblica Amministrazione. Alcune di tali dichiarazioni sono indicate e imposte dalla legge; altre, sono previste dalla *lex* di gara, e quindi con atto formalmente amministrativo. Si riconosce, quanto ai requisiti il cui possesso va attestato con dichiarazioni sostitutive che siano richiesti dalla legge e di cui non vi sia menzione nella *lex* di gara, che questa sia etero-integrata dalle relative disposizioni, in applicazione della regola posta dall'art. 1339 c.c.. Sull'eterointegrazione della *lex* di gara, cfr. per tutti GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1310. In argomento, v. l'importante decisione del Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723. Giova precisare come anche il comma 2 dell'articolo 38 del Codice degli appalti sia stato recentemente oggetto di plurime modifiche normative. Il comma è stato dapprima integrato dall'articolo 3, comma 2, del D.L. 25 settembre 2009, n. 135 e successivamente sostituito dall'articolo 4, comma 2, lettera b), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

⁶⁶ Tale aspetto verrà meglio approfondito nel corso del successivo §. Si veda, però, sin da ora quanto previsto dall'articolo 38, Codice degli appalti, comma 3: *“Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora articolo 90, comma 9, del decreto legislativo n. 81 del 2008) e successive modificazioni e integrazioni. In sede di*

La *ratio* della previsione di cui al comma 2 è duplice: da un lato, la generalizzazione che il codice dei contratti pubblici attua quanto all'impiego delle dichiarazioni sostitutive (in funzione di attestazione del possesso di requisiti) palesa una delle principali linee di tendenza del diritto amministrativo contemporaneo, ovvero quella della c.d. semplificazione del rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione⁶⁷; dall'altro, l'intento legislativo è stato quello di ridurre il margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti quanto all'individuazione – non libera, ma indotta e governata dai requisiti che esso individua – dei soggetti cui accordare l'affidamento di commesse pubbliche.

L'obiettivo del legislatore di perseguire una “politica di semplificazione amministrativa” ha determinato conseguenze apprezzabili anche in chiave penale e, più nello specifico, nel quadro delle tematiche della disciplina penale degli appalti che qui si affrontano.

In primo luogo, l'istanza di semplificazione, recepita anche dal recente Codice, ha inteso ovviare alle “anomalie” che si registravano in materia di appalti sotto la vigenza della precedente disciplina⁶⁸. Tendenzialmente, infatti, i concorrenti alle procedure di affidamento erano soliti presentare dichiarazioni, in via di autocertificazione, volte a sostenere una generica insussistenza delle condizioni ostative espressamente previste⁶⁹;

verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002”. Sul punto, VINTI, *L'evidenza pubblica*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei Contratti*, vol. VIII, Torino, 2007, 257. Secondo l'Autore bisogna distinguere tra mancanza, incompletezza e semplice irregolarità formale delle dichiarazioni.

⁶⁷ In argomento GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1267; CACCIAVILLANI, *Dichiarazioni negli appalti pubblici: profili generali e problematici*, Relazione al Convegno “Diritto penale degli appalti pubblici”, Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008, 3. L'Autore evidenzia come tale semplificazione si realizzi necessariamente mediante “la riduzione degli oneri di produzione documentale a carico del primo (*cittadino n.d.a.*)”. Invero, pure il Consiglio di Stato ha precisato come le dichiarazioni sostitutive non abbiano funzione di creare certezza pubblica, ma solo quella di “attenuare all'interno del singolo procedimento l'onere delle dimostrazioni che il privato sarebbe tenuto ad offrire tramite documenti pubblici”. Così Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1608.

⁶⁸ Il comma 2 dell'articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999 prevedeva che: “*I concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c)*”.

⁶⁹ Siffatte dichiarazioni non denotavano alcun margine apprezzabile di rilevanza penale sotto il profilo di una presunta falsità dei documenti per difetto dell'informazione rilevante, giacché la previgente disciplina limitava l'oggetto del proprio interesse alla rappresentazione offerta da una produzione documentale ben precisa, ovvero quella inerente il certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti. Ed, infatti,

in altri termini, in ossequio ad un'interpretazione formalistica e riduttiva del concetto di "sostituzione" rispetto alla produzione dei certificati, l'attività di auto-certificazione veniva limitata, esclusivamente, a quanto rappresentato dal proprio certificato e non, anche, alle ulteriori annotazioni del proprio "curriculum giudiziario".

Una prassi del genere, tuttavia, inevitabilmente comportava che sfuggissero dal perimetro ricognitivo della dichiarazione sostitutiva le eventuali condanne per le quali fosse stata concessa la non menzione, ai sensi dell'articolo 175 c.p., e così, indirettamente, minava le fondamenta stesse del sistema di tutela predisposto, pregiudicando, in via sostanziale, il rispetto della *par condicio* dei concorrenti nonché l'aspettativa della Pubblica Amministrazione di contrattare solo con soggetti affidabili. Il fatto che alcune condanne non fossero menzionate nei certificati prodotti in via sostitutiva (e non venissero, conseguentemente, portate a conoscenza della Pubblica Amministrazione) evitava, in concreto, che le stesse condanne potessero essere valutate ai fini dell'aggiudicazione o dell'esclusione da una gara d'appalto, ma non escludeva, in astratto, una loro potenziale rilevanza sul rapporto fiduciario instaurando.

Correttamente, ora, in un'ottica di spiccata trasparenza durante le fasi di selezione dei concorrenti e di aggiudicazione degli appalti pubblici, il legislatore del Codice è intervenuto in senso chiarificatore e ha previsto all'articolo 38 opportune precisazioni: il concorrente, nel predisporre la dichiarazione sostitutiva, dovrà, infatti, ora indicare "tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione" (comma 2, art. 38 citato)⁷⁰. In altre parole, come accennato, non

oggetto della certificazione pareva essere soltanto ciò che emergeva dal certificato del casellario spedito su richiesta dei privati (non riportante le iscrizioni indicate all'articolo 25, tra cui le condanne per le quali sia stato concesso il beneficio della non menzione) e non da quello completo di ogni iscrizione, previsto ora ai sensi dell'articolo 21 del d.P.R. n. 313 del 2002. Cfr., GUERRIERO *op. cit.*, 3470. L'Autore evidenzia pure come "altra esperienza maturata dalle indagini effettuate, nasce dalla constatazione che le organizzazioni mafiose, spesso falsificano completamente la documentazione esibita agli enti pubblici presentando, attraverso imprese legate alle organizzazioni criminali, documenti formalmente idonei nel legittimarla alla partecipazione alla gara, mentre, in realtà, non sono veritieri (...) Attraverso l'acquisizione della documentazione prodotta dalle imprese vincitrici delle gare, da un certo periodo in poi, fu accertato che il fenomeno era estremamente diffuso e riguardava centinaia di gare effettuate dagli enti locali anche per importi rilevanti. In particolare emerse il lato sorprendente che in alcuni comuni gran parte delle gare effettuate, erano state aggiudicate ad imprese che non avevano i requisiti, con danni gravissimi per la p.a.".

⁷⁰ Il comma è stato recentemente sostituito dall'articolo 4, comma 2, lettera b), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. La modifica normativa ha altresì introdotto specificazioni relative alla produzione documentale necessaria per dimostrare l'estraneità da determinate ipotesi di esclusione. Infatti, si precisa come "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

solo la previsione dei requisiti di cui all'articolo 38, ma pure le modalità di dichiarazione degli stessi, muovono verso una nuova ed accentuata esigenza di salvaguardia della trasparenza, quale momento ineludibile per assicurare efficienza al sistema di tutela (penale) predisposto.

Proprio le nuove modalità di dichiarazione e l'incentivazione alla semplificazione amministrativa nella produzione documentale sostitutiva in materia di appalti aprono, pure, ad un'ulteriore problematica penale che pare opportuno quantomeno accennare.

Infatti, in una prospettiva prettamente penalistica, il vero problema che assiste il contenuto dell'obbligo dichiarativo sostitutivo non è rappresentato (solo) dalla valutazione data dalla stazione appaltante in merito ai reati dichiarati, ma investe, piuttosto, la possibilità o meno per l'imprenditore di decidere se e quali reati ricomprendere nella propria comunicazione ed il conseguente rischio di incorrere in responsabilità penali per eventuali dichiarazioni omissive, incomplete, parziali o, più semplicemente, non veritiere⁷¹.

la riabilitazione (...)". A tali complicazioni istruttorie, si aggiunge poi la previsione espressa dalla parte finale del comma 3 dell'articolo 38 che consente alla stazione appaltante di accedere, "in sede di verifica" della completezza e regolarità delle dichiarazioni, al competente ufficio del casellario per l'acquisizione dei certificati "completi" di cui al predetto articolo 21 (ovvero alle semplici visure *ex art.* 33). La precisazione "in sede di verifica" ha il compito di segnalare l'esclusione della possibilità di richiedere già in fase di gara documentazione ulteriore rispetto alla sola autocertificazione ed in particolare i casellari giudiziari. Altrove è, del resto, stabilito (vedi articolo 74, comma 6) che le stazioni appaltanti non possano richiedere documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentano la presentazione di dichiarazioni sostitutive "salvo i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità delle dichiarazioni". Da qui, dunque, l'illegittimità di una previsione della *lex specialis* della gara di imporre ai concorrenti la presentazione dei certificati. Di recente, in argomento, il Consiglio di Stato ha, comunque, affermato la piena legittimità della scelta della stazione appaltante di richiedere ai partecipanti anche il certificato dei carichi pendenti (Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387).

⁷¹ GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. II, Milano, 2008, 1279; MATTEUCCI, *Le dichiarazioni di moralità nel codice: vecchi dubbi e nuovi interventi dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2, 647: "Del resto, l'interesse si è appuntato proprio su questo elemento dacché ci si è chiesti se l'impresa vada immediatamente esclusa per il solo fatto di aver omesso alcuni reati o se la P.A. debba comunque effettuare la valutazione del reato non dichiarato ma comunque emerso. La circostanza che l'Autorità non abbia direttamente affrontato la questione emerge pure da ulteriori posizioni assunte dalla stessa in relazione alla gravità del reato e alle fattispecie di reato rilevanti: in entrambi i casi vengono indicati i criteri valutativi che le stazioni appaltanti devono adottare per poter correttamente apprezzare la gravità degli illeciti («in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto attiene dunque all'esercizio del potere discrezionale tecnico della pubblica Amministrazione») ma non viene chiarito né se è lasciata al concorrente una qualche discrezionalità nella scelta dei reati dei quali rendere la dichiarazione; né se la stazione appaltante è tenuta ad escludere automaticamente la ditta che non abbia dichiarato tutti i reati; né se la P.A. debba utilizzare gli stessi parametri per i reati dichiarati e per quelli che, pur non essendo stati resi noti, vengono comunque rilevati in sede di controllo delle dichiarazioni". Vedi, in argomento, Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2010, n. 428; Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4906.

In altri termini, il privato cittadino che intenda entrare in contatto con la Pubblica Amministrazione gode del vantaggio di poter usufruire di una semplificazione procedurale nell'attività di produzione documentale della propria affidabilità, ma tale vantaggio è controbilanciato da un "onere aggiuntivo" (e cioè quello di dichiarare il vero) e comporta, quale evidente conseguenza, l'assunzione di una maggiore responsabilità in capo al soggetto potenziale concorrente. In tal senso, la soluzione adottata dal Codice ha inteso affermare il c.d. principio dell'auto-responsabilità del dichiarante per le dichiarazioni false eventualmente rilasciate ai fini certificativi durante la fase di selezione e di aggiudicazione di una gara d'appalto⁷².

Tale problematica diviene di particolare rilievo giacché si inserisce nel contesto penalistico più ampio dei delitti contro la fede pubblica e, nello specifico, nella complessa disciplina dei cd. falsi documentali e della rilevanza penale di eventuali dichiarazioni sostitutive di certificazione non veritiere⁷³.

Invero, il generico rinvio al codice penale ed alle leggi speciali, contenuto nell'articolo 76 del d.P.R. n. 445 del 2000 ha indotto gli interpreti ad interrogarsi su quale dovesse essere la norma penale da applicarsi nei casi di dichiarazioni sostitutive non veritiere. La soluzione generalmente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, pur

⁷² VINTI, *L'evidenza pubblica*, in (a cura di) FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, 2007, 288 ss.; CACCIAVILLANI, *op. cit.*, 3. Le dichiarazioni sostitutive, giacché volte ad attestare in gara il possesso dei requisiti di partecipazione, sono richieste a pena di esclusione; se ne dovrebbe ricavare che tanto laddove non siano fornite – fattispecie di omissione totale della dichiarazione – quanto laddove siano fornite dichiarazioni di per sé non qualificabili come dichiarazioni sostitutive – fattispecie di dichiarazione fornita, ma non nella forma prescritta e non con l'idoneità-efficacia prescritta – vada applicata la sanzione espulsiva.

⁷³ Pur senza affrontare, per evidenti ragioni argomentative, le tematiche sottese alla questione, giova sottolineare come, alla luce del complesso quadro normativo che ha interessato la disciplina delle dichiarazioni sostitutive negli ultimi anni, siano sorte non poche problematiche sulla natura di tali strumenti giuridici. In argomento, è possibile rinvenire diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali tra loro contrastanti. Vedi, in tema, Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno, 2007, SCELISI, in *Cass. pen.*, 2008, 96. In dottrina, per tutti, cfr. BARTOLI, *Il falso per omissione e il falso cd. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68; POTETTI, *Le dichiarazioni sostitutive del privato (d.p.r. n. 445 del 2000) e l'art. 483 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2232; BARTOLI, *Le falsità documentali*, in (a cura di) PELLISSERO-BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, 175; ERONIA, *Falsità "incauta" nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *Cass. pen.* 2010, 6, 2250 ss. In particolare, in materia di dichiarazioni destinate ad affermare il possesso dei requisiti per partecipare alla gara di appalto, vedi in giurisprudenza, Cass. pen. Sez. VI, 24 marzo 2009, FERRAGLIO, in *Cass. pen.*, 2010, 2247; Cass. pen., sez. V, 10 maggio 2006, ESPOSITO, in *Riv. pen.*, 2007, 450; Cass. pen., sez V, 16 gennaio 2001, CERRETTANI, in *Cass. pen.*, 2002, 236.

senza numerose critiche, discussioni e perplessità, è stata quella di “fare riferimento all’articolo 483 c.p.”⁷⁴.

Il riferimento all’articolo 483 c.p. in materia di falsità in dichiarazioni sostitutive, tuttavia, necessita di opportuni chiarimenti: infatti, affinché sia integrata la fattispecie in esame è quantomeno necessaria la previa sussistenza di una norma che attribuisca all’atto la funzione di provare i fatti attestati dal privato al pubblico ufficiale, così collegando l’obbligo di dire il vero del dichiarante all’efficacia probatoria dell’atto stesso. Altresì, una tale soluzione richiede che possa darsi per assodata l’equiparazione dell’auto-certificazione all’atto pubblico.

Parte della dottrina, invece, ha avanzato seri dubbi in ordine alla punibilità del falso in autocertificazione, ai sensi dell’articolo 483 c.p., ed ha ritenuto irragionevole proprio la parificazione tra dichiarazioni sostitutive e atto pubblico che pure la giurisprudenza costantemente afferma sulla base di un’interpretazione estensiva dell’articolo 76 del d.P.R. n. 445 del 2000⁷⁵.

Invero, secondo tale tesi, un’attenta lettura della norma rivelerebbe come le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 (del decreto summenzionato) siano “*considerate come fatte a pubblico ufficiale*”, ma ciò, evidentemente, non è sufficiente per far assumere all’auto-certificazione, almeno sotto il profilo penale, natura di atto pubblico⁷⁶. Al contrario, come sopra anticipato, il nuovo assetto dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, ispirato ai principi di efficienza e trasparenza che trovano naturale concretizzazione in forme di amministrazione partecipata, farebbe

⁷⁴ Vedi per tutti in argomento POTETTI, *Le dichiarazioni sostitutive del privato (d.p.r. n. 445 del 2000) e l’art. 483 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2232; BARTOLI, *Le falsità documentali*, in (a cura di) PELLISSERO-BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, 175; ERONIA, *Falsità “incauta” nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *Cass. pen.* 2010, 6, 2250 ss. Sul punto, *Cass. pen.*, Sez. V, 10 dicembre 1999, VERONESE, in *Cass. pen.*, 2001, 1480; *Cass. pen.*, Sez. II, 31 maggio 1989, PASINI, in *Riv. pen.*, 1990, 835; *Cass. pen.*, Sez. V, 31 gennaio 1992, BONANNO, in *Cass. pen.*, 1993, 1429. V., altresì, *cass. pen.*, Sez. V, 17 settembre 2009, MUCCILLO, in *C.E.D. Cass.*, n. 245817.

⁷⁵ ANTOLISEI, *Sull’essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 631; BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, in *Arch. pen.*, 1959, I, 281; ERONIA, *op. cit.*, 2250 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2007, 571.

⁷⁶ Del resto, se il legislatore avesse voluto equiparare atto pubblico e autocertificazione, lo avrebbe affermato esplicitamente, e ciò, tanto più in seguito alle modifiche apportate dall’attuale disciplina alle originarie modalità di redazione delle autocertificazioni (presenza del pubblico ufficiale che le riceveva e provvedeva altresì all’autenticazione della sottoscrizione) che, seppur con alcune riserve, consentivano un accostamento al regime di formazione dell’atto pubblico. Sul punto, cfr., BORGOGNO, *Commento alla sentenza della Sez. III, 24 gennaio 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, fasc. 3, 325; ID, *Documento tradizionale e documento informatico*, in (a cura di) RAMACCI, *Le falsità documentali*, Padova, 2001, 68; MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, in (a cura di) RAMACCI, *Le falsità documentali*, Padova, 2001, 304.

assumere al privato cittadino un ruolo sempre più importante e, per contro, relegherebbe la figura del pubblico ufficiale ad un ruolo sempre più marginale. Ciò premesso, dovrebbe essere dunque esclusa la configurabilità, nel caso di falsità in autocertificazione, della fattispecie prevista dall'articolo 483 c.p., mancandone due requisiti essenziali e cioè che le dichiarazioni del privato siano rese al pubblico ufficiale e che queste confluiscono in un atto pubblico.

Di contrario avviso, rimane, invece, la giurisprudenza maggioritaria che, proprio in materia di appalti pubblici, equipara l'atto pubblico e l'autocertificazione agli effetti dell'applicabilità dell'articolo 483 c.p. e afferma che *“integra il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico la falsa attestazione sostitutiva di certificazione resa dal privato ai sensi dell'articolo 46 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.lg. n. 445 del 2000) al fine di partecipare a una gara d'appalto”*⁷⁷.

Neppure tale “granitico” convincimento giurisprudenziale, tuttavia, pare esente da critiche. Infatti, le dichiarazioni sostitutive ad oggetto sono destinate ad inserirsi nell'ambito (limitato) del procedimento amministrativo; in tale ambito, le stesse non sono dotate di una vera e propria efficacia probatoria, dato che il ruolo che assumono è piuttosto quello di contribuire alla semplificazione dell'attività amministrativa⁷⁸. Ciò non significa, dunque, che l'attestazione effettuata dal privato sia idonea (anche solo nell'ambito limitato del procedimento amministrativo), a provare la verità del fatto attestato. Infatti, è sempre prevista la possibilità in capo alla stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti (sulla base di una verifica svolta *ex post*, ma anche

⁷⁷ Cass. pen., Sez. VI, 24 marzo 2009, n. 15485, in C.E.D. Cass. pen., 2009. Conformi Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 2006, n. 20570, in C.E.D. Cass. pen., 2006: “La norma di cui all'art. 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.lg. n. 445 del 2000), stabilendo la sanzione penale per chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal medesimo t.u., rimanda al c.p. e alle leggi speciali in materia: ne consegue che risponde del reato di cui all'art. 483 il privato che renda false attestazioni circa gli stati, le qualità personali ed i fatti indicati nell'art. 46 del citato testo unico al fine di partecipare a una gara di appalto”; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2005, n. 5122, in C.E.D. Cass. pen., 2006. Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 25469, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2228.

⁷⁸ In tal senso, vedi POTETTI, *op. cit.*, 2232: “La dimostrazione della sussistenza di tali condizioni da parte di tutti i richiedenti ed il concreto accertamento di esse da parte della pubblica amministrazione richiederebbe ingenti risorse e lunghi tempi, sicché, per semplificare l'azione amministrativa, gli interessati sono ammessi all'acquisizione del bene, alla partecipazione alle gare, alle agevolazioni, ecc., a prescindere dalla dimostrazione e dall'accertamento della reale sussistenza delle necessarie condizioni, ma esclusivamente sulla base della dichiarazione da parte loro dell'esistenza di esse”.

ex ante) dichiarati e, conseguentemente, di assumere decisioni a riguardo sulla sorte della partecipazione del concorrente alla gara.

In altri termini, secondo questa tesi, il reato di cui all'articolo 483 c.p. non sussisterebbe giacché le dichiarazioni sostitutive avrebbero “*una solo parziale idoneità probatoria*” e realizzerebbero, invero, una “*presunzione solo relativa (cioè fino a prova contraria) della verità del fatto attestato*” dal privato⁷⁹; così intesa, quindi, la condotta dovrebbe considerarsi “*innocua*” rispetto al bene giuridico tutelato.

A parere di chi scrive la tesi, tuttavia, non convince pienamente⁸⁰ ed, anzi, le argomentazioni a sostegno della stessa finiscono per sottovalutare e fraintendere il significato pacificamente assunto dall'espressione “*falso innocuo*”⁸¹: invero, il carattere di innocuità (del falso in atto pubblico) non va rinvenuto nell'uso che si faccia del documento, ma piuttosto nella carente idoneità dell'atto falso ad ingannare comunque la fede pubblica. A tal riguardo, nelle ipotesi che qui interessano, le dichiarazioni sostitutive effettuate durante la partecipazione ad una gara d'appalto conservano un'intrinseca idoneità ingannatoria, dato che i controlli della Pubblica Amministrazione su tali dichiarazioni sono solo eventuali; infatti, pur essendo dei controlli doverosi, questi, come si vedrà di seguito, potranno essere fatti anche “a campione” o a seguito dell'aggiudicazione del contratto, quando, dunque, il bene giuridico potrebbe già essere stato leso. Si ritiene, pertanto, di concordare con il costante convincimento della Cassazione che, in plurime occasioni, ha affermato come l'attestazione di circostanze non veritiere contenuta in una dichiarazione sostitutiva integri il reato di falsità ideologica del privato in atto pubblico, di cui all'articolo 483 c.p., pure nel caso in cui

⁷⁹ Sul punto specifico si osservi quanto riportato da BARTOLI, *Le falsità documentali*, in (a cura di) PELLISSERO-BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, 175; ERONIA, *Falsità "incauta" nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *Cass. pen.* 2010, 6, 2250 ss.

⁸⁰ In tal senso, la tesi si espone all'obiezione di quanti sostengono che una cosa è la destinazione probatoria di un atto (v. art. 483, comma 1, c.p.) e altra cosa è il grado di idoneità probatoria (assoluta o relativa) dell'atto stesso.

⁸¹ In tema di cd. “falso innocuo” si confronti BARTOLI, *Il falso per omissione e il falso cd. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 521; COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68; GAMBARDELLA, *I delitti contro la fede pubblica, i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume e i delitti contro il sentimento per gli animali*, Milano, 2010; PATERNITI, *I delitti contro la fede pubblica, reati societari, reati del mercato dei valori mobiliari, reati in tema di tributi*, Milano, 2004.

quanto dichiarato possa essere altrimenti verificato dal successivo destinatario dell'atto⁸².

In chiusura, preme anticipare una considerazione. Si accoglie con favore il recente intervento del legislatore che, quantomeno nelle intenzioni, ha tentato di superare gli evidenti profili di indeterminatezza che interessavano la previsione di cui al comma 2 del Codice degli appalti pubblici. Tuttavia, pur condividendo la *ratio* chiarificatrice dell'intervento, si ritiene, in una prospettiva *de jure condendo*, che la soluzione apportata non sia ancora sufficiente o, quantomeno, necessiti di un'ulteriore rivisitazione. Infatti, l'attuale sistema delineato risulta poco congeniale alle finalità di semplificazione amministrativa prefissate e rischia di dilatare ulteriormente i tempi dell'istruttoria. L'Amministrazione è comunque tenuta, d'ufficio, a richiedere il certificato del casellario ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, né potrebbe legittimamente aggiudicare l'appalto prima di espletare la verifica dei requisiti. Tale attività comporta, evidentemente, un aggravio del procedimento amministrativo di gara, con l'innesto di sub-procedimenti accertativi delle condizioni di partecipazione delle imprese, e si risolve in un "appesantimento" della procedura che si voleva semplificare.

1.3. La verifica amministrativa del possesso dei requisiti. Il ruolo dell'Autorità per la vigilanza.

La presenza di una delle cause ostative aventi rilievo penale indicate dall'articolo 38 del d. lgs. n. 163/2006 preclude la partecipazione alla procedura affidamento. Il comma 2 dell'articolo prevede, come detto, che la Pubblica Amministrazione, nell'accertamento delle cause ostative, debba accettare le dichiarazioni sostitutive, presentate dai concorrenti (a pena di esclusione) in conformità alla disposizioni del d. P.R. n. 28 dicembre 2000, n. 445. Il riscontro della veridicità delle affermazioni rese mediante dichiarazione sostitutiva interessa, come visto, possibili profili di responsabilità del soggetto (dichiarante) potenziale concorrente; altresì, in senso più lato, tale aspetto incide pure sull'attività che la stazione appaltante è chiamata a compiere in merito al

⁸² Cass. pen., Sez. un., 15 dicembre 1999, n. 28, in *Giust. pen.*, 2000, II, 449; Cass. pen., Sez. un., 17 febbraio 1999, n. 6, in *Cass. pen.*, 1999, 2105. Vedi in argomento, POTETTI, *op. cit.*, 2232.

contenuto dichiarato ed all'accertamento della sussistenza dei requisiti di affidabilità dei soggetti, in una prospettiva di valorizzazione della tutela penale della trasparenza⁸³.

Il punto esige un approfondimento, giacché riguarda tematiche di non poco conto.

In primo luogo, la *ratio* di tale sistema di controlli predisposto è evidentemente connessa alla possibilità di evitare o quantomeno ridurre forme di illecite interferenze sull'andamento della procedura di aggiudicazione volte, conseguentemente, a "falsare" il risultato finale della gara. Altresì, il legislatore, mediante il ricorso a tale sistema di controlli, ha inteso contenere il margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti quanto all'individuazione dei concorrenti alle procedure di affidamento. Infine, preme pure sottolineare come i meccanismi di verifica previsti non solo spostino il momento dell'accertamento dei requisiti ad una fase successiva alla presentazione della documentazione, ma mirino pure a realizzare un sistema alternativo di tutela.

L'esame dei meccanismi di verifica necessita, pertanto, di essere focalizzato su quelli che possono essere considerati come i due capisaldi del sistema, vale a dire sul ruolo svolto dalle Autorità per la vigilanza, e sul significato assunto dallo "strumento" dell'informazione prefettizia antimafia nel settore degli appalti pubblici.

Quanto all'attività delle Autorità di vigilanza, già con la legge n. 109 del 1994 (cd. legge Merloni), e successive modificazioni, è stato introdotto un sistema di verifica basato sull'attestazione da parte di organismi privati, autorizzati da un'apposita Autorità, che ha sostituito quello previgente basato sull'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori con l'obiettivo di introdurre "meccanismi di qualificazione" più efficaci ed oggettivi⁸⁴.

La disciplina attualmente vigente poggia su due punti fondamentali.

⁸³ Cfr., in tema, CACCIAVILLANI, *op. cit.*, 3: "È da aggiungere che anche questa, come tutte le misure di semplificazione, trascina con sé una complicazione: ossia la necessità, espressa ora dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che la stazione appaltante svolga un sub-procedimento di controllo sulla veridicità delle dichiarazioni rese (...) Il legislatore ha così introdotto una misura di semplificazione per il dichiarante, che determina però un aggravamento del procedimento per l'amministrazione. Rimane fermo inoltre che la stazione appaltante ha l'obbligo di accertare l'effettivo possesso dei requisiti prima dell'aggiudicazione definitiva"; FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.

⁸⁴ Per quanto concerne le imprese partecipanti, nell'ambito degli appalti pubblici, la disciplina previgente prevedeva un potere di verifica diretta da parte dello Stato, relativo alla presenza di cause ostative di tipo penale, dei requisiti generali, di carattere tecnico e finanziario, che si risolveva nell'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori. Vedi GUERRIERO, *Profili penalistici e strumenti di intervento in tema di abusi nelle procedure degli appalti pubblici*, in *Cass. pen.*, 1998, 3477. La giurisprudenza aveva affermato come tale sistema di qualificazione costituisse "un requisito soggettivo di partecipazione", ovvero un presupposto di legittimazione che consentisse all'impresa di essere parte dell'appalto di opera pubblica durante tutta la durata di esso. Cfr. Cons. Stato, 11 aprile 2001, n. 517, in *Foro Amm. CDS*, 1991, 1105.

Il primo concerne la documentazione che l'impresa deve produrre all'atto di partecipazione alla gara. In tal senso, è necessario che la stessa presenti un attestato di qualificazione all'esecuzione di opere pubbliche, in corso di validità, rilasciato da una S.O.A. (Società Organismo di Attestazione), ovvero da un soggetto privato che, in forza di un provvedimento di autorizzazione dell'Autorità per la vigilanza, svolge una funzione di certificazione di rilievo pubblicistico⁸⁵. La presentazione di tale attestato S.O.A., tuttavia, costituisce «condizione necessaria e sufficiente» per la dimostrazione dei cd. requisiti speciali, ma non altrettanto può dirsi con riguardo ai requisiti di ordine generale⁸⁶.

Il secondo, invece, attiene alle specifiche modalità di accertamento dei requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 38 in esame ed implica che la singola Amministrazione non debba limitarsi alla constatazione dell'avvenuto rilascio dell'attestato, ma debba, "obbligatoriamente", vagliarne "l'attualità" in sede di gara e, perciò, verificare che, fra il momento dell'acquisizione dell'attestato (o della successiva sua verifica) e la gara non siano sopravvenute cause di esclusione in precedenza assenti, né siano intervenute altre ipotesi di modificazioni, idonee ad impedire al soggetto la partecipazione⁸⁷. In sostanza, il sistema prevede l'uso di strumenti appropriati, da parte

⁸⁵ Il rilascio dell'attestato presuppone l'avvenuta verifica, con esito positivo, non solo dell'acquisizione da parte dell'operatore economico di un'adeguata capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, nonché del possesso del certificato di qualità, ma anche del possesso dei requisiti di ordine generale. Cfr., in argomento, NERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, in Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici", Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008, 6; RAGAZZO, *op. cit.*, 275 ss.

⁸⁶ Si veda, in tal senso, quanto previsto dall'articolo 1 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che disciplina la qualificazione delle imprese. La previsione opera un espresso riferimento alla disciplina dei requisiti speciali ed, implicitamente, esclude dal proprio ambito di applicazione la disciplina dei requisiti di ordine generale. In verità, mentre l'accertamento dei primi, una volta avvenuto in sede di rilascio dell'attestato, non è più in discussione per tutto il periodo di validità dello stesso, l'accertamento dei requisiti generali da parte della S.O.A. non esime la singola Amministrazione dal dovere di "attualizzarlo" in sede di gara, ossia di verificare che, fra il momento dell'acquisizione dell'attestato (o della successiva sua verifica) e l'incanto sussistano, ancora, i requisiti di partecipazione predetti.

⁸⁷ L'articolo 38 del Codice, avendo recepito l'articolo 45 della Direttiva 2004/17/CE, ha di fatto uniformato la disciplina concernente anche gli appalti di servizi e forniture nonché relativi ai "settori speciali", che in precedenza presentavano alcune difformità rispetto a quella sui lavori. Vedi, in argomento, NERI, *op. cit.*, 6: "Laddove la normativa comunitaria distingue fra cause di esclusione "obbligatorie" e cause di esclusione "facoltative", invece le cause di esclusione previste dall'art. 38, per opinione generale, sono tutte di carattere obbligatorio. Inoltre, la citata disposizione del Codice, la cui sfera di applicabilità è più ampia di quella della norma comunitaria, giacché si estende anche agli appalti c.d. sotto-soglia, detta una disciplina di ordine pubblico, destinata ad applicarsi anche in quei procedimenti in cui non venga integralmente richiamata, e dunque ad operare la c.d. "eterointegrazione" del bando di gara". GRECO, *op. cit.*, 1271; PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAITTA *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 239; COLAGIACOMI,

di autorità “terze”, in funzione preventiva, quale valida alternativa alla repressione delle patologie concorrenziali⁸⁸.

La necessità di potenziare il ruolo dell’Autorità di vigilanza risponde all’esigenza di perseguire un duplice obiettivo: da un lato, quello di favorire la rimozione, *ab origine*, degli ostacoli che impediscano il conseguimento di una leale concorrenza nella gara; dall’altro, quello di incentivare il raggiungimento di questo primo obiettivo mediante una riduzione dell’intervento repressivo. Quanto al primo aspetto, l’intento di garantire la *par condicio* dei concorrenti, in funzione preventiva, passa attraverso la disincentivazione di offerte non regolari ed attraverso l’includibile esigenza-garanzia che l’aggiudicazione dell’appalto, a seguito di plurimi controlli, avvenga a favore di chi possieda effettivamente i requisiti prescritti. In altri termini, l’assiduità e l’effettività dei meccanismi di verifica previsti nel settore degli appalti pubblici dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore, fungere da deterrente in una prospettiva preventiva e così “scoraggiare le intrusioni truffaldine” nel sistema di assegnazione dei contratti. A tal riguardo, il fatto che i controlli della Pubblica Amministrazione sulle dichiarazioni rese siano solo eventuali e possano essere fatti anche solo “a campione”, non desta particolari perplessità. La soluzione predisposta intende, infatti, fondare la propria ragion d’essere su di una logica di (non) convenienza, logica basata sul “calcolo statistico” e, pertanto, sull’elevatissima probabilità che un intenso sistema di controlli non permetta di poter agire impunemente⁸⁹.

In merito al secondo obiettivo perseguito, l’auspicio di una riduzione dell’intervento penale, nel settore che si esamina, poggia sulla necessità di ripensare il ruolo della tutela penale, come ultimo rimedio quando altri non siano possibili⁹⁰. In tal senso, il

Requisiti per essere parte del contratto, in (a cura di) PERFETTI *Repertorio degli appalti pubblici*, , Vol. II, Milano, 2005, 1219.

⁸⁸ Cfr. in argomento, GIAMPAOLINO, *L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aspetti sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 739. L’Autore evidenzia come si tratti di “un obiettivo ambizioso, ma realistico: un efficace monitoraggio ed una efficace condotta della vigilanza sul rispetto delle norme, nonché – a monte – una buona regolazione, generano miglioramenti crescenti idonei a far regredire il manifestarsi di patologie e con esse la necessità di intervenire in via repressiva, e di rimuovere gli ostacoli al conseguimento di una concorrenza praticabile”.

⁸⁹ La norma dispone una forma di controllo “a campione” che deve svolgersi prima dell’apertura delle offerte, così che la gara deve essere sospesa sino a che esso non si sia esaurito. Il legislatore ha così introdotto una misura di semplificazione per il dichiarante, che determina però un aggravamento del procedimento per l’amministrazione. Rimane fermo inoltre che la stazione appaltante ha l’obbligo di accertare l’effettivo possesso dei requisiti prima dell’aggiudicazione definitiva. Cfr. in argomento CACCIAVILLANI, *op. cit.*, 3.

⁹⁰ Cfr. per tutti FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 28.

rispetto del principio di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, quale fondamentale criterio di politica criminale, dovrebbe circoscrivere la portata del ricorso allo strumento penale, allorché la tutela del bene in questione sia già ottenibile mediante sanzioni di natura extrapenale⁹¹. Invero, l'accoglimento di tale concezione ristretta del principio di sussidiarietà, oltre a corrispondere ad una visione più moderna e laica dei compiti del diritto penale, consente pure di raccordare meglio la tutela penalistica alle altre tecniche di tutela offerte dai diversi settori del sistema giuridico, sicché si possa operare un raffronto volto a suggerire un coordinamento tra i possibili mezzi di tutela ipotizzabili⁹². La scelta compiuta dal legislatore italiano in materia di appalti pubblici è, perciò, orientata al “congedo da un diritto penale invadente” e, piuttosto, è volta ad attestare il postulato del cd. “diritto penale minimo” quale rimedio in grado di arginare una risposta penale progressivamente dilatata e straripante nel settore del diritto penale dell'economia, in generale⁹³.

Il ruolo e l'attività dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché le competenze alla stessa attribuite dal Codice Appalti diventano, in tal senso, di preminente importanza, proprio nell'ottica di limitare l'intervento dell'azione penale e di consentire suddetto auspicabile coordinamento tra le possibili ipotesi di tutela.

⁹¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 30: “(...) a parità di efficacia di strumenti di tutela potenzialmente concorrenti, il legislatore dovrebbe infatti optare per quello che comprime meno i diritti del singolo (*iure est civiliter utendum*)”.

⁹² La scelta del tipo di sanzione da applicare presupporrà un raffronto, esente da pregiudizi, tra le diverse *chances* di tutela offerte dai diversi settori del sistema giuridico. Una simile verifica incrociata potrà così non solo suggerire un coordinamento tra i mezzi di tutela, ma anche stimolarne l'individuazione di nuovi e più efficaci. Cfr. in tal senso, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 31; MUSCO, *Note in tema di abuso di finanziamenti pubblici*, in (a cura di) COSTI-LIBERTINI, *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie dell'industria*, Milano, 1982, 419.

⁹³ Cfr., in materia di diritto penale minimo rispetto al diritto penale dell'economia, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 19. Gli Autori affrontano la tematica con riferimento alla riforma dei reati societari e parlano “degli eccessi di uno sviluppo quasi incontrollabile del diritto penale dell'economia”. A tal riguardo, traggono considerazioni che possono ampiamente riproporsi anche nella materia della disciplina penale degli appalti pubblici che qui più interessa. Cfr., in senso analogo, MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004; MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*. (Saggio destinato agli *Studi in memoria del prof. Gian Domenico Pisapia*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 3, 776 ss.: “Come si è anticipato, le nuove forme di criminalità presenti in gran parte dei Paesi europei rappresentano un *banco di prova* della plausibilità delle proposte politico-criminali dei fautori del c.d. diritto penale minimo: il tratto comune è infatti la riduzione al “minimo” dei confini del diritto penale e la tendenziale espulsione da tali confini proprio di quella fenomenologia patologica. (...) L'estromissione dal diritto penale di gravi fenomeni patologici che affliggono le società contemporanee pone il problema dell'individuazione di tecniche alternative di controllo, giacché ben difficilmente fatti del genere potrebbero restare privi di una qualsivoglia risposta”.

Il Codice degli appalti ha, in questo senso, ampliato l'oggetto della vigilanza, oltre che ai lavori pubblici, a tutti i settori dei contratti pubblici anche di servizi e forniture ed ai contratti nei settori speciali ed ha rafforzato (o esplicitato) alcuni poteri "impliciti"⁹⁴. Il legislatore ha pure inteso attribuire agli organismi di vigilanza nuove funzioni di interpretazione della normativa vigente, attraverso il conferimento del potere di dare pareri non vincolanti, su richiesta delle parti, relativamente a questioni insorte durante le procedure di affidamento⁹⁵.

Dall'esame complessivo delle competenze attribuite, è possibile individuare la sussistenza di una pluralità di funzioni, quali: l'attività di vigilanza e di continuo monitoraggio dell'affidamento e della realizzazione dei contratti pubblici; l'attività sanzionatoria e di denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria e contabile; nonché l'attività di interpretazione della normativa.

In altri termini, le funzioni dell'Autorità e le modalità attraverso le quali la stessa deve operare individuano un vero e proprio sistema alternativo alla tutela penale.

Tale sistema necessita, tuttavia, di una precisazione che rivela il limite stesso insito nella soluzione delineata: il meccanismo di vigilanza previsto, invero, non può ritenersi da solo sufficiente ad arginare le nuove modalità di aggressione al bene giuridico da parte della criminalità (organizzata) economica individuate *supra*, né, evidentemente, può prescindere dall'individuazione delle fattispecie penalmente rilevanti in materia di appalti pubblici, oltre che da specifici poteri esercitabili in funzione preventiva.

Come si avrà modo di affrontare di seguito, le fattispecie penali connesse agli appalti pubblici ed ai procedimenti di aggiudicazione o gestione degli appalti, sono per loro natura fattispecie complesse, poiché si articolano, di norma, in una serie coordinata di azioni strumentali. Carattere comune di tutte le illiciteità – che generalmente si

⁹⁴ L'attività di vigilanza riguarda ora anche i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 del Codice, ad esclusione dei contratti relativi al commercio di armi e quelli stipulati in base ad accordi internazionali.

⁹⁵ In tal senso, il legislatore ha attribuito alle Autorità di vigilanza il potere di annullare e sospendere le attestazioni SOA, già riconosciuto dalla giurisprudenza. Viepiù, con il terzo correttivo è stata pure prevista la possibilità per l'Autorità di graduare le sanzioni pecuniarie o interdittive per le irregolarità, illegittimità e le illegalità commesse dalle SOA, e di applicare le sanzioni nei confronti delle SOA e delle imprese inadempienti. L'Autorità ha inoltre il potere di formulare proposte, di iniziativa legislativa, in ordine alle modifiche occorrenti alla legislazione in materia di appalti; potere finora svolto nell'ambito dell'attività di segnalazione a Governo e Parlamento. Infine, l'Autorità di vigilanza svolge una funzione di verifica *ex ante* dei profili di compatibilità delle condizioni per l'esecuzione del contratto nei bandi di gara ed è titolare di vari poteri sanzionatori per la verifica (a campione) dei requisiti, attraverso la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

inquadrano negli schemi tipici dell'abuso d'ufficio con altrui vantaggio, nella turbativa d'asta, nella corruzione o concussione, nella truffa aggravata e nella malversazione a danno dello Stato e nei delitti contro la fede pubblica – è la sottostante presenza di procedimenti amministrativi autorizzativi, di controllo e di spesa, superficiali, viziati se non addirittura dolosamente volti al raggiungimento di obiettivi criminali.

In estrema sintesi, dunque, tale sistema alternativo di controlli deve considerarsi come un'ulteriore *chance* che si aggiunge (e non si sostituisce) alla disciplina penale degli appalti pubblici e che, anzi, deve completare la stessa. Si condivide, pertanto, la soluzione offerta dal legislatore di voler approntare uno stretto raccordo tra istanze di repressione e prevenzione, nella convinzione che una risposta efficace possa derivare solo da una strategia organica e globale di contrasto; tale strategia deve, tuttavia, essere ulteriormente rafforzata per essere capace di superare il ricorso ad una metodologia “riduttiva”, articolata attraverso interventi separati fra di loro e calibrata, esclusivamente, su singoli settori di ingerenza.

Rimane, perciò, da chiedersi se ed entro quali limiti il sistema predisposto possa effettivamente attuare scopi così impegnativi e “globali” con ragionevole efficacia e senza comportare un'incidenza smoderatamente invasiva della libertà dei soggetti⁹⁶.

1.4. L'accertamento ritenuto sufficiente ai fini dell'esclusione dal novero dei competitori: tra “presunzione di non colpevolezza” e informativa prefettizia antimafia.

Il ruolo e l'attività dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché le competenze alla stessa attribuite dal Codice Appalti, non esauriscono il panorama dei meccanismi di verifica dell'affidabilità dei soggetti interessati alle gare pubbliche.

I controlli effettuati da tale organismo, infatti, non possono, da soli, ritenersi sufficienti ad arginare le nuove modalità di aggressione al sistema degli appalti pubblici da parte della criminalità (organizzata) economica – modalità che, per loro natura, operano mediante fattispecie complesse e si articolano, di norma, in una serie coordinata di

⁹⁶ Cfr. quanto sostenuto con medesima *ratio* da AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 22.

azioni strumentali – né possono prescindere dall'individuazione, a monte, di una strategia organica e globale di intervento.

In tal senso, un ulteriore strumento in grado di monitorare l'affidabilità dei concorrenti che partecipino alla gara è il meccanismo delle cd. "comunicazioni e informative antimafia", ovvero quelle documentazioni che le Pubbliche Amministrazioni devono acquisire prima di stipulare i contratti e che sono previste e disciplinate nell'ambito della legislazione antimafia⁹⁷. Queste documentazioni, come meglio si dirà, configurano non solo un mezzo di accertamento, ma anche un vero e proprio strumento di tutela di carattere preventivo e interdittivo per mezzo del quale i precedenti penali (ovvero l'applicazione di sanzioni previste dalla legislazione antimafia) assumono un "carattere sintomatico ed indiziante"⁹⁸. Tale aspetto risulta ancor più significativo ove si consideri che ad esse viene dunque ascritta un'efficacia vincolante⁹⁹, tale da

⁹⁷ Tali istituti sono stati recentemente interessati da un importante intervento legislativo: il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 ("Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136") ha infatti riorganizzato l'intera disciplina delle cd. misure di prevenzione antimafia e così previsto, agli articoli 82 e ss., nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia. Ciononostante, in ordine alle problematiche che qui si affronteranno, possono essere mosse plurime considerazioni critiche, non dissimili da quelle che era possibile rilevare prima dell'intervento normativo citato. Cfr., in argomento, già prima del recente intervento normativo, MEZZOTERO, *op. cit.*, 1073; GUERRIERO, *op. cit.*, 3470. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2005, n. 5952, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 10, 3031; Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7632, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 3159.

⁹⁸ Così, già, Tar Campania, Napoli, sez. III, 22 febbraio 2003, n. 1171, in www.giustizia-amministrativa.it: "In tal modo, il legislatore ha attribuito all'Amministrazione prefettizia un ruolo di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto a cui assumono rilievo, per legge, fatti e vicende solo sintomatici e indiziari del pericolo di infiltrazione mafiosa, in ragione della preminente esigenza di tutelare, anche nella fase istruttoria, l'interesse generale all'ordine ed alla sicurezza pubblica, con particolare riguardo al settore dei contratti tra mondo imprenditoriale e Pubblica Amministrazione". Da ultimo, cfr., Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2008, n. 2512 e Tar Lazio, Roma, sez. III, 1 luglio 2008, 6348, entrambe in www.lexitalia.it, nonché - con diffusa motivazione - Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 38, in www.neldiritto.it.

⁹⁹ Tale ultimo profilo necessita però di un'attenta riflessione in riferimento alla categoria delle cd. "informative atipiche o supplementari". Ammettendo infatti che tali informative abbiano un'efficacia interdittiva vincolante, si configurerebbe una modalità di esclusione di tipo automatico del tutto singolare, potendo risultare preclusa la partecipazione alla procedura di affidamento anche per soggetti la cui responsabilità penale non sia stata accertata. A tal proposito, la giurisprudenza più recente è giunta a negare la suddetta "efficacia interdittiva vincolante" per tale categoria di informativa (e ciò anche nelle ipotesi in cui la preclusione sia stata oggetto di espressa previsione nel bando di gara), giacché non è consentito alla Pubblica Amministrazione di abdicare a priori all'esercizio della sua discrezionalità circa gli indizi ad essa prospettati nell'informativa. Cfr. Cons. di St., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, in *Foro amm. CDS*, 2007, 5, 1548. Tale posizione pare largamente condivisibile dal momento che, altrimenti, si porrebbero seri interrogativi sul rispetto della "presunzione costituzionale di non colpevolezza", presunzione che dovrebbe sempre prevalere anche rispetto all'esigenza di reprimere efficacemente l'infiltrazione della criminalità organizzata nel sistema degli appalti pubblici.

determinare un'esclusione dalla gara di tipo automatico e, perciò, da non consentire alla Pubblica Amministrazione alcuna valutazione discrezionale nel merito¹⁰⁰.

Si intuisce, pertanto, come nell'ottica di verificare il possesso dei requisiti (ed, in senso, più ampio, la "reputazione") dei potenziali concorrenti alle gare, le comunicazioni e le informative si rivelino decisive per tentare di limitare i rischi connessi alla possibilità d'infiltrazione della criminalità organizzata nel circuito "virtuoso" degli appalti e, più in generale, per tentare di scongiurare le ipotesi di illegittime aggiudicazioni a favore di soggetti "inaffidabili" interessati da provvedimenti che incidano (negativamente) su quella "fiducia contrattuale" necessaria per l'esecuzione di opere pubbliche¹⁰¹.

¹⁰⁰ In alcuni casi eccezionali, tuttavia, è consentito alla stazione appaltante, a seguito del ricevimento di un'informativa prefettizia antimafia, di mantenere in essere il rapporto contrattuale. Tali ipotesi riguardano fattispecie straordinarie, nelle quali la cura dell'interesse pubblico impone di non recedere dal contratto, ovvero situazioni di emergenza, delle quali dovrà essere data circostanziata prova nella motivazione dell'atto dell'amministrazione appaltante. In tali ipotesi, pertanto, la motivazione a supporto di dette circostanze dovrà essere particolarmente ampia, diversamente dall'opposto caso in cui, in assenza di queste ultime, non vi siano ragioni per vanificare la portata dell'informazione interdittiva. In quest'ultimo caso, invero, a giustificare l'adozione del provvedimento è sufficiente il rinvio alla stessa. Il potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante in presenza di informative antimafia – con particolare riguardo alle fattispecie tipiche di natura successiva ed a quelle supplementari atipiche – è estremamente ridotto, trattandosi di un potere esercitabile solo in presenza di situazioni che, pur sussistendo controindicazioni antimafia, inducano comunque ad instaurare o proseguire il rapporto contrattuale o concessorio; le ragioni di tale orientamento muovono proprio dalla natura dell'accertamento antimafia e dall'esigenza di tutelare in via preferenziale, anche tramite l'operatività di meccanismi di tipo indiziario, la trasparenza e l'immunità del settore dei pubblici appalti da fenomeni invasivi, anche interposti, da parte della criminalità organizzata. A fungere da contraltare a tale rigido meccanismo inibitorio v'è la facoltà – posta anche a tutela dell'impresa, ma comunque pur sempre nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse – di non inibire il vincolo esistente, e ciò a presidio di interessi contingenti che inducono a ritenere la prevalenza di questo sulle esigenze di tutela antimafia; è in tal senso che s'impone all'Amministrazione di giustificare una scelta siffatta, che, andando in direzione opposta ad esigenze che il legislatore ha voluto tutelare nella massima forma di anticipazione compatibile con i valori costituzionali di riferimento, si caratterizza per la sua natura eccezionale, richiedendo all'uopo una puntuale motivazione, laddove, invece, nella logica di un suo ordinario sviluppo, l'azione amministrativa imporrebbe l'adozione della misura inibitoria.

¹⁰¹ La trattazione riguardante gli strumenti di controllo sulla sussistenza dei precedenti penali ostativi ex articolo 38 del Codice e la risposta sanzionatoria ai tentativi di elusione del sistema dovrebbe essere completata dall'analisi delle conseguenze di una eventuale ed illegittima aggiudicazione a favore di un concorrente altrimenti escludibile dalla procedura per la presenza a suo carico di precedenti penali o, più in generale, di cause ostative individuati dal medesimo articolo 38. In questa sede, è sufficiente ricordare che secondo l'orientamento prevalente espresso dal Consiglio di Stato l'annullamento dell'aggiudicazione costituisce causa sopravvenuta di inefficacia del contratto stipulato, operante automaticamente. Secondo questa impostazione "il procedimento ad evidenza pubblica avrebbe la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia, con la conseguenza che "l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante l'efficacia del contratto e ne determina, con efficacia caducante, la perdita di efficacia". Vedi già Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Riv. giur. Edilizia*, 2003, I, 1598; Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Dir e Giust.*, 2003, 40, 79. Infine, un'ulteriore ipotesi di risoluzione del contratto degna di nota è quella che interessa le informative connesse a tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata di tipo mafioso. Anche in questo caso, è riservato alla Pubblica Amministrazione un potere di scioglimento dal vincolo contrattuale di tipo discrezionale, che da cui rimangono però esclusi eventuali accertamenti o giudizi relativi alla sussistenza degli elementi ostativi evidenziati

Il Codice degli appalti pubblici non ha apportato alcuna modifica alla normativa già vigente ed ha così previsto all'articolo 247 che «*Restano ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia*»¹⁰². La disposizione pare, pertanto, affermare un'espressa ed incondizionata "salvezza" della normativa antimafia¹⁰³ ed escludere che le disposizioni in materia di prevenzione del fenomeno mafioso contenute nel Codice stesso possano avere carattere sostitutivo, anziché integrativo, delle disposizioni generali in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni ed informazioni antimafia¹⁰⁴. Con l'articolo 247, dunque, il legislatore ha inteso ribadire, nella *sedes materiae* più consona (un testo normativo appositamente dettato per la disciplina degli appalti pubblici), un principio generalissimo: ovvero quello della perdurante applicabilità delle specifiche disposizioni in materia di prevenzione della criminalità organizzata e di comunicazioni e certificazioni antimafia, al fine di escludere dal

nell'informativa e di competenza de Prefetto, essendo anzi del tutto vincolanti. A specifico riguardo, si veda T.A.R. Campania, sez. I, 24 marzo 2005, in *Foro Amm. TAR*, 2005, III, 792, che evidenzia come la discrezionalità abbia oggetto di valutazioni di carattere strettamente amministrativo e che la stazione appaltante potrebbe proseguire con un'impresa nei cui confronti sia stata rilasciata un'informativa antimafia sfavorevole solo nell'eventualità di gravi ragioni di interesse pubblico che impediscano la cessazione del contratto e che legittimino, per l'esistenza di obiettive circostanze di fatto, il sacrificio di un interesse pubblico fondamentale, quale quello tutelato dalla disciplina antimafia, alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica.

¹⁰² La disposizione non pare essere meramente riproduttiva di un principio generale indiscusso – quello della specialità della normativa antimafia – che, pertanto, avrebbe comunque trovato piena applicazione nel settore degli appalti pubblici. Sulla reale portata dell'articolo 247 del Codice si rinvia a MEZZOTERO, *op. cit.*, 1073; ID, *Le disposizioni di coordinamento finali e transitorie e le abrogazioni*, in (a cura di) SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008, 1329.

¹⁰³ Rispetto all'eventualità di proseguire comunque un rapporto con un'impresa sospettata di essere soggetta ad infiltrazioni mafiose, risulta senz'altro prevalente, come corollario del fondamentale principio di imparzialità e buona amministrazione, l'opposta esigenza di salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica, nonché di serbare un atteggiamento di favore per quelle imprese che operano sul mercato in condizioni di assoluta trasparenza. In proposito, si veda Tar Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2005, n. 7811, in *Foro amm. Tar*, 2005, 6, 2110, ove si sottolinea che il potere riconosciuto in capo alla stazione appaltante di decidere di proseguire il rapporto con un'impresa sospettata di essere soggetta ad infiltrazioni mafiose è legittimamente esercitabile solo nell'eventualità, debitamente dimostrata, di gravi ragioni di interesse pubblico che impediscano la cessazione del contratto e che legittimino, per l'esistenza di obiettive circostanze di fatto, il sacrificio di un interesse pubblico fondamentale, quale quello tutelato dalla disciplina antimafia, alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica; nello stesso senso, da ultimo, Tar Campania, Napoli, sez. I, 17 novembre 2008, n. 19674, in www.giustamm.it.

¹⁰⁴ In tal senso, ci si riferisce proprio al disposto dell'articolo 38 che, nel riprodurre l'articolo 75 d.P.R. 554 del 1999, stabilisce i requisiti d'ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, prevedendo quali cause interdittive, per quanto rileva ai fini della c.d. prevenzione antimafia, quelle connesse alle misure di prevenzione ed alle condanne penali (rispettivamente, lettere b) e c) dell'articolo 38 che saranno oggetto di prossima trattazione). Per tale ragione, quindi, il legislatore ha avvertito la necessità di dettare una disposizione di chiusura, prevedendo l'espressa salvezza delle vigenti disposizioni in materia di prevenzione antimafia e di informative prefettizie.

mercato dei pubblici appalti l'imprenditore che sia sospettato di legami o condizionamenti mafiosi. Il legislatore ha, così, mantenuto un atteggiamento intransigente contro i rischi di infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti pubblici volto a contrastare ogni eventuale utilizzo distorto delle risorse pubbliche¹⁰⁵.

In ogni caso, è opinione comune che la normativa inerente la disciplina delle informative antimafia, cui l'articolo 247 del Codice compie generale rinvio, si inserisca nel contesto normativo più ampio delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure ad evidenza pubblica di cui all'articolo 38 in esame¹⁰⁶.

A tal proposito, si rende, perciò, necessario anzitutto comprendere quali siano le autorità preposte ad effettuare i controlli (specifici) antimafia in materia di appalti e, soprattutto, per quel che più interessa, indagare quali conseguenze penali e quali criticità possano derivare dalle risultanze di tali attività. Ebbene, alla luce della disciplina vigente, il Prefetto assume un ruolo di primo piano¹⁰⁷, giacché non soltanto ha un ampio

¹⁰⁵ Cfr., in argomento, CENTONZE, *op. cit.*, 9; MEZZOTERO, *op. cit.*, 1073; COLOMBO-MAGISTRO, *La legislazione antimafia*, Milano, 1994; FANELLI, *La certificazione antimafia*, in *Riv. amm.*, 1996, 469; FORLENZA, *La nuova certificazione antimafia*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 36 ss.; GRAZIANO, *Appalti pubblici: il nuovo regime delle certificazioni «antimafia» dopo il d.lg. 8 agosto 1994, n. 490*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 455; INFANTE-MENICHELLI, *Origini ed evoluzione della certificazione antimafia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1525; TITOMANLIO, *La certificazione antimafia*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 793.

¹⁰⁶ Si veda, a tal proposito, CHINÈ, *Le cause di esclusione dalle gare: condanne penali e informative interdittive. Relazione al convegno organizzato dall'I.G.I. in data 10 giugno 2008, sul tema Codice dei contratti: problemi applicativi dell'art. 38 (cause di esclusione) e degli articoli 45 (elenchi) e 232 (albi di fiducia). Le soluzioni prospettate nel commentario di GAROFOLI-FERRARI*, in www.igitalia.it; LILLI, *Informativa antimafia atipica: per l'esclusione serve la motivazione*, in *Dir. e pratica amm.*, 2009, 1, 47; in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5780, in www.lexitalia.it.

¹⁰⁷ Il potere di accertamento delle cause interdittive è, infatti, demandato, in via esclusiva, alla Prefettura, la cui attività amministrativa, in presenza di alcune cause interdittive specificamente indicate dalla legge, è vincolata sia in merito all'adozione dell'atto che all'accertamento dei presupposti; quando la causa interdittiva consista, invece, nella presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, ovvero dagli accertamenti prefettizi, l'attività amministrativa è, comunque, vincolata nell'adozione dell'atto, ma è discrezionale nella valutazione dei presupposti. Il recente intervento legislativo – d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”*) – pur riorganizzando l'intera disciplina delle cd. misure di prevenzione antimafia e, in particolare, le disposizioni in materia di documentazione antimafia, non ha apportato peculiari modifiche sul punto che qui si esamina. Cfr., in argomento, già prima del recente intervento legislativo citato, MEZZOTERO, *op. cit.*, 1073 ss: “Notevole interesse ha, in particolare, suscitato – in dottrina come in giurisprudenza – l'informativa afferente tentativi di infiltrazione desunti ai sensi della lett. c), comma 7, dell'art. 10 cit. (...) L'ipotesi delle informative prefettizie di cui all'art. 10 comma 7, lett. c) d.P.R. n. 252 del 1998 è stata, infatti, introdotta dal legislatore proprio allo scopo di prevenire possibili tentativi di infiltrazione mafiosa anche in quelle situazioni in cui non sussistano ancora, o non sussistano più, provvedimenti significativi (di condanna, cautelari o di prevenzione) del tipo di quelli contemplati alle lett. a) e b) del comma 7 citato, a carico degli organi o dei soggetti indicati nell'art. 2 d.P.R. n. 252 del 1998”. In giurisprudenza, vedi, in proposito, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 1 febbraio 2005, n. 854, in *App. urb. ed.*, 2006, 5, 274. Sulla competenza ed i poteri dell'Autorità prefettizia, si veda, in senso più ampio, Tar Campania, Salerno,

marginale di accertamento e di apprezzamento in ordine ai tentativi di infiltrazione mafiosa nel sistema, ma ha pure la possibilità di esperire indagini nei confronti dell'amministrazione interessata, al fine di acquisire dati e documenti utili per accertare se vi siano state delle infiltrazioni mafiose¹⁰⁸; pare, dunque, corretto affermare che l'esclusione dell'impresa dalla gara pubblica possa derivare, quantomeno indirettamente, (se non, addirittura, direttamente) dall'atto prefettizio¹⁰⁹.

Il ruolo attribuito all'Amministrazione prefettizia è, dunque, come detto, quello di offrire la massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza. In ragione di tale ruolo di "avanguardia" nella prevenzione di pericoli di inquinamento (mafioso) dell'economia, l'emissione di una informativa prefettizia ostativa prescinde dal concreto accertamento in sede penale di uno o più reati riconducibili ad una "consorteria mafiosa" da parte dell'impresa che intenda contrattare con la Pubblica Amministrazione, in quanto gli istituti *de quibus* si basano su un accertamento di grado inferiore e ben diverso da quello richiesto per l'applicazione della sanzione penale.

Conseguentemente, il sistema rivela il proprio limite in quell'aspetto che più lo caratterizza, vale a dire nell'intento di anticipare l'azione preventiva di tutela. La valutazione del Prefetto circa la sussistenza di situazioni di infiltrazione mafiosa non richiede, infatti, la piena prova dell'intervenuta infiltrazione. In una prospettiva di massima anticipazione della tutela offerta, una prova del genere, semmai, costituirà soltanto un *quid pluris* non richiesto dalla norma. Altresì, ai fini informativi, la

sez. I, 4 aprile 2008, n. 493, in www.giustizia-amministrativa.it. ; in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724, in *Foro it.*, 2002, III, 290, con nota di CIMINI; in particolare, Tar Campania, Napoli, sez. I, 14 luglio 2006, n. 7506, in *Foro amm. Tar.*, 2006, 7-8, 2583; nello stesso senso, Tar Campania, Napoli, sez. I, 17 novembre 2008, n. 19674, in www.giustamm.it.

¹⁰⁸ Si è osservato come in questi casi la figura del prefetto indagatore venga ad affiancare l'attività di norma riservata all'attività giudiziaria, al fine di rendere il potere centrale (di cui il prefetto è l'espressione) più avvertito; ed, infatti, il prefetto "gode" di specifici poteri di accesso ed acquisizione di dati e documenti ed accertamento di notizie allorché si verificano circostanze particolari, (sottoposizione a procedimento penale per il delitto di associazione mafiosa, ovvero per i delitti di favoreggiamento commessi in relazione ad esso, ovvero l'applicazione, anche con provvedimento non definitivo, di una misura di prevenzione che riguardano pubblici organismi; l'emissione di provvedimenti che comportano la sospensione o la decadenza dei pubblici ufficiali degli enti medesimi; la necessità che non ricorrano pericoli di infiltrazione di tipo mafioso nei servizi degli enti stessi).

¹⁰⁹ Tale carattere giustifica che l'atto immediatamente lesivo – a differenza dell'informativa c.d. atipica – possa essere autonomamente impugnato in sede giurisdizionale, indipendentemente dall'esito della specifica gara in cui tale informativa sia intervenuta, non dovendosi attendere il consequenziale provvedimento sfavorevole adottato dall'amministrazione sulla base dell'informazione (ad esempio, l'esclusione del privato dalla procedura, la negazione della stipulazione del contratto, l'atto di revoca o recesso dal contratto o l'atto con il quale si prevede il recupero delle somme erogate o delle agevolazioni concesse).

valutazione del Prefetto potrebbe fondarsi persino su fatti sufficienti a dare contezza dell'esistenza di elementi dai quali sia deducibile un (mero) tentativo di ingerenza mafiosa¹¹⁰.

Ne deriva, quale logico corollario, che la preminente esigenza di salvaguardare, anche nella fase istruttoria, l'interesse generale all'ordine ed alla sicurezza pubblica, con particolare riguardo al settore dei contratti tra mondo imprenditoriale e Pubblica Amministrazione, pare consentire una sorta di "sacrificio" in termini di legalità, specie per quanto attiene la cd. presunzione di non colpevolezza: infatti, per l'adozione dell'informativa antimafia non occorre né la prova di fatti di reato, né la prova dell'effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa, né la prova di un reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi¹¹¹.

La tematica, inevitabilmente, determina profili di criticità e dubbi in ordine al rispetto dei principi costituzionali di libertà, legalità e certezza del diritto, nonché la preoccupazione che il sistema possa avallare il travalicamento in uno "stato di polizia".

In tal senso, giova subito precisare come non possano reputarsi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, occorrendo l'individuazione di idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente

¹¹⁰ In tal senso, è ritenuto sufficiente pure il mero "tentativo di infiltrazione" avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche qualora il condizionamento non si sia in concreto realizzato. Si osservi, in proposito, Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487, in *Giur. merito*, 2009, 4, 1073; Tar Lazio, Roma, sez. III, 1 luglio 2008, n. 6348, in www.lexitalia.it; Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2007, 1948, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, 1548. In altri termini, l'informativa prefettizia deve dimostrare la sussistenza di elementi dai quali possa dedursi, con ogni logica conseguenza, il tentativo di ingerenza della malavita nell'impresa. Il mancato raggiungimento della prova in sede penale non esclude un quadro indiziario significativo, rimesso al prudente apprezzamento dell'Autorità prefettizia. In tal senso, *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5665, in www.giustamm.it; Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958, in www.lexitalia.it; Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5753, in www.lexitalia.it; Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 21 aprile 2008, n. 3332, in *Urb. e app.*, 2008, 782 ss., secondo cui "I fatti oggetto di un processo penale, anche in caso di proscioglimento, non perdono la loro idoneità a fungere da validi elementi di sostegno per un'informativa antimafia sfavorevole. Infatti, gli elementi che denotano il pericolo di collegamento fra l'impresa e la criminalità organizzata, oggetto dell'informativa antimafia, hanno un mero valore sintomatico ed indiziario, non dovendo necessariamente assurgere a livello di prova, anche indiretta"; in quest'ultimo senso, si veda Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2615, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1110; Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 maggio 2005, n. 6504, in *Foro amm. Tar*, 2005, 5, 1630.

¹¹¹ Vedi, in dottrina, CENTONZE, *op. cit.*, 242; MEZZOTERO, *op. cit.*, 1073: "Sovente, infatti, la sussistenza del tentativo di infiltrazione prescinde dall'accertamento della sua genesi, risolvendosi nel mero riscontro del fatto che l'impresa costituisca comunque uno strumento, anche per interposta persona, di ingerenza da parte di organizzazioni criminali in specifici rapporti con l'Amministrazione Pubblica". La critica risulta pacifica anche in giurisprudenza: si vedano, *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2007, n. 413, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2, 586; Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5753, in www.lexitalia.it; da ultimo, chiaramente: Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958, in www.lexitalia.it; Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2008, n. 2512, in *Foro amm. CdS*, 2008, 5, 1481; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2, 572.

sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con le associazioni mafiose. In buona sostanza, il tentativo di infiltrazione – di per sé, solo sufficiente a giustificare una eventuale misura interdittiva – non può essere desunto dalla sola verifica di attendibilità di un singolo elemento di fatto pervenuto dalle fonti di informazione, ma deve, al contrario, derivare dal quadro complessivo degli elementi segnalati e va valutato in una visione globale ed unitaria nella situazione del caso concreto¹¹².

In questo contesto, l'informazione prefettizia deve fondarsi su di un quadro fattuale che, pur non dovendo assurgere necessariamente a livello di prova (anche indiretta), sia tale da far ritenere ragionevolmente, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'esistenza di elementi (anche non penalmente rilevanti) che sconsigliano l'instaurazione di un rapporto con la Pubblica Amministrazione (ovvero la sua prosecuzione)¹¹³.

Tali considerazioni critiche risultano particolarmente rilevanti in merito alle singole cause di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi; nello specifico, denotano una significativa importanza in relazione alle ipotesi ostative individuate dalla lettera b) dell'articolo 38 del Codice, concernenti la possibile pendenza di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, oggetto di prossima trattazione.

¹¹² Così, Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2008, n. 2512; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2014, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 981 s., con nota di SARTORIO, *Il sindacato del g.a. sulla informativa antimafia atipica nei pubblici appalti*. Nell'ambito di tale sindacato, la verifica in ordine alla logicità e all'esatta percezione dei fatti posti a base della determinazione amministrativa dev'essere, quindi, compiuta in modo complessivo e non frammentario ed atomistico, tantoché la valutazione prefettizia deve apparire come il logico risultato sintetico di un esame globale di tutti gli accertamenti compiuti. Nel senso, invece, di una "parziale apertura possibilista", circa una valutazione dell'Amministrazione distinta da quella del giudice penale, si veda Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4306, in www.lexitalia.it. La decisione incentra la propria tesi circa la possibilità di individuare elementi di sospetto a carico del soggetto (anche ove il giudice penale li abbia esclusi) sulla pretesa e sulla tutela offerta dal "*massimo rigore motivazionale*". Infatti, anche se è vero che "il giudizio penale, anche quando nettamente formulato in senso contrario, non esclude che l'Amministrazione possa individuare elementi di sospetto a carico dell'interessato, l'Amministrazione stessa ha in ogni caso il dovere – essendo il giudice penale signore del fatto – di motivare con il massimo rigore la sua valutazione sul pericolo di condizionamento mafioso". Del resto, la valutazione prefettizia consiste proprio in un giudizio che, prendendo le mosse dalla specificità degli eventi accertati ed evidenziati, pervenga logicamente a dimostrare un nesso tra quei fatti sintomatici e l'esistenza (o anche il mero pericolo) di un condizionamento mafioso.

¹¹³ In argomento, la giurisprudenza ha chiarito che il rapporto di parentela, seppur significativo (come quello tra padre e figlio), non è di per sé solo idoneo a dare conto (automaticamente) di un tentativo di infiltrazione, ma deve essere supportato da ulteriori specifici elementi atti a riscontrare la presunta situazione. In merito alle informative inerenti tentativi di infiltrazione mafiosa desunti dall'elemento parentale, si veda Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5665; Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2007, n. 1916, in www.neldiritto.it; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2007, n. 1056, in www.lexitalia.it.

2. Le singole cause ostative alla procedura di affidamento degli appalti pubblici. Le esclusioni in tema di misure di prevenzione [art. 38, comma 1, lett. b)].

La lettera b) dell'articolo 38 del Codice dei contratti prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possano essere affidatari di subappalti, e non possano stipulare i relativi contratti quei soggetti *“nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575”*¹¹⁴. Tale ipotesi è stata recentemente interessata da un importante intervento legislativo: il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (*“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”*) ha infatti riorganizzato l'intera disciplina delle cd. misure di prevenzione antimafia e abrogato (*rectius*: sostituito) tanto la legge 27 dicembre 1956, n. 1423, quanto la legge 31 maggio 1965, n. 575¹¹⁵. In base a quanto previsto dall'articolo 116, comma 1 e 2, del recente decreto legislativo citato, *“Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni contenute nella legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (...)”* e *“(...) i richiami alle disposizioni contenute nella legge 31 maggio 1965, n. 575, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto”*. Lo “sforzo” del legislatore di riorganizzare l'intera materia delle misure di prevenzione antimafia è condivisibile. Ciononostante, l'intervento normativo citato, tanto in relazione alla disciplina degli

¹¹⁴ La previsione in esame è poi completata, come anticipato, da una serie di specifiche e di delimitazioni concernenti il novero dei soggetti destinatari interessati dalla pendenza dei procedimenti suddetti e, in particolare, si legge che: *“l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”* (lettera modificata dall'articolo 4, comma 2, lettera b), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106).

¹¹⁵ Si veda quanto disposto dall'articolo 120, comma 1, lettere a) e b), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

appalti pubblici in generale, quanto in ordine alle specifiche tematiche che qui si affronteranno, suscita plurime considerazioni critiche non dissimili da quelle che era possibile rilevare prima dell'intervento normativo citato¹¹⁶.

Ebbene, la *ratio* della lettera b) del Codice degli appalti pubblici è quella di individuare dei "parametri" che consentano di escludere dalla partecipazione ad una gara pubblica d'appalto alcuni determinati soggetti ritenuti "non degni" o, peggio, "pericolosi" rispetto all'interesse di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa. Il settore degli appalti pubblici costituisce, infatti, come detto in precedenza, uno dei luoghi "privilegiati", per cogliere quei coefficienti di pericolosità e di capacità infiltrante ed inquinante, propri della criminalità organizzata e delle sue attuali manifestazioni¹¹⁷. In tal senso, la causa di esclusione in esame prevedeva due distinte categorie di ipotesi-parametri accomunate da una matrice di fondo, ovvero dall'intento legislativo di realizzare una sorta di "tutela avanzata" del mercato degli appalti pubblici rispetto ai tentativi di infiltrazione delinquenziale, in generale, e mafiosa, in particolare¹¹⁸.

Per quanto riguardava la prima categoria – ovvero quella concernente l'applicazione, al sussistere di determinati presupposti, di una delle misure di prevenzione previste dall'articolo 3 della legge 1423 del 1953 – questa interessava i soggetti che dovevano

¹¹⁶ In particolare, da una prima analisi della disciplina recentemente introdotta, emerge come il contenuto dell'articolo 10 della legge n. 575 del 31 maggio 1965 sia stato riprodotto, pressoché pedissequamente dagli articoli 67 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

¹¹⁷ Si esprime in questi termini CENTONZE, *op. cit.*, 14 ss. L'Autore pone l'accento sul problema dell'individuazione dei canali privilegiati di investimento del denaro mafioso in materia di appalti pubblici come "necessità di investire in settori economici "puliti" gli introiti sempre crescenti che la consorteria mafiosa ricava". Invero, il crescente interesse verso le risorse finanziarie pubbliche costituisce un irrimediabile pregiudizio del regime della concorrenza; ed, infatti, "questo regime di controllo mafioso degli appalti pubblici produce effetti nefasti per le imprese di piccole e medie dimensioni, che, non disponendo di una forza contrattuale alternativa o spendibile in altri settori dell'economia, finiscono per essere annientate da questo sistema illecito, venendo estromesse dal mercato delle risorse finanziarie pubbliche". L'Autore, efficacemente, parla, dunque, di una "scelta strategica" compiuta dalla criminalità organizzata, scelta che poi è stata resa, progressivamente, "sistematica e pianificata".

¹¹⁸ Sull'argomento, si rinvia, per tutti, a BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero – Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Milano, 1975, 29; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 125; FIANDACA, *La mafia come ordinamento. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro Italiano*, 1995, V, 26; GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1990; GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; MANGIONE, *Politica del diritto e retorica dell'antimafia: riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1186; SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974; TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 363; TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988.

“ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi oppure che per la condotta o il tenore di vita, debbano ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con proventi di attività delittuose ovvero anche a coloro che, per il loro comportamento, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettano in pericolo l'integrità fisica, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica”. La seconda categoria di cause di esclusione attribuiva, invece, rilevanza alle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 575 del 1965, cause che consistono nell'applicazione di una serie di divieti e decadenze, tra le quali risalta, al secondo comma, il divieto di concludere contratti di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la Pubblica Amministrazione ed i relativi subcontratti.

Dal richiamo di suddette norme, tuttavia, emergevano alcune problematiche interpretative di non poco conto; queste vengono qui accennate per poi, nel corso dei successivi paragrafi, essere oggetto di una più esaustiva indagine¹¹⁹.

Anzitutto, il novero dei soggetti destinatari individuati dalla lettera b) dell'articolo 38 del codice degli appalti pubblici e interessati dalla pendenza dei procedimenti suddetti necessita di opportuni chiarimenti, ulteriori rispetto a quelli già espressi in precedenza¹²⁰. Infatti, l'ambito soggettivo di applicazione delle misure di prevenzione, ai sensi del secondo periodo della lettera b) oggetto di analisi, limita l'interesse per l'applicazione delle cause ostative solo ad alcuni soggetti specifici, in possesso di determinate qualifiche formali (quali ad esempio quella dell'imprenditore, del direttore tecnico e degli amministratori dotati di poteri di rappresentanza). In tal senso, fermo restando quanto detto criticamente *supra*, già prima del recente intervento riformatore, pareva registrarsi una palese mancanza di coordinamento tra l'estensione del novero dei soggetti che potevano essere esclusi alla procedura di affidamento dell'appalto in base al testo della lettera b) citata e l'ambito soggettivo (più ampio) di applicazione delle decadenze e dei divieti di concludere contratti di appalto con la Pubblica Amministrazione desumibile dalla disciplina antimafia.

¹¹⁹ Nel corso della trattazione si farà riferimento, per comodità espositiva, non soltanto al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 recentemente introdotto, ma pure alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, e alla legge 31 maggio 1965, n. 575, ora abrogate e sostituite dallo stesso.

¹²⁰ In tal senso, si fa riferimento a quanto già espresso, criticamente, al § 1.1. della sezione II, specie con riguardo alle problematiche sottese all'esclusione dalla gara dei soggetti fisici destinatari della disciplina. Sul punto si è già visto come sia recentemente intervenuto il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

Pur prescindendo dal difetto di coordinamento che interessa il profilo soggettivo, preme evidenziare come la lettera b) dell'articolo 38 in esame, in continuità con l'articolo 52 del precedente del d.P.R. 554 del 1999, attribuisca, rilevanza "escludente", ai fini della gara d'appalto, anche alla mera "pendenza" dei citati procedimenti¹²¹. Sebbene il termine usato fosse corretto rispetto a quanto disposto dalla prima parte dell'articolo 10 (dove si leggeva, per l'appunto, "*procedimento di applicazione di misura di prevenzione*"), non altrettanto si poteva affermare per la seconda parte della norma: difatti, l'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, tranne che per l'ipotesi anzidetta di procedimento di applicazione delle misure di prevenzione in essere e non ancora conclusi, regolava o situazioni già concluse – quali: a) sussistenza di un provvedimento definitivo di applicazione delle misure; b) sentenza definitiva di condanna per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, del codice di procedura penale, ovvero sentenza di primo grado di condanna confermata in appello – o situazioni *in itinere* per le quali necessitava, comunque, un provvedimento giudiziale (ossia quello del Tribunale che, in via provvisoria, disponga la sospensione dell'efficacia dei contratti e subcontratti).

Invero, la scelta del legislatore di utilizzare il termine "pendenza" in riferimento alle cause ostative previste *ex art.* 10 della l. n. 575/1965, pareva porsi in contraddizione proprio rispetto al dettato di tale articolo che già nell'*incipit* della sua dizione (oltre che al secondo comma) ricollegava espressamente l'applicazione dei divieti e delle decadenze alla "definitività" del provvedimento che le dispone¹²². In tal senso, la soluzione del Codice denotava un canone di "tutela anticipata" ancora più marcato per il settore degli appalti pubblici rispetto alla stessa disciplina preventiva regolata dalla l. n. 575/1965.

¹²¹ A riguardo, pare condivisibile quanto stabilito dalla determinazione n. 13 del 2003 dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, secondo cui un "*procedimento è da ritenersi pendente ai sensi dell'art. 34 della legge 19 marzo 1990 ovvero quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri presso le segreterie delle procure della repubblica e presso le cancellerie del tribunale*".

¹²² Si vedano, in tal senso, il primo ed il secondo comma dell'articolo 10 della legge n. 575 del 1965, ove si leggeva che "*I. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione non possono ottenere (...); II. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate a cura degli organi competenti*".

Inoltre, le due discipline registravano un ulteriore difetto di coordinamento allorché lo stesso articolo 10, al comma 5-bis, ultimo periodo, prevedeva, come causa di sospensione dei “*procedimenti amministrativi*”, la pendenza del procedimento di prevenzione. Imperfezioni lessicali a parte, ad una prima lettura del dato normativo, poteva sostenersi che il legislatore avesse inteso annoverare tra le cause di esclusione dalle gare l’ipotesi della pendenza *tout court* del procedimento di prevenzione anche in difetto del provvedimento del Tribunale che ne dispone la sospensione (se non il divieto), previsto dal comma 5-bis dell’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

La previsione della pendenza del procedimento di applicazione delle predette misure, distinta dal riferimento all’articolo 10 induceva a ritenere che, in tal modo, si fosse voluto estendere l’effetto sospensivo al semplice caso in cui il procedimento di applicazione della misura fosse in piedi nelle more dell’intervento del Tribunale. Questa pareva, tuttavia, una lettura azzardata e senz’altro da respingere, in quanto eccessivamente ed ingiustificatamente penalizzante nei confronti di chiunque si trovasse coinvolto in un procedimento del genere, senza che l’organo giudicante fosse intervenuto in alcun modo¹²³.

Infine, un ultimo aspetto degno di nota era pure quello che interessava la possibile rilevanza, ai fini della lettera b) dell’articolo 38 del Codice, di determinati precedenti penali. Il richiamo generico all’articolo 10 della legge n. 575/1965 (e quindi anche al comma 5-ter del medesimo articolo) denotava, infatti, un’ulteriore carenza di coordinamento tra le lettere b) e c) dell’articolo 38¹²⁴. Invero, in base al disposto della lettera b), non è prevista, in capo della stazione appaltante, alcuna forma di apprezzamento nel merito della decisione assunta dal giudice penale. Ciò significa che, contrariamente alla previsione della lettera c) – quando il giudizio interessa la “gravità” dei reati incidenti sulla “moralità professionale” dei concorrenti –, nei casi inerenti l’applicazione di misure di prevenzione, la Pubblica Amministrazione non poteva (né

¹²³ Del resto, la stessa previsione finale del comma 5 bis poneva un esplicito limite “di chiusura” (posto nella locuzione: “*e comunque (...)*”) alla sospensione – per così dire, “cautelare” – del procedimento amministrativo: il termine di venti giorni dalla data di intervenuta comunicazione dell’amministrazione procedente (proprio al fine di evitare che eventuali ritardi da parte del Tribunale emittente possano paralizzare *sine die* la posizione sostanziale e processuale del sottoposto al procedimento).

¹²⁴ Ed, infatti, l’articolo 10 della l. n. 575/1965, al comma 5-ter, estendeva l’applicazione delle decadenze e dei divieti previste dai commi I, II e IV anche ai soggetti “*condannati con sentenza definitiva, o ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti ex art. 51 co. III- bis del c.p.p.*”. Tale previsione mal si conciliava (e quantomeno si sovrapponeva inutilmente) con quella operata alla lettera c), oggetto di successiva analisi.

può ora) operare alcuna valutazione discrezionale; pareva già evidente (sì come lo è adesso) il rischio che si determinassero possibili errori interpretativi ed ipotesi di disuguaglianza e disparità di trattamento per situazioni quantomeno simili, se non, addirittura, coincidenti.

Accennate alcune prime perplessità che la lettura della disposizione in analisi evoca si desidera ora affrontare, più puntualmente, le principali questioni connesse alla “strategia di prevenzione” ed all’evoluzione della disciplina normativa cd. antimafia rispetto al settore degli appalti.

2.1. La “strategia di prevenzione” rispetto al settore degli appalti pubblici. L’evoluzione della disciplina normativa della “prevenzione antimafia”.

L’analisi della legislazione antimafia nel settore degli interventi pubblici economici diviene particolarmente significativa in ordine al presente elaborato, giacché, come visto, il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata registra, proprio nel settore degli appalti, e nelle procedure di affidamento dei contratti, uno dei suoi preminenti interessi¹²⁵. La constatazione di tale interesse ha, dunque, generato una serie d’iniziative normative “di contrasto” ed il logico proliferare di una disciplina normativa (di prevenzione) cui, nel corso degli anni, è conseguito un “mosaico di norme”¹²⁶ e di

¹²⁵ Sembra ampiamente dimostrato che il settore degli appalti pubblici costituisca per gli osservatori uno dei luoghi “privilegiati”, per cogliere quei coefficienti di pericolosità e di capacità infiltrante e inquinante, propri della criminalità organizzata e delle sue attuali manifestazioni. D’altronde, la previsione esplicita della problematica degli appalti, nell’ambito della ricostruzione e definizione dell’associazione mafiosa – in chiave di controllo illecito delle attività economiche e di realizzazione di un vero e proprio assetto di potere economico – sottolinea, ancora una volta, la connessione fra criminalità organizzata e criminalità economica. In argomento, si confrontino le tesi di FLIK, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici: problemi e prospettive dell’intervento penale*; *Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici*, Atti del convegno-seminario, Palermo, 1991, 123; INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993; SPAGNUOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Padova, 199; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995; GUERRIERO, *op. cit.*, 3470; CENTONZE, *op. cit.*, 42 ss. L’Autore, efficacemente, parla di una “scelta strategica” compiuta dalla criminalità organizzata, scelta che poi è divenuta, progressivamente, “sistematica e pianificata”. In particolare, pone l’accento sull’affermazione delle “perverse logiche criminali di *Cosa Nostra* nel settore degli appalti pubblici. Infatti, questo settore è diventato il terreno privilegiato di affermazione degli interessi imprenditoriali dell’organizzazione”.

¹²⁶ Cfr., sull’utilizzo di tale espressione, per una prima ricognizione generale della complessa e stratificata legislazione esistente nel nostro sistema di diritto penale in materia di appalti pubblici PALOMBI, *Appalti, subappalti nella legislazione antimafia*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 191; SANTACROCE, *La legge-*

interventi non sempre organici e coordinati tra di loro e, perciò, assoggettabili ad aspre critiche¹²⁷.

Le ragioni dell'affermazione e dell'evoluzione della disciplina normativa sono da ricercarsi nella necessità di approntare uno stretto raccordo tra le istanze di repressione e di prevenzione, nella convinzione che una risposta "organica" efficace possa derivare solo da una "strategia condivisa"; è noto, infatti, come il "tallone d'Achille" dell'azione di contrasto alla criminalità organizzata sia rappresentato proprio dal ricorso ad una metodologia "riduttiva", articolata attraverso interventi separati fra di loro e calibrata, esclusivamente, su singoli settori di ingerenza. Lo stesso intento legislativo di approntare una "risposta globale di contrasto" al fenomeno mafioso ed una costante interconnessione fra i vari settori del diritto ha, però, verosimilmente, determinato pure

quadro sui lavori pubblici: profili di rilevanza penale, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 131; MARINELLI, *La nuova disciplina degli appalti e dei lavori pubblici*, Napoli, 1994; STECCANELLA-ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Milano, 1995; GUERRIERO, *op. cit.*, 3470. L'autore, a tal proposito, osserva come si tratti di "un vero e proprio mosaico di norme, la cui interpretazione è estremamente complessa, per la tecnica utilizzata dal legislatore (elaborazione di vecchi testi con generici rinvii al corpo di norme amministrative ed a terminologie proprie di questo settore del diritto) e per la presenza di tantissime circolari ministeriali e apporti interpretativi di più organismi (Consiglio di Stato, Avvocatura generale dello Stato, Corte dei conti e così via)". In senso più ampio, analogamente, vedi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 869 ss.; CENTONZE, *op. cit.*, 219: "L'attività di ricostruzione sistematica della materia degli appalti pubblici è piuttosto complicata in conseguenza della presenza di una pluralità di fonti normative che, con il passare degli anni, si sono sovrapposte, dando vita a una stratificazione di non agevole risoluzione. Questa stratificazione inoltre rende poco armonico il sistema delle garanzie amministrative e penali applicabili, stimolando analisi, spesso superficiali della legislazione degli appalti pubblici del nostro Paese".

¹²⁷ Vedi in argomento FLIK, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici: problemi e prospettive dell'intervento penale; Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici*, Atti del convegno-seminario, Palermo, 1991, 117; FERRAJOLI, *I reati in materia di appalti*, Milano, 1994; ALBAMONTE, *Lavori pubblici e legislazione penale*, Milano, 1997, *passim*, cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia generale sull'argomento; CENTONZE, *op. cit.*, 219: "Si consideri, infine, che l'esegesi della legislazione speciale sugli appalti pubblici è ulteriormente complicata dalla presenza nel nostro ordinamento di una pluralità di organi giurisdizionali amministrativi spesso in contrasto tra di loro (...) Da tutto ciò ne discende che la legislazione italiana sugli appalti pubblici finisce con l'essere composita e stratificata, rendendo difficoltosa ogni analisi che punta a ricondurla all'interno di uno spazio applicativo armonico". Altresi, GUERRIERO, *op. cit.*, 3470: "(...) le numerose critiche a questa normativa (per profili d'incostituzionalità, di non sostanziale utilità della normativa antimafia dal momento che non sarebbe comunque riuscita a contrastare efficacemente il fenomeno che s'intendeva combattere, creazione di un «doppio binario», rispetto alla generale legislazione del settore dei lavori pubblici con la conseguenza di creare controlli differenziati a seconda se risulti applicabile o meno la normativa antimafia, infine, per lo scarso coordinamento di quest'ultimo con quella prevista dalle direttive CEE), sono tutti elementi che suggeriscono l'opportunità di una ricognizione - nell'ottica più tipicamente penalistica - della situazione e del quadro attualmente esistente". Il problema della sovrapposizione normativa in materia di appalti pubblici, in tempi non recenti, è stato affrontato da TAR, Abruzzo, Sez. Pescara, 6 luglio 1996, n. 440, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, I, 3303, che in particolare, a proposito della successione di leggi intervenute durante lo svolgimento di una gara di appalto, ha rilevato che in caso di modifiche normative intervenute nel corso dello svolgimento di una procedura, la legittimità dei singoli atti deve essere verificata con specifico riferimento alla disciplina vigente al momento dell'adozione dei vari provvedimenti amministrativi.

il suddetto “congestionamento normativo”¹²⁸. Viepiù, un’attenta analisi del quadro legislativo rivela come la produzione normativa in quest’ambito sia spesso condizionata anche da istanze di esemplarità ed emergenza, connesse a stimoli di ordine emozionale e contingente, che mal si conciliano con l’aspirazione di attivare una risposta davvero unitaria ed efficace.

L’attuale struttura portante della “normativa antimafia” è resa ancor più problematica non solo da questo processo di stratificazione caotica di norme succedutesi nel tempo, ma anche dal fatto che con essa “interagisce” una complessa disciplina (non prettamente penalistica) che, perciò, non deve necessariamente attenersi alle strette esigenze di tassatività e di tipicità previste, anche a livello costituzionale, per il diritto penale¹²⁹. Tali considerazioni, evidentemente, denotano la necessità di operare una riflessione critica, giacché, pure la disciplina penale degli appalti pubblici può essere strettamente condizionata da possibili modifiche normative extrapenali che, evidentemente, non richiedono lo stesso coefficiente di tassatività, necessario per la norma penale¹³⁰. In altri

¹²⁸ L’esigenza di globalità nella risposta di contrasto al fenomeno mafioso costituirebbe, quindi, al tempo stesso, il pregio ed il difetto della strategia di prevenzione intrapresa. L’obiettivo di calibrare una risposta efficace avrebbe, tuttavia, fatto prevalere le istanze rivolte alla realizzazione di una “sinergia” tra i diversi settori di intervento. Si coglie, con evidenza, pertanto, il significato di un necessario raccordo fra la lotta all’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti e la lotta al riciclaggio del c.d. denaro sporco. Sulle ulteriori numerose interconnessioni tra il diritto penale comune ed il c.d. diritto penale speciale è poi solo il caso di richiamare, al riguardo, le fattispecie degli artt. 416- *bis*, 513- *bis*, 353 c.p. (in tema di associazione a delinquere di stampo mafioso; nonché in tema di illecita concorrenza mediante violenza o minaccia e di turbata libertà degli incanti), sì come, in questa sede, può solo accennarsi alle fattispecie dei delitti propri contro la pubblica amministrazione (quali a titolo esemplificativo i delitti di concussione, malversazione a danno dello Stato, corruzione, abuso d’ufficio e rifiuto od omissione di atti d’ufficio). Altresì, palesi sono pure le interconnessioni tra la normativa penale c.d. speciale del settore e quella del diritto penale tributario, del diritto penale societario, ecc. In ordine a suddetti rapporti di interconnessione normativa, si veda per tutti: MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 255; FIANDACA-MUSCO, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Bologna, 1997; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998; CENTONZE, *op. cit.*, 215 ss.

¹²⁹ In tal senso la normativa antimafia poggia anche su una serie di circolari e di pareri del Consiglio di Stato e dell’Avvocatura dello Stato, nonché circolari emanate a livello ministeriale (quelle della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dei lavori pubblici, del Ministero di grazia e giustizia e del Ministero dell’interno), e circolari emesse da altre autorità (come l’Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa) o da organismi di pubblico interesse e associazioni di categoria (come ad esempio le Ferrovie dello Stato, l’A.N.A.S., l’A.N.C.E. e così via). Cfr. GUERRIERO, *op. cit.*, 3470: “La produzione normativa penale nel settore in esame risente della strettissima connessione con la disciplina amministrativa: così da accentuare, ulteriormente, il pericolo, peraltro presente pressoché in tutte le ipotesi di diritto penale speciale, che siano sottovalutate le esigenze di tassatività e precettività della norma penale, a fronte dell’aggancio di essa con la disciplina extrapenalistica e della sua matrice specialistica”.

¹³⁰ Cfr. GUERRIERO, *op. cit.*, 3470: “Così nel settore degli appalti si verifica il rischio che la norma penale sia la risultante di due componenti asimmetriche: quella amministrativistica, a monte, suscettibile di vistose dilatazioni e variazioni in sede interpretativa, correlate all’ampiezza e genericità della sua formulazione; quella penalistica, a valle, caratterizzata invece da un ben più accentuato grado di rigidità,

termini, il sistema penale degli appalti rischia di scontare un inammissibile *deficit* di tassatività e di operare attraverso meccanismi che, per diverse ragioni, non sarebbero sufficientemente “coperti” da quei valori costituzionali essenziali per qualsiasi tipo di repressione penale¹³¹.

Le numerose critiche che si possono muovere nei confronti delle “strategie di intervento repressivo-preventivo” operate dal legislatore anche precedentemente all’emanazione dell’attuale Codice degli appalti, tuttavia, non interessano soltanto evidenti profili di legittimità costituzionale. Le stesse attengono, infatti, ad un duplice profilo: in primo luogo, non pare convincente la scelta di operare controlli differenziati a seconda che risulti applicabile o meno la normativa antimafia; in secondo luogo, le critiche più aspre si attestano intorno ad una presunta “inutilità” della normativa, dal momento che quest’ultima non sarebbe comunque riuscita a contrastare (o a limitare) efficacemente il fenomeno che s’intendeva combattere¹³².

Quanto al primo aspetto citato, non convince la scelta legislativa di prevedere un criterio cd. di “doppio binario” che stabilisca una serie di controlli piuttosto cospicui e penetranti solo per le situazioni in cui sia applicabile la normativa antimafia. Questa considerazione presuppone, all’origine, la necessità di creare autonomi, efficaci e penetranti organismi amministrativi capaci di individuare le più vistose anomalie nelle

correlato al rispetto delle fondamentali istanze di tassatività e di riserva di legge. (...) Non esiste soltanto il rischio (di carattere generale) che siano compromessi valori costituzionali fondamentali, ed essenziali per qualsiasi tipo di repressione penale. V’è anche il pericolo, ulteriore, di aprire una frattura insanabile e di contrapporre fra loro delle esigenze altrettanto importanti: da un lato, quelle notorie di celerità ed efficienza dell’azione amministrativa nel campo degli interventi economici; dall’altro, quella di evitare rischi penali di percorso - i confini dei quali sono ambigui ed evanescenti - in un *iter* burocratico non sufficientemente chiaro”.

¹³¹ Tale aspetto, pur costituendo, di per sé, un problema basilare per qualsiasi norma penale, diventerebbe, se possibile, ancora maggiore in un settore di rilevante interesse economico, come quello cui si riferiscono le norme penali in esame. A tale rischio si sommerebbe, poi, il pericolo di frustrare le ovvie esigenze di celerità ed efficienza dell’azione amministrativa nel campo degli interventi economici, nonché, più in generale, lo stesso buon andamento della Pubblica Amministrazione.

¹³² In tal senso, le anomalie riscontrate nelle procedure degli appalti pubblici e, più in generale, nei lavori pubblici risulterebbero di tale entità che, in dottrina, alcuni autori si sono interrogati sulla reale utilità della normativa antimafia richiesta dal legislatore, dal momento che la stessa, piuttosto che verificare l’idoneità tecnica e morale dell’imprenditore, talvolta, finisce per costituire un “formale paravento”. Gli esempi più significativi di tali distorsioni sono rappresentati dal massiccio ricorso all’istituto della concessione nelle sue varie tipologie (concessione di costruzione gestione, concessione di sola costruzione, concessione di committenza) e dalla sistematica rinuncia da parte dell’amministrazione committente alla sua prerogativa fondamentale di svolgere un’attività di progettazione: ciò ha consentito la presentazione di offerte non correlate a costi effettivi di esecuzione dei contratti e il ricorso, quasi obbligato, a meccanismi della revisione dei prezzi e variazioni in corso d’opera. Cfr., PALOMBI, *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 19; SANTACROCE, *La legge-quadro sui lavori pubblici: profili di rilevanza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 131.

procedure delle pubbliche gare e la necessità di perseguire una logica di rinnovata “trasparenza” nell'attività della Pubblica Amministrazione¹³³. L'attuale disciplina degli appalti, evidentemente, muove verso l'utilizzo di strumenti appropriati, da parte di autorità “terze”, in funzione preventiva, quale valida alternativa alla repressione delle patologie concorrenziali¹³⁴, ma, come detto, il sistema di controlli predisposto pare ancora insufficiente e non perfettamente calibrato rispetto all'obiettivo finale di una risposta globale. In tal senso, proprio l'analisi della disciplina delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento alle gare, rivela, ancora una volta, come la risposta offerta dal legislatore sia stata non (del tutto) soddisfacente.

Quanto poi al secondo profilo citato, la normativa di prevenzione antimafia sembra rappresentare un mero palliativo rispetto ai reali problemi che si riscontrano in materia di appalti pubblici. L'intento di approntare una risposta efficace in materia di appalti avrebbe, pertanto, dovuto concentrare la propria attenzione non soltanto sulle istanze che hanno animato e animano tutt'ora la cd. disciplina antimafia, ma pure sulle ulteriori problematiche insite nella disciplina di settore. Un intervento strategico davvero efficace, perciò, avrebbe dovuto prevedere, accanto alla normativa antimafia, la creazione immediata da parte del legislatore di un nuovo sistema di controlli che sostituisse i vecchi meccanismi basati, principalmente, su controlli formali di tipo documentale. L'esperienza ha, infatti, dimostrato come un controllo esclusivamente formale-documentale (generalizzato) circa l'affidabilità dei soggetti concorrenti si sia rivelato del tutto inidoneo rispetto al fine prefissato e dovesse essere piuttosto sostituito con penetranti controlli individualizzati affidati ad organi professionalmente qualificati e dotati di notevoli poteri investigativi. Infatti, soltanto attraverso la creazione di meccanismi che consentano non solo un controllo formale della documentazione esibita, ma che siano pure in grado di esaminare, singolarmente, le varie situazioni e di effettuare un intelligente monitoraggio di tutti i dati acquisiti, è possibile individuare eventuali anomalie nelle procedure. In altre parole, quantomeno inizialmente, alla Pubblica Amministrazione non è stata data davvero la possibilità di poter effettuare un valido filtro capace di eliminare *ab origine*, attraverso meccanismi di autotutela di tipo amministrativo, situazioni di illegalità che determinano danni gravissimi per le risorse

¹³³ Invero, i principi di “sussidiarietà” e di “frammentarietà” vigenti nel settore penale esigono un ruolo residuale ed eccezionale dell'intervento penale sull'attività amministrativa.

¹³⁴ Cfr. in argomento, GIAMPAOLINO, *op. cit.*, 739.

della collettività¹³⁵. Per quanto concerne questi aspetti, dunque, il legislatore pare essersi mosso con un grave ritardo e, certamente, senza una “mirata strategia globale” di intervento.

Come sopra detto, recentemente, si assiste ad un fenomeno di progressivo potenziamento del ruolo delle Autorità per la vigilanza e, più in generale, dei sistemi di controllo “alternativi e integrativi” rispetto alle forme di intervento penale: il legislatore pare quindi aver imboccato una direzione auspicabile, ma tale fenomeno rappresenta solo un “primo passo” verso una strada ancora lunga. Esso deve considerarsi come un’ulteriore *chance* necessaria nel complesso degli interventi richiesti dalla disciplina penale degli appalti pubblici e che, anzi, deve coadiuvare la stessa risposta penale per approntare uno stretto raccordo tra istanze di repressione e prevenzione, nella convinzione che una soluzione efficace possa derivare solo da una strategia organica e polivalente di contrasto. L’intento di tale strategia dovrebbe, infatti, essere proprio quello di superare i limiti insiti nei precedenti interventi settoriali, ovvero di sottrarsi ad una metodologia “riduttiva”, articolata attraverso provvedimenti separati fra di loro e calibrati, esclusivamente, su singoli settori di ingerenza.

Affinché la stessa disciplina antimafia possa dirsi davvero efficace, risulta, perciò, opportuno ampliare e migliorare la via, scelta dal legislatore negli ultimi anni, di affidare ai prefetti o ad altre «Authority», una serie di indagini suppletive, in grado di effettuare un accertamento rigoroso dei requisiti di affidabilità tecnica, economica e morale di tutti i soggetti interessati alla realizzazione delle opere o dei servizi e di seguire tutte le varie fasi successive, sino alla loro completa esecuzione ed utilizzazione. Solo attraverso tale “cammino”, infatti, sarà possibile conferire il giusto spazio e valore alle misure di prevenzione e far sì che queste diventino nella logica della disciplina antimafia connessa al settore degli appalti una delle possibili “soluzioni” e non soltanto uno dei molteplici problemi.

¹³⁵ Cfr. PALOMBI, *op. cit.*, 191. L’Autore si dichiara scettico sull’effettiva utilità dei meri controlli formali nel costituire un valido argine alle infiltrazioni della criminalità organizzata nei pubblici appalti .

2.2. *Il problema delle misure di prevenzione e del loro fondamento costituzionale. Il fine giustifica i mezzi?*

La denominazione “misure di prevenzione” individua un insieme di provvedimenti special-preventivi, considerati tradizionalmente di natura formalmente amministrativa, applicabili ad una cerchia ristretta di soggetti socialmente pericolosi e finalizzati a controllarne la pericolosità in modo da prevenire la commissione di futuri reati. Dette misure si differenziano rispetto alle sanzioni criminali, strettamente intese, sì come dalle misure di sicurezza, giacché presentano la caratteristica di venire applicate indipendentemente dalla commissione di un precedente reato¹³⁶; nonostante la loro denominazione formale, è però pressoché unanime in dottrina l’opinione che le stesse siano, per un “vizio di origine” che attiene alla loro struttura, non di rado, utilizzate come strumento di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo¹³⁷.

Il sistema di misure di prevenzione, basate su “sospetti” o “indizi” di pericolosità, ha, pertanto, sollecitato numerose critiche in termini di legittimità costituzionale, poiché tale categoria di misure prescinde dall’accertamento di una previa commissione da parte del soggetto di un fatto di reato; in tal senso, le critiche sono volte, appunto, ad

¹³⁶ Cfr. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero – Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Milano, 1975, 29; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 125; FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109: “Alla stregua della disciplina normativa a tutt’oggi vigente dette misure presentano cioè la caratteristica di venire applicate indipendentemente dalla commissione di un precedente reato, onde la denominazione di misure *ante o praeter delictum*: è questa caratteristica che le distingue dalle sanzioni criminali, e cioè sia dalle pene, sia dalle più affini misure di sicurezza (...) Schematizzando si può dire che pur essendo per sua natura sempre rivolta al futuro (e perciò sempre *ex ante*) la repressione-prevenzione penale opera *post delictum*, nel senso specifico che non scatta prima che un singolo fatto di reato sia stato commesso; mentre le misure preventive strettamente intese si iscrivono in una prevenzione tutta *ante delictum*, nel senso che sono applicabili a prescindere – appunto – dalla previa realizzazione di un fatto criminoso”; ID, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II, 364; ID, *Prime ipotesi applicative della confisca dei patrimoni mafiosi*, in *Foro it.*, 1983, II, 529; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 839; GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1; TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988.

¹³⁷ Vedi FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 110: “Ma in questo modo venivano poste le premesse che avrebbero in seguito giustificato la obiezione ricorrente di truffa delle etichette: a dispetto della qualificazione giuridico-formale loro impressa, le misure di prevenzione hanno di fatto presentato un carattere sostanzialmente affittivo-punitivo e si sono prestate a fungere da pene del sospetto (vale a dire da equivalenti funzionali delle pene) cui ricorrere in assenza di sufficienti prove di reità. In altre parole: il sistema di prevenzione ha funzionato o, meglio, ha tentato di funzionare come una sorta di stampella di una giustizia penale inefficace o, comunque, strutturalmente inadatta a combattere determinate forme di devianza che affondano le radici in condizioni di profondo disagio individuale e/o sociale”.

individuare nelle misure preventive delle “*pene indiziarie del sospetto*”, ovvero “*stampelle di un apparato di repressione che non riesce a percorrere la via maestra del giudizio per l'accertamento del reato*”¹³⁸ e, quindi, fattispecie aventi una funzione di surrogato rispetto a una repressione penale inattivabile per mancanza di riscontri probatori. In altre parole, nei confronti di dette misure sono stati (pro)posti plurimi giudizi negativi caratterizzati da un “*forte sospetto e da un atteggiamento di diffidenza da parte della stragrande maggioranza della dottrina*”¹³⁹.

Tali giudizi sollevano quella che è, evidentemente, la questione più delicata, ovvero quella tesa a verificare se, e fino a che punto, nel nostro ordinamento sia costituzionalmente ammissibile un'attività di prevenzione (*ante delictum*) che, sebbene sbocchi nell'applicazione di misure comunque restrittive della libertà personale, prescinda del tutto da una precedente commissione di un illecito penale.

Nonostante le suddette critiche di (il)legittimità costituzionali, tuttavia, nel corso degli ultimi anni, il complesso sistema delle misure di prevenzione è stato oggetto di plurimi interventi di carattere legislativo che hanno, via via, non solo ampliato l'ambito di applicazione delle misure stesse ma, pure, meglio ridefinito il significato di queste all'interno del panorama penalistico¹⁴⁰. Il pensiero penalistico e la prassi legislativa prevalenti, risultano, oggi, ampiamente inclini a soppiantare la teoria retribuzionistica mediante il ricorso al “paradigma preventivo”, nella doppia accezione di prevenzione

¹³⁸ CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 137; FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 840; GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1; PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, *passim*; TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988, *passim*.

¹³⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 871.

¹⁴⁰ Vedi, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 841: “Nonostante di dubbia legittimità, specie a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il sistema della prevenzione è andato progressivamente espandendosi nel nostro ordinamento, nella convinzione (per non pochi versi illusoria) che un suo più ampio utilizzo potesse risultare utile per fronteggiare anche nuove forme di criminalità collettiva. In atto, la disciplina delle misure di prevenzione è ricavabile da una serie di stratificazioni legislative dovute – a loro volta – ad una pluridecennale e non di rado affrettata tecnica novellistica”; FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 110: “(...) in Italia il (sotto)-sistema delle misure di prevenzione ha tradizionalmente occupato uno spazio tutt'altro che secondario: anzi, si può dire che dall'Ottocento ad oggi il sistema predetto è andato rigogliosamente espandendosi, sotto la spinta di ricorrenti emergenze criminali produttive di diffuso allarme sociale. Di fronte a questo dato di realtà, la stessa dottrina più critica ha finito con lo smorzare i toni polemici: come se l'insistere nel denunciare l'illegittimità della prevenzione *ante delictum* tradisse un atteggiamento idealistico, ignaro dell'esigenza impellente di fronteggiare forme vecchie o nuove di pericolosissima criminalità (mafia, camorra, terrorismo politico, ecc.)”.

generale e prevenzione speciale, o, quantomeno, propensi ad “intrecciare” la funzione preventiva con la repressione penale¹⁴¹. Sulla scia del crescente allarme sociale e del dilagare di fenomeni di criminalità organizzata di stampo mafioso la normativa prevenzionistica ha, così, introdotto anche alcune misure di carattere patrimoniale; quest’ultime, in linea di principio, troverebbero ampia copertura costituzionale, sia con riferimento all’articolo 41 Cost. che vieta all’iniziativa economica privata di svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana e ne consente l’assoggettamento ai controlli legislativi in funzione di indirizzo e coordinamento agli scopi sociali, sia riguardo all’articolo 42 Cost. che tutela la proprietà privata ma nei limiti della sua funzione sociale¹⁴².

Le critiche suddette hanno, quindi, finito per appuntarsi soprattutto sulle misure di prevenzione personali, mentre le più recenti misure di natura patrimoniale risulterebbero caratterizzate da un sostanziale favore, dal momento che incidono su di un bene (il patrimonio) assistito da minori garanzie rispetto al bene fondamentale della libertà personale. Allo stesso tempo, in dottrina, pare unanimemente condivisa l’opinione che tali misure (patrimoniali) si prospettino potenzialmente più idonee a combattere la criminalità di stampo economico e, più in particolare, i fenomeni di criminalità mafiosa; in altri termini, i dubbi di legittimità costituzionale e le perplessità relative alla concreta efficacia delle misure di prevenzione, così come disciplinate dal sistema vigente,

¹⁴¹ Vedi, ampiamente, in argomento, CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 137; FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109; GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1; GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; MANGIONE, *Politica del diritto e retorica dell’antimafia: riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1186; PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, *passim*; TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988, *passim*.

¹⁴² Cfr. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 141; FIANDACA, (voce) *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 114: “In questa prospettiva di maggiore compatibilità costituzionale, se dubbi di legittimità continuano a sussistere questi riguardano, non già la previsione in sé di misure patrimoniali, bensì il vincolo di stretta dipendenza che nella disciplina attuale continua a esistere tra la rispettiva applicabilità della misura patrimoniale e quella di carattere personale: per cui le obiezioni di legittimità, che tradizionalmente investono i presupposti di quest’ultima, finiscono col proiettarsi anche sul procedimento necessario per applicare la prima”; GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 15. Si ritiene di dover precisare come la Corte costituzionale, con ordinanza n. 721 del 1988, abbia ritenuto inammissibile, stante la preclusione di un intervento additivo in materia sanzionatoria, la questione di legittimità costituzionale sollevata in rapporto proprio agli articoli 41 e 42 Cost., relativa alla impossibilità di applicare la confisca antimafia nell’ipotesi di non applicazione della misura di prevenzione personale o di cessazione della stessa per morte del soggetto proposto.

sarebbero stati risolti sulla base dell'assioma machiavellico per cui "il fine giustifica i mezzi".

Ebbene, le considerazioni generali svolte in tema di misure di prevenzione, evidentemente, interessano le cause di esclusione di cui alla lettera b) del Codice, sì come, in senso più ampio, gli obiettivi stessi dell'intervento penale in tema di pubblici appalti.

Esaminando, infatti, la *ratio* e gli obiettivi dell'intervento di diritto penale, in materia di appalti, si può, anzitutto, evidenziare l'intento di contrastare gli inquinamenti e le collusioni della Pubblica Amministrazione con esponenti diretti o mediati delle diverse associazioni mafiose. Il "fine", dunque, è quello di evitare che risorse economiche, *lato sensu*, pubbliche accrescano il potenziale economico della c.d. dimensione imprenditoriale della mafia, che rappresenta un momento essenziale per il riciclaggio ed il reinvestimento dei profitti illeciti, nonché, per il consolidamento della sua influenza¹⁴³.

Il "mezzo", attraverso cui ottenere suddetto fine, sarebbe quello, invece, di prevedere un sistema di prevenzione che si articoli sul divieto di partecipazione, per i soggetti c.d. "a rischio", a gare di appalto, sia direttamente che attraverso "schermi ed interposizioni".

Come accennato in termini generali, anche in materia di appalti, possono riproporsi le dispute sulla conformità o meno della normativa prevenzionistica ai principi costituzionali. La valutazione complessiva di un tale sistema preventivo – che tende sempre più a colpire il "cuore" delle attività criminali di tipo economico, costituito dal reimpiego del "denaro sporco", che a sua volta rigenera denaro accrescendo il potere economico d'impresa – rispetto ai valori costituzionali, non pare però contestabile, soprattutto, ove sia posta in correlazione con gli strumenti di verifica della legalità dell'azione amministrativa.

¹⁴³ Cfr. GUERRIERO, *Profili penalistici e strumenti di intervento in tema di abusi nelle procedure degli appalti pubblici*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3444: "(...) con la normativa in esame si tende ad evitare che la presenza mafiosa nella attività di impresa (e segnatamente in quella che si svolge attraverso rapporti con la pubblica amministrazione), si risolva nei comportamenti di intimidazione e di assoggettamento, che sono tipici del *modus operandi* dell'associazione mafiosa, secondo la definizione proposta per essa dall'art. 416- *bis* c.p. (...) È stato sottolineato, al riguardo, che l'estrema variabilità dei fenomeni mafiosi, il loro adattamento alle più diverse contingenze, la tipica segretezza dell'organizzazione escludono ogni possibilità di definizione (così, ad esempio, Cass., 16 dicembre 1985, Spatola; Cass., 1° aprile 1992, Bruno ed altri) se non quella teleologica insita nell'art. 416- *bis* c.p., la quale, d'altra parte, soprattutto con riferimento alle attività economiche, copre un'area pressoché indefinita di possibili tipologie criminose e possono avere per oggetto anche attività formalmente lecite".

I dubbi sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione non devono far ritenere che la funzione preventiva sia “un corpo estraneo” che non trova fondamento e giustificazione in una società ispirata ai principi dello Stato di diritto; ciò non solo perché impedire la commissione dei reati dovrebbe costituire la stessa essenza logica di uno Stato, ma pure perché la prevenzione deve essere intesa nella sua funzione programmatica di impegno solidaristico, quale strumento di uno Stato impegnato a rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà dei soggetti, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti all’organizzazione politica, sociale ed economica del Paese¹⁴⁴.

Invero, pure la Corte costituzionale ha ripetuto che la legislazione preventiva tutela, nel suo complesso, beni di primaria importanza, minacciati dall’infiltrazione della criminalità negli apparati pubblici; in quest’ottica, perciò, la stessa adozione di *misure eccezionali* dovrebbe intendersi come un “rimedio estremo” teso a salvaguardare il buon andamento, la trasparenza e l’efficienza delle pubbliche amministrazioni¹⁴⁵.

Tracciate queste sommarie considerazioni in materia di legislazione italiana antimafia e di misure di prevenzione, in generale, si ritiene opportuno soffermarsi, ora, più specificamente, su alcune specifiche fattispecie che interessavano, e interessano tutt’ora, le gare d’appalto¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Rimanendo all’interno della metafora machiavellica potrebbe dirsi che, in questo caso, il fine e il mezzo vengono a coincidere in un *unicum* e che in tal modo, la prevenzione cesserebbe di essere, come è attualmente, un comodo alibi attraverso il quale “lo Stato si sottrae ai suoi compiti sociali e di riforma” e diventerebbe un obiettivo che la società deve perseguire mediante meccanismi di integrazione e di recupero. Si confronti, in tema, BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero – Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Milano, 1975, 74; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 853.

¹⁴⁵ Invero, nei casi in cui la Corte ha colpito singole disposizioni della normativa, lo ha fatto nella comparazione con valori e diritti primari ed inviolabili (come quello di elettorato), quale non è l’iniziativa economica privata che, come noto, non può svolgersi in modo contrario alla sicurezza, libertà e dignità umana (articolo 41, comma 2, Cost.). Così vedi Sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1996, con cui si dichiara la parziale incostituzionalità dell’articolo 15, comma 1, legge n. 55 del 1990. Sul punto, vedi, diffusamente, ALBAMONTE, *op. cit.*, 153; AMATO, *Il Governo dell’economia: il modello politico*, in *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia. La costituzione economica*, Padova, 1975, 22; GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Introduzione al trattato del diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia. La costituzione economica*, Padova, 1975, 121; GUERRIERO, *Profili penalistici e strumenti di intervento in tema di abusi nelle procedure degli appalti pubblici*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3444.

¹⁴⁶ Le fattispecie che si analizzeranno di seguito erano originariamente previste dagli articoli 10-bis e 10-quinquies della legge n. 575/1965. Attualmente, a seguito dell’introduzione del d.lgs. n. 159/2011, le medesime fattispecie sono ora previste, disciplinate e punite, in termini pressoché analoghi, dall’articolo 74 del decreto legislativo citato.

2.3. *La mancata esecuzione dolosa o colposa di provvedimenti che applicano misure di prevenzione.*

Nell'ambito della disciplina antimafia che si sta analizzando, uno degli strumenti repressivi di maggiore impatto e allo stesso tempo più problematici è quello che sanziona le condotte attraverso le quali si concretizza una mancata esecuzione dolosa o colposa di un provvedimento giurisdizionale che applica una misura di prevenzione¹⁴⁷. La fattispecie criminosa, in origine prevista dall'articolo 10-*bis* della legge 575 del 1965, è ora disciplinata dal comma 1 dell'articolo 74 del d.lgs. n. 159/2011, ove si prevede che *“Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente che, intervenuta la decadenza o la sospensione di cui all'articolo 67, non dispone, entro trenta giorni dalla comunicazione, il ritiro delle licenze, autorizzazioni, abilitazioni o la cessazione delle erogazioni o concessioni ovvero la cancellazione dagli elenchi, è punito con la reclusione da due a quattro anni”*.

Essa si rivela assai problematica, anzitutto, in relazione al novero dei potenziali destinatari della disciplina dettata. Infatti, per quanto concerne il profilo relativo all'individuazione dei soggetti attivi della fattispecie, giova precisare come si tratti di un reato proprio¹⁴⁸ e, dunque, come solo i soggetti preposti alla tenuta degli albi o, comunque, competenti per la funzione amministrativa loro attribuita possano assumere la veste di soggetti attivi del reato¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Cfr. in argomento CENTONZE, *Il sistema di condizionamento mafioso degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 255.

¹⁴⁸ Cfr. CENTONZE, *op. cit.*, 260, che in relazione all'articolo 10-*bis* della legge 575/1965 argomentava come: *“Sotto il profilo della struttura oggettiva del reato, infine, deve osservarsi che le ipotesi delittuose previste dall'art. 10-*bis* l. 575/1965 configurano un reato proprio; soltanto i soggetti indicati nel comma 7 – che risultano funzionalmente competenti per la loro posizione amministrativa qualificata – possono assumere la veste di soggetti attivi delle fattispecie disciplinate da tale norma”*. In argomento si veda pure FERRI, *op. cit.*, 6 che, a proposito dei soggetti attivi del reato, ritiene che la scelta compiuta dal legislatore sia stata quella di estendere il novero dei possibili autori della fattispecie anche ai dipendenti pubblici che non sono personalmente incaricati della gestione e della tenuta degli albi. In tal senso, l'ampiezza della formulazione utilizzata è espressione dell'obiettivo di non restringere la portata applicativa della fattispecie ai soli casi inerenti la posizione soggettiva del *“pubblico ufficiale”*.

¹⁴⁹ In particolare, i soggetti attivi di questo reato sono da individuarsi nel pubblico amministratore, nel funzionario e nel dipendente inseriti nell'organizzazione di quegli enti o amministrazioni legittimati, in via esclusiva, a disporre le iscrizioni, le concessioni e le autorizzazioni. Vedi sul punto CENTONZE, *op. cit.*, 260: *“Di conseguenza, i soggetti attivi di queste ipotesi delittuose devono essere individuati nelle sole figure del pubblico amministratore, del funzionario e del dipendente, alle quali si riferisce espressamente l'art. 10-*bis*, comma 7, l. 575/1965”*; FERRI, *op. cit.*, 6.

A tal proposito, l'individuazione operata dal legislatore risultava (e risulta tutt'ora) piuttosto generica e denotava evidenti limiti in termini tassatività del precetto penale. La dottrina pareva concorde nel ritenere che la scelta normativa fosse stata frutto dell'intenzione del legislatore di non gravare ulteriormente il (già) complesso sistema di trasmissione delle notizie e di organizzazione delle amministrazioni e degli enti ai quali esse devono giungere¹⁵⁰. Per tale motivo, pur scontando evidenti critiche in termini di determinatezza interpretativa, l'intenzione legislativa di allargare l'operatività della norma aveva suggerito la soluzione di non utilizzare, semplicemente, la qualifica di "pubblico ufficiale", ma di estendere il novero dei soggetti attivi anche a quelli che non posseggano tutti i requisiti previsti dall'articolo 357 c.p.¹⁵¹.

Tale ampiezza della cerchia dei potenziali destinatari dell'articolo 10-*bis* richiedeva, tuttavia, un attento esame delle posizioni di coloro i quali possono partecipare alla concessione dell'appalto pubblico ed una delimitazione del limite massimo e minimo di rilevanza penale. Infatti, da un lato, l'ampiezza della sfera soggettiva dell'articolo in esame non poteva spingersi fino a consentire l'ammissibilità di una responsabilità di mera posizione del dirigente dell'ente o dell'ufficio pubblico al quale, di volta in volta, si faceva riferimento; dall'altro, invece, tale ampiezza non consentiva di escludere la responsabilità concorsuale di coloro che, pur non essendo in possesso delle qualità soggettive richieste, partecipavano con il soggetto qualificato alla realizzazione dell'ipotesi delittuosa¹⁵². Tracciati i suddetti limiti minimi e massimi di operatività della

¹⁵⁰ Cfr., per tutti, GUERRIERO, *op. cit.*, 3444.

¹⁵¹ Cfr. in argomento ZGAGLIARDICH-MENGOTTI, *La nuova certificazione antimafia*, Milano, 1998, 137: "La genericità della previsione agisce quindi come salvaguardia della integrale efficienza della norma incriminatrice, non volendosi limitare l'operatività della stessa a coloro che detengono il potere dispositivo che deve essere esercitato. Sostanzialmente, il legislatore ha voluto ricomprendere qualsiasi soggetto rivesta, a qualsiasi titolo, un ruolo nell'ambito della pubblica amministrazione, dall'amministratore che pervenga alla carica in virtù di elezione fino al soggetto che abbia mere mansioni esecutive". Più espressamente sulla tematica concernente la scelta legislativa di non ridurre la connotazione al possesso della qualifica di pubblico ufficiale si osservi quanto riportato da CENTONZE, *op. cit.*, 258: "Per altro verso, in questa sede, non si può fare a meno di osservare che nell'inquadramento degli elementi soggettivi di questa ipotesi delittuosa, il legislatore ha tenuto conto del sistema di trasmissione delle notizie e dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche ai quali resta questi elementi informativi devono pervenire. Per questa ragione, il legislatore ha voluto estendere l'applicazione della fattispecie in esame anche a coloro i quali, abusando dei poteri deliberativi o dispositivi loro attribuiti, impediscono il pervenire di informazioni ai soggetti preposti alla vigilanza su licenze, autorizzazioni, concessioni ed erogazioni. Tutto questo spiega i motivi che hanno indotto il legislatore a non utilizzare la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, preferendo allargare la sfera di applicazione delle ipotesi previste dall'art. 10-*bis* l. 575/1965 anche a soggetti attivi che non possiedono i requisiti soggettivi previsti dall'art. 357 c.p."

¹⁵² Si vedano, in tal senso, le osservazioni di DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone nel reato ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it.*

fattispecie, si evince, dunque, come la soluzione voleva essere quella di rendere applicabile la norma penale anche nei confronti di coloro che, abusando dei poteri decisionali deliberativi o dispositivi loro attribuiti, avrebbero potuto impedire, in qualsiasi momento, il pervenire delle informazioni al soggetto preposto alla tenuta degli albi o alla concessione dei vari provvedimenti¹⁵³. Invero, una rivisitazione davvero efficace della disciplina in esame avrebbe dovuto tenere conto di tali considerazioni critiche; tuttavia, così non è avvenuto, dacché l'articolo 74 del d.lgs. n. 159/2011 non registra alcun significativo mutamento sul punto

Altresì, le perplessità che interessano suddetta fattispecie ed, in particolare, la cerchia dei soggetti destinatari della disciplina riguardano pure ulteriori aspetti.

Infatti, limitatamente alle violazioni concernenti la tenuta degli albi, la fattispecie oggetto di analisi effettuava un chiaro riferimento al sistema di controllo degli appalti pubblici fondato sull'Albo nazionale dei costruttori, Albo che ormai non è più in vigore. Tale aspetto determinava, pertanto, un'evidente difficile compatibilità con il sistema normativo vigente in tema di partecipazione alle gare di appalto e con i sistemi di controllo affidati all'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, nonché rilevanti problematiche dal punto di vista penale¹⁵⁴. Invero, il potere di vigilanza è ora affidato al nuovo sistema di controllo alle Autorità, sistema che, contrariamente a quanto era previsto per gli organi preposti alla tenuta dell'Albo nazionale dei costruttori, non è

dir. proc. pen., 1994, 1303. L'Autore si sofferma sulle ipotesi di concorso dell'estraneo nei reati propri. Nello specifico, affronta la tematica in merito ai reati contro la Pubblica Amministrazione dove l'estraneità può addirittura comportare che la responsabilità penale per una tale condotta coinvolga un soggetto che non appartiene funzionalmente ad una pubblica amministrazione o che abbia un rapporto occasionale con la stessa.

¹⁵³ Invero la riforma del sistema di qualificazione delle imprese attuata dalla legge n. 109 del 1994 avrebbe reso opportuna una rivisitazione dell'articolo 10-*bis* poiché la fattispecie prevista dal comma 9 di tale norma sanziona anche la condotta del pubblico amministratore che, in violazione dei divieti normativi imposti, provveda all'iscrizione negli albi ovvero non provveda alla cancellazione dagli stessi. In argomento si confronti quanto sostenuto da ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 191: "Si è precisato che l'individuazione di tali soggetti attivi esige il possesso di determinate qualità che sono indicate in maniera alquanto inusuale per la descrizione di una fattispecie contro la pubblica amministrazione: nella massima parte dei casi si tratterà di pubbliche funzioni ma la formulazione mira a ricomprendere anche attività non suscettibili di quella qualificazione".

¹⁵⁴ La funzione degli albi ai quali faceva riferimento la norma oggetto di analisi era quella di rendere pubblici i dati relativi alle imprese nei cui confronti era stata disposta la cancellazione dall'albo nazionale dei costruttori, allo scopo di assicurare un'adeguata pubblicità ai provvedimenti amministrativi più importanti. I provvedimenti relativi l'Albo nazionale dei costruttori incidono sulla qualificazione giuridica delle imprese e della loro legittimazione a partecipare alle gare d'appalto, rappresentando l'espressione dei poteri di vigilanza istituzionale sulla materia dei lavori pubblici. In questi casi, nell'ottica del legislatore, i provvedimenti miravano a reagire a situazioni di illegittimità amministrativa, sanzionando le condotte dell'imprenditore che veniva colpito nella sua legittimazione a svolgere attività imprenditoriale nel settore degli appalti pubblici.

assistito da sanzioni penali che incidano sulla legittimazione delle imprese a partecipare alle gare di appalto¹⁵⁵. Tali sistemi di controllo risultano ora ulteriormente rafforzati dalla previsione di specifiche banche dati espressamente previste dal recente Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Tuttavia, non sono mancati autori che già sotto il vigore della precedente disciplina avevano sostenuto, criticamente, come un'estensione dell'operatività della fattispecie di reato anche ai soggetti attestatori avrebbe determinato il rischio di un'applicazione analogica *in malam partem* della disposizione¹⁵⁶. Le critiche culminavano nell'auspicio di una riformulazione dell'articolo 10-bis in maniera tale che fossero previsti dei requisiti strutturali che tenessero conto dell'assetto del nuovo sistema di controlli degli appalti pubblici¹⁵⁷. Anche tale aspetto è stato, tuttavia, disatteso dal recente intervento normativo citato. La fattispecie qui oggetto di analisi, infatti, risulta tutt'ora formulata attraverso la combinazione di una componente amministrativa suscettibile di legittime dilatazioni interpretative e di una componente penale necessariamente caratterizzata da una maggiore rigidità correlata al rispetto del principio di riserva di legge. Ne consegue che la formulazione attuale, giacché non coordinata rispetto alle innovazioni che hanno interessato la normativa degli appalti, risulta poco funzionale in ordine all'affermazione del nuovo sistema di controlli predisposto e rende assai difficoltoso l'adattamento delle

¹⁵⁵ Cfr. CENTONZE, *op. cit.*, 257: “La nuova disciplina normativa prefigurata con la legge 415/1998, come si è detto, si fonda su un sistema di qualificazione giuridica delle imprese private che viene affidato ad attestatori che sono qualificati dalla stessa legge come organismi di diritto privato. Per costoro è prevista la costituzione di appositi elenchi regionali, comprendenti i nominativi di soggetti che hanno conseguito l'abilitazione richiesta per lo svolgimento di una tale attività, depositati presso l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, che ne garantisce adeguata pubblicità attraverso l'Osservatorio sui lavori pubblici.

¹⁵⁶ Cfr. CENTONZE, *op. cit.*, 257; ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 192. Come noto, nel nostro sistema di diritto penale è vietato il ricorso all'analogia per punire fatti penalmente irrilevanti o per applicare pene più severe di quelle previste dalla legge. Per una ricostruzione più ampia in argomento di vedano MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, 52: “Il divieto di analogia – o principio di tassatività – trovando il suo fondamento nella riserva di legge e avendo dunque rilevanza costituzionale *ex art. 25 co. 2 Cost.*, vincola non solo il giudice, ma anche il legislatore ordinario: si oppone in primo luogo all'eliminazione delle disposizioni (art. 1 c.p. e 14 preleggi) che vietano al giudice l'applicazione analogica delle norme incriminatrici; a maggior ragione, vieta l'introduzione di norme che facoltizzino l'analogia nel diritto penale; infine, preclude la creazione di fattispecie ad analogia espressa”.

¹⁵⁷ Vedi CENTONZE, *op. cit.*, 259: “Alla luce di quanto si è affermato, comunque, ci sembra auspicabile una riformulazione dell'art. 10-bis l. 575/1965, con la previsione di requisiti strutturali che tengano conto dell'assetto del nuovo sistema di controllo degli appalti pubblici delineato dalla legge 109/1994 e dalla legge 415/1998, le quali si fondano su presupposti di qualificazione giuridica delle imprese differenti rispetto a quelli riconducibili alla legge 57/1962. Non v'è dubbio, infatti, che nelle ipotesi previste dall'art. 10-bis l. 575/1965, il legislatore italiano ha ritenuto di integrare il contenuto del precetto penale attraverso il rinvio a concetti giuridici provenienti dal diritto amministrativo, come il riferimento alle qualifiche soggettive di pubblico amministratore, funzionario, dipendente, contenuto nel comma 7 dello stesso articolo, dimostra”.

relative fattispecie ai meccanismi di qualificazione giuridica delle imprese nel settore degli appalti pubblici¹⁵⁸. Conseguentemente, tale mancato coordinamento riverbera i propri effetti sulla stessa disciplina preventiva, poiché finisce per renderla non utile a stimolare il rispetto degli obblighi imposti dalla legislazione antimafia.

A completamento dell'analisi delle principali problematiche connesse alla fattispecie, un accenno merita pure il profilo che attiene alla condotta tipica descritta dal reato; questa può consistere in un cd. reato omissivo proprio (vale a dire nel comportamento di colui che non dispone, entro 30 giorni dalla comunicazione, la cancellazione dagli albi delle persone decadute o sospese, ovvero, non dispone il ritiro di licenze, autorizzazioni, abilitazioni, erogazioni e concessioni) o in un cd. reato commissivo proprio (qualora il soggetto iscriva le persone decadute o rilasci le licenze, le concessioni, le autorizzazioni e le abilitazioni a persone non legittimate)¹⁵⁹.

In particolare, già ad una prima lettura, si rileva come la fattispecie omissiva sia strutturata in maniera tale che il reato possa perfezionarsi soltanto qualora sia decorso il lasso temporale richiesto dalla norma, ovvero qualora la “mancata attivazione” del soggetto interessato si sia prolungata per un periodo superiore ai trenta giorni dalla comunicazione¹⁶⁰. Tali considerazioni, evidentemente, si dimostrano assai significative giacché giustificano una non ammissibilità della configurabilità del tentativo nella condotta omissiva descritta¹⁶¹. In tal senso, la scelta del legislatore sarebbe stata quella di determinare una (logica) delimitazione dell'area di rilevanza penale della fattispecie alle sole ipotesi in cui vi sia stata consumazione del reato¹⁶². Tale soluzione legislativa non desta particolare perplessità ed, anzi, supera agevolmente eventuali critiche volte a sostenere un'eccessiva restrizione della portata penale della fattispecie nella scelta effettuata dal legislatore, dal momento che, proprio al comma successivo del medesimo

¹⁵⁸ Sul punto si osservi quanto sostenuto da ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 192.

¹⁵⁹ L'ampiezza della formula utilizzata, ai fini dell'individuazione della condotta sanzionabile, consente di fare riferimento sia alla fase cd. deliberativa che a quella cd. esecutiva. A questo proposito, pare opportuno fare ampio riferimento alla ricostruzione sistematica operata in argomento da TAORMINA, *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia*, Milano, 1985, 173. L'Autore dedica, infatti, ampio spazio all'individuazione delle condotte illecite riconducibili alle fattispecie previste da tale disposizione.

¹⁶⁰ Pertanto, la data di ricezione della comunicazione suddetta, da parte dell'ente cui appartiene il soggetto nei cui confronti è individuata la condotta doverosa, segna il termine iniziale dal quale inizia a decorrere l'obbligo giuridico “di attivarsi” in capo al soggetto.

¹⁶¹ Cfr. per tutti FERRI, *Le scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione nell'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici, concessioni e forniture*, Modena, 1994, 6; GUERRIERO, *op. cit.*, 3444.

¹⁶² Vedi GUERRIERO, *op. cit.*, 3444.

articolo, la norma denota uno “spirito assai più intransigente” allorché prevede in capo ai soggetti destinatari anche una responsabilità per colpa. Mediante suddetta scelta legislativa, infatti, l’area di rilevanza penale risulta estesa anche a quelle condotte per le quali, pur non essendo provata la piena consapevolezza della scadenza di detto termine o delle ragioni ostative, si sia in grado di dimostrare una condotta negligente o, quantomeno, imprudente.

Un’ultima riflessione merita, infine, la possibilità di vagliare alcune ipotesi di concorso tra la fattispecie omissiva sopra sommariamente descritta ed altre fattispecie di reato contro la Pubblica Amministrazione o, più in particolare, relative alla medesima disciplina “antimafia”.

Ebbene, parte della dottrina ravvisa, nella fattispecie omissiva oggetto di analisi, un’ipotesi che si pone in rapporto di specialità con il delitto di omissione in atti d’ufficio¹⁶³; altri autori hanno, invece, ritenuto ammissibili ipotesi di concorso tra la fattispecie oggetto di analisi e altre fattispecie previste sia dal codice penale che dalla legislazione antimafia¹⁶⁴.

Con riguardo proprio a tale ultima possibilità, preme quindi approfondire il rapporto sussistente tra la fattispecie sinora analizzata e quella che interessa le ipotesi di illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati. Tale ultima fattispecie, infatti, nell’intento di tutelare la correttezza e la trasparenza nelle pubbliche contrattazioni, concentra la propria attenzione sul momento specifico della concessione dell’appalto. In tal senso, il concorso di reati tra tali fattispecie deve ritenersi

¹⁶³ Vedi in tal senso, per tutti GUERRIERO, *op. cit.*, 3444: “La fattispecie dell’art. 10-bis si pone in rapporto di specialità rispetto a quella di omissione in atti di ufficio ed è caratterizzata da una più severa sanzione - reclusione da due a quattro anni - e dalla previsione dell’ipotesi colposa (punita con la reclusione da 3 mesi ad un anno)”. Analogamente, FERRI, *op. cit.*, 6; TAORMINA, *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia*, Milano, 1985, 173 ss.; CENTONZE, *op. cit.*, 260 ss.: “(...) ci sembra opportuno rilevare che deve ritenersi ammissibile il concorso di reati tra le fattispecie previste da questa disposizione e tutte le altre ipotesi delittuose riconducibili alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione, fatta salva la sola ipotesi dell’omissione di atti d’ufficio, rispetto alla quale l’omessa cancellazione – prevista dall’art. 10-bis l. 575/1965 – costituisce un’ipotesi di reato speciale rispetto a quella disciplinata dall’art. 328 c.p.”.

¹⁶⁴ In merito a tale secondo orientamento si confronti quanto sostenuto da ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 190 ss. Per quanto concerne ipotesi di concorso tra la fattispecie oggetto di analisi e altre fattispecie previste dal codice penale, si veda, a mero titolo esemplificativo, la possibilità di un concorso con i reati di truffa, corruzione, concussione. Per quanto, invece, attiene ai rapporti tra la fattispecie oggetto di analisi e altre ipotesi previste dalla legislazione antimafia il raffronto più interessante è quello che riguarda l’ipotesi di illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati. In argomento vedi, per tutti, CENTONZE, *op. cit.*, 261: “Nella stessa direzione deve ritenersi ammissibile il concorso di reati tra la fattispecie dell’art. 10-bis l. 575/1965 e quella prevista dall’art. 10-quinquies della stessa legge, presentando, le due tipologie di illeciti differenze rilevanti sotto il profilo del bene giuridico tutelato”. Tale rapporto sarà oggetto di trattazione nel corso del prossimo §.

ammissibile giacché le due tipologie di illeciti presentano differenze rilevanti sotto il profilo del bene giuridico tutelato. Invero, la prima, sinora analizzata, tutela la trasparenza amministrativa dell'appalto nella fase preliminare allo svolgimento della gara; la seconda, che si intende ora esaminare, persegue lo stesso obiettivo di tutela ma facendo riferimento ad una fase temporale differente, ovvero alla fase di aggiudicazione della gara.

2.4. *L'illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati.*

La fattispecie incriminatrice di illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati punisce il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e servizi pubblici che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti con la reclusione da anni 2 ad anni 4, mentre se il fatto viene commesso per colpa con la pena della reclusione da mesi 3 ad anni 1¹⁶⁵. La fattispecie criminosa, in origine prevista dall'articolo 10-*quinquies* della legge 575 del 1965, è ora disciplinata dal comma 3 dell'articolo 74 del d.lgs. n. 159/2011.

Anche nei casi di illecita concessione dolosa o colposa di appalti e contratti derivati, il legislatore ha previsto due ipotesi delittuose, una dolosa e una colposa¹⁶⁶. Tali ipotesi individuano, dal punto di vista dei soggetti attivi interessati dal precetto penale, "reati propri", ovvero reati per i quali il soggetto rivesta una determinata qualifica soggettiva indicata dalla norma ("pubblico amministratore", "funzionario" o "dipendente" dello

¹⁶⁵ Suddetta fattispecie incriminatrice era già stata modificata con la legge n. 55 del 1990 sotto diversi aspetti. La riforma aveva inteso, anzitutto, superare le nozioni di "appalto o subappalto di opere riguardanti la Pubblica Amministrazione", presenti nella precedente disposizione normativa e causa di notevoli perplessità interpretative, mediante l'indicazione puntuale dei casi di cui all'articolo 10 l. n. 575/65 ed il riferimento ad una terminologia operativamente più estesa, quale quella di "contratto" e di "subcontratto"; altresì, all'interno del novero dei soggetti attivi è stato aggiunto il "concessionario di opere e di servizi pubblici". La riformulazione dell'articolo 10-*quinquies* ad opera dell'articolo 6 della legge 55 del 1990 aveva perciò allargato la sfera soggettiva della fattispecie. Tuttavia, a fronte di tale estensione si doveva registrare l'esclusione dell'applicazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici per il condannato quale conseguenza della pena principale.

¹⁶⁶ Cfr., per tutti, in argomento, CENTONZE, *op. cit.*, 263: "Sotto il profilo della tecnica di normazione utilizzata deve rilevarsi che le due fattispecie previste dall'art. 10-*quinquies* l. 575/1965 descrivono una condotta illecita che può essere indifferente dolosa o colposa".

Stato o di altro ente pubblico)¹⁶⁷. La qualificazione del reato come reato proprio e, dunque, la circostanza che il reato possa essere commesso solo da chi rivesta una peculiare qualifica soggettiva prevista dalla norma, non esclude, tuttavia, le ipotesi di responsabilità a titolo di concorso da parte di coloro che, pur non possedendo le predette qualità, concorrano con il soggetto qualificato alla realizzazione della figura delittuosa¹⁶⁸. Viepiù, pure la genericità della previsione normativa apre alla possibilità di una dilatazione dell'area di operatività della fattispecie dal punto di vista soggettivo, giacché consente, comunque, di ricomprendere in essa ogni soggetto rivesta, a qualsiasi titolo, un ruolo nell'ambito della Pubblica Amministrazione, a condizione che la condotta dei soggetti abbia avuto un rilievo causale specifico nella conclusione dei contratti o dei subcontratti e, quindi, nella concessione dell'appalto o del subappalto¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Il legislatore, ha preferito non ancorare l'identificazione dei soggetti attivi alla qualità di pubblici ufficiali indicata dall'articolo 357 c.p. Per quanto attiene alla qualificazione di reato proprio si veda ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 591; CENTONZE, *op. cit.*, 263: "di conseguenza, questa previsione, analogamente a quanto stabilito dall'art. 10-bis l. 575/1965, prefigura un reato proprio, che può essere commesso soltanto dai soggetti in possesso della qualifica soggettiva richiesta dal primo comma di tale disposizione. D'altra parte, in entrambe le disposizioni normative richiamate, il legislatore ha ritenuto di non ancorare l'identificazione dei soggetti attivi del reato alla qualifica di pubblico ufficiale indicata nella norma di cui all'art. 357 c.p.".

¹⁶⁸ Cfr. ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 374: "Si è notato che la circostanza che il reato possa essere commesso solamente da chi rivesta le qualità soggettive richieste dalla norma non esclude la responsabilità a titolo di concorso di chi, pur non possedendo le predette qualità (cd. *extraneus*) concorra con il soggetto qualificato (cd. *intraneus*) alla realizzazione della figura delittuosa"; CENTONZE, *op. cit.*, 264: "La circostanza che questa ipotesi delittuosa possa essere commessa solo da soggetti che rivestono le qualifiche soggettive previste dall'art. 10-*quinquies* l. 575/1965 non esclude la responsabilità concorsuale di coloro i quali, pur senza essere in possesso delle qualità soggettive richieste, concorrano dall'esterno con il soggetto qualificato nella realizzazione del reato. si tratterà, naturalmente, di un contributo concorsuale prestato da un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione, in ragione del fatto che diversamente non si potrebbe parlare di concorso nel reato proprio di soggetto estraneo, ma, a tutti gli effetti, di concorso nel reato proprio di soggetto qualificato". Quanto poi al problema del concorso nel delitto colposo vedi ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1027; CARACCIOLI, *Profili del concorso di persona nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 949; FERRI, *op. cit.*, 11; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1993, 105. Per quanto, invece, attiene all'ipotesi di un'agevolazione colposa nel delitto doloso commesso da chi risulta in possesso della qualifica soggettiva, questa si ritiene ammissibile. Sul punto si veda la ricostruzione di questo profilo applicativo offerta da ZGAGLIARDICH, *op. cit.*, 374; cfr., in senso analogo, CENTONZE, *op. cit.*, 264: "Più controversa, invece, appare l'ammissibilità di un contributo del soggetto estraneo al delitto colposo previsto dal secondo comma della norma in esame, nel caso in cui questo comportamento non sembra idoneo a produrre l'evento delittuoso previsto dall'art. 10-*quinquies* l. 575/1965. In questo caso, pensiamo sia configurabile una condotta colposa del soggetto estraneo che abbia natura agevolatrice rispetto alla realizzazione dell'evento doloso"; GUERRIERO, *op. cit.*, 3470: "(...) in particolare, come ipotesi astrattamente riconducibile a questa tipologia delittuosa, si veda il caso del funzionario o dipendente di un ente pubblico che ometta, colposamente, di svolgere la propria attività di controllo in ordine ad un appalto che sia concesso dolosamente dall'amministratore pubblico, consapevole della posizione irregolare dell'appaltatore".

¹⁶⁹ Cfr. ASSUMMA, *La disciplina penale degli appalti pubblici nella normativa «antimafia»*, in *Rass. giuridica dell'energia elettrica*, 1986, 61; FERRI, *op. cit.*, 7; FERRAJOLI, *op. cit.*, 29; TAORMINA, *op. cit.*, 189; CENTONZE, *op. cit.*, 263: "Ne consegue che l'apparente genericità dell'art. 10-*quinquies* l.

Per quanto poi riguarda il profilo oggettivo del reato, la condotta consiste nel “consentire” la stipulazione di determinati contratti (o subcontratti) in favore di persone “non affidabili”, giacché sospese o decadute dall’iscrizione o non iscrivibili ai relativi albi o incorsi in provvedimenti definitivi di applicazione di misure di prevenzione, ovvero, in provvedimenti provvisori emessi dal tribunale nel corso del relativo procedimento. Deve, pertanto, ritenersi punibile qualsiasi condotta attiva od omissiva che, inserita nel complesso *iter* procedurale di aggiudicazione degli appalti, si ponga in un rapporto di causalità con il verificarsi dell’evento costituito dalla stipulazione dei relativi contratti¹⁷⁰.

A tal proposito, pare opportuno precisare come la precedente formulazione (*ante* riforma del 1990, come detto) facesse riferimento alla sola concessione in appalto o subappalto e non contemplasse ulteriori figure contrattuali né consentisse in relazione a queste l’utilizzazione degli strumenti di repressione penale. Tale aspetto determinava, conseguentemente, la possibilità di ricorrere ad “espedienti contrattuali” che permettevano un aggiramento del precetto penale e generavano non poche perplessità interpretative¹⁷¹. L’attuale formulazione, invece, genera un notevole allargamento degli spazi applicativi della fattispecie delittuosa e mira a ricomprendere la stipulazione di tutti i contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, di beni e servizi nonché tutti i subcontratti, compresi i cottimi, i noli a caldo, le forniture con posa in opera finale¹⁷².

Semmai, un profilo che rimane oggetto di controversia è quello che concerne l’esatta connotazione dell’espressione “consenta alla stipulazione”. Tale formula evoca

575/1965 tende a consentire l’applicazione nella direzione più ampia possibile, allo scopo di comprendere nel suo ambito normativo qualsiasi soggetto che rivesta un ruolo qualificato nell’ambito della pubblica amministrazione”.

¹⁷⁰ Un cenno merita anche la cosiddetta “contrattazione derivata”, vale a dire la stipulazione di contratti che consegua dall’aggiudicazione delle gare d’appalto. Ebbene, pare evidente come, per quanto concerne i contratti derivati, la condotta incriminata sia da ravvisare, non tanto nella stipulazione degli stessi, quanto nella concessione all’autorizzazione attraverso la quale la stipulazione è stata consentita. Tali circostanze interessano, quindi, ipotesi di reati a forma libera che si consumerebbero nel momento della conclusione dei contratti (derivati) vietati. A tal riguardo, vedi DANESI, *I controlli antimafia e le relative sanzioni in materia di pubblici appalti*, in *Riv. trim. degli appalti*, 1995, 476; TAORMINA, *op. cit.*, 450; FERRI, *op. cit.*, 7.

¹⁷¹ Sul punto vedi per tutti, GUERRIERO, *op. cit.*, 3470. Viepiù, si ritiene di sottolineare come la locuzione utilizzata dal legislatore faccia riferimento a contratti e sub-contratti relativi ad opere, beni e servizi “riguardanti la Pubblica Amministrazione”. Tale soluzione terminologica determina l’evidente risultato di ampliare il regime di applicabilità della fattispecie ad oggetto, giacché il “collegamento logico” ora assunto risulta interessare una categoria di provvedimenti più ampia rispetto a quella interessata dalla precedente dizione di “opere pubbliche”.

¹⁷² Cfr. in argomento, FERRAJOLI, *op. cit.*, 33; FERRI, *op. cit.*, 8.

un'astratta punibilità per qualsiasi condotta, attiva od omissiva, che si inserisca nella procedura di aggiudicazione della gara e si ponga con questa in un rapporto eziologico determinante per il verificarsi dell'evento delittuoso, ovvero per la stipulazione del contratto¹⁷³. Tale soluzione comporta che le condotte rilevanti possano essere assai diversificate ed eterogenee tra loro e possano essere attuate in qualsivoglia fase che precede e determina l'aggiudicazione della gara d'appalto; il *discremen* qualificante la rilevanza o meno della condotta, infatti, diviene la capacità di quest'ultima di rilevare rispetto all'evento delittuoso¹⁷⁴.

Per quanto poi concerne il profilo che interessa l'elemento psicologico occorre distinguere a seconda che si consideri l'ipotesi dolosa oppure quella colposa. In merito alla prima è sufficiente il dolo generico, ovvero, la coscienza e volontà di consentire con la propria condotta la conclusione di contratti e subcontratti vietati; per l'ipotesi colposa, invece, è sufficiente qualsiasi condotta dovuta a negligenza ed imprudenza o imperizia o inosservanza di leggi, regolamenti, ordinamenti o discipline nello svolgimento delle proprie attività idonea a determinare l'evento delittuoso.

Infine, un ultimo cenno merita la problematica che riguarda le possibili ipotesi di concorso tra la fattispecie oggetto di analisi, nell'ipotesi dolosa, e alcuni reati contro la pubblica amministrazione, *in primis* il reato di abuso di ufficio disciplinato all'articolo 323 c.p..

Sebbene in passato, alla luce della previgente formulazione dell'articolo 323 c.p. sussistessero non pochi dubbi circa un possibile concorso tra le due ipotesi delittuose¹⁷⁵,

¹⁷³ Cfr., per tutti, TAORMINA, *op. cit.*, 449; CENTONZE, *op. cit.*, 265: "Invero, queste apparenti ambiguità sono la conseguenza del fatto che quando una fattispecie fa ricorso a una terminologia giuridica mutuata da altri settori dell'ordinamento, questa non deve essere recepita nel suo significato originario o letterale, ma assume una propria autonomia sistematica che le permette di essere ravvisata nel contesto normativo nel quale viene inserita". In senso più ampio, MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 47, ove si distinguono gli elementi costitutivi del reato a seconda che siano individuati con riferimento a termini o concetti descrittivi ovvero a termini o concetti normativi. Gli autori, in tal senso, sostengono una sostanziale precisione per quanto attiene il rinvio alle norme tecniche, mentre una diffusa imprecisione quando gli elementi sono individuati con riferimento a norme etico-sociali.

¹⁷⁴ In tema, cfr. DANESI, *I controlli antimafia e le relative sanzioni in materia di pubblici appalti*, in *Riv. trim. degli appalti*, 1995, 476; TAORMINA, *op. cit.*, 134; CENTONZE, *op. cit.*, 266: "In ogni caso, è indubbio che la nuova formulazione consente di superare tutte le dispute interpretative che avevano agitato il dibattito dottrinario dopo la riforma antimafia del 1982, che si concentravano sull'interpretazione del significato della dizione "appalti e subappalti" e vedevano contrapposti i più notevoli esponenti della dottrina dell'epoca".

¹⁷⁵ La dottrina, con riferimento alla vecchia configurazione dell'articolo 323 c.p., aveva escluso la possibilità di concorso tra questa fattispecie e quella di cui all'articolo 10-*quinques*, ritenendosi la prima prevalente sulla seconda *ex* articolo 15 c.p. Vedi per tutti in argomento TAORMINA, *op. cit.*, 198; CENTONZE, *op. cit.*, 268: "La giurisprudenza di legittimità, invero, con riferimento alla vecchia

l'attuale previsione dell'articolo 323 c.p. rende possibile il concorso formale tra l'abuso di ufficio e la fattispecie di illecita concessione dolosa di appalti e contratti derivati, giacché le due norme tutelano beni giuridici diversi¹⁷⁶. Quanto poi all'indagine che concerne la sussistenza di un possibile concorso formale tra il reato oggetto di analisi ed altre ipotesi criminose quali la corruzione e la concussione, preme rilevare come l'ipotesi qui oggetto di indagine possa concorrere con queste forme di reato in quanto l'accettazione o la pretesa di denaro o altra utilità per consentire alla concessione dell'appalto integra una condotta distinta e la lesione di un interesse ulteriore rispetto a quanto previsto dal legislatore nella considerata fattispecie criminosa¹⁷⁷.

configurazione dell'art. 323 c.p., aveva escluso la possibilità di un concorso tra questi reati; ritenendo le ipotesi dell'abuso innominato in atti di ufficio e dell'interesse privato in atti di ufficio prevalenti sulla fattispecie di reato prevista dall'art. 10-*quinquies* l. 575/1965 per effetto del principio di specialità affermato dall'articolo 15 c.p.". Vedi, in giurisprudenza, Cass. pen., 5 dicembre 1987, BERUTTI, in C.E.D. Cass., n. 21605; Cass. pen., 8 ottobre 1989, GIACOMELLI, in C.E.D. Cass., n. 9700. L'attuale fattispecie criminosa prevista dall'articolo 323 c.p., come recentemente modificato, avendo ulteriormente precisato la condotta penalmente rilevante, ripropone il problema del concorso tra le due norme.

¹⁷⁶ Cfr. Cass. pen., 15 ottobre 1993, D'AMORE, in C.E.D. Cass., n. 20411; Cass. pen., 18 gennaio 1998, MARRA, in C.E.D. Cass., n. 22009. La differente caratterizzazione in termini di bene giuridico tutelato, in altre parole, fa ritenere ammissibile l'ipotesi di concorso formale tra reati, non trovando applicazione il principio di specialità tra norme penali previsto dall'articolo 15 c.p.

¹⁷⁷ Cfr. CENTONZE, *op. cit.*, 268; ZANOTTI, *Gli art. 6 e 7 della l. 19 marzo 1990, n. 55*, in (a cura di) CORSO-INSOLERA-STORTONI, *Mafia e criminalità organizzata*, vol. I, Torino, 1995, 409. Vedi in giurisprudenza, Cass. pen., 18 gennaio 1998, MARRA, in C.E.D. Cass., n. 22009.

3. Le ipotesi di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale [art. 38, comma 1, lett. c)].

L'articolo 38, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) disciplina l'incidenza dei precedenti penali sull'esclusione dalla partecipazione ai pubblici appalti¹⁷⁸; in particolare, prevede che possano essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi (e che non possano essere affidatari di subappalti o che non possano stipulare i relativi contratti), alcune categorie di soggetti, ovvero quei soggetti *“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 gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”*. Le procedure di affidamento dei pubblici appalti operano, quindi, attraverso un sistema “esclusivo” di scelta dei potenziali contraenti¹⁷⁹; secondo tale sistema l'aggiudicazione del contratto deve avvenire soltanto previa verifica, ad opera della stazione appaltante, del possesso, in capo all'operatore economico, di specifici requisiti (soggettivi) di onestà ed affidabilità morale (oltre che, oggettivi, di capacità economica e finanziaria e di conoscenze o capacità tecniche e professionali).

¹⁷⁸ Il Codice degli appalti, entrato in vigore il 1° luglio 2006, come anticipato, ha unificato la normativa statale in tema di appalti pubblici e dato attuazione alle direttive comunitarie n. 2004/18/CE, relativa alla disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori c.d. ordinari, e n. 2004/17/CE, concernente gli appalti nei settori c.d. esclusi o, *rectius*, “speciali”. L'intento del legislatore è stato quello di addivenire ad una semplificazione e ad una risistemazione complessiva di una disciplina che, fino all'entrata in vigore del Codice, specie in tema di cause di esclusione dalle procedure di affidamento di appalti pubblici, era contenuta in una pluralità di testi normativi, diversi per ogni tipologia di appalto, ed appariva piuttosto disomogenea. Per un primo commento sulla specifica ipotesi di esclusione che qui si tratta si rinvia a AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Torino, 2007; CROCCO-MANDRACCHIA (a cura di), *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007; RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; SAITTA (a cura di), *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008.

¹⁷⁹ Si esprimono in questi termini, CARDARELLI, *op. cit.*, 416; GIAMPAOLINO, *op. cit.*, 739; LOMBARDI, *op. cit.*, 23; NERI, *op. cit.*, 1 ss.; PONZONE, *op. cit.*, 232 ss.; PROVOLO, *op. cit.*, 657; RAGAZZO, *op. cit.*, 146.

La *ratio* di tale disciplina risiede nell'intento di salvaguardare il buon andamento dell'attività amministrativa e nell'esigenza di tutelare il carattere fiduciario che dovrebbe connotare i contratti di appalto¹⁸⁰. La finalità sottesa alla predisposizione di un novero di cause ostative alla partecipazione agli appalti pubblici vorrebbe essere, da un lato, quella di preservare l'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che dovrebbero presiedere l'organizzazione della Pubblica Amministrazione e, dall'altro, quella di evitare che le stazioni appaltanti entrino in contatto con soggetti non in grado di fornire il necessario affidamento circa la buona conduzione delle opere¹⁸¹.

L'articolo (*rectius*: lettera) persegue, dunque, un duplice obiettivo: in primo luogo, infatti, individua un'elencazione tassativa di condizioni "soggettive" al sussistere delle quali la partecipazione alla gara d'appalto, l'affidamento in subappalto e la stipula dei relativi contratti è inibita; successivamente, fissa requisiti di ordine generale, inerenti alla moralità professionale e le capacità tecniche, organizzative e finanziarie, che devono necessariamente essere posseduti da qualsiasi operatore economico che intenda partecipare alle procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico¹⁸².

Il legislatore, tuttavia, pur prevedendo un "giusto fine", ha fallito nella scelta dei "mezzi" di realizzazione del proprio intento.

Invero, la disciplina delineata palesa come, al sussistere delle summenzionate "condizioni di inidoneità", la stazione appaltante dovrebbe escludere l'impresa dalla

¹⁸⁰ L'esigenza di garantire la sussistenza del vincolo fiduciario tra il singolo concorrente e la relativa stazione appaltante è direttamente connessa al perseguimento del principio di "libera partecipazione" e "parità di trattamento" dei soggetti alle gare di appalto. Secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato, infatti, il regime legale di esclusione dalle gare è invero "*preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41) e che, salvo i casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica*". Cfr., in tal senso, Cons. di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1737.

¹⁸¹ V. Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477, in *Foro amm.*, 2005, 2602. Secondo PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in SAITTA (a cura di), *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, cit., 232, la disciplina delle cause ostative integra una forma di auto-tutela preventiva per la stazione appaltante che, in presenza di determinati presupposti oggettivi, può impedire ad un'impresa di partecipare alla gara.

¹⁸² Sul regime della specifica causa ostativa alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici qui analizzata, v. CARDARELLI, sub *Art. 38*, in RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., 416; LOMBARDI, *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 23; PONZONE, *op. ult. cit.*, 232 ss.; PROVOLO, *Note in tema di requisiti «penalistici» per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 38 d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 657; TRAVAGLINO, *I requisiti generali e speciali dei concorrenti alle gare pubbliche e loro verifica*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2007, 161.

gara. Tuttavia, con specifico riguardo all'incidenza dei precedenti penali, il legislatore non ha elencato nominativamente i reati la cui condanna conduce all'esclusione ma ha previsto una formula generale ed ha, così, rimesso la valutazione in concreto alla singola stazione appaltante. Inoltre, gli elementi di novità apportati al sistema (si veda il concetto di "moralità professionale", l'impiego della locuzione "in danno dello Stato o della Comunità", nonché il riferimento alla "gravità" del reato) risultano connotati da un grave *deficit* di tassatività e determinatezza e sono, conseguentemente, destinati a generare contrasti interpretativi. Ogni singola espressione necessita di opportuni precisazioni. Di seguito, per quanto possibile, si tenterà di apportare dei chiarimenti per ognuna delle locuzioni impiegate dalla disciplina in esame.

3.1. La nozione di "moralità professionale" in una prospettiva penale.

Il mercato degli appalti, come accennato, è un settore non aperto a tutti gli operatori economici, ma accessibile soltanto per coloro che diano "concrete garanzie" di poter adempiere, per solidità economica e capacità tecnica, alla prestazione richiesta, e che si dimostrino moralmente affidabili¹⁸³.

Si rende, perciò, necessario comprendere quali soggetti possano considerarsi "affidabili" e quali debbano essere, invece, allontanati dalla competizione; e, ancor prima, a quali condizioni un soggetto possa essere definito affidabile, ovvero cosa si debba intendere per "affidabilità morale o professionale".

Ebbene, già la formulazione impiegata dal previgente articolo 75 del d.P.R. n. 554/1999 (recante "*Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*"), faceva espresso riferimento a quei "*reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale*"¹⁸⁴. La locuzione utilizzata, tuttavia, necessitava di un'opportuna rivisitazione, giacché non soltanto risultava di incerta comprensione, ma pure di difficile

¹⁸³ V. NERI, *op. cit.*, 1 ss.; RAGAZZO, *op. cit.*, 146: "Già la normativa sulla contabilità dello Stato autorizzava l'amministrazione a chiedere un attestato di aver dato prova di perizia e sufficiente pratica nell'esecuzione dei lavori consimili, salvo chiedere ulteriori certificati di ordine generale e ferma restando la piena insindacabile facoltà di esclusione da parte dell'amministrazione medesima".

¹⁸⁴ L'articolo 75 del d.P.R. n. 554/1999 prevede che: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti (...) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale".;

“contenimento” interpretativo. In altre parole, l’espressione utilizzata “peccava per eccesso” e tendeva a considerare rilevanti (anche) quei fatti che fossero estranei all’attività professionale del potenziale competitore, allontanandosi così dalla logica giustificatrice del sistema di tutela predisposto.

Se, infatti, l’accezione “*affidabilità professionale*” non destava particolari perplessità, il richiamo al concetto di “*affidabilità morale*”, invece, generava non pochi profili problematici e presentava intuibili criticità in termini di discrezionalità valutativa e, conseguentemente, di (in)sufficiente determinatezza. La dizione determinava, quindi, una tale incertezza interpretativa che il legislatore preferì eliminare l’intera formulazione per sostituirla nel recente Codice dei contratti con la nozione di “*moralità professionale*”¹⁸⁵. Ed, infatti, in ordine alle ipotesi di reati che, se accertati con condanna definitiva, ostano alla partecipazione alla gara, l’articolo 38, comma 1, lett. c) precisa, ora, come debba trattarsi di “*reati (...) che incidono sulla moralità professionale*”¹⁸⁶.

La recente nozione di “*moralità professionale*” ha, pertanto, l’intento di delimitare (*rectius*: meglio determinare) l’oggetto della valutazione della stazione appaltante, giacché “*ambirebbe*” ad esprimere una correlazione tra la moralità del concorrente e la professione da questo svolta. In tal senso, l’unica accezione di “*moralità*” che viene in

¹⁸⁵ In argomento, si veda BALDI, *Il previgente regime delle cause delle esclusioni per reati incidenti sulla moralità professionale negli appalti di pubblici lavori e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 234; VACCA, *Fenomenologia dell’accertamento delle cause di esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per condanne incidenti sulla moralità professionale*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 238. In senso, critico, prima dell’introduzione del Codice degli appalti pubblici, cfr. MAGGI, *Gara d’appalto e moralità professionale del partecipante*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 1127; SAITTA, *Moralità professionale e partecipazione alle gare*, in *Riv. trim. degli appalti*, 2004, 1; VOLPATO, *Moralità professionale ed esclusione dalle gare*, in *Riv. trim. degli appalti*, 2003, 4.

¹⁸⁶ Cfr., in argomento, PROVULO, *op. cit.*, 657 “Scompare invero il richiamo all’«*affidabilità morale*», che generava non pochi dubbi interpretativi, mentre si può ritenere che «*affidabilità professionale*» e «*moralità professionale*» siano nozioni coincidenti”. La locuzione “*moralità professionale*” è stata mutuata dall’articolo 18, comma 1, del d. lgs. n. 406/91, recante “*Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*”, articolo abrogato dall’articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successivamente dall’articolo 256 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. L’articolo 11, comma 1, lett. b) del d. lgs. n. 358 del 1992 (appalti pubblici di forniture) e l’articolo 12, comma 1, lett. b) del d. lgs. n. 157 del 1995 (appalti pubblici di servizi) escludevano dalla gara i concorrenti condannati per “*qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari*”. Sul requisito della moralità professionale, come inteso prima dell’emanazione del Codice degli appalti pubblici, cfr. AUDITORE, *La valutazione dei requisiti di affidabilità morale e professionale nella normativa sui lavori pubblici*, in *Cons. Stato*, 2004, I, 695; CERCHIA, *La “moralità professionale” come requisito di qualificazione negli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 2588; DI GERONIMO, *La moralità professionale dell’imprenditore quale requisito di ammissione alle gare per l’aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della normativa nazionale e comunitaria, vigente in tema di partecipazione ed esclusione dagli stessi*, in *Riv. amm.*, 1996, I, 191; SAITTA, “*Moralità professionale*” e partecipazione alle gare, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 230; SCOCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 1999, 531.

considerazione ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara è quella connessa alla professionalità del soggetto; tale espressione assorbe o, comunque, collima con quella precedente di “*affidabilità professionale*”¹⁸⁷.

La nozione di nuovo conio impone, perciò, di escludere dal novero delle cause ostative quei fatti estranei allo svolgimento dell'attività professionale e concernenti, esclusivamente, la condotta personale del soggetto partecipante¹⁸⁸. Essa ha il fine di (quantomeno, tentare di) limitare un'eccessiva discrezionalità valutativa delle stazioni appaltanti e di voler operare un recupero in termini di determinatezza, oltre che di sanare un *deficit* di legalità che la precedente disciplina palesava.

Anche la nuova locuzione impiegata necessita, comunque, di opportune specificazioni, giacché risulta ancora caratterizzata da una notevole astrattezza e genericità.

Invero, non si rinvencono riferimenti normativi che permettano di capire (con precisione) cosa si debba intendere con tale espressione, quali ne siano i “confini” contenutistici e quali i canoni significativi in una prospettiva di selezione dei competitori alle gare; essa si presenta, quindi, ancora come un “contenitore vuoto” riempibile di questo o di quel significato. Manca, in altre parole, l'indicazione normativa di parametri certi, fissi e predeterminati, che consentano di circoscrivere il “raggio d'azione” di tale nozione, forse, ancora, volutamente “elastica”.

¹⁸⁷ Sul punto v. SAITTA, *op. ult. cit.*, 231; l'Autore rileva come il concetto di “affidabilità morale e professionale” sia concetto più ampio rispetto a quello di “moralità professionale”, capace, il primo, addirittura di “inglobare” il secondo in se stesso. La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato come il concetto di “moralità professionale”, nella sua ampiezza ed elasticità, non si esaurisca nella semplice violazione delle regole di diligenza tecnica, ma presupponga la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una più radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione. V., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4845, in www.lexitalia.it; TAR Calabria, 19 giugno 2006, n. 664, in *D&G*, 2006, 35, 81. Infine, pure l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella deliberazione n. 67 del 2007, ha chiarito che l'articolo 38, comma 1, lett. c) del Codice richiama il concetto di “immoralità professionale” in luogo dell'inaffidabilità morale e professionale, in tal modo restringendo il campo di applicazione della causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione coi principi deontologici della professione.

¹⁸⁸ Vedi, già prima dell'emanazione del Codice degli appalti pubblici, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 18 luglio 2002, n. 3193, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, 3454, secondo cui l'esclusione può essere disposta solo qualora “*l'interessato sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale (...) e cioè per reati commessi, quale imprenditore, nell'esercizio della sua attività professionale*”. Cfr. altresì TAR Lombardia, Milano, sez. III, 4 luglio 2002, n. 3125, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 2348, che fa riferimento ai reati “*afferenenti al ruolo svolto nell'impresa*”, e Cons. di Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241, in *Cons. stato*, 2003, I, 1293, che richiama i “*reati relativi all'esercizio dell'impresa*”. Per una critica rispetto all'orientamento (estensivo) della giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione della nozione di “moralità professionale”, v. SAITTA, *op. cit.*, 238.

Sul punto è, conseguentemente, intervenuta l'attività (di "creazione") interpretativa giurisprudenziale, attività che, nell'intento di offrire una soluzione al problema, ha compiuto un'opera di "*cosiddetta supplenza*"¹⁸⁹.

La giurisprudenza ha preso le mosse dalla *ratio* sottesa alla disciplina delineata ed ha, preliminarmente, precisato come l'accertamento relativo alla "*moralità professionale*" sia, funzionalmente, finalizzato a fornire alla Pubblica Amministrazione un "*riscontro sull'affidabilità contrattuale del concorrente nei cui confronti sussistano dei precedenti penali*"¹⁹⁰. In altri termini, l'interesse diviene quello di valutare in che modo la commissione di determinati reati possa influire sul grado di affidamento necessario per la buona conduzione delle opere pubbliche, in una prospettiva di tutela del buon andamento dell'amministrazione ed al fine di "*preservare l'osservanza delle regole di correttezza e di buona fede che devono presiedere l'organizzazione*". In definitiva, un parametro discrezionale deve, quantomeno, essere rinvenuto nell'indole e nelle finalità del reato asseritamente commesso, ovvero nell'intento di evitare l'affidamento del contratto a soggetti che "*abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nella veste di aggiudicatari, sarebbero stati chiamati a tutelare*"¹⁹¹.

L'individuazione dei criteri selettivi deve assicurare un'efficace esecuzione ed il buon andamento dei lavori pubblici, anche qualora, apparentemente, l'offerta formulata si presenti particolarmente vantaggiosa per la Pubblica Amministrazione. Da un lato, la valutazione della stazione appaltante non può essere effettuata mediante una logica di "mera opportunità economica", ma esige pure di un avallo legalitario; dall'altro, l'individuazione dell'offerta e, quindi, del concorrente più vantaggioso passa

¹⁸⁹ In senso critico, rispetto al verificarsi di tale fenomeno, cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 116. Gli autori ravvisano, in alcuni settori del diritto, l'emergere di un vero e proprio «diritto penale giurisprudenziale» che tende a superare i limiti di tutela legislativamente demarcati: il che evidenzia in maniera macroscopica la componente creatrice di un'attività interpretativa politicamente orientata".

¹⁹⁰ Cfr. già Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477, in *Foro Amm. Cds.* 2005, 2602.

¹⁹¹ La casistica giurisprudenziale in materia è piuttosto ampia. A titolo esemplificativo, sono stati ritenuti idonei ad incidere sulla moralità professionale i reati di detenzione illegale di armi, munizioni, esplosivi e ricettazione; il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, falsità materiale in atti pubblici, truffa continuata e contraffazione di sigilli; il reato di bancarotta fraudolenta; il delitto di concussione consumato nello svolgimento di una gara di appalto da soggetto che esercitava l'attività di amministrazione di una USL. Viceversa sono stati ad esempio considerati "non incidenti" i reati di raccolta e trasporto di rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi; l'omicidio colposo causato da un incidente stradale; l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità consistente nella mancata ottemperanza dell'ordine sindacale di sospendere i lavori di montaggio del contatore del gas in attesa della presentazione di un piano di installazione. Si vedano, a titolo esemplificativo, Cons. di Stato, sez. V, 27 marzo 2000, n. 1770, in *Foro amm Cds.*, 2000, 915; TAR Lombardia, sez. III, 18 luglio 2002, n. 3193, in *Foro Amm. TAR*, I, 2003, 1868.

necessariamente attraverso caratteristiche di correttezza, buona fede e di affidabilità, quali fondamenti di un reciproco rapporto fiduciario.

In questo senso, il momento selettivo amministrativo non può essere disgiunto giudizio formulato dal giudice penale nella sentenza che accerta un determinato reato, né in nessun caso, altri interessi potranno prevalere sulla considerazione della “*moralità professionale*” del concorrente secondo il significato sopra delineato¹⁹².

Accennate le principali questioni che afferiscono alla nozione di moralità professionale si rende opportuno, di seguito, tentare di delineare con maggiore precisione i connotati dell’espressione, mediante l’individuazione delle principali problematiche che interessano il momento valutativo della stazione appaltante e dei margini di discrezionalità di cui questa gode nel “giudicare” i reati che compromettono la moralità professionale.

3.2. (segue) Limiti alla valutazione discrezionale della stazione appaltante sui “reati che compromettono la moralità professionale”.

Le argomentazioni sopra esposte, concernenti la nozione di moralità professionale, hanno chiarito la necessità di fissare un parametro in grado di “misurare” la portata potenzialmente illimitata dell’espressione normativa, nonché l’esigenza di individuare alcuni possibili criteri di valutazione per la Pubblica Amministrazione, criteri che possano permettere di ravvisare un “sintomo oggettivo” di sussistenza (o meno) della suddetta moralità professionale.

Se, da un lato, la persistente elasticità della nozione consente all’amministrazione appaltante un ampio, e forse anche un eccessivo, potere decisionale nel caso concreto¹⁹³, dall’altro, l’individuazione di idonei criteri dovrebbe esprimere un grado-livello

¹⁹² In questo senso, già, Cons. Stato, sez V, 11 giugno 2003, n. 3301, in *Foro Amm. Cds.*, 2588. In tale decisione i giudici escludono, espressamente e categoricamente, la possibilità di valutare il parametro di “*opportunità economica*” quale strumento di superamento per la mancanza del requisito della moralità professionale. Per un commento questa decisione, si veda CERCHIA, *La “moralità professionale” come requisito di qualificazione negli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 2558.

¹⁹³ Secondo Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129, in *Cons. Stato*, 2003, I, 990, la valutazione della stazione appaltante “*non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici, dovendosi essa invece adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite alle caratteristiche dell’appalto quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato*”. Sulla necessità di individuare con precisione e tassatività quali reati siano idonei ad incidere negativamente sulla moralità professionale, riducendo con ciò l’arbitrio dell’amministrazione, v. SCOCA, *op. cit.*, 536.

(oggettivo) di incidenza del reato commesso sull'affidabilità contrattuale del concorrente e, conseguentemente, evitare eccessi di discrezionalità decisionale da parte della Pubblica Amministrazione; secondo questa prospettiva, la tensione verso un'oggettivizzazione dei criteri di valutazione allenterebbe il rischio che il potere discrezionale della stazione appaltante tracciasse in un "giudizio arbitrario"¹⁹⁴.

L'individuazione del parametro discrezionale di rilevanza dei reati e la comprensione delle modalità attraverso cui gli stessi possano compromettere l'affidabilità del soggetto competitore non esauriscono, tuttavia, le problematiche sottese all'argomento che si discute; emerge l'esigenza di esaminare attraverso quali criteri la Pubblica Amministrazione debba orientare la sua valutazione, quale debba essere il livello di indagine e fino a che punto la stessa Pubblica Amministrazione possa "spingersi" nell'esaminare circostanze che hanno qualificato la condotta come criminosa e che sono state oggetto di accertamento penale.

In proposito, il Consiglio di Stato aveva affermato, già prima dell'emanazione del Codice degli appalti pubblici, che oggetto d'interesse e d'accertamento della stazione appaltante deve essere non lo svolgimento di un esame superficiale o, al contrario, sovrabbondante, ma "*un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio*": tale indagine non può prescindere anche dalla attenta valutazione della professionalità del concorrente, per come si sia manifestata nel corso del tempo¹⁹⁵. Non è sufficiente, quindi, che l'amministrazione si limiti a ravvisare acriticamente la sussistenza di un legame oggettivo tra la fattispecie penale e l'oggetto dell'appalto, bensì è necessario che essa ne valuti l'effettivo impatto (derivato) sulla moralità professionale¹⁹⁶. Per altro verso, la valutazione cui è chiamata la stazione

¹⁹⁴ Sull'oggetto e sui limiti della discrezionalità amministrativa cfr., in senso ampio, FERRI, *Le scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione nell'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici, concessioni e forniture*, Modena, 1994, 19 ss.: "Può sembrare ovvia la precisazione che la libertà di scelta della Pubblica Amministrazione non deve mai essere identificata con il mero arbitrio e con la libertà di cui godono i privati nella loro attività negoziale, in quanto la Pubblica Amministrazione deve sempre perseguire il pubblico interesse. Ma forse non è sempre ben chiaro che questa esigenza costituisce l'oggetto di un vero comando giuridico e che in questo comando riposa l'essenza della discrezionalità, istituto che ha avuto la sua più profonda elaborazione nell'ambito giurisprudenziale e dottrinale del diritto amministrativo (...) Il nesso esistente tra la discrezionalità della Pubblica Amministrazione nell'affidamento delle opere pubbliche, forniture ecc. e il principio costituzionale dell'imparzialità della stessa p.a., quale emerge dagli articoli 97 e 98 della Costituzione, appare evidente".

¹⁹⁵ Cons. di Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1, 188.

¹⁹⁶ È, invero, principio consolidato che la stazione appaltante debba motivare compiutamente le ragioni della ritenuta incidenza della condanna sulla moralità professionale: l'assenza di motivazione o una motivazione lacunosa determineranno l'illegittimità del provvedimento assunto, *sub specie* di eccesso di

appaltante non può, nemmeno, determinare una sorta di inammissibile revisione del giudizio penale, dovendo, invece, consistere in una ponderazione delle circostanze che hanno caratterizzato la condotta criminosa – sì come emerse nel giudizio penale – al fine di accertarne le “ricadute” sul requisito della moralità professionale¹⁹⁷.

Tracciati i limiti estremi, in senso minimo e in senso massimo, dell’attività di accertamento della Pubblica Amministrazione, ovvero i confini oltre i quali la discrezionalità non deve “spingersi”, si rende ora opportuno esaminare l’effettivo oggetto dell’attività valutativa amministrativa e, perciò, precisare cosa debba intendersi per “*accurata indagine sul fatto*”.

Ebbene, sul punto la giurisprudenza amministrativa si è espressa più volte con una serie di decisioni dalle quali emerge come l’«immoralità» professionale “*non si esaurisce nella violazione delle regole di diligenza tecnica, ma presuppone la realizzazione di un fatto di reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione*”¹⁹⁸: ne consegue che la Pubblica Amministrazione sarà tenuta a commisurare, anzitutto, la propria valutazione (discrezionale) sul fatto (di reato) e sulla connotazione negativa che questo esercita rispetto alla condotta professionale (strettamente intesa) del soggetto interessato¹⁹⁹. L’esame della fattispecie

potere per difetto di motivazione. V. TAR Marche, 4 febbraio 2005, n. 114, in *Foro amm.: TAR*, 2005, 2, 395; TAR Calabria, sez. II, 19 giugno 2006, n. 664, cit.. Si veda, poi, Cons. di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, cit., in cui si afferma che l’apprezzamento circa l’incidenza sulla moralità professionale deve essere adeguatamente motivato e non può ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna. Poiché compete alle stazioni appaltanti la valutazione dell’incidenza del reato sulla moralità professionale, stante la scelta operata dal legislatore di non prevedere specificamente le fattispecie incidenti – a causa della rapida evoluzione e trasformazione dei fenomeni criminali – dell’esercizio di tale potere discrezionale di valutazione si deve dare contezza con idonea e congrua motivazione.

¹⁹⁷ PROVOLO, *op. cit.*, 657. Negli stessi termini, si è espresso Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2006, n. 2373, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2006, 411 ss. (con nota di VACCA, *Fenomenologia dell’accertamento delle cause di esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per condanne penali incidenti sulla moralità professionale*). Su un piano generale, la Pubblica Amministrazione non può sostituirsi al giudice penale: l’esistenza della condanna “non può essere messa in discussione, spingendosi fino a una sorta di revisione del processo penale, conclusosi con una sentenza sfavorevole, per mettere in evidenza la sostanziale non colpevolezza del soggetto interessato”.

¹⁹⁸ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, in *Foro amm. CDS*, 2006, I, 188. Tale orientamento risulta confermato già da Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2002, n. 6482, in *Cons. di Stato*, II, 2552, secondo cui “il concetto di moralità professionale presuppone la realizzazione di un fatto di reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi della professione”; Cons. Stato, sez. v, 6 giugno 2002, 3183 in *Cons. di Stato*, 2002, I, 176, secondo cui “la mancanza di moralità deve derivare dall’attività svolta dal soggetto nell’esercizio dell’attività attinente alla sua professione”; si veda, ancora, Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2003, n.1145, in *Giust. Amministrativa.*, 2003, 414; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1378.

¹⁹⁹ Non sono mancate comunque pronunce che sembrano contraddire questo orientamento, dalle quali si evince che la valutazione debba essere estesa a tutte le attività professionali svolte in passato dal

penale dovrà essere, poi, “accurato”, e non limitarsi ad “*un freddo e semplice richiamo del tipo di reato e della sua generica attinenza alla materia dell'appalto*”, dacché tale esame dovrebbe avere come fine essenziale il riscontro di un effettivo “vincolo causale” tra la (condotta della) figura criminosa e il venir meno della moralità professionale del reo²⁰⁰.

Viepiù, in assenza di parametri normativi predeterminati e proprio al fine di evitare una valutazione meramente astratta del caso ad oggetto, la Pubblica Amministrazione deve anche tenere conto degli ulteriori “*elementi delle fattispecie che possono incidere sulla fiducia contrattuale*”, quali l’elemento psicologico, le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti*, il tempo trascorso dalla condanna, il tipo di condanna, le eventuali recidive e la gravità del fatto²⁰¹. Tali elementi fungerebbero, quindi, da possibili “indici sintomatici” di sussistenza o meno della moralità professionale²⁰².

concorrente e non solo a quella esercitata al momento dell’offerta e specificatamente attinente all’esecuzione dei lavori pubblici. Si veda per esempio TAR Piemonte, sez. I, 13 novembre 2002, n. 1857, in *Giust. Amministrativa*, 2002, 1305 (con nota di CARPARELLI, *Considerazioni brevi sulle dichiarazioni non veritiere nelle gare pubbliche e sulle conseguente revoca, in autotutela, dell’aggiudicazione provvisoria*), secondo cui “l’espressione “moralità professionale” si riferisce, non alle competenze professionali, ma ad una nozione ampia comprendente la gestione di tutta l’attività professionale”; si veda ancora Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5321, in *Cons. di Stato*, 2003, I, 1974, che ha ritenuto influente sulla “moralità professionale” il reato compiuto dall’amministratore dell’impresa partecipante alla gara posto in essere in qualità di componente di gestione di unità sanitaria locale. In questo caso, pur essendo a rigore l’illecito penale estraneo alla “professionalità” di per sé intesa, è stato sostenuto che l’attività svolta dal soggetto “costituisce parte del bagaglio professionale di ciascun amministratore e non può essere cancellata nel valutare la sua affidabilità professionale solo perché – come nel caso esaminato nella sentenza – una volta cessata l’attività di gestione dell’ente pubblico egli riprenda la sua attività ordinaria. Questo orientamento “estensivo” è stato messo in luce e criticato da SAITTA, *Moralità professionale e partecipazione alle gare*, cit.

²⁰⁰ L’ente aggiudicatore non dovrà sovrapporre la propria valutazione con quella del giudice penale, ma utilizzerà quest’ultima per individuare un concreto nesso causale tra reato sanzionato e assenza di moralità professionale. Cfr. PROVOLO, *op. cit.*, 657.

²⁰¹ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1218; Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2373, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1425. RAGAZZO, *op. cit.*, 171. Per quanto riguarda il criterio della recidiva, va sottolineato come lo stesso sia stato accolto dal legislatore con specifico riferimento alla disciplina riguardante l’esclusione delle persone giuridiche. Su questo si veda più diffusamente *infra* nel corso della trattazione relativa alle problematiche della lettera m) dell’articolo 38.

²⁰² Sul punto, la giurisprudenza mostra un’apertura nei confronti delle stazioni appaltanti, consentendo alle stesse di tenere conto di taluni elementi delle fattispecie che fungano da “*indici rivelatori*” e offrano limitati “*margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie*”. Vedi, sul punto specifico, Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2003, n.1145, cit.; Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129, in *Cons. di Stato CDS*, I, 2003, 990; TAR Piemonte, sez. I, 13 novembre 2002, 1857, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 3533; TAR Campania, Salerno, sez. I, 15 maggio 2003, 495 in *Foro Amm. TAR*, 2003, 1748. Vedi, pure, VACCA, *Fenomenologia dell’accertamento delle cause di esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per condanne incidenti sulla moralità professionale*, cit.

Ancora una volta, punto centrale, ed allo stesso tempo critico, della tematica è la misura dell'accuratezza d'indagine che si esige dalla Pubblica Amministrazione e il "contenimento" di un'attività che non solo rischia di "filtrare" le ragioni di una decisione penale ma, pure, di invadere lo stesso campo penalistico, prospettiva inammissibile in una prospettiva di legalità, oltre che potenzialmente foriera di conseguenze aberranti. Tali ragioni, nonostante la condivisione di alcuni dei punti sopra delineati dalla giurisprudenza, animano le considerazioni critiche rivolte all'individuazione di più "strette (de)limitazioni" del parametro di accuratezza fissato: il canone di accuratezza dovrebbe essere limitato unicamente alla valutazione "del fatto" e dovrebbe, per di più, arrestarsi di fronte alle limitazioni espressamente imposte dalla legge.

Invero, l'indagine amministrativa trova nella legge molteplici limitazioni, tanto con riferimento ai soggetti che hanno già subito una condanna, quanto con riguardo ad eventuali ipotesi di riabilitazione (ai sensi dell'art. 178 c.p.) o di estinzione del reato (ai sensi dell'art. 445 c.p.p.)²⁰³; altresì, ai fini della considerazione dei fattori capaci di incidere sull'affidabilità professionale, non potrebbe non assumere rilievo lo *ius superveniens*, allorché intervenisse una successiva depenalizzazione del fatto

²⁰³ Il legislatore tralascia le altre cause di generali di estinzione del reato e della pena. Particolare attenzione dovrà, comunque, prestarsi rispetto alla non menzione della condanna nel casellario giudiziale ai sensi dell'articolo 177 c.p. Va preliminarmente chiarito che tale beneficio, come sottolineato dalla giurisprudenza, è "volto esclusivamente a non pregiudicare la reputazione del soggetto nei confronti dei privati" e non è atto a reintegrare quella "soglia di specialità morale che la normativa di settore ritiene inidonea come requisito soggettivo per poter contrattare con la Pubblica Amministrazione". Si veda, a proposito, Cons. di St., sez. V del 12 aprile 2007, n.1723, in *Foro Amm. CDS*, 2007, 4, 1218. Sul punto bisogna precisare che, al di là della classificazione adottata nel c.p., il beneficio *ex art. 175* non estingue propriamente la pena, ma limita un effetto particolare della condanna e mira a facilitare reinserimento sociale del condannato, evitandogli soprattutto le difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro (per tutti, sul punto, si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, 874). Da questi elementi deriva poi un'importante implicazione pratica: il concorrente assolverà compiutamente l'obbligo di dichiarazione in sede di gara indicando anche quei precedenti relativamente ai quali abbia beneficiato della non menzione. Sul punto, il comma 2 dell'articolo 38 – sì come recentemente modificato (*rectius*: sostituito) dall'articolo 4, comma 2, d.l. 13 maggio, 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 – precisa che il concorrente attestante il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva deve indicare "tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per cui abbia beneficiato della non menzione". Si tratta, come anticipato, di un intervento legislativo quanto mai opportuno, che pur tuttavia non ha eliminato le contraddizioni insite nel sistema e le conseguenti considerazioni critiche di applicabilità. Sul punto, si è già osservato come la stessa l'amministrazione aggiudicatrice, secondo il codice degli appalti, benché solo ai fini dei "controlli successivi in corso di gara sulla veridicità della dichiarazioni", debba richiedere la presentazione di documenti e certificati, con evidente aggravio del procedimento amministrativo, possibili dilatazioni dei tempi dell'istruttoria, instaurazione di sub-procedimenti accertativi delle condizioni di partecipazione alle gare, ecc.

commesso, antecedente l'indizione della gara²⁰⁴. Nel tal caso, conformemente ai principi generali, al concorrente non potrebbe essere impedita la partecipazione alla gara. Quanto brevemente accennato, permette di intuire come molteplici siano i profili critici da affrontare in relazione a tale ipotesi di esclusione. Come si avrà modo di vedere di seguito, particolare attenzione merita il profilo che attiene al concetto di "gravità del reato", come pure quello concernente la "tipologia di condanna" pronunciata, nonché l'individuazione del novero di reati che assumono rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, ovvero quei reati certamente incidenti sulla moralità professionale (e gravi come vedremo) ma che siano pure lesivi di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità.

3.3. La nozione di "reato grave": l'assenza di parametri fissi e predeterminati.

La lettera c) dell'articolo 38 citato prevede, ai fini dell'esclusione discrezionale dalla gara, non è sufficiente la condanna per un reato che incida sulla moralità professionale del soggetto, bensì è necessario che si tratti, pure, di un reato "grave". La nuova formulazione utilizzata dal legislatore desta, tuttavia, qualche perplessità, giacché l'accezione di "gravità" pare costituire, ora, una caratterizzazione del reato, più che delle modalità di incisione sull'affidabilità del soggetto, come in precedenza²⁰⁵.

In passato, infatti, il legislatore aveva optato per una diversa impostazione logica ed aveva ricollegato suddetta connotazione agli "effetti negativi" che il reato poteva determinare sull'affidabilità del soggetto concorrente a prescindere, quindi, da una

²⁰⁴ Cfr. sul tema, già, Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2538, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1094; Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2000, n. 1770, in *Foro amm.*, 2000, 915. Va segnalato come il Codice degli appalti non consideri un'ipotesi di sopravvenuta depenalizzazione. Pur tuttavia, a tal riguardo, la giurisprudenza ha già censurato un provvedimento di esclusione fondato su reato depenalizzato prima dell'emanazione del bando di gara, considerando che, ove così non fosse, l'Amministrazione adopererebbe "una sorta di ultrattività del progresso profilo penale, impraticabile ai sensi dei principi sulla successione delle leggi penali, e in particolare per contrasto con l'articolo 2, comma 2, c.p. che priva di ogni rilievo le condanne riportate in tema di reati successivamente depenalizzati". Cfr. Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3185, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1378.

²⁰⁵ Una superficiale lettura dell'articolo 38 del Codice, comma 1, lettera c), pare avallare le tesi di quanti considerano la nozione di gravità come un vero e proprio parametro-guida, del tutto distinto ora da quello della "moralità professionale" e semmai riferito al reato in sé e per sé considerato. Al di là del dato letterale, possono sollevarsi dubbi sul fatto che alla suddetta nozione di gravità debba ora attribuirsi una connotazione qualificante di disvalore penale intrinseco al reato, dal momento che nella normativa comunitaria oggetto di attuazione nel Codice degli appalti (ovvero le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) manca ogni tipo di riferimento in proposito. Cfr., diffusamente sul punto, PROVOLO, *Note in tema di requisiti "penalistici" per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 38 d. lgs. 12 aprile 2006, n.163)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 657.

qualificazione del disvalore intrinseco del reato in questione²⁰⁶. In tal senso, può farsi cenno alla nozione di gravità contenuta nella previgente normativa, all'articolo 18, comma 1, del d.lgs. n. 406 del 1991²⁰⁷, articolo in cui veniva impiegata la locuzione “*reato che incida gravemente*” sulla moralità professionale del concorrente e che, dunque, esplicitava la necessità di una “correlazione funzionale” tra i due requisiti, quello della gravità e della moralità. La “nuova” nozione di gravità del reato, invece, sembra abbandonare suddetta impostazione e necessita, conseguentemente, di opportuni chiarimenti, giacché, ad una prima lettura, essa non pare esser connessa all'incidenza che il reato eserciterebbe sulla moralità professionale, ma sembrerebbe, piuttosto, riferibile alla gravità penalistica intrinseca del reato.

Una tale soluzione, tuttavia, non convince, giacché, se così fosse, verrebbe, forse con troppa leggerezza da parte del legislatore, rimesso alla valutazione della stazione appaltante non il giudizio sull'affidabilità del soggetto partecipante, ma l'apprezzamento della gravità del reato in sé²⁰⁸. In altri termini, si rischierebbe di determinare un ulteriore ampliamento dei margini di discrezionalità²⁰⁹ nell'esercizio del potere di scelta dei concorrenti e di dilatare, oltre misura, le perplessità, manifestate nel paragrafo che precede, relative ad una sorta di “invasione del campo penale” da parte della discrezionalità amministrativa²¹⁰. Punti critici della questione, dunque,

²⁰⁶ Con riferimento alla pregressa locuzione utilizzata, il Consiglio di Stato aveva già affermato come una condanna inflitta con decreto penale per il reato di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina – condotta prevista e punita dall'articolo 677 c.p. quale fattispecie contravvenzionale omissiva e di pericolo, a struttura normalmente colposa e sanzionata con la sola ammenda – non fosse ostativa alla partecipazione alla gara, attesa l'oggettiva e concreta inidoneità ad evidenziare la carenza della necessaria moralità professionale del concorrente. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, cit. La pronuncia, viepiù, pareva stabilire pure che l'assunto secondo cui le contravvenzioni siano tutte da ritenersi reati non gravi, ai fini che qui interessano, non potesse trovare giustificazione.

²⁰⁷ Cfr. D. lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (“*Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*”) il cui articolo 18 (abrogato dall'articolo 231 del d.P.R. n. 554 del 1999) prevedeva che: “*Indipendentemente da quanto previsto dagli articoli 20 e 21 della legge 10 febbraio 1962, n. 57, e successive modificazioni, può essere escluso dalla procedura di appalto o di concessione il concorrente (...) che abbia riportato condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale*”.

²⁰⁸ Giova precisare come il riferimento alla gravità del reato sia del tutto assente nella disciplina comunitaria.

²⁰⁹ Cfr. per tutti, RAGAZZO, *op. cit.*, 167: “La formula adoperata dal codice, di reato grave incidente sulla moralità professionale, consente all'amministrazione un'ampia valutazione discrezionale del caso concreto per stabilire la rilevanza o meno di una data condanna penale ancorché estranea alla qualità di imprenditore”.

²¹⁰ Il rischio nemmeno troppo remoto diviene quello di invadere il campo penalistico, scelta inammissibile in una “prospettiva di ossequio al principio di legalità”, oltre che potenzialmente foriera di conseguenze aberranti. Le perplessità esaminate nel paragrafo precedente non cedono nemmeno di fronte all'osservazione che la stazione appaltante sarà comunque tenuta a dare contezza di aver effettuato una

diverrebbero, ancora una volta, sia l'oggetto della valutazione amministrativa, sia la "misura" (di accuratezza) nell'indagine che si esige dalla singola stazione appaltante, nonché l'ulteriore rischio che l'attività di questa non solo arrivi a sindacare l'accertamento contenuto in un giudizio penale, ma possa pure non comprendere appieno le ragioni della decisione penale stessa.

Tale critica non lascia spazio a ripensamenti e si condividono, pertanto, le tesi di quanti auspicano un recupero della pregressa logica interpretativa e correlano la nozione di gravità del reato all'incidenza che lo stesso reato eserciterebbe sulla moralità professionale²¹¹. In tal senso, paiono condivisibili quelle asserzioni esplicitate dall'Autorità di vigilanza e quelle applicazioni della giurisprudenza amministrativa²¹² che, in sostanza, individuano nella nozione di gravità uno dei parametri alla stregua dei quali valutare l'incidenza del reato sulla fiducia contrattuale²¹³: parametri quali

concreta valutazione della "gravità" del reato e a rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara. Ed, anzi, paiono oltremodo condivisibili le argomentazioni volte a sostenere una presumibile incapacità per la Pubblica Amministrazione ad esprimere apprezzamenti e valutazioni in ordine a questioni che richiedono conoscenze e considerazioni di stampo prettamente penale. Rileva, in proposito, BALDI, *op. cit.*, 242, che, con la previsione del requisito della "gravità", viene consacrato il principio di ponderazione tra l'interesse della Pubblica Amministrazione a non contrattare con soggetti non affidabili sotto il profilo morale e professionale, e la libertà di iniziativa economica, che costituisce uno dei diritti comunitari fondamentali, la quale può essere limitata solo in presenza di fattispecie di reato che assumano il connotato della gravità.

²¹¹ La nozione di gravità verrebbe, quindi, intesa e "degradata" a mero indice o elemento "rivelatore" della sussistenza di una moralità professionale nel soggetto ed eviterebbe, invece, di tradursi in una valutazione dell'entità della condanna per costituire, così, il fondamento di un semplicistico apprezzamento del precedente penale. Si veda, in proposito, BALDI, *op. cit.*, 242; PROVOLO, *op. cit.*, 657; RAGAZZO, *op. cit.*, 167.

²¹² Nella deliberazione n. 123 del 2007, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ha precisato come il riferimento alla "gravità" dei reati oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante, contenuto nell'art. 38 co. 1, lett. c) del Codice degli appalti, presupponga una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi reati. Cfr., in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1218; Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2373, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1425; Cons. Stato, sez. V., 28 aprile 2003, n. 2129, in *Cons. di Stato CDS*, I, 2003, 990. Sul punto, l'unica apertura mostrata dalla giurisprudenza nei confronti delle stazioni appaltanti, è quella di consentire alle stesse di tenere conto di alcuni elementi delle fattispecie che fungano da "indici rivelatori" e offrano limitati "margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie".

²¹³ VEDI GIAMPAOLINO, *op. cit.*, 739: "Per la qualificazione di gravità del reato, tenendo fermo il fatto che il legislatore non ha elencato le singole tipologie di reati d'interesse, soccorrono i parametri indicati dalla giurisprudenza amministrativa nel corso del tempo: in particolare la circostanza che l'Amministrazione deve valutare caso per caso ed adeguatamente motivare consiste nel modo in cui la fattispecie di reato incida sul vincolo fiduciario da instaurarsi con la stessa, non applicando criteri astratti ed automatici di meccanica sussunzione del tipo di reato alla tipologia dell'affidamento ma accertando le peculiarità del caso concreto riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato. In particolare, quest'ultimo parametro rileva in modo decisivo in quanto criterio regolativo della valutazione di gravità del reato, senz'altro tale da orientare la determinazione della rilevanza del reato riscontrato e la sua specifica virulenza in ordine al vincolo fiduciario da instaurarsi, attraverso la stipula del contratto, con l'Amministrazione interessata".

l'elemento psicologico, le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti*, il tempo trascorso dalla condanna, il tipo di condanna, le eventuali recidive e la gravità del fatto (e non del reato) appunto. Tali criteri, come già visto, fungerebbero da possibili "*indici sintomatici*" di sussistenza o meno della moralità professionale ed, al tempo stesso, dovrebbero costituire dei limiti in grado di "arginare" possibili valutazioni, meramente astratte, della Pubblica Amministrazione. Essi avrebbero il pregio, in altre parole, di consentire alla stazione appaltante di non applicare "*criteri astratti ed automatici di meccanica sussunzione del tipo di reato*" rispetto alla tipologia dell'affidamento e, conseguentemente, permetterebbero alla stessa di valutare adeguatamente caso per caso e di poter argomentare, in un'ottica di trasparenza, le ragioni in base alle quali la fattispecie di reato inciderebbe sul vincolo fiduciario.

Nonostante la condivisione dell'impostazione di fondo (ovvero quella di riferire la nozione di gravità all'incidenza che il reato eserciterebbe sulla moralità professionale), preme, tuttavia, esporre, brevemente, pure le ulteriori argomentazioni che animano la critica nei confronti della diversa lettura, ovvero di quella che intenderebbe ravvisare nell'accezione di gravità una "*connotazione qualificante*" del reato.

Ebbene, si ritiene che un diverso (e forse anche più significativo) ordine di ragioni osti a tale lettura; ragioni che si fondano sull'assenza di parametri fissi e predeterminati e, dunque, sull'implicito rischio di avallare un palese *deficit* di legalità e di certezza del diritto. Invero, una cd. connotazione qualificante del termine dovrebbe forzatamente ragionare sull'individuazione di più "strette (de)limitazioni" della nozione utilizzata dal legislatore e suggerirebbe la necessità di un ancoraggio del concetto di "reato grave" a connotazioni normative che denotino un elevato grado di determinatezza. Nella vigente normativa degli appalti, tuttavia, non si rinvencono parametri certi e predeterminati che possano orientare la valutazione della "gravità" nel contesto considerato: emerge, pertanto, l'esigenza di cercare tali parametri altrove e di indagare suddetto ancoraggio in una prospettiva penalistica.

Punto d'osservazione privilegiato diverrebbe, in tal senso, il disposto dell'articolo 133 c.p. ed, in particolare, quanto detto al primo comma di tale articolo ove si rinvencono gli indici di commisurazione della gravità del reato di cui il giudice penale deve tener

conto nell'esercizio del suo potere discrezionale di applicazione della pena²¹⁴. L'apprezzamento riservato alla Pubblica Amministrazione e la relativa valutazione della gravità del reato dovrebbero, in base a tale assunto, "evocare" la logica commisurativa penale e fondarsi (anche e non solo) sui parametri forniti dall'articolo 133, comma 1, c.p., di modo che l'amministrazione aggiudicatrice possa "adeguarsi" agli stessi criteri legali di valutazione che guidano la discrezionalità del giudice penale nella determinazione della pena.

Rimane da chiedersi, tuttavia, se il ricorso a siffatti indici di commisurazione risolva effettivamente il *deficit* di determinatezza accennato o se, piuttosto, non sposti l'attenzione del problema (se non, addirittura, generi nuove problematiche), atteso che, come vedremo meglio appresso, la disposizione citata non fornisce in realtà indicazioni univoche, ma fa riferimento a fattori che assumono un significato ed una rilevanza diversi a seconda della finalità prevalente che l'interprete assegni alla funzione di pena in sede commisurativa. La crescente presa di consapevolezza delle insufficienze dell'articolo 133 c.p. ed il recente ritorno di interesse intorno al tema della commisurazione della pena, fino alla pretesa "esigenza di una rilettura costituzionalmente orientata dell'articolo 133 c.p."²¹⁵, evidenziano come tale asserito ancoraggio rischi di risolversi in un "espediente di mera facciata": in altri termini, una soluzione, astrattamente e logicamente, plausibile che, però, sul piano concreto, si rivela un mero "palliativo".

3.4. (segue) La valutazione della gravità del reato in ordine ai parametri di commisurazione previsti dall'articolo 133 c.p. Ambiguità e insufficienze del modello di disciplina predisposto.

L'orientamento che vorrebbe rinvenire nell'accezione di "gravità" una connotazione qualificante del reato, come accennato, deve ragionare sulla necessità di ancorare

²¹⁴ Tali indici sono individuati dall'articolo 133 c.p., rubricato "*Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena*", ove si prevede, al comma 1, che: "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa".

²¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 727.

l'attività di selezione (ed il relativo apprezzamento) delle stazioni appaltanti a parametri fissi e predeterminati; tali parametri dovrebbero essere offerti dal disposto dell'articolo 133, comma 1, c.p. ed, in particolare, da quegli indici di commisurazione della gravità del reato di cui il giudice penale deve tener conto nell'esercizio del suo potere discrezionale di applicazione della pena²¹⁶. In tal senso, la logica valutativa della Pubblica Amministrazione pretenderebbe di rievocare la *ratio* sottesa ai criteri di commisurazione della pena, criteri che dovrebbero "brillare" in quanto a chiarezza e determinatezza. Si rende, perciò, opportuno definire i tratti caratterizzanti, nonché gli aspetti problematici che più interessano suddetto modello di disciplina e comprendere se (e fino a che punto) tali parametri di commisurazione risolvano il *vulnus* di determinatezza sopra prospettato.

Il giudice, nel determinare il tipo di sanzione da applicare per il reato commesso nonché la quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra un minimo ed un massimo edittale, risulta essere soggetto ad alcuni limiti. L'individuazione di suddetti vincoli-limiti giuridici, legislativamente predeterminati, dovrebbe rinvenirsi (oltre che nell'individuazione di una cornice edittale) nell'obbligo di motivazione contemplato all'articolo 132 c.p. e nella previsione esplicita degli indici di commisurazione di cui all'articolo 133 c.p.

Il primo vincolo implicherebbe l'imposizione di un adempimento volto a poter garantire un controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere giudicante; il secondo, individuerrebbe, invece, quegli indici "fattuali", considerabili nelle rispettive componenti

²¹⁶ Per "commisurazione della pena" si intende la determinazione, da parte del giudice, della quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra un minimo ed un massimo edittale, come pure la scelta "vincolata" del tipo di sanzione da applicare per il reato commesso. Per approfondimenti in argomento si confronti, AMODIO, (voce) *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 229; BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in AA.VV., *Il Tommaso Natale*, Milano, 1975, 149; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369; DOLCINI, *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 34; PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25; SATURNINO, (voce) *Discrezionalità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 5. Nello scegliere la pena adatta al caso concreto, il giudice esercita un potere discrezionale: lo riconosce in maniera esplicita l'art. 132, comma 1, il quale afferma che "nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente"; nello stesso comma, il legislatore però aggiunge che l'organo giudicante sarebbe vincolato, giacché "deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale". A specifico riguardo, si osservi FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 725: "Sorge il problema di stabilire se il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena sia libero o vincolato. È opinione dominante che si tratti di una discrezionalità vincolata (...) proprio in quanto giuridicamente vincolata, la discrezionalità in sede di commisurazione si limiterebbe a proseguire l'opera del legislatore, concretizzandone le scelte e realizzandone i fini in rapporto al fatto concreto oggetto di giudizio".

materiali e psicologiche, che dovrebbero dominare il complesso *iter* commisurativo della pena, nonché “tracciare il percorso logico e argomentativo” sotteso alla decisione del giudice. Il legislatore, dunque, almeno nelle intenzioni, avrebbe voluto predisporre un sistema di discrezionalità limitata (*rectius*: vincolata): occorre, tuttavia, chiedersi se l’obiettivo legislativo perseguito sia stato effettivamente centrato o se, piuttosto, possa dirsi solo apparentemente soddisfatto.

La risposta a suddetto quesito si rivela di preminente importanza per la problematica che più interessa il presente elaborato, dacché riverbera i propri effetti sull’ambito di operatività riconosciuto alle stazioni appaltanti. Infatti, l’individuazione di un sistema che, anziché rivelarsi quale un punto sicuro d’appoggio per le stazioni appaltanti, presenti (ulteriori) ambiguità ed insufficienze in termini di legalità – unitamente alle osservazioni critiche già mosse riguardo ad un eccessivo spazio di discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione – non solo non pare costituire una soluzione ai problemi sopra individuati, ma sembra addirittura porne di nuovi e diversi.

Ebbene, per quanto concerne l’analisi del modello di disciplina della commisurazione della pena, non mancano, in dottrina, voci critiche tese ad auspicare un “ripensamento” se non, addirittura, una riformulazione, fino ad una pretesa “*esigenza di una rilettura costituzionalmente orientata*” della tematica, in un’ottica di crescente preoccupazione per le “*carenze*” che interessano il momento di determinazione in concreto della pena²¹⁷. Conformemente, pure in sede di applicazione giurisprudenziale, si registra sia una diffusa “riluttanza” a concepire suddetti vincoli come criteri in grado di poter davvero “veicolare” l’esercizio del potere discrezionale del giudice, sia la tendenza a reagire “*in chiave di supplenza della magistratura all’inerzia riformistica del potere legislativo*”²¹⁸. In altre parole, volendo anticipare una parziale conclusione, si ritiene che

²¹⁷ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973; DOLCINI, *op. cit.*, 39; ID, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 345; ID, *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 812; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976, 283; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 734 ss.

²¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, 734: “Ma è altresì da segnalare come i giudici di merito manifestino per lo più una tendenza generalizzata ad irrogare la pena nel minimo, o in prossimità del minimo edittale. Se questo fenomeno si spiega come un espediente diretto a rimediare all’exasperato rigorismo delle originarie scelte sanzionatorie del legislatore del ’30, e quindi in chiave di supplenza della magistratura nei confronti dell’inerzia riformistica del potere legislativo, non è però meno vero che si tratta di un orientamento che va incontro a limiti e rischi; da un lato, l’intento pur condivisibile di adeguare alla sensibilità dei nostri tempi l’impianto sanzionatorio del codice può anche sfociare in una forma di poco controllata indulgenza; dall’altro, la tentazione della supplenza (nel senso anzidetto) rischia di far sposare una logica che collide con le specifiche esigenze della commisurazione della pena”.

tali vincoli risultino sviliti al punto da minare alle fondamenta la *ratio* del sistema fino a determinarne il “fallimento”²¹⁹.

Invero, da un lato, l’obbligo di cui all’articolo 132 c.p. finisce per rimanere sostanzialmente eluso mediante il ricorso a “*rituali formulette pigre*”²²⁰ che non esplicano le ragioni della scelta sanzionatoria e, così, superano il vincolo di motivazione, affidando quest’ultima al “pensiero non espresso” dell’interprete; dall’altro, l’articolo 133 c.p. indica criteri di commisurazione che solo apparentemente possono dirsi capaci di limitare il potere discrezionale del legislatore, dal momento che non soltanto non forniscono indicazioni univoche, ma sono pure suscettivi di interpretazioni polivalenti e, per di più, tacciono sui “criteri finalistici” che dovrebbero presiedere all’irrogazione concreta della sanzione²²¹.

In conclusione, a fronte di tali considerazioni, non solo i vincoli citati risultano accentuatamente evasivi rispetto alla finalità (delimitative) che dovrebbero perseguire, ma l’intero modello di disciplina non offre persuasive garanzie in termini di legalità; pare, quindi, di potersi aderire alle opinioni di quanti affermano che l’articolo 133 c.p. non “*brilla certo per cristallina chiarezza*”²²².

In questo panorama, ferme restando le osservazioni già rese nel paragrafo precedente, si comprende come la valutazione della gravità dei reati, ad opera della pubblica

²¹⁹ Cfr. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25; DOLCINI, *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 39; ID, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 345; ID, *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 812. Gli autori muovono plurimi rilievi critici sull’ambiguità e sulle insufficienze del modello di disciplina attualmente previsto. Vedi, in senso ancor più critico, MANNOZZI, *Fini della pena e commisurazione finalisticamente orientata: un dibattito inesauribile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1088; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 741: “Quale che sia l’effettiva portata delle divergenze in atto riscontrabili in seno alla dottrina, è d’altro canto facile pronosticare che qualsiasi nuova proposta interpretativa diretta a razionalizzare la prassi della commisurazione della pena, incontrerà più di un ostacolo negli orientamenti poco controllabili della giurisprudenza. È pertanto da condividere la posizione di quegli autori che sollecitano una riforma dell’attuale art. 133, volta a recepire criteri finalistici di commisurazione della pena di derivazione costituzionale. Anche se ciò non dovesse bastare a risolvere una volta per tutte i problemi della commisurazione, si introdurrebbero in ogni caso elementi di razionalizzazione idonei a consentire quantomeno un maggiore controllo della prassi giudiziaria”.

²²⁰ In tal senso, si faccia riferimento alle consuete formule utilizzate nella prassi applicativa quali “*tenuto conto degli elementi dell’articolo 133 c.p. si stima equa ed adeguata una pena pari a*”; tali formule ovviano all’obbligatorietà della motivazione affidandone l’adempimento all’intuito del giudice, se non ad un suo incontrollabile arbitrio.

²²¹ Cfr. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 328; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 735: “Si comprende, a questo punto, come si sia potuto ben a ragione affermare che l’art. 133 non brilla per cristallina chiarezza”. Gli Autori si “spingono” così a ritenere i criteri del 133 c.p. tanto insufficienti da costituire soltanto una “*mera apparenza*”.

²²² Cfr. NUVOLONE, *op. cit.*, 332; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 735.

Amministrazione, debba necessariamente avvenire sulla base della lettura-impostazione sopra condivisa e non possano, invece, trovare fondamento orientamenti differenti volti ad individuare nella nozione di gravità un requisito avulso da alcuna correlazione con la moralità professionale; in caso contrario, infatti, le stazioni appaltanti non soltanto dovrebbero valutare in via (forse eccessivamente) discrezionale, ma giudicherebbero pure su parametri (già troppo) “claudicanti” in una prospettiva di determinatezza. Conseguentemente, se così fosse, il diritto penale non offrirebbe all’attività di selezione amministrativa un approdo sicuro (certo e predeterminato), ma finirebbe per sommare parametri discrezionali a scelte discrezionali e, così, per generare vere e proprie “zone franche” dalla legalità e di mero arbitrio decisionale.

3.5. *L’offesa di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità.*

L’articolo 38 del Codice degli appalti fa riferimento a reati gravi, incidenti sulla moralità professionale dei soggetti e che siano commessi “*in danno dello Stato o della Comunità*”. Il legislatore ha, così, espresso la scelta di non approntare un’elencazione dettagliata delle fattispecie penali in grado di escludere un partecipante dalla gara ma, al contrario, ha preferito fissare un criterio qualitativo (e qualificante) di individuazione delle stesse: ovvero, l’aver cagionato un “danno” allo “Stato” o alla “Comunità Europea”.

La formulazione linguistica di nuovo conio, rispetto a quella impiegata nella previgente normativa e nella direttiva comunitaria, parrebbe, quindi, ad una prima lettura, operare una restrizione dell’ambito di rilevanza penale; essa, infatti, sembra limitare l’interesse (penale), ai fini dell’esclusione dalla procedura di affidamento, alle sole condanne per reati che determinino un danno per lo Stato e per la Comunità Europea. Conseguentemente, le eventuali pronunce che accertassero, in via definitiva, la responsabilità per reati incidenti sulla moralità professionale dei soggetti partecipanti ad una gara possono acquistare significato “escludente”, ai fini dell’individuazione del novero dei competitori affidabili, soltanto ove dimostrino la sussistenza di un’offesa nei confronti di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità²²³.

²²³ Vedi PROVOLO, *op. cit.*, 657.

Sul punto, giova, preliminarmente dirimere alcuni profili problematici oltre che chiarire alcune questioni interpretative connesse. Si rende, perciò, opportuno comprendere quale sia l'effettiva portata della nozione di "danno", quando essa si possa ritenere "riferibile" a determinati soggetti passivi qualificati, quali lo Stato e la Comunità Europea, e quali ne siano le "ricadute" sulla facoltà di valutazione (e di operatività, in senso lato) delle stazioni appaltanti nelle procedure di scelta dei contraenti affidabili. In altre parole, si ravvisa l'esigenza di capire se il legislatore abbia davvero disposto un'effettiva restrizione del novero di reati che devono essere presi in considerazione ai fini dell'esclusione dalla procedura di affidamento o se ne abbia piuttosto avallato un ampliamento.

Quanto alla prima questione, pare ragionevole definire la portata della nozione di danno in termini piuttosto ampi e omnicomprensivi. Si condivide, in tal senso, l'orientamento di quanti sostengono come la nozione considerata non debba limitarsi soltanto ad ipotesi di danno intese in senso strettamente penalistico, e consistenti nell'offesa a beni o ad interessi facenti capo allo Stato-persona o alla Comunità (es., delitti contro la personalità dello Stato), o allo Stato-amministrazione (delitti contro la Pubblica Amministrazione, delitti contro l'amministrazione della giustizia) o allo Stato-collettività (delitti contro la fede pubblica, delitti contro l'incolumità pubblica), ma includa anche il danno (patrimoniale), civilisticamente inteso, recato allo Stato o alla Comunità²²⁴. Già tale prima considerazione pare contraddire le argomentazioni a sostegno di una pretesa restrizione dell'area di rilevanza penale ed, anzi, costituisce il "preludio" ad un allargamento della sfera di interesse penalistico.

Viepiù, anche l'individuazione dei soggetti passivi che possono subire suddetto danno, ovvero dei soggetti cui sarebbe "riferibile" l'offesa, merita alcune precisazioni, in tal senso. Infatti, per quanto attiene alla nozione di "reati riferibili allo Stato", la genericità della previsione permette, secondo una prima giurisprudenza, di attribuire rilevanza anche ai reati commessi sul territorio di uno Stato diverso da quello nazionale²²⁵, così

²²⁴ Cfr. PROVOLO, *op. cit.*, 657. In tal senso, tali teorie fondano il proprio convincimento sul valore dell'espressione letterale "riferibili", espressione che, evidentemente, evoca un'accezione più ampia e generalizzata.

²²⁵ Per questa soluzione, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 ottobre 2007, n. 6162, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3003, secondo cui rientrerebbero nel novero delle fattispecie in grado di escludere dalla partecipazione ad una gara d'appalto i reati commessi sul territorio di tutta la Comunità Europea, poiché un'interpretazione di questo tipo si evince dalla normativa comunitaria, di cui alla direttiva 2004/18/CE. In particolare, il legislatore, con questa espressione, avrebbe inteso estendere l'area dei reati rilevanti e

determinando un ampliamento del novero dei reati che possono essere presi in considerazione ai fini dell'esclusione. Tale orientamento (giurisprudenziale)²²⁶ fonderebbe il proprio convincimento sull'assunto che il legislatore, all'articolo 38 del Codice, non avrebbe inteso circoscrivere la facoltà di esclusione delle stazioni appaltanti rispetto a determinate tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo, ma avrebbe, piuttosto, voluto ottenere proprio l'effetto contrario²²⁷. Invero, secondo i sostenitori di tale teoria, la circostanza troverebbe conferma nel fatto che una specifica categoria di "reati in danno dello Stato" o "in danno della Comunità" nemmeno esisterebbe in diritto penale. Approfondendo la logica del citato orientamento interpretativo, si evince come il legislatore avrebbe inteso, con tale espressione, estendere l'area dei reati che possono essere presi in esame fino al punto di consentire alla stazione appaltante di valutare non solo quelli commessi nello Stato italiano, ma altresì quelli compiuti sul territorio di tutta la Comunità Europea²²⁸.

Tale orientamento non può, tuttavia, essere condiviso. Seppure si possa ammettere che la locuzione in esame possa operare un ampliamento del novero dei reati rilevanti, si

consentire alla Pubblica Amministrazione "*di valutare non solo i reati compiuti nello Stato italiano, ma anche quelli commessi sul territorio di tutta la Comunità Europea*", dovendosi leggere l'espressione "Stato" come "Stato membro della Comunità Europea".

²²⁶ Nel caso di specie, il T.A.R. adito ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto dell'impresa il cui amministratore delegato e direttore tecnico avevano riportato condanna penale per lesioni personali, conseguenti alla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Più specificamente, l'impresa - esclusa dalla gara poiché la condanna era stata ritenuta incidente sull'affidabilità morale e professionale - presentava ricorso sul presupposto della violazione dell'articolo 38 d. lgs. 163 del 2006, che, al comma 1, lettera c), prevede l'esclusione in ipotesi di condanne per reati gravi "in danno dello Stato o della Comunità", danno che, nel caso di specie, non vi sarebbe stato (cfr., TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 ottobre 2007, n. 6162, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3003).

²²⁷ Pare di potersi condividere, a tal riguardo, quanto criticamente riportato da PROVOLO, *op. cit.*, 657, che, in commento alla sentenza in esame, sostiene che "(...) ciò che ha spinto il giudice amministrativo a dare questa, a mio parere, non condivisibile interpretazione della locuzione in danno dello Stato possa ravvisarsi nell'esigenza di escludere dalla gara un soggetto che, avendo subito condanna per un incidente in cantiere avvenuto per violazione delle norme antinfortunistiche, era da ritenersi inidoneo a rivestire quel requisito di moralità professionale necessario per l'instaurazione del vincolo fiduciario con la p.a. Certo è che forse, anziché forzare la norma con interpretazioni discutibili, meglio avrebbe fatto la stazione appaltante ad escludere l'impresa dalla gara richiamandosi alla lettera e) del co. 1, dell'art. 38 che prevede l'esclusione dalla procedura di affidamento di coloro "che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza", laddove, secondo la determinazione nr. 13 del 2003 dell'Autorità di Vigilanza, la gravità può desumersi dal tipo di infrazione commessa e della corrispondente sanzione, dall'eventuale reiterazione, dal grado della colpevolezza e dalle conseguenze dannose che ne sono derivate (ad es. morte o lesioni del lavoratore)".

²²⁸ Pertanto, l'espressione "Stato" contenuta nell'inciso normativo di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del Codice andrebbe al di là di una descrizione in termini geografici-territoriali e dovrebbe essere interpretata come Stato-Comunità (*rectius*: come Stato membro della Comunità Europea); conseguentemente, le stazioni appaltanti nel valutare la moralità professionale dell'operatore economico interessato all'aggiudicazione dell'appalto dovrebbero prendere in considerazione i reati compiuti all'interno di tutti gli Stati membri.

ritiene assai discutibile una “riduzione” della problematica ad una mera connotazione in termini geografici-territoriali; così come, si ritiene che l’affermazione d’inesistenza di una categoria di reati “in danno dello Stato” non sia altro che una petizione di principio, affermazione, quindi, non dimostrata nello svolgimento del ragionamento argomentativo se non, addirittura, in contraddizione con lo sviluppo del ragionamento stesso. Del resto, se nemmeno esiste una categoria di reati “in danno dello Stato” o “in danno della Comunità” quale pregio avrebbe individuarne i “confini territoriali” di operatività-interesse ai fini dell’esclusione dei partecipanti alle gare?

Per quanto, poi, riguarda le ipotesi di reato in cui si rinvenga l’offesa di interessi facenti capo alla “Comunità” (Comunità europea o Unione europea) si deve rilevare come anche tale questione desti non poche problematiche interpretative. Invero, il codice penale contempla espressamente ipotesi di tal genere²²⁹, ma queste, per i fini che interessano la disciplina degli appalti pubblici, sarebbero (già) soggette alla sanzione interdittiva prevista *ex art. 32-quater* c.p. e, dunque, a norma dello stesso articolo 38, sarebbero sottratte alla valutazione della Pubblica Amministrazione, non sussistendo, in merito ad esse, la possibilità di alcun margine di apprezzamento (come di seguito si spiegherà)²³⁰. Ad una prima lettura, si potrebbe, perciò, concludere che la riferibilità della formulazione linguistica ai reati commessi “in danno della Comunità” si riveli solo un “contenitore vuoto”, superfluo se non, addirittura, foriero di implicazioni aberranti; tale conclusione, tuttavia, non convince e si ritiene, piuttosto, che meriti maggior pregio l’opinione di chi sostiene che si possa ravvisare un’offesa a beni o interessi riconducibili alla Comunità anche “avendo di mira” delitti che non prendono espressamente in considerazione siffatti oggetti di tutela²³¹. Secondo questa prospettiva, pertanto, ad

²²⁹ Tali fattispecie penali sarebbero quelle previste dagli articoli 316-*bis* (Malversazione a danno dello Stato), 317-*ter*, (Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 640 – *bis* (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche).

²³⁰ Si spiegherà meglio nel prossimo § come tale esclusione automatica sia, tuttavia, fondata sulla *ratio* della lettera m) dell’articolo 38 del Codice, piuttosto che sulla seconda parte della lettera c) del medesimo articolo.

²³¹ PROVOLO, *op. cit.*, 657. Invero, come è stato in proposito esattamente rilevato da RIONDATO, *Quadro di applicazione delle norme concernenti i reati di frode comunitaria*, in www.riondato.com: “la circostanza che l’interesse comunitario non sia nominato dalla fattispecie, o comunque non ne emergano dati esplicitamente intonati in senso comunitario, non esclude da sé che essa sia priva di un nesso di collegamento col diritto comunitario”; si rammenta che il nesso di collegamento è imprescindibile ai fini della interferenza del diritto comunitario (anche) in ambito penalistico ed è “sufficiente che la norma sia suscettibile di essere interpretata e/o applicata in collegamento col diritto comunitario”. Più in generale, sul tema della competenza penale comunitaria, v. per tutti RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; ID., *Profili di*

un'apparente restrizione (nominalistica) del novero dei reati rilevanti corrisponderebbe (*rectius*: si sostituirebbe) una sostanziale dilatazione del novero di reati rilevanti ai fini più volte precisati.

Ciò detto, si ritiene necessaria un'analisi delle "ricadute" che le problematiche affrontate riflettono sulla facoltà di scelta della Pubblica Amministrazione. Altresì, si ravvisa l'esigenza di individuare il novero di reati che la stazione appaltante deve prendere in considerazione durante lo svolgimento della propria attività di selezione dei concorrenti. Infatti, sebbene la formulazione dell'articolo 38, comma 1, lett. c), desti plurime perplessità, la singola stazione appaltante (di volta in volta) interessata dovrà determinarsi sulla base di provvedimenti giurisdizionali che accertino (o meno) una penale responsabilità del soggetto per determinati specifici reati.

Ebbene, nonostante le argomentazioni sopra esposte sembrano rinvenire nella nuova formulazione legislativa un ampliamento dell'area penalmente rilevante, pare condivisibile l'orientamento esplicitato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che in più occasioni ha auspicato la necessità di un "ridimensionamento" dell'elencazione dei reati rilevanti²³². Tale Autorità, già con le determinazioni n. 56/2000 e n. 16/23/2001, in accordo con le indicazioni contenute nella circolare n. 182/400/93 del 1.3.2000 del Ministero dei Lavori Pubblici, nonché, pure, con la più volte citata determinazione n. 13 del 2003, aveva espresso il convincimento che i reati soggetti a valutazione discrezionale andassero identificati in quelli previsti contro la Pubblica Amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio, "*se relativi a fatti idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la loro inerenza a specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse*"²³³.

rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1135; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 141 ss.

²³² Sulle funzioni di vigilanza e di segnalazione che competono all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) e, in particolare sulle potestà sanzionatorie ad essa attribuite, cfr. RIONDATO-ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, (a cura di) CAVALERI-DALLE VEDOVE-DURET, Padova, 2003, 31.

²³³ V. GIAMPAOLINO, *op. cit.*, 739. L'Autorità di vigilanza, con le suddette determinazioni aveva precisato come, nel previgente regime incidessero, *tout court*, sulla moralità professionale del concorrente: i reati contro la pubblica amministrazione, i reati contro l'ordine pubblico, i reati contro la fede pubblica e i reati contro il patrimonio, se relativi a fatti la cui natura e contenuto erano ritenuti idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto. Il Consiglio di Stato aveva comunque chiarito come le ipotesi menzionate nelle citate determinazioni avessero valore soltanto enunciativo e come la stazione

In particolare, i delitti contro il patrimonio potranno avere rilevanza qualora ledano interessi riferibili non già a privati ma, anzitutto, allo Stato (ad esempio truffa a danno dello Stato, riciclaggio), così come potrà essere causa di esclusione dalla gara pure la condanna per delitti finanziari (anche tributari) che cagionino la medesima lesione di interessi²³⁴. Acquistano, poi, primaria rilevanza i reati contro la Pubblica Amministrazione, diretti in generale alla tutela del regolare funzionamento degli enti pubblici e, più nello specifico, del buon andamento della Pubblica Amministrazione *ex* art. 97 Cost., dell'interesse statale alla probità, alla riservatezza, all'imparzialità ed alla fedeltà dei pubblici ufficiali²³⁵; si come possono trovare “spazio” anche i reati offensivi di interessi riconducibili allo Stato come quelli contro l'ordine pubblico²³⁶, l'economia pubblica, l'incolumità pubblica (si pensi ad es. al delitto di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, art. 437 c.p.) e contro la fede pubblica²³⁷.

appaltante conservasse piena discrezionalità nel valutare la rilevanza dei reati. Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7195, in www.appaltiecontratti.it. Per un commento, v. ALESIO, *Valutazione dei reati in sede di gara* – Commento alla sentenza del Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7195, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 24 gennaio 2007.

²³⁴ Della categoria dei cd. “delitti finanziari”, precedentemente contemplati dall'art. 52 del d. P. R. n. 554/1999, è scomparso ogni riferimento nel testo dell'art. 38, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006. La stessa categoria include le fattispecie dirette a tutelare la regolarità del mercato dei prodotti finanziari, come quelle di cui agli artt. 485-489 del c.p. (falsità inerenti a titoli di credito), quelle previste dagli artt. 106, 110, 140 del d. lgs. n. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia), quelle emergenti dalla L. 1 marzo 2002, n. 39 (artt. 55 e 56); infine, vi sono incluse pure le fattispecie relative al mercato degli strumenti finanziari previste nel d. lgs. n. 24 febbraio 1998, n. 58 (Cd. decreto Draghi o, a anche, T. U. I. F.) negli artt. 166-170. Un'ulteriore ipotesi sarebbe, infine, costituita dal reato di abuso di informazioni privilegiate, previsto dall'art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998, secondo le modifiche della l. 28 dicembre 2005, n. 262.

²³⁵ Si rende necessario, già qui, anticipare che costituiranno “motivo” di esclusione obbligatoria i reati di corruzione (così come definiti dall'art. 45 della direttiva CE 18/2004) e tutti quelli comportanti l'incapacità a contrattare con la Pubblica Amministrazione. Si tratterà, quindi, dei delitti previsti nel Capo I, del Titolo II, del c.p., di quelli commessi contro l'amministrazione della giustizia (titolo III, del libro II, del c.p.), ovvero di quelli lesivi dell'interesse pubblico a che non sia frustrata l'efficacia dei provvedimenti giudiziari ovvero l'interesse dell'Autorità Giudiziaria all'esercizio esclusivo dei suoi poteri. In questi casi, come visto *supra*, può configurarsi, alquanto nettamente, la lesione di interessi riconducibili alle Comunità europea o Unione europea, quando tali reati impediscano il corretto funzionamento dei rispettivi organismi. Inoltre, esulano da questo elenco le ipotesi comportanti incapacità a contrattare con la P.A. *ex* art. 32-*quater* c. p., determinative di cause di esclusione obbligatoria-automatica come si dirà nel prossimo §.

²³⁶ Per quanto riguarda i reati contro l'ordine pubblico, il d.lgs. n. 163/2006 attribuisce rilevanza ai fini dell'esclusione automatica senza valutazione discrezionale a quelli di “partecipazione ad organizzazione criminale” quali definiti dagli atti comunitari citati dalla direttiva Ce 18 /2004, (416 c.p.), a cui possono essere ricondotti l'associazione a delinquere (art. 416) e l'associazione a delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis*). Restano soggetti al vaglio discrezionale, invece, i reati di istigazione a delinquere (art. 414), istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415), scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter*), assistenza agli associati (art. 418), devastazione e saccheggio (art. 419), attentato a impianti di pubblica utilità (art. 420) e pubblica intimidazione (art. 421).

²³⁷ Rileveranno, in tal senso, le falsità previste nel Capo del titolo VII, i falsi nummari di cui agli artt. 453-457, che non tutelano solo la fede pubblica, ma anche l'interesse dello Stato alla regolarità della

Vengono, inoltre, in considerazione anche quelle categorie di reati che possano incidere sulla moralità professionale e che siano commessi in danno della Comunità Europea (tra i quali: art. 316 *bis*, 317 *ter*, 640 *bis*, c.p.): in generale, i reati che possono offendere anche interessi facenti capo alla Comunità²³⁸. Accanto, infatti, alle fattispecie penali che prendono espressamente in considerazione interessi di origine comunitaria, potrebbe affermarsi pure la rilevanza di altre norme (penali), concernenti fatti che offendano interessi riconducibili alla Comunità Europea o all'Unione Europea (sempre che, per quanto qui interessa, questi incidano sulla moralità professionale dell'aggiudicatario). Pur tuttavia, non si può ritenere che, una volta accertata la sussistenza di una condanna per un qualsiasi reato rilevante, ne consegua “*automaticamente ed obbligatoriamente*” l'esclusione dalla gara di appalto del soggetto interessato, giacché la stazione appaltante, nelle ipotesi oggetto d'esame, dovrà, come già anticipato, valutare, caso per

circolazione monetaria (alla moneta sono parificate dall'art. 458 anche le carte di pubblico credito). Interesse della stessa natura ma relativo ai valori di bollo è tutelato dagli artt. 459, 466, 464 e dalle fattispecie che puniscono le falsità relative ai biglietti di pubbliche imprese di trasporti. Sono poi lesive di interessi riconducibili allo Stato le falsità in sigilli comprese nel capo II del titolo IV del c.p., almeno nei casi di contraffazione di sigillo dello Stato, di un ente pubblico o di un pubblico ufficio (art. 467), dato che la loro commissione impedisce il corretto e regolare svolgimento dell'attività della Pubblica Amministrazione. In questo senso, può essere ricompresa anche la contraffazione di altri pubblici sigilli destinati a pubblica autenticazione e l'uso di tali sigilli e strumenti contraffatti (art. 468), la contraffazione delle impronte di una pubblica amministrazione (art. 469), la vendita o acquisto di cose con impronte contraffatte di una pubblica autenticazione o certificazione (art. 470), l'uso di sigilli e strumenti veri. Ed, ancora, rileveranno i reati di falsità commesse dal pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 476), falsità commessa al pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative (art. 477), falsità materiale commessa al pubblico ufficiale in copie autentiche di atti pubblici o privati e in attestati del contenuto di atti (art. 478), falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 479), falsità ideologica in certificati o in autorizzazioni amministrative (art. 480), falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (art. 481). L'elenco si completa della fattispecie *ex* art. 487 (falsità in foglio firmato in bianco. Atto pubblico), commessa da un pubblico ufficiale. Una tutela in senso ampio al regolare svolgimento dell'attività della Pubblica Amministrazione può essere ravvisata anche nelle fattispecie *ex* artt. 483, 489 e 490. Possono infine avere rilevanza i reati di cui al capo IV (falsità personali): le figure previste dagli artt. 495 e 496 (rispettivamente false attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulle identità o su qualità personali proprie o degli altri e le false dichiarazioni sulle identità o su qualità personali proprie o degli altri) ostacolano, infatti, il regolare svolgimento dell'attività della Pubblica Amministrazione, quando le dichiarazioni mendaci siano rilasciate a un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. Altro reato del capo IV da considerare è la frode nel farsi rilasciare certificati del casellario giudiziale e uso indebito di tali certificati (art. 497), che assume una certa rilevanza perché idonea a sanzionare penalmente una possibile forma di elusione del concorrente nei confronti dei controlli della stazione appaltante. Ancora, rileveranno il reato di possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi (art. 497-*bis*) e il possesso di segni distintivi contraffatti (art. 497-*ter*) e l'usurpazione di titoli ed onori (art. 498).

²³⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, agli illeciti in materia ambientale, economica, finanziaria, che investano settori riguardati da normativa comunitaria e quindi coinvolgano l'interesse comunitario alla tutela da parte dello Stato di un certo bene giuridico.

caso, l'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare a mezzo del contratto con la Pubblica Amministrazione²³⁹.

Le cause di esclusione dei partecipanti possono, quindi, distinguersi tra quelle che, come visto, richiedono una previa valutazione da parte del committente, committente che, pertanto, è chiamato a compiere un accertamento e ad operare secondo un certo margine di discrezionalità (nonché a dare adeguata motivazione alle proprie decisioni) e quelle che “obbligano” (*rectius*: vincolano) l'Amministrazione a procedere all'adozione del provvedimento senza che sia possibile alcun apprezzamento. Suddette ipotesi di esclusione obbligatoria e automatica sono espressamente previste da più lettere dell'articolo 38 citato ed, anche, nell'ambito della stessa lettera c) che si analizza.

3.6. (segue) Ipotesi di esclusione automatica-obbligatoria.

Il novero di reati sopra tratteggiato risulta nettamente distinto da quelle ipotesi che non possono essere oggetto di alcun margine di apprezzamento da parte della Pubblica Amministrazione e che, conseguentemente, determinano un'esclusione obbligatoria ed automatica del concorrente interessato. L'articolo 38, comma 1, lett. c) prevede, infatti, oltre a quanto già detto, pure dei casi in cui sia “*comunque causa di esclusione*”²⁴⁰ la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18²⁴¹. L'accertamento di

²³⁹ PROVOLO, *op. cit.*, 657. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 941, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2, 545, con cui si è ritenuta illegittima l'esclusione dalla gara di un'impresa il cui titolare aveva patteggiato una condanna per resistenza a pubblico ufficiale e guida in stato di ebbrezza.

²⁴⁰ L'articolo ad oggetto prosegue stabilendo che “(...) *l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale*”.

²⁴¹ L'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18, prevede che: “*È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza, per una o più delle ragioni elencate qui di seguito: a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'Articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI*

taluna di dette fattispecie criminose, pertanto, individua un'ipotesi di esclusione dei partecipanti dalla gara non sindacabile, né suscettibile di alcuna valutazione da parte della stazione appaltante²⁴². In questi casi, dunque, non appena l'amministrazione aggiudicatrice viene a conoscenza dell'esistenza di una condanna definitiva relativa a tali reati, deve disporre automaticamente l'esclusione del concorrente dalla gara, senza alcuna valutazione relativa all'eventuale incidenza del reato sulla moralità professionale del concorrente. Il fine è quello di evitare l'affidamento di un lavoro, fornitura o servizio a soggetti che abbiano commesso reati "particolarmente" lesivi di quegli interessi collettivi che gli stessi aggiudicatari sarebbero poi chiamati a realizzare e tutelare.

Il legislatore ha, quindi, apparentemente seguito il criterio direttivo individuato nella legge delega del 18 aprile 2005, n. 62 (*"Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee"*, cd. legge comunitaria 2004), che indicava la necessità di operare un recepimento *tout court* delle direttive CE

del Consiglio; b) corruzione, quale definita rispettivamente all'Articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'Articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio; c) frode ai sensi dell'Articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito all'Articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo. Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale. Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie. Se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti. In funzione del diritto nazionale dello Stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente".

²⁴² In argomento v. ROBALDO-CALIANDRO, *Le cause di esclusione dalle gare pubbliche e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001: legami e conseguenze*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2006, 177; PROVOLO, *op. cit.*, 657: "Ciò significa che in queste ipotesi nominativamente indicate l'esclusione dalla gara di appalto diviene automatica ed obbligatoria per la stazione appaltante e non v'è alcuno spazio per un apprezzamento discrezionale circa l'incidenza del reato sulla moralità professionale". Di seguito, si vedrà come medesima logica si rinvenga pure nella previsione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m) del Codice, nel caso in cui sia applicata una sanzione interdittiva nei confronti di persona giuridica, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. L'articolo 38, comma 1, lett. m), del Codice appalti è stato di recente integrato dall'articolo 3 del d. lgs. 31 luglio 2007, n. 113, che ha incluso tra le cause impeditive della partecipazione alle gare i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (conv. con modif. dalla l. 4 agosto 2006, n. 248), in tema di misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.

2004/17 e 2004/18²⁴³. Tuttavia, mentre il legislatore comunitario, nell'articolo 45 della citata direttiva 2004/18, ha operato una distinzione tra cause obbligatorie di esclusione ed ipotesi – tra cui la condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla moralità professionale, menzionata nel paragrafo 2, lettera c) – in cui l'esclusione è facoltativa, il Codice degli appalti, con una impostazione più rigorosa, non distingue tra cause di esclusione obbligatorie e facoltative, bensì connette a tutte le fattispecie elencate dall'articolo 38 l'obbligatoria esclusione degli operatori economici dalla gara di appalto. Per di più, il legislatore (italiano) non ha provveduto ad indicare espressamente quali fattispecie penali, secondo il diritto nazionale, siano rilevanti nell'ambito delle cause di esclusione automatiche – sì come peraltro auspicato anche dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di Codice –, ma si è limitato ad operare un mero richiamo ai soli documenti comunitari²⁴⁴.

²⁴³ Si confronti l'articolo 2, lett. f) della legge citata, ove viene precisato come: “(...) i decreti legislativi assicurano in ogni caso che, nelle materie oggetto delle direttive attuate, la disciplina sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime”. L'articolo 38, comma 1, lettera c), risponde all'esigenza, fortemente avvertita dal legislatore comunitario – soprattutto se si tiene conto dei piani di azione di lotta contro il crimine organizzato e della politica attuata dall'Unione europea per contrastare la corruzione – di evitare l'ammissione alle procedure di affidamento di appalti pubblici di soggetti condannati per ipotesi di reato particolarmente gravi, indipendentemente dal fatto che tali reati abbiano attinenza con l'attività imprenditoriale svolta, e che dunque incidano sulla moralità professionale. Si tratta peraltro di una novità anche a livello di normativa comunitaria, giacché le precedenti direttive (comunitarie) in materia non imponevano l'obbligatoria esclusione dalle gare in presenza di particolari circostanze, prevedendo, per gli Stati membri, la mera facoltà di disporre l'esclusione, anche se la norma comunitaria comunque consente che gli Stati membri possano prevedere una deroga all'obbligo di esclusione laddove sussistano non meglio specificate “*esigenze imperative di interesse generale*”. Sul punto, v. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in (a cura di) GAROFOLI-SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 575; PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 235.

²⁴⁴ Si veda il quarantatreesimo considerando della direttiva 2004/18: “*occorre evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici a operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee o di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero richiedere, all'occorrenza, ai candidati/offerenti i documenti appropriati e, in caso di dubbi sulla loro situazione personale, potrebbero richiedere la cooperazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato. L'esclusione di detti operatori economici dovrebbe intervenire non appena l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza di una sentenza relativa a tali reati, emessa conformemente al diritto nazionale e avente un carattere definitivo che le conferisce autorità di cosa giudicata. Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale o di quella degli appalti pubblici in materia di accordi illeciti, che sia stato oggetto di una sentenza definitiva o di una decisione avente effetti equivalenti, può essere considerato reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico o come una colpa grave*”. In senso diffusamente critico rispetto alla soluzione adottata dal legislatore nazionale, si veda PROVOLO, *op. cit.*, 657: “Ciò, unitamente alla cennata discrezionalità della p.a. in ordine all'esatta configurazione dei reati incidenti sulla moralità professionale, fa sì che la costruzione delle fattispecie di esclusione aventi rilievo penalistico rimanga in

La soluzione adottata da parte del legislatore nazionale necessita, pertanto, di alcuni chiarimenti.

Anzitutto, il fondamento logico di tale differenziato trattamento (e delle conseguenze giuridiche connesse) pare debba rinvenirsi nelle asserzioni di quanti ipotizzano che, nel caso *de quo*, sussista una presunzione *iuris et de iure* di gravità e di incidenza sulla moralità professionale di certi tipi di condanna (*rectius*: di condanne per certe tipologie di reati)²⁴⁵. In altre parole, la presenza di una condanna, per uno dei reati indicati dall'articolo 45 della Direttiva CE succitata, condurrebbe all'esclusione automatica del concorrente interessato, giacché costituirebbe un "indice espresso" di inaffidabilità del soggetto, indice che non lascerebbe spazio alcuno ad altre valutazioni o ripensamenti.

Altresì, un ulteriore aspetto critico è quello che si evince dal raffronto tra le ipotesi sopra citate e l'ambito di operatività e di applicazione proprio dell'articolo 32-*quater* c.p., vale a dire la previsione del novero di casi nei quali dalla condanna per un determinato reato consegue l'incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione²⁴⁶. Si rileva, in proposito, come il novero delle fattispecie individuate dall'articolo 45 della direttiva CE non collimi esattamente con il contenuto (ed, anzi, sia più esiguo rispetto ad esso) dell'articolo 32-*quater* c.p.²⁴⁷. Considerata, perciò, la mancanza di una perfetta sovrapposibilità tra le due fattispecie e il "raggio d'azione"

buona parte oggettivamente indeterminata e suscettibile di diverse applicazioni in base alla ricostruzione giurisprudenziale". Concorde, CARDARELLI, sub Art. 38, in (a cura di) RUGGERI, *Codice dei contratti pubblici. Commento al D.lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., 426.

²⁴⁵ GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. II, Milano, 2008, 1285; PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAIITA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 239 ss.; PROVOLO, *op. cit.*, 657 ss.

²⁴⁶ L'art. 32-*quater* c.p. comprende i reati di malversazione ai danni dello Stato (art. 316-*bis*), di indebita percezione di erogazioni ai danni dello stato (art. 316-*ter*), concussione (art. 317), corruzione (art. 318), corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319), pene per il corruttore (art. 321), istigazione alla corruzione (art. 322), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis*), turbativa libertà degli incanti (art. 353), inadempimento contratti di pubbliche forniture (art. 355), frode nelle pubbliche forniture (art. 356), associazione per delinquere, anche di tipo mafioso (artt. 416 e 416 *bis*), rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437), rialzo e sciopero per fini non contrattuali (art. 501), manovre speculative di merci (art. 501-*bis*), truffa (art. 640), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (640-*bis*) e usura (art. 644).

²⁴⁷ In tal senso, l'Autorità per Vigilanza sui Lavori Pubblici, nella Determinazione n. 13 del 2003, già richiamata, aveva espresso il convincimento che sarebbe stato più razionale includere *in toto* tutti reati previsti dall'articolo 32-*quater* c.p. nella lettera c) dell'articolo 38 del Codice. L'osservazione, in effetti, pare meritevole di apprezzamento, dal momento che il sistema attuale opera una irragionevole suddivisione di ipotesi – alcune delle quali da ricondursi all'ambito di operatività della lett. c) ed altre a quello della lett. m) – sì come un'incomprensibile duplicazione di disciplina per regolare casi analoghi, se non, addirittura, coincidenti.

più ampio espresso dall'articolo del codice penale, ci si deve chiedere come suddette ipotesi si relazionino con la disciplina evocata dall'articolo 38 del Codice degli appalti ed, in particolare, dalla lettera c) qui oggetto d'esame.

In tal senso, il *surplus* di ipotesi previste dall'art. 32-*quater* c.p., determina pur sempre ipotesi di esclusione non suscettibili di alcuna discrezionalità da parte della Pubblica Amministrazione²⁴⁸. Viepiù, non pare condivisibile (né sarebbe plausibile) una soluzione legislativa che intenda ricondurre alcune ipotesi (quelle comuni tra l'articolo 32-*quater* e l'articolo 45 della Direttiva) ad un duplice profilo di esclusione e, dunque, all'ambito di operatività proprio sia della lettera c) che della lettera m) dell'articolo 38 citato: in tal senso, non convincerebbe una duplicazione di trattamento giuridico che, seppure sul piano pratico-operativo non determinerebbe conseguenze significative, sul piano teorico-astratto sembrerebbe un'abnormità priva di giustificazioni logiche.

Infine, in senso ampio, può ravvisarsi un profilo critico nella stessa scelta "logistica" effettuata dal legislatore, nonché, conseguentemente, nella formulazione linguistica scaturita; invero, la totale carenza di "simmetria logica" tra la prima e la seconda parte della lettera c) giustificano le critiche di coloro che, in base ad un criterio di contiguità razionale, ritengono che sarebbe stato più coerente far confluire le ipotesi delineate dalla seconda parte della lettera c) direttamente nella "sfera d'azione" della lettera m). La questione, pur non risolvendosi in una mera questione di "etichettatura di ipotesi", non merita eccessivo spazio, dal momento che, come accennato, non suscita dal punto di vista pratico-applicativo problematiche di vivo interesse. Tuttavia, anche tale considerazione offre, ancora una volta, l'ulteriore occasione di constatare le molteplici incongruità logiche (e sistematiche) sottese alla disciplina oggetto di analisi.

Se, dunque, paiono dissiparsi i dubbi relativi all'individuazione delle ipotesi di esclusione obbligatoria-automatica dal novero dei competitori, permangono non poche perplessità sulle differenti modalità che il legislatore ha adottato per identificarle.

²⁴⁸ Tale considerazione si evince non in virtù del richiamo al disposto della lettera c) dell'art. 38 del Codice degli appalti pubblici, bensì in virtù del riferimento alla lettera m) del medesimo articolo, lettera che – prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti nei cui confronti sia stata applicata una sanzione che comporta il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione e – che, data la sua formulazione, si configura come norma di chiusura. Tale specifica causa di esclusione dalle procedure di appalto pubblico sarà, di seguito, oggetto di espressa e più approfondita analisi.

3.7. *La connotazione in “termini di gravità” si concilia con l’apertura al decreto penale di condanna irrevocabile?*

A conclusione della breve disamina delle principali questioni problematiche che interessano le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara d'appalto previste dalla lettera c), si rende necessario accennare anche ad alcuni aspetti critici che riguardano più peculiarmente tematiche di diritto penale processuale.

In proposito, si intende qui indagare se ed entro quali limiti la qualificazione in “termini di gravità” sopra vista e le ulteriori connotazioni legislative affrontate si concilino con l'espressa inclusione tra le cause ostative di partecipazione alla gara di eventuali accertamenti effettuati mediante procedimenti cd. speciali e, in particolare, mediante il ricorso al decreto penale di condanna *ex* articolo 459 ss. c.p.p. divenuto irrevocabile, oltre che alla sentenza di applicazione della pena su richiesta *ex* articolo 444 c.p.p. (anche detta “di patteggiamento”)²⁴⁹.

Più nello specifico, in questa sede, preme analizzare quello che forse è il più discusso tra i provvedimenti giurisdizionali di condanna che possono assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alla procedura di affidamento di pubblici appalti: infatti, desta particolare interesse la scelta del legislatore di escludere non solo quei soggetti nei cui confronti siano state pronunciate una sentenza di condanna passata in giudicato o un provvedimento di applicazione della pena su richiesta, ma anche quellinei cui confronti sia stato emesso un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile. Tale ipotesi, generalmente, interessa reati di particolare tenuità e comporta l'irrogazione di una pena pecuniaria, (in sostituzione di pena detentiva)²⁵⁰; ci si chiede,

²⁴⁹ *Ex* articolo 38, comma 1, lettera c): “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti (...) 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. In argomento, vedi PROVOLO, *op. cit.*, 657: “Un primo aspetto innovativo riguarda il novero dei provvedimenti giurisdizionali di condanna che possono assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara: l'art. 38, co. 1, lett. c) prevede infatti che, oltre alla sentenza di condanna passata in giudicato e alla sentenza di applicazione della pena su richiesta (art. 444 ss. c.p.p.), anche il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile costituisca causa ostativa alla partecipazione alla procedura di affidamento di pubblici appalti”.

²⁵⁰ Vedi CARCANO, *Procedimenti speciali. Sub art. 459*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1997, 379 ss; SELVAGGI, *Sub art. 459-464*, in (coordinato da) CHIAVARIO, *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, Torino, 1990, 859; SPANGHER, *Procedimento per decreto: sentenza di proscioglimento del giudice per le*

quindi, se una condanna inflitta con il rito del decreto ed il relativo accertamento che la sorregge siano sufficienti a far emergere elementi particolarmente “sintomatici” di una scarsa moralità professionale. In proposito, l’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, nella determinazione n. 13/2003, aveva già richiamato l’attenzione sul dovere dell’amministrazione di fornire, nei casi di decreto penale di condanna, una ancor più puntuale motivazione dell’esercizio del proprio potere discrezionale di valutazione dei reati commessi dagli interessati “*atteso che in tali ipotesi l’applicazione della pena avviene eccezionalmente per reati di particolare tenuità che comportano l’irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva, per cui la condanna inflitta con il rito del decreto non fa emergere elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale*”²⁵¹.

Ebbene, nonostante il riferimento all’istituto del decreto penale di condanna non fosse espressamente previsto dalla normativa previgente²⁵², il legislatore ha ora optato per accogliere quell’orientamento di origine giurisprudenziale favorevole all’estensione del novero dei provvedimenti giurisdizionali di condanna rilevanti ai fini dell’esclusione ed ha così aderito alle tesi di quanti ritenevano che anche una condanna riportata a seguito di un decreto penale divenuto irrevocabile potesse essere causa di esclusione dalla gara. La *ratio* di tale estensione legislativa, evidentemente, si giustifica con la scelta (di politica criminale) di permettere alle stazioni appaltanti di meglio valutare l’incidenza sulla moralità professionale dei concorrenti/esecutori di appalti pubblici anche nell’ipotesi di reati che siano caratterizzati da limiti edittali assai ridotti; come accennato, tale asserzione dimostrerebbe che non necessariamente la gravità di un reato – intesa sotto il profilo della cornice edittale della fattispecie – collima con la rilevanza che il reato riverbera sulla moralità professionale del soggetto interessato²⁵³. Infatti, da

indagini preliminari e poteri della corte d’appello, in *Cass. pen.*, 1993, 1464; TONINI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2010, 546 ss.; ID, *I procedimenti semplificati secondo il progetto preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1988, 449; ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, 618: “In certi casi, quando è in questione l’accertamento dei reati lievemente puniti, la legge ammette che il provvedimento di condanna possa essere emesso al termine dell’indagine preliminare, senza previo contraddittorio. (...) Già nel passaggio dal codice del 1930 a quello del 1988 l’ambito di operatività di questo procedimento speciale è stato esteso ai reati per i quali la pena pecuniaria fosse applicata in sostituzione di una breve pena detentiva”.

²⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1378.

²⁵² V. art. 75 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (recante “*Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*”), disposizione ora abrogata dall’articolo 256, comma 1, del Codice degli appalti.

²⁵³ Il tenore dell’articolo 38, comma 1, lettera c) non lascia dubbi circa la possibilità per la stazione appaltante di valutare l’incidenza sulla moralità professionale dei partecipanti alla gara anche di reati per i quali si ritiene di dover applicare soltanto la pena pecuniaria (eventualmente anche inflitta in sostituzione

un punto di vista logico, non parrebbe giustificabile l'assunto secondo cui le contravvenzioni siano tutte da ritenersi reati non gravi, né potrebbe ritenersi che un reato, solo perché comporti una pena lieve non possa anche essere inteso come "grave" nel senso sopra chiarito e preferibile – ovvero, di riferire la connotazione di gravità all'incidenza che questa riflette sull'affidabilità del concorrente²⁵⁴.

In altri termini, la scelta di "aprire" all'inserimento dell'istituto del decreto penale di condanna entro il novero dei provvedimenti rilevanti altro non sarebbe che una soluzione di logica coerenza rispetto alla problematica, sopra accennata, di attribuire un'esatta connotazione al significato di "gravità" del reato (al fine di precludere la partecipazione ad una gara d'appalto). La condivisibilità della soluzione legislativa che qui si analizza, pertanto, "passa attraverso la nozione di gravità" e diviene (più o meno) ragionevole a seconda del significato che assume tale qualificazione di "gravità" sopra vista ed a seconda dell'oggetto su cui la nozione esercita il proprio carattere qualificante (rispettivamente il reato in sé o l'interazione tra la fattispecie penale e l'affidabilità del soggetto concorrente).

Infatti, il tentativo di conciliare l'istituto del decreto penale di condanna con la logica di sistema della specifica ipotesi di esclusione, qui considerata, esige, quale ineliminabile presupposto logico, che la nozione di gravità sia intesa in chiave non strettamente intrinseca, ma piuttosto in un'ottica di proiezione verso l'incidenza che il reato esplica sul requisito della affidabilità professionale²⁵⁵.

di una pena detentiva breve entro il limite di sei mesi, a norma dell'art. 53 l. n. 689 del 1981). Si tratta, dunque, di condanne per reati caratterizzati da trattamenti sanzionatori lievi e per i quali non trova applicazione la pena detentiva, ma che potrebbero comunque rivelare un "peso" notevole sulla valutazione dell'affidabilità del soggetto.

²⁵⁴ Con riferimento a tale specifica ipotesi, il Consiglio di Stato aveva già affermato che una condanna inflitta con decreto penale per il reato di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina – condotta prevista e punita dall'articolo 677 c.p. quale fattispecie contravvenzionale omissiva e di pericolo, a struttura normalmente colposa e sanzionata con la sola ammenda – non fosse ostativa alla partecipazione alla gara, attesa l'oggettiva e concreta inidoneità ad evidenziare la carenza della necessaria moralità professionale del concorrente. Cons. di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, cit. Pur tuttavia, la pronuncia chiariva come tale decisione non giustificasse l'assunto generico secondo cui le contravvenzioni siano tutte da ritenersi reati non gravi ai fini della valutazione della affidabilità del soggetto e, quindi, dell'esclusione dei concorrenti dalla gara.

²⁵⁵ Vedi PROVULO, *op. cit.*, 657: "Ne consegue che l'espressa inclusione del decreto penale di condanna tra le cause ostative deve conciliarsi con la necessaria qualificazione in termini di "gravità" del reato che preclude la partecipazione alla gara d'appalto, il che conferma ulteriormente che la "gravità" va valutata alla stregua di criteri non strettamente penalistici, ma proiettati verso la grave incidenza sulla moralità professionale".

Fermo restando suddetto riscontro logico, è bene evidenziare sulla base di quali considerazioni il legislatore abbia ancorato il proprio convincimento relativo ad un ampliamento del novero dei provvedimenti giurisdizionali rilevanti²⁵⁶.

Ebbene, una simile soluzione interpretativa estensiva risulta giustificabile in base ad un duplice ordine di ragioni: da un lato, il decreto penale di condanna irrevocabile è una statuizione motivata che, seppur non del tutto equiparabile ad una sentenza di condanna, esclude qualsivoglia preoccupazione che si determini un asserito *vulnus* di legalità e di accertamento²⁵⁷; dall'altro, l'esclusione del decreto penale di condanna dal novero delle cause ostative determinerebbe una significativa riduzione dell'incisività della normativa in materia, stante l'aumento dei reati punibili con la sola pena pecuniaria e per i quali è ammissibile il ricorso al decreto penale²⁵⁸.

Su tali ragioni, che si condividono pienamente, non ci si dilunga oltremodo, considerato che le argomentazioni che le sorreggono paiono evidenti (oltre che marginali rispetto alle problematiche che più interessano il presente elaborato): ed, infatti, quanto alla prima questione, risulta, oramai, pressoché pacifica in dottrina, l'assimilazione tra decreto penale di condanna e sentenza di condanna²⁵⁹; quanto, poi, al secondo aspetto, sono manifeste le esigenze che, in un'ottica di necessaria deflazione processuale, hanno

²⁵⁶ A tal proposito, il d. lgs. 163 del 2006 avrebbe ripreso un orientamento giurisprudenziale già espresso soprattutto da quei giudici amministrativi favorevoli all'attribuire rilevanza al decreto penale di condanna nonostante l'assenza di menzione nell'articolo 75 del d.P.R. 554/1999. Si veda, a riguardo, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, sentenza 23 maggio 2003, n. 846 in *www. Giustizia costituzionale. it*.

²⁵⁷ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, 556.

²⁵⁸ Invero, sono note le ragioni di economia processuale sottese alla previsione ed al progressivo potenziamento dell'istituto del decreto penale di condanna (e non solo) quale strumento di deflazione processuale. Cfr. ORLANDI, *op. cit.*, 556; PROVOLO, *op. cit.*, 657. In giurisprudenza, vedi, per tutti, TAR Liguria, sez. II, 15 aprile 2002, n. 432, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1248.

²⁵⁹ Vedi CARCANO, *Procedimenti speciali. Sub art. 459*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1997, 381: "La giurisprudenza, quanto alle caratteristiche di carattere generale, ha ritenuto che il decreto penale di condanna costituisce un provvedimento giurisdizionale assimilabile alla sentenza di condanna, che presuppone l'esistenza d'un processo, il quale in esso vede uno dei possibili modi di propria definizione e l'avvenuto radicamento della competenza in capo al giudice che lo emette; l'opposizione, infatti, serve a instaurare il giudizio ordinario davanti al giudice del dibattimento della stessa sede cui appartiene il g.i.p. che ha emesso il decreto opposto". Conf. Cass. pen., 17 novembre 1992, SEIDITA, in C.E.D. Cass., n. 192681. Ed, altresì, pure, ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, 622, rileva che: "Sotto il profilo del *ne bis idem* e ai fini del giudizio di revisione, il decreto penale vale come una normale sentenza di condanna".

portato, nel corso degli anni, ad un progressivo potenziamento ed ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto del decreto penale di condanna²⁶⁰.

Giova, però, sottolineare un aspetto critico, prettamente connesso alla tematica degli appalti. Ebbene, è noto come la finalità sottesa all'istituto del decreto penale, ovvero quella di costituire un utile strumento di deflazione processuale, sia strettamente connessa agli effetti benefici che l'istituto stesso prevede per chi se ne avvalga. In altri termini, il decreto penale ragiona su di una logica di "incentivazione premiale" – vale a dire, la riduzione della pena sino alla metà, rispetto al minimo edittale – per "indurre" l'imputato ad accettare la condanna per decreto, astenendosi dal proporre opposizione. Rimane, perciò, da interrogarsi (e sarà da valutare nel corso del tempo) se in un'ottica complessiva di politica criminale, e in una prospettiva di mera opportunità logica, l'estensione della disciplina penale degli appalti e l'ampliamento delle cause di esclusione anche a tale istituto determini effetti "auspicabili" o meno.

²⁶⁰ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, 618: "Il decreto penale è un utile strumento di deflazione processuale, che la legge tende a potenziare, considerata l'endemica situazione di ingolfamento, da carico di lavoro, nella quale versano i nostri uffici giudiziari (...) Proseguendo su questa strada, la legge n. 479 del 1999 ha ulteriormente ampliato il novero dei reati assoggettabili a decreto penale".

4. Le sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. In particolare, la sanzione *ex art. 9, comma 2, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 [art. 38, comma 1, lett. m)]*.

Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 38, comma 1, lett. m) del Codice degli appalti, la partecipazione alle gare e la stipulazione dei relativi contratti d'appalto e di concessione di lavori e servizi è preclusa per i soggetti nei cui confronti sia stata applicata una sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 o altra sanzione che comporta divieto di contrarre con la pubblica amministrazione²⁶¹. Suddetta preclusione (*rectius*: esclusione dal novero dei partecipanti) è automatica ed obbligatoria e non lascia spazio alcuno di valutazione alla stazione appaltante, contrariamente ad alcune delle ipotesi sopra considerate.

In tal senso, si è già accennato nel capitolo precedente, come (già) la stessa disciplina dettata dalla lettera c) preveda, al sussistere di determinate condizioni, anche casi di esclusione obbligatoria-automatica del concorrente. Altresì, non può essere fatto alcun apprezzamento discrezionale della fattispecie concreta nel caso di ricorrenza di taluna delle ipotesi di cui all'articolo 32-*quater* c.p., giacché situazioni implicanti l'incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione. In particolare, la trattazione ha evidenziato come il sistema attuale, quanto alle ipotesi interdittive, operi un'irragionevole suddivisione di casi – alcuni dei quali da ricondursi all'ambito di operatività della lett. c) ed altri in quello di cui alla lett. m) appunto – per regolare situazioni analoghe, se non, addirittura, coincidenti; pur tuttavia, la mancanza di una perfetta sovrapposibilità tra le fattispecie individuate dalle due lettere dell'articolo 38 del Codice, e la conseguente disciplina applicabile al *surplus* di ipotesi che determinano pur sempre un'esclusione non discrezionale, devono essere risolti in base al disposto di cui alla lettera m), data la sua formulazione di norma di chiusura.

²⁶¹ Nel novero di tali ipotesi preclusive devono esser compresi pure i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-*bis*, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. Altro caso di esclusione obbligatoria è stato previsto dal decreto legislativo n. 113 del 2007, alla lettera m-*bis*), comma 1, dell'articolo 38, per coloro nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico. Cfr., in argomento, per tutti, RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008, 222.

La *ratio* giustificatrice di tale disciplina risiede, ancora una volta, nell'intento di tutelare il carattere fiduciario²⁶² che dovrebbe connotare i contratti pubblici di appalto e nell'esigenza di salvaguardare il buon andamento dell'attività amministrativa, attraverso l'osservanza di normali regole di correttezza e buona fede (che dovrebbero presiedere l'organizzazione della Pubblica Amministrazione) e di normali principi di cautela che consentano di selezionare soggetti affidabili²⁶³.

La medesima cautela deve, tuttavia, pure orientare le stazioni appaltanti, allorché si debba procedere all'esclusione di soggetti potenziali concorrenti alle gare d'appalto; ed, infatti, la tematica delle sanzioni interdittive e, in particolare, delle sanzioni interdittive previste dal decreto legislativo 231/2001 suscita non poche problematiche interpretative²⁶⁴, che meritano i successivi approfondimenti, considerate le possibili "ricadute" che suddette questioni prettamente penalistiche possono riflettere sulla disciplina degli appalti. L'analisi delle stesse necessita di essere logicamente preceduta dall'esegesi del testo della lettera m) oggetto di interesse, nonché dall'esposizione dei due principali casi di esclusione dalla gara d'appalto: ovvero, l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 9, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 231/2001; e l'applicazione di ogni "*altra sanzione che comporti il divieto di contrattare*

²⁶² L'esigenza di garantire la sussistenza del vincolo fiduciario tra il singolo concorrente e la relativa stazione appaltante è direttamente connessa al perseguimento del principio di "libera partecipazione" e "parità di trattamento" dei soggetti alle gare di appalto. Secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato, infatti, il regime legale di esclusione dalle gare è invero "*preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41) e che, salvo i casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica*". Cfr., in tal senso, Cons. di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1737.

²⁶³ V. Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477, in *Foro amm.: CDS*, 2005, 2602. Secondo PONZONE, *op. cit.*, 232, la disciplina delle cause ostative integra una forma di autotutela preventiva per la stazione appaltante che, in presenza di determinati presupposti oggettivi, può impedire ad un'impresa di partecipare alla gara.

²⁶⁴ A tal proposito, si rinvia per un approfondimento generale a AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Il Sole 24 Ore - Guida al diritto*, 2001, f. 26, 69 ss.; GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in (a cura di) DE FRANCESCO, *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, *op. cit.*, 47; MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008. In particolare, si ritiene utile considerare le argomentazioni relative l'efficienza delle sanzioni interdittive rispetto alla realizzazione degli scopi intimidativi e afflittivi della repressione e, dunque, il cosiddetto loro intrinseco carattere di complementarità e accessorietà; altresì, si consideri la tematica relativa una loro complementarità astratta e, perciò, il fatto che caratteristica di tali sanzioni non sia sempre un'automaticità nell'applicazione a seguito di una sentenza di condanna, ma che l'applicazione possa pure essere rimessa alla valutazione discrezionale del giudice; ed, infine, si valutino gli orientamenti volti a rinvenire nelle sanzioni interdittive non solo una funzione di prevenzione generale e di difesa sociale ma pure di prevenzione speciale, quale importante strumento di politica criminale futura.

con la Pubblica Amministrazione". La successiva trattazione si soffermerà, invece, prevalentemente, su alcune delle principali tematiche connesse alla sanzione di cui all'articolo 9 del decreto sopra citato.

4.1. Premessa: le ipotesi di sanzioni interdittive che "escludono" dalla partecipazione alla gara d'appalto. Il legislatore opta per una scelta "minimalista e mirata".

La lettera m) dell'articolo 38 del Codice degli appalti stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi (né possono essere affidatari di subappalti), e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti nei cui confronti sia stata applicata *"la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 o di altra sanzione che comporti il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36 bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (modifica dell'art. 3, lettera e)"*; in tal maniera, il legislatore ha voluto individuare due categorie di sanzioni interdittive cui diviene riconducibile la potenziale preclusione partecipativa.

La prima categoria concerne la tipologia di sanzioni previste dall'articolo 9, comma 2, lettera c) d.lgs. n. 231/2001²⁶⁵; la seconda interessa, invece, un novero di sanzioni indicate attraverso una formulazione legislativa, volutamente ampia e generica, formula che, come detto *supra*, con la modifica del d.lgs. n. 113 del 2007, ha inteso far assumere alla lettera m) dell'articolo 38 del Codice la fisionomia di "norma di chiusura", ovvero nella quale possono essere comprese, in via residuale, tutte le (ipotesi di reati soggetti all'applicazione di) sanzioni che comportino il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione.

²⁶⁵ Tale disposizione prevede il "divieto a contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere prestazioni di un pubblico servizio". Cfr., in argomento, VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004; EPIDENDIO, *La punizione degli enti in generale*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 25 ss.; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, II, 1300.

Volendo invertire l'ordine argomentativo della trattazione, tale seconda categoria “ di chiusura”, secondo quanto detto finora, estenderebbe la propria “sfera di operatività” sulle condanne per reati rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 32-*quater* c.p., quando le stesse non possano essere ricomprese come casi ad esclusione automatica previsti dalla lettera c) dell'articolo 38 citato. Essa opererebbe pure sui provvedimenti interdittivi previsti dall'articolo 36-*bis* della legge 4 agosto 2006, n. 248, articolo, contenete misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro, ora abrogato dal d.lgs. 81/2008 (“T.U. in materia di sicurezza sul lavoro”)²⁶⁶.

La scelta del legislatore, di assegnare a suddetta categoria una funzione residuale e generale (se non addirittura relativamente onnicomprensiva), rivela un pregio peculiare, ma, al tempo stesso, anche un difetto tipico delle formulazioni cd. “di chiusura” del sistema: ed, invero, la locuzione legislativa, da un lato, permette all'interprete un recupero in termini di “unitarietà del sistema”, organizzando diverse ipotesi sotto un'unica dizione (e disciplina) e limitando *ab origine* quella duplicazione di trattamento giuridico sopra accennata che pare un'abnormità priva di giustificazioni logiche; dall'altro, tuttavia, “pecca per eccesso” e presenta il limite di concentrare in un'unica formula ipotesi diversificate che rivelano profonde differenze logiche e disciplinari, nonché numerose difformità interpretative e considerazioni critiche non univoche. In tal senso, il novero di tali sanzioni interdittive assai diverse tra loro ma, pur tuttavia, ricomprese all'interno di una sola ampia categoria mostrerebbe un unico “carattere comune”: questo andrebbe rinvenuto nella *ratio* sottesa alla loro individuazione e, dunque, nell'intento del legislatore di concentrare l'intervento (preclusivo) nei confronti di quelle ipotesi che rivelino una maggiore influenza negativa sull'affidabilità contrattuale dell'impresa partecipante alla gara.

Per quanto, invece, attiene alla prima categoria, la prima parte della lettera m) dell'articolo 38 del Codice fa espresso riferimento unicamente alle sanzioni previste dall'articolo 9, comma 2, lettera c) d.lgs. n. 231/2001, sanzioni che, in base a quanto

²⁶⁶ Il provvedimento concerne la legge di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, cd. decreto Bersani-Visco, contenete misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro, ora abrogato dall'articolo 304 del d.lgs. 81/2008 (“T.U. in materia di sicurezza sul lavoro”).

previsto dal medesimo decreto, per essere applicate necessitano della sussistenza di determinate condizioni (*rectius*: criteri di attribuzione della responsabilità agli enti).

Pur senza approfondire compiutamente – per evidenti esigenze di trattazione – tutte le questioni sottese alla disciplina contenuta nel d.lgs. 231/2001²⁶⁷, preme, quantomeno, ricordare come l'accertamento della responsabilità dell'ente presupponga la commissione o (anche solo) il tentativo di commissione da parte di una persona fisica di

²⁶⁷ La necessità di individuare forme di responsabilizzazione per gli enti che delinquono, nell'ambito di una strategia che possa rivelarsi efficace per contrastare la criminalità d'impresa, gode, oramai da tempo, di ampio e diffuso consenso e muove principalmente dalla constatazione di un'acclarata insufficienza-inefficienza di un sistema sanzionatorio ritagliato, esclusivamente, attorno alla persona fisica. Un efficace intervento legislativo non poteva che esigere valutazioni di politica criminale che necessariamente optassero per l'abbandono di "tradizionali" schemi giuridici di imputazione penale e per l'assoggettamento a punizione della persona giuridica. Il decreto legislativo n. 231 del 2001 ("*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*"), emanato in attuazione della delega contenuta nell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, si è inserito proprio in tale contesto politico, culturale e giuridico ed ha tentato di soddisfare le esigenze sopra descritte, seppur originando un dibattito, a tutt'oggi, a circa un decennio dalla sua entrata in vigore, lungi dall'approdare a esiti ampiamente condivisi. Il decreto suddetto disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato e denota una particolare importanza, dal momento che determina il superamento di quel principio espresso dall'antico brocardo latino secondo cui "*societas delinquere non potest*", principio indirettamente sancito anche dall'articolo 27 della Costituzione. Tale *corpus* normativo ha, così, delineato a carico dei soggetti destinatari una forma di responsabilità che il legislatore ha "formalmente" definito, forse con troppa leggerezza, "amministrativa", pur senza poterne celarne la "reale sostanza" (e portata) penale. Cfr. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 33; ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 34; CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità giuridica da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 561; DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 720; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126; MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 501; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445; PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 149; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002; ID, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993; PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2008; ID, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 1; PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415; RIONDATO, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de pubblica societate quae delinquere potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 790; RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 824; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D. Lgs. n. 231 del 2001; una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 879; MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino, 2008, 144: "Autorevole dottrina è giunta ad affermare che si tratti di una vera e propria «frode delle etichette»". In giurisprudenza, la responsabilità regolata dal decreto è stata invece considerata come un *tertium genus*; vedi, per tutte, Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, in *Guida dir.*, 2005, 15, 59.

un “determinato reato-presupposto”²⁶⁸: tale accertamento costituisce, tuttavia, un presupposto necessario, ma non sufficiente, affinché sorga la responsabilità dell’ente. Ed, infatti, per quanto concerne il profilo oggettivo, si rileva come l’autore del reato debba essere un soggetto legato all’ente da un particolare “rapporto giuridico qualificato”²⁶⁹ e come il reato debba esser commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente²⁷⁰; per quanto, poi attiene, al profilo soggettivo di imputazione, è necessario verificare la sussistenza di una “colpa” (rimproverabile) in capo all’ente, la cd. colpa di organizzazione (*rectius*: colpevolezza di organizzazione)²⁷¹. Ebbene, al sussistere di tali

²⁶⁸ Pertanto, non ogni reato comporta la responsabilità dell’ente, ma solo quelli espressamente previsti dal decreto, in ottemperanza al principio di legalità. Per l’individuazione esaustiva del novero dei reati-presupposti si rinvia al capo I, sezione III, articoli 24 e ss. del decreto. Preme, però, chiarire come il sistema punitivo delineato sia destinato ad operare per tutte quelle fattispecie che (anche) in futuro potranno aggiungersi all’elenco attualmente esistente.

²⁶⁹ In particolare, l’articolo 5 del decreto stabilisce che “l’ente è responsabile per i reati commessi (...) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso” o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi, sempre che gli autori del reato non abbiano agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.

²⁷⁰ Perché si configuri la responsabilità dell’ente è necessario che i soggetti che si collocano in posizione apicale, o le persone sottoposte all’altrui vigilanza e direzione, compiano uno dei reati per i quali è prevista la responsabilità dell’ente nell’interesse o a vantaggio di questo. In particolare, pur senza la pretesa di approfondire esaustivamente la tematica, giova precisare come la nozione di interesse debba poter essere suscettibile di una valutazione *ex ante*, mentre quella di vantaggio debba necessariamente esigere una verifica *ex post*, cosicché gli effetti favorevoli scaturiti dalla condotta penalmente illecita possano essere valutati idoneamente. Il legislatore ha così stabilito che i concetti di interesse e vantaggio possano assumere caratteristiche diversificate e vengano intesi in via alternativa: nella prassi applicativa non si può, tuttavia, escludere che gli stessi possano convergere fino a divenire coincidenti. Così PULITANÒ, (voce) *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IV agg., 2002, 958; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002; ID, *Diritto penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993; PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2008, 110 ss.; ID, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell’Organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 1; ASTROLOGO, “Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità dell’ente nel d.lgs. 231/2001, in *Indice penale*, 2003, 656; EPIDENDIO, *La punizione degli enti in generale*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 25 ss.; IZZO, *L’esperienza anglo-americana ed i precedenti transnazionali convenzionali*, in (a cura di) MONESI, *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. Etica d’impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, 49 ss.; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, II, 1300.

²⁷¹ Tale accezione è utilizzata per distinguere suddetta categoria da quella della colpa tradizionalmente intesa. Cfr. DE VERO, *La responsabilità dell’ente dipendente da reato: criteri d’imputazione e qualificazione giuridica*, in (a cura di) GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002. Ed, infatti, la logica del sistema predisposto rifugge dall’individuazione a carico dell’ente di una forma di responsabilità (dichiaratamente) oggettiva del fatto, fondata sul rischio d’impresa, e richiede, piuttosto, in capo all’ente, anche l’accertamento di quella dimensione di imputazione subiettiva dell’illecito, conformemente alle tradizionali forme di responsabilizzazione del diritto penale classico. La colpa di organizzazione diviene, così, particolarmente significativa, giacché costituisce espressione di scelte di politica aziendale non avvedute e, perciò, formalizza in chiave imputativa (soggettiva) i processi organizzativi che condizionano la

criteri, e solo qualora sia applicato il suddetto divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, la partecipazione alla gara è preclusa.

Ma che ne è, dunque, nel caso in cui sia inflitta una delle altre sanzioni espressamente previste dal decreto all'articolo 9?

La scelta operata nel Codice degli appalti è stata una “scelta minimalista”. In tal senso, il legislatore ha inteso non considerare né le altre sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto citato (il riferimento corre alle sanzioni di interdizione dall'esercizio delle attività, di sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze, concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, di esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e di eventuale revoca di quelli già concessi, di divieto di pubblicazione di beni e servizi), né, tantomeno, in una prospettiva più ampia, le ulteriori sanzioni previste all'articolo medesimo (quali le sanzioni pecuniarie, la confisca e la pubblicazione della sentenza): in altre parole, tale opzione legislativa pare “mirata” e, quindi, volta a limitare la preclusione partecipativa ai soli casi (di sanzioni interdittive) che, come è facile intuire, dovrebbero rivelare una maggiore influenza negativa sull'affidabilità contrattuale dell'impresa concorrente²⁷².

In tale prospettiva, si avverte l'esigenza di indagare il rapporto sussistente tra i meccanismi di tutela del carattere fiduciario sotteso alla contrattazione pubblica e del buon andamento dell'attività amministrativa rispetto ai principi, alla *ratio* ed alle problematiche più discusse in tema di sanzioni interdittive. Tali questioni dovranno essere analizzate alla luce delle notevoli implicazioni e, più nello specifico, per le “pesanti ricadute” che possono determinare in un settore particolarmente sensibile d'interesse quale il sistema degli appalti pubblici.

programmazione, la gestione e la conduzione di impresa: il problema della prevenzione del rischio-reato negli enti collettivi diviene, conseguentemente, un problema di “organizzazione nell'organizzazione” e, dunque, di “colpa” per l'eventuale disorganizzazione accertata.

²⁷² Sul punto, si veda ROBALDO-CALIANDRO, *Le cause di esclusione dalle gare pubbliche e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001: legami e conseguenze*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2006, 177. Tali Autori, già in riferimento alla previgente disciplina delle cause di esclusione, affermavano che il coordinamento tra le sanzioni amministrative diverse da quelle risultanti dell'articolo 9, comma 2, lettera c), d. lgs. n. 231/2001, e quelle in materia di appalti andasse risolto ritendendo che le disposizioni sulle cause di esclusione non possono essere interpretate estensivamente.

4.2. (segue) Ancora sulle sanzioni a contenuto interdittivo nel diritto penale degli appalti. Analisi di un settore “sensibile” d’intervento.

Il tema delle sanzioni interdittive rivela, come accennato, importanti problematiche riguardo alle conseguenze che possono interessare la disciplina penale degli appalti pubblici: l’applicazione di suddette sanzioni, infatti, incide (negativamente) sulla considerazione di quel carattere fiduciario sotteso alla contrattazione pubblica che dovrebbe connotare l’attività amministrativa e rischia di precludere l’accessibilità alla fase di aggiudicazione del contratto.

Viepiù, la disciplina penale degli appalti non solo può essere considerata quale “settore sensibile d’intervento” ma si mostra, pure, particolarmente “incline ad essere caratterizzata da sanzioni interdittive che possano essere elevate a rango di sanzioni principali”, in una prospettiva di modernizzazione del diritto penale e di riformulazione del sistema sanzionatorio²⁷³. La categoria delle sanzioni interdittive assume, pertanto, un ruolo di primo piano per il tentativo di ricostruire di un sistema sanzionatorio effettivo, giacché permette non solo di muovere importanti riflessioni nel campo del diritto penale classico in generale ma, pure, di approfondire alcune peculiarità specifiche in materia di cd. *White Collars Crimes*²⁷⁴ (o, meglio, in materia di diritto penale economico) e di responsabilità (da reato) delle persone giuridiche, nonché, conseguentemente, in materia di diritto penale degli appalti pubblici.

Ebbene, l’applicazione delle sanzioni interdittive nel diritto penale (dell’economia e non solo) ha assunto negli ultimi tempi una sempre maggiore e crescente considerazione; ed, infatti, una diffusa non applicazione delle fattispecie penali previste e la totale

²⁷³ Cfr., in argomento, MENGHINI, *op. cit.*, 112. E, con riferimento alle risposte sanzionatorie in genere, cfr. AMARELLI-D’ALESSANDRO-DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell’economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli, 2002. In senso critico rispetto alle attuali risposte sanzionatorie, v. CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell’economia*, Padova, 2002, 223.

²⁷⁴ Per una ricostruzione della nascita di tale “*nomen*” divenuto, ormai di uso corrente, si confronti, VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, 30 ss.: “In effetti, l’ascrizione dei reati e la selettività dell’azione penale sono condizionate, come è noto, anche da aspetti connessi al ceto. La formula *White Collar Crime* esprimeva la diffusa convinzione che si dovesse porre fine a tale ingiustizia (...) Si trattava, però, del termine sbagliato al momento giusto. Il momento era favorevole: la coscienza critica della società se ne impossessò e ne fece un motto per la richiesta di riforme. Tuttavia, da un punto di vista obiettivo, il termine era sbagliato (...) Un tale concetto del *white-collar-crime*, come si è detto all’inizio, dà l’impressione di definire il reato attraverso la descrizione del suo autore. Naturalmente, non si tratta di un metodo efficace”. Cfr., pure, in tema, BASILE, *L’ambivalente percezione del white-collar crime in Italia*, in GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano, 2008.

inefficienza del sistema repressivo penale predisposto hanno determinato la necessità di operare una rivisitazione di quelle soluzioni, storicamente, di prerogativa della repressione penalistica, nell'intento di affiancare alle sanzioni principali anche pene accessorie dalla natura spiccatamente infamante-stigmatizzante²⁷⁵. In tal senso, l'analisi dell'effettività del sistema penale mostra come il fine della pena (detentiva o pecuniaria) spesso non risulti rispondente al tessuto sociale, giacché i valori percepiti dalla comunità non paiono più essere collimanti rispetto ai precetti penali²⁷⁶. Ed, invero, seppure la pena detentiva (o pecuniaria) possa essere ancora percepita come la sanzione in grado di esercitare, quantomeno potenzialmente, una migliore dissuasione al crimine, il concreto riscontro dell'ineffettività della sanzione, in sede applicativa, esige “nuove ed ulteriori aspettative sanzionatorie”²⁷⁷. Il “nuovo volto del diritto penale”²⁷⁸ sembra

²⁷⁵ In ordine alle finalità delle pene accessorie, si esprime in questa maniera MENGHINI, *op. cit.*, 120: “Nonostante sia questa la matrice storica delle pene in oggetto, per cui è certamente possibile riconoscere loro una funzione di prevenzione generale, recentemente parte della dottrina ha messo in evidenza come per le misure accessorie che dipendono quale presupposto per la loro applicazione dalla modalità di realizzazione del reato, non sia improprio sottolineare la finalità spiccatamente specialpreventiva”. In argomento, analogamente, v. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano, 1988, 54; VIOLANTE, *Contenuto e funzione delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 263; SCORDAMAGLIA, *L'applicazione provvisoria delle pene accessorie*, Napoli, 1980, 3; PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale ordinamento storico*, Milano, 1977, 431; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 717.

²⁷⁶ Cfr., per tutti, PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 517.

²⁷⁷ L'idea di limitare sensibilmente l'utilizzo della pena detentiva non è certo una novità ed ha preso nuovo vigore soprattutto in tempi recenti con l'avvento del cd. “diritto penale moderno”, categoria omnicomprensiva in cui far confluire ogni sottosistema penale dotato delle sue peculiarità specifiche e perciò stesso poco incline a rifarsi al paradigma del “vecchio” diritto penale classico. Cfr. MENGHINI, *op. cit.*, 128: “Benché tuttora la percezione sociale sia orientata nell'indicare nella pena detentiva la sanzione in grado di suscitare potenzialmente il più elevato grado di dissuasione al crimine, nei fatti la certezza in molti casi dell'ineffettività della sanzione in sede esecutiva svislisce l'attuale sistema e lo depotenzia in maniera significativa dal punto di vista general-preventivo. Né si ritiene che un recupero di effettività della pena detentiva con riferimento a fatti illeciti dotati di modesto disvalore penale sia la strada da percorrere”. Non sono mancate autorevoli voci in dottrina che hanno parlato di diritto penale in trasformazione e di modernizzazione del diritto penale. A tal proposito, si rinvia, in senso più ampio, a DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985; MENGHINI, *op. cit.*, 37; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220. Tale ultimo Autore delinea alcuni, a Suo avviso, tratti di un “diritto penale moderno”; questi potrebbero, così, essere individuati nella proiezione del diritto penale verso il futuro, nella tensione verso una prevenzione generalizzata, nonché in un diritto penale che funga da strumento di stabilizzazione sociale.

²⁷⁸ Così, MENGHINI, *op. cit.*, 37. L'autore parla di un processo in atto e di un vero e proprio “nuovo volto del diritto penale di cui è dato tuttora tratteggiare solo le linee evolutive, senza con ciò poter ancora esprimere un giudizio definitivo, proprio per questa sua caratterizzazione di continuo movimento, di continua evoluzione. Rispetto a questa evoluzione cui ha fatto seguito una produzione alluvionale di norme penali, la comunità si è tenuta al margine (...) Peggio ancora quando la risposta criminalizzatrice sia stata motivata da istanze di allarme sociale, la risposta penale proposta ha deluso tra l'altro proprio

dunque caratterizzato dall'esigenza di individuare strumenti sanzionatori distinti che rappresentino un'adeguata risposta rispetto ad illeciti di nuovo conio, strutturati in maniera diversa rispetto agli stereotipi classici delle fattispecie lesive penalmente rilevanti.

Tali considerazioni denotano una rilevanza tanto maggiore allorché si accostino al diritto penale dell'economia e, più in particolare, al settore degli appalti. Non deve stupire, infatti, che, in tali settori, l'applicazione delle sanzioni interdittive sia avvertita dal potenziale reo come una conseguenza assai più afflittiva rispetto alle altre possibili sanzioni applicabili giacché essa può evidentemente determinare per la vita d'impresa conseguenze pregiudizievoli profonde²⁷⁹, equiparabili, specie se perpetue, persino ad una sorta di "pena di morte" per la stessa società colpita. In tal senso, la sanzione interdittiva manifesterebbe, in un'ottica general-preventiva, una funzione deterrente superiore a qualsiasi altra pena ed opererebbe un recupero di effettività rispetto a qualsivoglia altra risposta sanzionatoria²⁸⁰.

Il ruolo assunto dalle sanzioni interdittive risulta ancora più evidente ove si focalizzi l'attenzione sulla disciplina del d.lgs. 231/2001 citato. Il loro contenuto di natura incapacitante diviene, infatti, indice di una finalità di prevenzione generale, da intendersi nel senso di intimidazione-dissuasione, finalità complementare rispetto alla basilare funzione special-preventiva, maggiormente espressiva dell'istanza di neutralizzazione della fonte del rischio-reato. Il legislatore in tale *corpus* normativo ha, così, previsto delle sanzioni (interdittive) ispirate ad una logica cd. "gradualistica", essendo queste riservate agli illeciti di maggior gravità o contraddistinti dalla reiterazione. Proprio tale aspetto, unitamente alla consapevolezza del pesante pregiudizio che il ricorso ad esse può determinare, denota la necessità di una peculiare cautela nell'applicazione delle stesse da parte del giudice, sì come l'individuazione da

perché imperniata ancora una volta sulla tradizionale sanzione detentiva inficiata nel caso di fatti di gravità anche medio-bassa da una collaterale ineffettività".

²⁷⁹ Cfr., sul punto, RONCO, (voce) *Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*, *op. cit.*, 10; MENGHINI, *op. cit.*, 149 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 59, ove gli autori ritengono che le sanzioni interdittive "non possono certo considerarsi pene accessorie rispetto alla pena pecuniaria. In primo luogo, infatti, si tratta di sanzioni che incidono profondamente, ben più che della pena pecuniaria sull'attività, e sulla vita stessa, dell'ente".

²⁸⁰ Cfr., in senso lato, in materia di criminalità economica e teoria dell'effettività pena, VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, 59: "Se c'è qualcosa davvero che sortisce un effetto, è un perseguimento ed un controllo penale che sia così pervasivo che, per il potenziale autore, il rischio di poter esser preso sia troppo alto. Uno Stato, che non fa sul serio in proposito, fa soltanto della legislazione simbolica".

parte del legislatore stesso di opportuni “freni” volti a limitare un’eccessiva proliferazione di provvedimenti incapacitanti.

In tal senso, il riferimento corre ai tre diversi criteri di scelta (dell’idoneità preventiva, dell’*extrema ratio* e della cd. frazionabilità), alla previsione di meccanismi premiali e, dunque, alla possibilità di evitare le più gravose misure interdittive qualora prima dell’apertura del dibattito concorrano determinate condizioni²⁸¹. Il legislatore ha pure previsto che qualora le sanzioni interdittive siano perpetue, la loro comminatoria, quanto all’*an*, rientri nella libera discrezionalità dell’organo giudicante.

In tal modo, l’obiettivo perseguito di limitare un’efficacia sanzionatoria che rischierebbe di essere fin troppo invasiva origina, come meglio si vedrà nel corso dei successivi paragrafi, più problemi di quanti non ne risolva e, conseguentemente, esercita un “influsso pericoloso” sulla tematica degli appalti; ancora una volta, infatti, la possibilità di incorrere in una disciplina penale che palesi (già essa) un *vulnus* in termini di legalità espone la Pubblica Amministrazione al rischio di adottare soluzioni non corrette, seppur in via derivata, e comunque non vantaggiose per l’interesse pubblico.

Chiarita la *ratio* e le finalità positive sottese alla scelta legislativa di prevedere l’applicazione di sanzioni interdittive in determinati settori d’interesse, e prospettate le maggiori perplessità che il ricorso a siffatte sanzioni genera, giova, di seguito, accennare brevemente ai principali profili problematici individuati. Ciò al fine di meglio precisare entro quali limiti e secondo quali modalità le sanzioni interdittive operino e come suddette questioni possano influire sulla preclusione disciplinata dalla lettera m) dell’articolo 38 citato. In particolare, il presente elaborato intende soffermarsi proprio sulla disciplina del summenzionato d.lgs. 231 del 2001 e sul regime di operatività delle sanzioni interdittive da questo previste; le stesse saranno, pertanto, assunte quale punto privilegiato d’osservazione per individuare le più significative questioni che interessano la materia.

²⁸¹ Vedi, in tal senso, quanto previsto dall’articolo 17 del d. lgs. 231/2001: “*Ferma l’applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattito di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l’ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si e’ comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l’ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l’ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca*”. Per un commento, v. MENGHINI, *op. cit.*, 151.

4.3. *I criteri di scelta ed il regime di inapplicabilità delle sanzioni interdittive nella disciplina del d. lgs. 231/2001. Quali scenari per le procedure di affidamento degli appalti?*

La scelta legislativa di ricorrere a sanzioni interdittive in determinati settori d'interesse e di incentivarne l'applicazione in un'ottica di prevenzione generale, nonché di modernizzazione del diritto penale permette di operare un recupero di effettività del sistema sanzionatorio predisposto; essa, tuttavia, lamenta non trascurabili profili problematici connessi alle modalità ed ai limiti di operatività delle sanzioni interdittive ed all'influenza che tali aspetti esercitano sulle cause di esclusione in materia di appalti pubblici.

Ferma restando l'impossibilità di operare una *reductio ad unitatem* delle differenti questioni critiche che interessano la sopracitata (seconda) categoria di sanzioni interdittive – categoria volutamente ampia e generica che ha fatto assumere alla lettera m) dell'articolo 38 del Codice la fisionomia di “norma di chiusura” – ci si soffermerà qui sulla prima categoria di sanzioni, ovvero quella concernente la tipologia di sanzioni previste dall'articolo 9, comma 2, lettera c) d.lgs. n. 231/2001: tale ipotesi, solo apparentemente, presenta minori problematiche.

È noto come il d.lgs. 231 citato sia stato concepito come uno strumento di contrasto alla criminalità economica e come fattore di affermazione cogente di una maggiore etica nell'attività di impresa; in quest'ottica il legislatore ha predisposto un ventaglio di risposte sanzionatorie diversificate, indicate nell'articolo 9 del decreto, risposte che al di là della sanzione pecuniaria – individuata quale ineluttabile sanzione, ma pur tuttavia meno temuta delle altre perché considerata come una sorta di rischio di impresa²⁸² – rivelano, sicuramente, la propria portata dirompente attraverso la previsione di diverse sanzioni interdittive²⁸³.

²⁸² Come lo stesso legislatore aveva previsto nella relazione alla legge, le sanzioni pecuniarie non rappresentano un sufficiente deterrente per le società (o almeno per quelle di rilevanti dimensioni) per cui non è improprio dire che, sul piano repressivo-preventivo, la partita si gioca tutta sul terreno delle sanzioni interdittive. L'assunto trova conferma nelle pronunce giurisprudenziali finora emesse, ed in particolare in quelle di patteggiamento – cui gli enti accedono per la contenuta entità delle sanzioni pecuniarie, valutata in relazione alla portata dei fatti contestati.

²⁸³ L'elenco delle sanzioni interdittive prevede cinque tipi di misure ovvero l'interdizione dall'esercizio delle attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni delle licenze o concessioni funzionali alla

In particolare, l'articolo 13 del decreto 231/2001 stabilisce come le sanzioni interdittive si applichino in relazione ai reati per i quali il legislatore ha previsto espressamente questa più grave sanzione, soltanto qualora sussistano due peculiari condizioni: l'ente deve avere tratto dal reato un profitto di rilevante entità e deve, altresì, essere recidivo²⁸⁴. Tali condizioni sono alternative, essendo sufficiente per l'applicazione delle sanzioni interdittive che se ne verifichi una. Vi è poi una causa di esclusione della sanzione prevista dall'ultimo comma di questo articolo in base al quale essa non si applica "nei casi previsti dall'articolo 12 comma 1" ossia quando il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità²⁸⁵.

Pur prescindendo da un esame compiuto della normativa in questione, in ordine a tale tipologia di sanzioni ed alla connessa disciplina prevista, preme approfondire i seguenti profili particolarmente significativi per gli "scenari" delle procedure di affidamento in materia di appalti pubblici: ovvero, i criteri di scelta delle sanzioni interdittive e la libera discrezionalità dell'organo giudicante nell'ambito di tale scelta in relazione alla successiva valutazione "vincolata" della stazione appaltante; l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive qualora l'ente provveda ad un'efficace riparazione dell'offesa e la possibilità di operare una conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie successivamente all'emissione della sentenza di condanna ed gli effetti che si determinano in ordine all'aggiudicazione degli appalti; nonché il rapporto tra le sanzioni interdittive irrogabili con la sentenza di condanna e le misure applicabili dal giudice in via cautelare e la conseguente rilevanza di quest'ultime in relazione alle preclusioni stabilite dal Codice degli appalti.

Quanto al primo aspetto, è noto come il d.lgs. 231/2001 preveda un elenco di sanzioni interdittive le quali, non potendo essere comminate in via esclusiva, si aggiungono alla

commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio; l'esclusione dalle agevolazioni, finanziamenti, sussidi, e l'eventuale revoca di quelli già concessi; infine, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

²⁸⁴ In base all'articolo 13 del d. lgs. 231/2001: "*Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti*". Cfr., in senso ampio, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.* 58-59; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 23 ss.

²⁸⁵ L'articolo 13, comma 3, rinvia infatti all'articolo 12, comma 1, che condiziona la propria operatività alla sussistenza di due condizioni peculiari: ovvero, al fatto che l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo; o che ancora il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità.

pena pecuniaria nei casi più gravi e la cui applicazione (aggiuntiva) sarà la conseguenza di una scelta (di tipo discrezionale) da parte dell'organo giudicante²⁸⁶.

In relazione a tale scelta sono previsti tre diversi criteri: il primo concernente l'idoneità cd. preventiva della singola sanzione ad impedire illeciti dello stesso tipo di quello commesso; il secondo, consistente nel fatto che la sanzione dell'interdizione nell'esercizio dell'attività sia applicata quale *extrema ratio*; ed, infine, il terzo, relativo al cd. criterio di frazionabilità, secondo cui la sanzione deve avere ad oggetto la specifica attività cui il reato si ricollega. Il legislatore ha, perciò, stabilito che il giudice compia in base a tali criteri una valutazione di tipo discrezionale all'esito della quale effettui la scelta per l'una o per l'altra sanzione. In maniera criticabile, inoltre, il decreto legislativo prevede, proprio per le ipotesi più significative, che, qualora le sanzioni interdittive (già di per sé, come detto, potenzialmente "trancianti" per la vita dell'impresa) siano pure perpetue, la loro comminatoria rientri nella libera discrezionalità dell'organo giudicante. Desta, a tal proposito, notevole stupore la scelta legislativa di concedere all'interprete una discrezionalità così ampia proprio in quei casi che denotano maggiore invasività²⁸⁷.

La situazione si complica ulteriormente allorché si considerino le inevitabili distorsioni applicative giurisprudenziali che interessano la materia. Non sono mancati, infatti, casi in cui il giudice penale, pur consapevole del peso della propria decisione rispetto agli equilibri ed agli interessi economici sottesi alla vita d'impresa (non solo relativi all'ente), abbia comunque esteso gli effetti della sanzione interdittiva non solo al settore in cui si sarebbero verificati gli illeciti contestati ma anche ad altri settori dell'attività

²⁸⁶ Per un approfondimento esaustivo della tematica in argomento, si vedano AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 57 ss.; RONCO, (voce) *Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 2002, 8; FIORELLA, (voce) *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in (a cura di) CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5104; FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, 39; DE VERO, *op. cit.*, 1139; PULITANÒ, (voce) *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 2002, 961; VIZZARDI, *Art. 17 – Riparazione delle conseguenze del reato*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008; SARTARELLI, *Art. 12 – Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.

²⁸⁷ Cfr., MENGHINI, *op. cit.*, 151: "Non si ritiene a tal proposito ragionevole riconoscere al giudice una discrezionalità così ampia proprio nelle ipotesi di sanzioni maggiormente invasive".

privata che l'impresa svolgeva²⁸⁸. In tal senso, suddetta prassi applicativa rivelerebbe il rischio potenziale di assistere ad ipotesi di “selezioni derivate” da parte della Pubblica Amministrazione, ovvero di selezioni operate a monte dal giudice penale sulla base di meccanismi (penali) non ancora perfettamente calibrati rispetto all'interesse pubblico sotteso. In altri termini, il pericolo è quello che la selezione sia pregiudicata, a monte, da decisioni discriminatorie o, comunque, non eque, né tanto meno rimediabili da parte della stazione appaltante²⁸⁹.

Ove si valuti l'impatto che tali profili critici riverberano in materia di appalti, ci si accorge come il nodo centrale della questione sia rappresentato dall'incidenza che la valutazione e la discrezionalità dell'organo giudicante penale opera sul criterio selettivo della stazione appaltante; infatti, in queste ipotesi la “selezione penale” non viene “temperata” dall'attività della Pubblica Amministrazione, giacché le stazioni appaltanti non godono di alcun margine di discrezionalità.

In altri termini, in questi casi, giacché la stazione deve attenersi al giudicato penale e non può su questo esprimere una propria discrezionale valutazione, il problema da risolvere non attiene più alle ragioni di opportunità sopra viste ed al rischio di una sovrapposizione di giudizi o peggio di una revisione dei giudicati, ma interesserebbe un profilo opposto e pur ugualmente importante: vale a dire quello relativo alle ipotesi in cui la valutazione discrezionale del giudice penale possa (*rectius*: debba) “bypassare” le logiche decisionali sottese all'interesse pubblico.

²⁸⁸ Per un'esemplificazione rispetto all'ipotesi delineata si osservi il punto di diritto espresso da Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 2010, n. 20560. La Suprema Corte ribadisce che le sanzioni non devono operare in modo “generalizzato ed indiscriminato”, ma si devono adattare, ove possibile, alla specifica attività dell'ente che è stata causa dell'illecito. La finalità di tale sanzione interdittiva è di neutralizzare il luogo nel quale si è originato l'illecito. MONTESANO, *Criteri delle misure interdittive applicate in fase cautelare: limiti e ambiti di applicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 4, 181: “Ancora una volta, e con un corretto richiamo ai principi che disciplinano la materia, la Suprema Corte ha sottolineato come nella determinazione della sanzione interdittiva applicabile (e il discorso, lo si ribadisce, vale anche e soprattutto per la fase cautelare) il Giudice debba rifarsi a ciò che prevede l'art. 14 del decreto: «*le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente*» (...) Da un lato, la finalità della misura cautelare consiste nel “neutralizzare il luogo nel quale si è originato l'illecito” e non si addice ad una sanzione che operi in modo “generalizzato e indiscriminato”. D'altro canto, i criteri di idoneità e proporzionalità delle sanzioni interdittive e delle misure cautelari (espressi sia dall'art. 14 che dall'art. 46), prevedono – se possibile – un loro “frazionamento”. Sotto questo profilo, il ragionamento della Cassazione si inserisce su di un solco già tracciato dalla giurisprudenza.”.

²⁸⁹ Invero, in tali situazioni, in capo alla Pubblica Amministrazione non residua alcun potere discrezionale d'apprezzamento della condanna emessa dal giudice penale e l'esclusione dell'impresa deriva direttamente dal provvedimento di condanna emanato, in quanto incidente sulla capacità contrattuale.

Il potere di accertamento delle cause interdittive è, infatti, demandato, in via esclusiva, al giudice penale la cui attività è vincolata all'accertamento dei presupposti specificamente previsti dalla legge, ma è, comunque, discrezionale nella valutazione dei presupposti stessi, tenuto conto dell'invasività del provvedimento. In tal modo, il legislatore ha inteso attribuire al giudice penale un ruolo di massima anticipazione dell'azione di prevenzione nella tutela dell'interesse pubblico, con particolare riguardo proprio al settore dei contratti tra il mondo imprenditoriale e la Pubblica Amministrazione. Proprio in quanto la valutazione del giudice penale in ordine alla sussistenza dei requisiti per l'applicazione delle sanzioni interdittive costituisce espressione di una discrezionalità "riservata", si esclude la possibilità per la Pubblica Amministrazione di svolgere un giudizio sulla decisione assunta dal giudice penale.

Ne deriva che, contrariamente a quanto detto in precedenza – in relazione agli aspetti critici delle esclusioni di cui alla lettera c) – la motivazione del provvedimento, in questi casi, non dovrà essere necessariamente ampia e dettagliata a supporto delle ragioni punitive riscontrate, giacché sarà sufficiente il rinvio al provvedimento a giustificare l'esclusione di un soggetto dalla gara.

A complicare il quadro (già) tracciato si aggiunge un secondo profilo problematico peculiare rispetto alla disciplina degli appalti, ovvero l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive qualora l'ente provveda ad un'efficace riparazione dell'offesa e la possibilità di operare una conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie successivamente all'emissione della sentenza di condanna. La scelta legislativa di non consentire alle stazioni appaltanti di poter operare un sindacato sulla decisione penale assunta, infatti, seppur per certi aspetti condivisibile, rischia, di fatto, di determinare un'*impasse* per la Pubblica Amministrazione, "costretta" a tener conto di una normativa che, come anticipato, ragiona su "logiche proprie e differenti".

La *ratio* dell'introduzione delle sanzioni interdittive nel cd. sistema 231, infatti, per un verso persegue, come detto, uno scopo deterrente, per altro verso innesca la possibilità per l'ente di attivarsi per evitarle: ed, infatti, l'articolo 17 del d.lgs. ad oggetto prevede l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive qualora l'ente, prima dell'apertura del

dibattimento, faccia il necessario per assicurare un efficace riparazione dell'offesa e soddisfi alcune precise condizioni²⁹⁰.

Le condotte riparatorie previste sono volte ad eliminare anche il fattore di rischio che ha provocato, o quantomeno agevolato, la commissione del reato e si giustificano in considerazione del fatto che il profitto costituisce, in genere, il movente che ispira la consumazione del reato. E, del resto, anche successivamente all'emissione della sentenza di condanna, a norma dell'articolo 78 d.lgs. 231/2001, l'ente può ottenere la conversione delle sanzioni interdittive in pecuniarie, a seguito dell'adempimento delle medesime condizioni di cui all'articolo 17 citato.

In estrema sintesi, pare evidente il nesso sussistente tra il segnale di "pentimento-ravvedimento" richiesto all'ente e il profilo strettamente economico; in altre parole, il pericolo è che tutta la questione finisca per ridursi ad una mera questione economica di costi-benefici. L'aspetto economico, infatti, rischia di divenire l'unica "chiave di volta" e di acquistare un peso decisivo, riducendo la questione riparatoria-interdittiva ad una mera "politica di sopportazione di costi di impresa", ovvero proprio l'effetto che si intendeva evitare. In tal senso, la disciplina prevista in materia di appalti, acuirebbe il problema, giacché si assisterebbe all'*impasse* della Pubblica Amministrazione che nulla potrebbe di fronte alla necessità di dover selezionare contraenti, di fatto "inaffidabili", ma concretamente "pentiti", e perciò nuovamente "concorrenziali", grazie ad operazioni economiche "speculative" che poco hanno a che vedere con un reale ravvedimento.

4.4 Le sanzioni interdittive irrogabili con la sentenza di condanna e le misure applicabili dal giudice in via cautelare. Ripercussioni in tema di appalti e di procedure di affidamento.

Le "misure interdittive" previste dal d.lgs. 231/2001 paiono assumere una rilevanza ancora maggiore ove si consideri che esse, oltre ad essere irrogabili con la sentenza di condanna, sono, altresì, applicabili dal giudice in via cautelare, funzionando così come

²⁹⁰ Segnatamente, si dovrà accertare che l'ente abbia provveduto al risarcimento del danno o alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o si sia efficacemente attivato in tal senso o abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato che hanno dato causa al reato o abbia messo a disposizione ai fini della confisca il profitto conseguito dal reato.

strumento di prevenzione generale immediatamente applicabile. Ai fini dell'indagine che qui interessa, preme chiarire quale ruolo rivestano le misure cautelari rispetto alle eventuali sanzioni interdittive irrogabili con la sentenza di condanna e quale rilievo le prime abbiano rispetto alla disciplina penale degli appalti, dal momento che né la lettera m) dell'articolo 38 in analisi, né altre lettere del medesimo articolo, vi fanno espresso riferimento.

Pur senza voler qui anticipare alcuna considerazione conclusiva, pare potersi affermare che il legislatore abbia optato per l'insussistenza di una loro "diretta" rilevanza rispetto alle cause di esclusione alle gare; l'affermazione sarebbe, infatti, confermata tanto dal dato testuale dell'articolo 38 del Codice, quanto da argomentazioni "spiccatamente ispirate al principio di legalità e di certezza del diritto". Tale considerazione, tuttavia, non comporta che le misure cautelari (interdittive) non assumano rilievo alcuno rispetto alla disciplina penale degli appalti pubblici, né esclude che le stesse possano acquistare una rilevanza "indiretta o riflessa" in ordine alla suddetta tematica²⁹¹.

Invero, nell'impianto pensato dal legislatore, le misure cautelari costituiscono un pilastro portante ed estremamente significativo per garantire effettività al sistema preventivo delineato dal d.lgs. 231/2001; tuttavia, è proprio su queste ultime che si sono concentrate le maggiori perplessità interpretative, perplessità che, potenzialmente, rischiano di acuirsi in merito alle procedure di aggiudicazione in materia di appalti pubblici. Ed, infatti, il decreto citato contempla un sistema di meccanismi cautelari interamente affidato alla competenza del giudice penale, al quale sono demandate quelle misure cautelari interdittive che dovrebbero avere la finalità di paralizzare l'attività dell'ente sottoposto ad accertamento²⁹². Il sistema dettato dal d.lgs. 231 prevede delle

²⁹¹ Occorre, infatti, chiedersi che rilievo acquisisti la mancata espressa previsione delle misure cautelari tra le cause ostative di partecipazione alle gare d'appalto, rispetto alla circostanza che un giudice penale possa, in via cautelare, aver applicato ad un ente il "divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione". Evidentemente, l'interrogativo non interessa la fase di operatività dell'interdizione (sanzionatoria o) cautelare, poiché durante tale periodo il provvedimento del giudice già di per sé inibisce l'attività di contrattazione.

²⁹² Come chiarito nella Relazione, "(...) la sanzione pecuniaria non deve infatti rappresentare l'unica arma da utilizzare contro la criminalità d'impresa, atteso che per quanto possa essere adeguata al patrimonio dell'ente, finirà comunque per essere annoverata tra i rischi patrimoniali inerenti alla gestione. È un bene, dunque, che essa sia affiancata da sanzioni interdittive, che possiedono in misura superiore la forza di distogliere le società dal compimento di operazioni illecite e da preoccupanti atteggiamenti di disorganizzazione operativa". V. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si «duplica» nell'illecito amministrativo*, in *Dir. giust.*, 2001, f. 23; EPIDENDIO, *La punizione degli enti in generale*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006; CARDANI, *Ripensare il sistema della*

condizioni di applicabilità per le misure cautelari, condizioni che, come già visto per le sanzioni interdittive, ragionano su “logiche proprie” e devono essere rispettate anche in sede di applicazione delle misure cautelari²⁹³. Oltre alle condizioni sopra citate, il sistema (cautelare) costruito prevede che le vicende costitutive delle misure cautelari interdittive possano essere ricondotte alla sussistenza dei due presupposti: alla presenza cioè del cd. *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*²⁹⁴.

Proprio in ordine a tale ultimo presupposto si ritiene che si debba procedere con estrema attenzione. In questa specifica materia, infatti, la difficoltà (ulteriore) nell'accertamento sarebbe rappresentata dal fatto che l'impresa, a differenza della persona fisica, è un soggetto molto più complesso che richiede un'analisi che si fondi su principi e criteri non soltanto prettamente giuridici ma anche su nozioni e concetti che nascono dalle teorie aziendalistiche ed economiche: conseguentemente, non si può nascondere come si tratti di un approccio interpretativo che, in considerazione degli elementi

responsabilità penale delle società? Le sanzioni e le misure cautelari interdittive, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 4, 141. Alle misure cautelari sono dedicate le disposizioni degli artt. 45-54 d.lgs. 231, che richiamano, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale in materia. L'articolo 45 stabilisce che, sussistendone i presupposti, “[...] il pubblico ministero può chiedere al giudice l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, [...]”. In argomento, pure, PRESUTTI, *Art. 49 – Sospensione delle misure cautelari*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008;

²⁹³ In tal senso, CARDANI, *op. cit.*, 142: “Uno dei principali presupposti per l'applicazione della misura cautelare consiste nella possibile condotta recidiva dell'ente; l'accertamento di siffatto presupposto, pur tuttavia, necessita di un'analisi degli elementi costitutivi della soggettività dell'ente che non può consistere nell'applicazione di metodi interpretativi ancorati al diritto penale *ante* entrata in vigore del d.lgs. 231 o basati su una finalità ideologica-punitiva. Piuttosto dovrà essere preferita un'analisi che indagli sulla reale soggettività dell'ente, anche attraverso gli atti organizzativi e di *business* dell'impresa”.

²⁹⁴ L'art. 45 individua, pertanto, il presupposto probatorio nei “gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato”. Si tratta, in sintesi, di una prognosi di probabile condanna dell'ente, a conferma del fatto che l'adozione di una misura cautelare presuppone un fondamento solido. Tale prognosi deve essere effettuata avendo considerazione delle fattispecie di reati-presupposti e dei criteri oggettivi e soggettivi di imputazione dell'illecito. Cfr. CARDANI, *op. cit.*, 143: “Con riferimento al presupposto teleologico del *periculum in mora*, esso deve desumersi da specifici e fondati elementi che fanno presumere una possibile condotta recidiva dell'ente. Sotto questo profilo, si evidenzia la tendenza emersa nelle prime esperienze applicative ad identificare questo presupposto nell'inefficacia dei Modelli di Organizzazione e prevenzione adottati. La stessa Corte di Cassazione ha chiarito che la valutazione del *periculum in mora* deve basarsi su due presupposti: il primo di carattere oggettivo, attinente alle modalità ed alle circostanze del fatto di reato; il secondo di carattere soggettivo, riguardante la personalità dell'ente che apre la strada a considerazioni in tema di politica aziendale di prevenzione (in tal senso, la mancata adozione di un Modello di Organizzazione e prevenzione è valutata negativamente). Su questo ultimo presupposto di carattere soggettivo si ritiene che nel cercare di individuare gli elementi storico-aziendali che individuano la personalità di un ente si debba procedere con estrema attenzione fuggendo da soluzioni sommarie o da scorciatoie interpretative”.

interdisciplinari richiesti, risulta complesso ed assai diverso rispetto a quello utilizzato sino al 2001 dalla giustizia penale, nonché spesso soggetto ad applicazioni distorte²⁹⁵.

Alla luce di siffatte difficoltà e complicazioni, il rischio da evitare è quello di incorrere in cd. “soluzioni sommarie” o “scorciatoie interpretative” che, inevitabilmente, finiscono per “annidarsi dietro l’accertamento dei presupposti cautelari”²⁹⁶. Le distorsioni che, forse più di ogni altro settore, interessano quello qui oggetto di trattazione, infatti, evidenziano un’interpretazione della normativa non sempre uniforme e coerente. Tali considerazioni, oltre a generare una diffusa mancanza di certezza del diritto, postulano la necessità di intendere l’accertamento compiuto in sede cautelare in via strumentale e accessoria rispetto agli effetti del provvedimento penale.

Suddette brevi considerazioni già evidenziano un duplice profilo critico rispetto alle problematiche che interessano il tema degli appalti, profilo che rivelerebbe tanto un pregio quanto un limite nella disciplina predisposta dal legislatore del 2006.

In primo luogo, si comprende come il legislatore abbia optato, con estrema prudenza, per una scelta normativa che declini una diretta “rilevanza escludente” per soluzioni che non “brillano” per chiarezza interpretativa e siano fondate su un accertamento sommario e/o indiziario non sufficientemente garantista. Dal punto di vista applicativo, infatti, non sempre si assiste ad una prassi giurisprudenziale che si dimostri particolarmente attenta e cauta nel disporre le misure cautelari ed, anzi, si registra la “tendenza” a motivare le misure (cautelari) interdittive a carico di una società sulla base di ragionamenti svolti *per relationem* rispetto all’ordinanza cautelare emessa nei confronti delle persone fisiche indagate per i reati dai quali dipende l’illecito amministrativo attribuito alla società. Durante tale processo motivazionale, dunque, non verrebbero esposte le specifiche esigenze cautelari e gli indizi che giustificerebbero in concreto la misura a

²⁹⁵ In merito ad una corretta applicazione dell’articolo 45 è utile rinviare a quanto si può leggere in alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione; cfr., sul punto, Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in *Guida dir.*, 2006, 42, 61 e Cass. pen., sez. II, 5 marzo 2009, n. 15641, in *Dir. e Giust.*, 2009. In tali casi giurisprudenziali la problematica ha per oggetto la presunta violazione nella disposizione delle misure interdittive a carico di una società motivata *per relationem* rispetto all’ordinanza cautelare emessa nei confronti delle persone fisiche indagate per i reati dai quali dipende l’illecito amministrativo attribuito alla società. Ed, infatti, in tale processo motivazionale non verrebbero esposte le specifiche esigenze cautelari e gli indizi che giustificerebbero in concreto la misura a carico dell’ente. Del resto, il fatto che vi siano persone fisiche indagate e parallelamente vi siano indagate anche persone giuridiche fa sì che spesso le indagini, le analisi e le conseguenti osservazioni abbiano per oggetto principale le persone fisiche imputate e che, senza svolgere osservazioni autonome a proposito della situazione riguardante la società, le argomentazioni e le motivazioni utilizzate per giudicare della colpevolezza e della responsabilità della società avvengano *per relationem*.

²⁹⁶ CARDANI, *op. cit.*, 143.

carico dell'ente, né verrebbero svolte osservazioni autonome a proposito della situazione riguardante la società.

In tal senso, pare condivisibile la scelta del legislatore di limitare la diretta rilevanza escludente rispetto alle gare d'appalto alle sole sanzioni interdittive. D'altro canto, il limite della soluzione adottata sarebbe rappresentato dallo stesso pregio sopra descritto; non si comprende per quale motivo il legislatore sarebbe stato tanto "avveduto" in questo caso, mentre assai poco "garantista" in altri casi²⁹⁷.

È noto, infatti, come l'articolo 46 d.lgs. 231/2001, sulla falsariga dell'articolo 275 c.p.p. in materia di misure cautelari personali, individui i criteri cui il giudice debba attenersi nella scelta delle misure cautelari interdittive che devono essere adottate nel caso concreto. Tali criteri evidenzerebbero come il giudice, nell'esercizio della sua potestà cautelare, dovrà valutare la necessità e la sufficienza della misura rispetto al fine perseguito, adottare la misura meno gravosa per l'ente e considerare il parametro della gradualità così da ricorrere agli strumenti cautelari in via tendenzialmente progressiva. In altri termini, tali misure devono costituire una sorta di *extrema ratio*, ed essere applicate soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata²⁹⁸. Potrebbe dirsi, pertanto, che pure la disciplina delle misure cautelari interdittive denota peculiari "accorgimenti spiccatamente ispirati al principio di legalità", accorgimenti che le renderebbero non meno "sospette" di quanto non siano le misure di prevenzione, come argomentato *supra*.

Un ulteriore profilo degno di nota, in tal senso, concerne il fatto che le misure interdittive cautelari, a norma degli articoli 49 e 50 del d.lgs. 231/2001, possono essere sospese, revocate e sostituite; nello specifico, "*le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona*

²⁹⁷ Il riferimento, in tal senso, corre ad alcune delle argomentazioni sopra svolte in materia di misure di prevenzione e principio di legalità nonché, più in generale, alle considerazioni critiche esplicitate in relazione alla lettera b) dell'articolo 38 del Codice. In una prospettiva critica *de jure condendo*, infatti, il legislatore avrebbe potuto optare per una soluzione diversa, più coerente rispetto alla scelta normativa operata nella lettera b); invero, avrebbe potuto "aprire ad una rilevanza diretta", quantomeno suscettibile di valutazione discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione, anche per le misure cautelari, quali cause di esclusione dal novero dei partecipanti alle gare d'appalto.

²⁹⁸ Ed, infatti, accanto al criterio dell'adeguatezza è pure previsto quello della proporzionalità della misura cautelare, nel senso che dovrà essere applicata quella misura che appare proporzionata all'entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente (art. 46, comma 2, d.lgs. 231/2001). V., MONTESANO, *op. cit.*, 181: "L'anticipazione alla fase cautelare dell'applicazione di una delle sanzioni interdittive previste dal decreto, impone il rispetto di quel criterio dell'*extrema ratio* che richiede al Giudice lo sforzo di definire con precisione assoluta l'ambito dell'attività che si intende inibire e, come nel nostro caso, i poteri in forza dei quali l'attività stessa può essere proseguita".

*l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'art. 17*²⁹⁹. In quest'ottica, un'apertura alle misure cautelari rispetto al sistema degli appalti potrebbe pure incentivare le logiche preventive sottese al d. lgs. 231/2001.

Per altro verso, pur condividendo la scelta del legislatore e, quindi, la soluzione tesa ad escludere una diretta rilevanza delle misure cautelari secondo quanto sopra detto, non vanno neppure sottovalutate le possibili distorsioni che, sempre più frequentemente, si registrano nella prassi applicativa. Ci si riferisce, a tal proposito, alla prassi di “assegnare” alle misure cautelari interdittive il ruolo di anticipazione delle pene definitive, nonché a quella di realizzare una sorta di “accertamento ibrido”, ovvero un *unicum* tra l'accertamento volto ad applicare la misura cautelare e l'accertamento finale, operato per comminare la sanzione.

Ne deriva, pertanto, che seppur sia condivisibile, in linea di principio, la scelta effettuata dal legislatore del Codice degli appalti, da un punto di vista applicativo, il sistema rischia di essere “minato alle fondamenta”, e di rivelarsi ineffettivo a causa di una serie di “distorsioni operative” che “inquinano” la tenuta del sistema complessivo. In una prospettiva *de jure condendo*, forse anche quest'aspetto dovrebbe esser preso in considerazione.

²⁹⁹ Cfr. CARDANI, *op. cit.*, 145: “In tal caso, il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, che deve essere depositata presso la Cassa delle Ammende. Dispone, poi, la sospensione della misura e indica un termine entro cui devono essere realizzate le condotte riparatorie previste dall'art. 17 e di seguito indicate: • l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; • l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di Modelli Organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; • l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca”.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il tema degli appalti pubblici riveste una fortissima e persistente centralità nell'ambito dei rapporti tra economia e criminalità. Le più note vicende della cronaca giudiziaria degli ultimi anni dimostrano come una delle più evidenti e significative linee di continuità tra le varie forme di condizionamento criminale dell'economia sia rappresentata dalle interferenze che si registrano nel mercato degli appalti pubblici. Durante l'attività di ricerca sono emerse varie metodologie di intervento criminale nel sistema degli appalti pubblici e si è tentato di valutare la "risposta penale" in termini di effettività ed adeguatezza.

L'esito dell'indagine ha mostrato come le soluzioni di politica criminale succedutesi in materia non siano state sempre frutto di scelte univoche e condivisibili, e come l'attività di accertamento e contrasto dei fenomeni criminali ne sia stata spesso pregiudicata.

In particolare, uno dei più evidenti punti deboli della disciplina penale in esame è rappresentato dal fatto che l'apparato di contrasto si dimostra potenzialmente molto efficace, allorché si tratti di respingere o neutralizzare tentativi frontali di infiltrazione criminale nelle procedure di affidamento degli appalti, mentre risulta molto vulnerabile ove si considerino le penetrazioni illecite realizzate mediante interposizioni fittizie di soggetti apparentemente "rispettabili".

È emersa, pertanto, la necessità di riformulare le modalità di intervento penale nel settore, in una prospettiva preventiva, mediante l'individuazione di meccanismi volti a rendere più trasparente il momento più "delicato" della contrattazione pubblica: la selezione dei concorrenti durante le procedure di affidamento. In tale ottica, la trattazione approfondisce la disciplina relativa alle cause di esclusione dei soggetti concorrenti alla contrattazione pubblica, sotto un profilo strettamente penalistico. L'interesse per questa disciplina si è vieppiù rafforzato a seguito del recente intervento (chiarificatore) dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che con Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010 ha ritenuto di indicare alcune linee interpretative per cercare di risolvere i problemi applicativi originati dalla scarsa chiarezza della disciplina sul possesso dei requisiti generali, e in particolare della tecnica utilizzata per la loro dichiarazione da parte degli interessati.

La disciplina delle cause di esclusione ha ormai assunto un ruolo di primo piano, giacché integra una forma di autotutela anticipata e preventiva per la stazione appaltante e, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe (o avrebbe dovuto) annullare o ridurre il rischio di parzialità e di distorsioni criminali che possono interessare il mercato degli appalti pubblici. A tal riguardo, abbiamo condiviso il tentativo del legislatore del 2006 di delineare la disciplina delle ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento e il relativo spazio di valutazione riservato alla Pubblica Amministrazione con maggiore precisione rispetto al passato (d. P.R. 554/1999). Tuttavia, a quasi cinque anni dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006 e s.m.i.), si avverte ancora l'esigenza di chiarire l'esatta portata di alcune cause di esclusione (art. 38, d.lgs. 163/2006). Tale esigenza risulta ancor più evidente a seguito dei recenti interventi legislativi succedutisi in materia, interventi che hanno tentato di risolvere alcune questioni trattate e di apportare maggiori chiarimenti alla disciplina. Talune soluzioni adottate, invero, non soddisfano le aspettative dei critici ed anzi hanno denotato un evidente *deficit* di legalità, e più in particolare, spiccati limiti in termini di tassatività e determinatezza, limiti che, già in passato, hanno generato (e continuano a generare) forti contrasti interpretativi e maggiori problemi di quanti non ne abbiano, in realtà, risolti.

Il lavoro si è, pertanto, concentrato sulle più rilevanti problematiche concernenti i requisiti penalistici di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento, con speciale riguardo: alle ipotesi di esclusioni dalle gare di appalto connesse all'applicazione di misure di prevenzione [lettera b), comma 1, articolo 38 Codice degli appalti]; alle esclusioni dalle gare relative ad ipotesi di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale [lettera c), comma 1, articolo 38 Codice degli appalti]; alle ipotesi di esclusioni derivanti dall'applicazione di sanzioni interdittive che comportino il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione [lettera m), comma 1, articolo 38 Codice degli appalti]. Quanto alle ipotesi di esclusione connesse all'applicazione di misure di prevenzione è emerso come la tematica determini profili di criticità e dubbi in ordine al rispetto dei principi costituzionali di libertà, legalità e certezza del diritto, tanto da generare la preoccupazione che si affermi in materia un microsistema ispirato a logiche dello "stato di polizia".

Nello specifico, le problematiche più rilevanti concernono: i) l'individuazione del novero dei soggetti che possono essere esclusi dalla procedura di affidamento dell'appalto; ii) la scelta del legislatore del 2006 (in continuità con l'articolo 52 del precedente del d.P.R. 554 del 1999) di attribuire rilevanza "escludente", ai fini della gara d'appalto, anche alla mera "pendenza" di procedimenti per l'applicazione di una misura di prevenzione; iii) la soluzione legislativa di escludere, in capo della stazione appaltante, qualsiasi forma di valutazione nel merito della decisione assunta dal giudice penale.

In relazione a tali questioni, la ricerca ha rivelato come le soluzioni previste dal legislatore in materia di misure di prevenzione non rappresentino che un mero palliativo rispetto ai reali problemi che si riscontrano nel settore degli appalti pubblici. Tale considerazione critica non muta nemmeno a seguito del recente intervento legislativo che ha previsto l'introduzione di un "*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*" (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). Pertanto, quantomeno da un punto di vista applicativo, si sono condivise le posizioni di quanti sostengono che un intervento strategico davvero efficace in materia avrebbe dovuto concentrare la propria attenzione sulla creazione di nuovi sistemi di controllo che sostituiscano i vecchi meccanismi basati, principalmente, su controlli formali di tipo documentale. Soltanto attraverso la creazione di meccanismi che consentano già non un mero controllo formale della documentazione esibita, bensì un esame delle diverse situazioni concrete e un costante monitoraggio di tutti i dati acquisiti, è possibile individuare eventuali anomalie nelle procedure di affidamento. Alla Pubblica Amministrazione non è stato dato un efficace filtro capace di eliminare *ab origine*, attraverso idonei meccanismi di autotutela, eventuali situazioni di illegalità che determinano danni gravissimi per le risorse della collettività. Per quanto concerne questi aspetti, solo recentemente si è assistito ad un fenomeno di progressivo potenziamento del ruolo delle Autorità per la vigilanza e, più in generale, dei sistemi di controllo "alternativi e integrativi" rispetto alle forme di intervento penale, per approntare uno stretto raccordo tra istanze di repressione e prevenzione.

Ulteriori approfondimenti critici hanno interessato le ipotesi di esclusioni dalle gare di appalto connesse all'applicazione di sanzioni interdittive che comportano il divieto di

contrarre con la pubblica amministrazione (in particolare, la sanzione *ex art. 9*, comma 2, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). L'indagine ha rivelato importanti problematiche riguardo alle conseguenze che possono interessare la disciplina penale degli appalti pubblici, in una prospettiva di modernizzazione del diritto penale e di riformulazione del sistema sanzionatorio. Da un lato, la disciplina degli appalti pubblici si mostra particolarmente incline ad essere caratterizzata da sanzioni interdittive che possano, *de jure condendo*, essere elevate a rango di sanzioni principali. Il nuovo volto del diritto penale risulta, infatti, caratterizzato dall'esigenza di individuare strumenti sanzionatori distinti che rappresentino un'adeguata risposta rispetto ad illeciti di nuovo conio e siano strutturati in maniera diversa rispetto agli stereotipi classici delle fattispecie lesive penalmente rilevanti. Si condivide, pertanto, la scelta legislativa di ricorrere a sanzioni interdittive in determinati settori d'interesse (quale, appunto, quello degli appalti pubblici) e di incentivarne l'applicazione in un'ottica di prevenzione generale, nonché di modernizzazione del diritto penale, giacché tale soluzione potrebbe, astrattamente, consentire un recupero di effettività del sistema sanzionatorio predisposto. Tuttavia, dall'altro lato, le soluzioni previste dal legislatore nel Codice degli appalti presentano non trascurabili profili problematici connessi alle modalità ed ai limiti di operatività delle sanzioni interdittive (specie, con riferimento alle sanzioni previste dalla disciplina in materia di responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche) ed all'influenza che tali aspetti esercitano sulle cause di esclusione in materia di appalti pubblici. Il rischio che si profila è quello di un'*impasse* per la Pubblica Amministrazione, "costretta" a tener conto di decisioni giudiziali che ragionano su logiche proprie e differenti. Tali limiti interessano, principalmente, il regime di inapplicabilità e di conversione delle sanzioni interdittive qualora l'ente provveda ad un'efficace riparazione dell'offesa. In siffatte ipotesi, risulta evidente il nesso sussistente tra il "pentimento-ravvedimento" richiesto all'ente e il profilo-interesse strettamente economico; sì come evidente è il pericolo che la questione riparatoria-interdittiva si riduca ad una mera politica di sopportazione di costi di impresa e ad una valutazione operata in termini di costi-benefici. La soluzione prevista dal legislatore nel Codice degli appalti è stata quella di attribuire al giudice penale un ruolo di massima anticipazione nell'azione di prevenzione e di non consentire alle stazioni appaltanti, in sede di valutazione delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento, alcun

marginale di sindacato sulla decisione penale relativa all'applicazione delle sanzioni interdittive. Anche tale soluzione, seppur condivisibile in via astratta, profila la possibilità di risultati aberranti, dal punto di vista applicativo. La Pubblica Amministrazione, infatti, nulla potrebbe di fronte alla necessità di selezionare contraenti, di fatto, inaffidabili, poiché autori di una condotta incompatibile con la realizzazione dell'interesse pubblico, ma "pentiti", e perciò nuovamente affidabili e concorrenziali. A fronte di tali criticità, le ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento connesse all'applicazione delle sanzioni interdittive e la disciplina penale in materia di appalti più in generale, potrebbero essere facilmente "aggirate" e quindi non sarebbero idonee a preservare il carattere fiduciario sotteso alla contrattazione pubblica, che deve connotare l'attività amministrativa di selezione del contraente.

L'ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento che più di tutte ha suscitato dubbi e perplessità e determinato la necessità di approfondirne le problematiche penali connesse è stata quella relativa ai casi di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale [lettera c), comma 1, articolo 38 Codice degli appalti]. A riguardo, ci si è soffermati sulle più importanti questioni interpretative concernenti gli elementi di novità introdotte dal Codice degli appalti (quali, la completezza o meno dell'elenco delle fattispecie di reato rilevanti in materia, la nozione di riferibilità dell'interesse leso allo Stato o alle Comunità, i confini della nozione di "moralità professionale", l'esatta individuazione della qualificazione di gravità e la possibilità di ancorarne la valutazione a parametri predeterminati), nonché sul contenuto dell'obbligo dichiarativo e sulla valutazione delle dichiarazioni sostitutive (non veritiere) rese. È emerso come ognuno di tali elementi di novità sia connotato da un grave *deficit* di tassatività e determinatezza e necessiti, conseguentemente, di opportuni chiarimenti per non essere destinato a generare continue dispute interpretative e contrasti giurisprudenziali. La ricerca ha, pertanto, chiarito come la nozione di "moralità professionale", finalizzata ad esprimere una correlazione tra la moralità del concorrente e la professione da questo svolta, sia un "contenitore vuoto" che ha fatto emergere un vero e proprio diritto penale giurisprudenziale. Non si rinvengono riferimenti normativi che permettano di comprendere con precisione i "confini" contenutistici della nozione e i criteri di selezione dei competitori alle gare. Le più accese critiche lamentano l'assenza di un'indicazione normativa di parametri certi, fissi

e predeterminati, che consentano di circoscrivere il “raggio d’azione” di tale nozione. Considerazioni critiche possono essere mosse anche nei confronti della nozione di “reato grave”. È emerso dalla trattazione come la nuova formulazione utilizzata dal legislatore desti non poche perplessità, giacché l’accezione di “gravità” costituisce, ora, una caratterizzazione del reato riferibile piuttosto ad una qualificazione penalistica intrinseca che non all’incidenza che il reato eserciterebbe sull’affidabilità professionale del soggetto – come, invece, in precedenza, era stato correttamente previsto dall’articolo 18, comma 1, del d.lgs. n. 406 del 1991 e dall’art. 75 d.P.R. 554/1999.

Un ultimo rilievo critico attiene al contenuto dell’obbligo dichiarativo e alla valutazione della dichiarazioni sostitutive non veritiere. La ricerca ha esaminato quale incidenza possano avere le dichiarazioni sostitutive non veritiere sull’affidabilità morale e professionale del concorrente e se le stesse possano determinare un’automatica esclusione dalle procedure di affidamento. Al riguardo, già prima del recente intervento normativo, non si è condivisa la tesi di quanti ritenevano che si dovesse escludere il concorrente per il fatto di aver reso una dichiarazione non veritiera, poiché nel caso sarebbe venuta in soccorso la previsione “sostanzialista” sulla richiesta di integrazione documentale. Tale convinzione risulta ancor più rafforzata a seguito del recente mutamento normativo. L’intervento del legislatore del 2011 ha avuto due notevoli pregi: da un lato, quello di introdurre una nuova ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento (relativa alla presentazione di false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare); dall’altro, quello di meglio definire, al comma 2 dell’art. 38 del Codice, la tecnica di provvista delle informazioni rilevanti in ordine alle singole ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento.

Tuttavia, pur condividendo la *ratio* chiarificatrice dell’intervento, si ritiene, in una prospettiva *de jure condendo*, che la soluzione apportata non sia ancora sufficiente o, quantomeno, necessiti di un’ulteriore rivisitazione. Infatti, l’attuale sistema delineato risulta poco congeniale alle finalità di semplificazione amministrativa prefissate e rischia di dilatare ulteriormente i tempi dell’istruttoria. L’Amministrazione è comunque tenuta, d’ufficio, a richiedere il certificato del casellario ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, né potrebbe legittimamente aggiudicare l’appalto prima di espletare la verifica dei requisiti. Tale attività comporta, evidentemente, un aggravio del procedimento amministrativo di gara, con l’innesto di sub-procedimenti accertativi

delle condizioni di partecipazione delle imprese, e si risolve in un “appesantimento” della procedura che si voleva semplificare. Pare, quindi, condivisibile la recente determinazione dell’Autorità che “suggerisce” di adottare uno strumento alternativo alla dichiarazione in sostituzione, volto a superare nella prassi il problema relativo alla tipologia dei reati comunicandi.

ABSTRACT

The dissertation discusses the subject of criminalization in awarding of public contracts. The analysis has involved, firstly, the origins and the reasons of the criminal law interests with particular reference for public contracts, and secondly, the most important questions concerning the rule of requirements to award in public contracts. We analyze how the system of awarding public contracts constitutes a privileged area of criminal purposes. According to these considerations, the research has focused on trying to assess, in terms of effectiveness, the traditional criminal law response compared to "new" criminal methods of intervention. The thesis has therefore analytically focused on the most relevant issues concerning general requirements to award a contract out. The dissertation has involved the identification of who are recipients of that discipline, the findings to satisfy the requirements and the role of Authority's role like supervisor. At the end, we critically examined the specific causes of exclusion in awarding of public contracts and, in particular, the causes related to the application of preventive measures, those relating who had previous sentences and those causes concerning penalty disqualification.

La tesi affronta il tema della rilevanza penale dei requisiti generali per la partecipazione all'appalto pubblico.

L'analisi ha interessato, in primo luogo, l'individuazione delle origini e delle ragioni dell'interesse della disciplina penalistica rispetto al settore degli appalti pubblici e, in secondo luogo, le più rilevanti problematiche concernenti i requisiti penalistici di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento.

Il lavoro ha così permesso di comprendere come il sistema di assegnazione degli appalti pubblici costituisca un'area privilegiata di interesse criminale. All'esito di tali considerazioni, la ricerca si è concentrata sul tentativo di valutare, in termini di effettività, la risposta penale tradizionale rispetto alle "nuove" metodologie di intervento criminale.

La tesi si è quindi soffermata, analiticamente, sulle più rilevanti problematiche concernenti i requisiti penalistici di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento.

Gli approfondimenti critici hanno interessato l'individuazione dei soggetti destinatari della disciplina, gli accertamenti relativi al possesso dei requisiti ed il ruolo dell'Autorità per la vigilanza. Successivamente, sono state esaminate, criticamente le singole cause di esclusione dalla procedura di affidamento degli appalti pubblici e, in particolare, le ipotesi connesse all'applicazione di misure di prevenzione, quelle relative ad ipotesi di precedenti condanne e quelle derivanti dall'applicazione di sanzioni interdittive.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA.VV., *Il testo unico della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro*, (a cura di) TIRABOSCHI, Milano, 2008.
- AA.VV., *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, (a cura di) SAITTA, Padova, 2008.
- AA.VV., *Codice dei contratti pubblici. Commento al D.lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, (a cura di) RUGGERI, Milano, 2007.
- AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Torino, 2007.
- ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Milano, 2008.
- ALEO, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999.
- ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.
- ALESIO, *Valutazione dei reati in sede di gara – Commento alla sentenza del Consiglio di Stato*, Sez. V, 6.12.2006, n. 7195, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 24 gennaio 2007.
- ALESSANDRI, (voce) *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1993.
- ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.
- ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
- AMARELLI-D'ALESSANDRO-DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli, 2002.
- AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2005.
- AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Il Sole 24 Ore - Guida al diritto*, 2001, f. 26.
- AMATO, *Turbata libertà degli incanti*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Diritto penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2000.
- AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 1999.
- AMATO, *Il Governo dell'economia: il modello politico*, in *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La costituzione economica*, Padova, 1975.
- AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in (diretto da) RONCO, *Commentario sistematico al Codice Penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006.

- AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009.
- AMODIO, (voce) *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951.
- ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2005.
- ARENA-CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007.
- ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983.
- ASSUMMA, *La disciplina penale degli appalti pubblici nella normativa «antimafia»*, in *Rass. giuridica dell'energia elettrica*, 1986.
- ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Indice penale*, 2003.
- AUDITORE, *La valutazione dei requisiti di affidabilità morale e professionale nella normativa sui lavori pubblici*, in *Cons. Stato*, 2004.

B

- BACCHINI, *Il "Testo Unico" sulla Sicurezza nei Luoghi di Lavoro*, Venezia, 2008.
- BALDI, *Il previgente regime delle cause di esclusione per reati incidenti sulla moralità professionale negli appalti di lavori e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2007.
- BALDI-TOMEIO, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, Milano, 2007.
- BALLONI, *Criminologia e criminalità organizzata: analisi, ipotesi e prospettive*, in (a cura di) BANDINI-LAGAZZI-MARUGO, *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Milano, 1993.
- BALSAMO, *La disciplina dei subappalti tra lotta alla mafia e tutela dell'iniziativa economica. Le esigenze di riforma*, in (a cura di) PARANO, *Pubblica amministrazione. Diritto penale. Criminalità organizzata*. Pubblicazione atti del Convegno, Milano, 2008.
- BARTOLI, *Le falsità documentali*, in (a cura di) PELLISSERO-BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011.
- BARTOLI, *Il falso per omissione e il falso cd. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.
- BARTOLOMUCCI, *Gestione antinfortunistica e organizzazione special-preventiva: riflessioni propedeutiche alla delimitazione dei confini alla luce del novellato T. U. Sicurezza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2010.

- BASEGGIO, *La concorrenza negli appalti pubblici e la natura dei partecipanti nel diritto vigente*, in *Foro amm. TAR*, 2010.
- BASILE, *L'ambivalente percezione del white-collar crime in Italia*, in GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano, 2008.
- BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2010.
- BERNASCONI-FIORIO-PRESUTTI, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008.
- BERTUZZI-COTTARELLI, *La gara d'appalto*, Milano, 2009.
- BORGOGNO, *Commento alla sentenza della Sez. III, 24 gennaio 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, fasc. 3.
- BORGOGNO, *Documento tradizionale e documento informatico*, in (a cura di) RAMACCI, *Le falsità documentali*, Padova, 2001.
- BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero – Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Milano, 1975.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973.

C

- CACACE, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del «Codice» unificato degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2006.
- CACCIAVILLANI, *Dichiarazioni negli appalti pubblici: profili generali e problematici*, Relazione al Convegno “Diritto penale degli appalti pubblici”, Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008.
- CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2007.
- CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale: delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica. Parte speciale*, volume V, Torino, 2010.
- CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007.
- CAPONIGRO, *La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 9, 2009, 2631.
- CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005.
- CARACCIOLI, *Servizio di pubblica necessità e turbata libertà degli incanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961.
- CARDARELLI, *Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.
- CARCANO, *Procedimenti speciali. Sub art. 459*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1997.

- CARDANI, *Ripensare il sistema della responsabilità penale delle società? Le sanzioni e le misure cautelari interdittive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 4.
- CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.
- CASACCIA, *Dei delitti la fede pubblica, contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Codice penale*, Milano, 2000.
- CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità giuridica da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008.
- CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006.
- CASTAGNOLI-PERINA, *Le misure di prevenzione e la normativa antimafia*, Roma, 1994.
- CENTONZE, *Il sistema di condizionamento mafioso degli appalti pubblici*, Milano, 2005.
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (*"Ipotesi sulle possibilità di riciclaggio di denaro di provenienza da attività mafiose nel territorio di Milano"*), in Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, *"La criminalità organizzata nell'area milanese"*, marzo 1986.
- CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della dignità umana*, in *Foro amm.*, TAR, 2010.
- CERCIA, *La "moralità professionale" come requisito di qualificazione negli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm. CdS*, 2003.
- CHINÈ, *Le cause di esclusione dalle gare: condanne penali e informative interdittive. Le soluzioni prospettate nel commentario di GAROFOLI-FERRARI*, in www.igitalia.it;
- CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995;
- COCCO, *I reati contro i beni economici*, Padova, 2010.
- COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, n. 1.
- COLAGIACOMI, *Requisiti per essere parte del contratto*, in (a cura di) PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, vol. II, Milano, 2005.
- COLOMBO (a cura di), *Il sistema degli appalti. Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. Documenti sulla criminalità organizzata*, Milano, 1995.
- COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano, 1990.
- COLOMBO-MAGISTRO, *La legislazione antimafia*, Milano, 1994.
- COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA, *Economia e criminalità*, Roma, 1993.
- COMPORTI, sub art. 38, in (a cura di) AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.
- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Criminalità organizzata ed economia illegale*, Risoluzione del 24 luglio 2002.
- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Verifica della evoluzione delle forme organizzativo-dirigenziali di Cosa Nostra al fine di un'eventuale elaborazione di proposte per attuare strategie di contrasto*, Risoluzione del 7 giugno 2001.

- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura ai fini dell'elaborazione delle più idonee strategie di contrasto delle istituzioni*, Risoluzione del 15 settembre 1999.
- CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in (a cura di) FIANDACA-COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986.
- CRISTANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, volume V, Torino, 1992, 176.
- CROCCO-MANDRACCHIA (a cura di), *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006.

D

- D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008.
- DANESI, *I controlli antimafia e le relative sanzioni in materia di pubblici appalti*, in *Riv. trim. degli appalti*, 1995.
- DELLA RAGIONE, *Non c'è turbativa senza gara*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- DE BERNART, *Le interdizioni e le certificazioni antimafia. L'evoluzione normativa: dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 alla riforma del 1994*, in *Riv. pol.*, 1994.
- DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2008.
- DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano, 1988.
- DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.
- DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, II.
- DE MATTEIS, *sub art. 353 c.p.*, in (a cura di) PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2007.
- DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007.
- DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007.
- DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in (diretto da) GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008.
- DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- DE VERO, *La responsabilità dell'ente dipendente da reato: criteri d'imputazione e qualificazione giuridica*, in (a cura di) GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.
- DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- DI GERONIMO, *La moralità professionale dell'imprenditore quale requisito di ammissione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della normativa nazionale e comunitaria, vigente in tema di partecipazione ed esclusione dagli stessi*, in *Riv. amm.*, 1996.

- DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in (a cura di) CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2009.
- DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in (a cura di) BONDI-DI MARTINO-FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008.
- DOLCINI-MARINUCCI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*. (Saggio destinato agli Studi in memoria del prof. Gian Domenico Pisapia), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- DOLCINI, *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974.
- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.

E

- EPIDENDIO, *La punizione degli enti in generale*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.
- ERONIA, *Falsità "incauta" nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *Cass. pen.* 2010, 6.

F

- FALCONE, *Criminalità organizzata e gestione del flusso degli affari*, in AA. VV., *La difesa delle istituzioni locali della criminalità degli affari*, Roma, 1992.
- FANELLI, *La certificazione antimafia*, in *Riv. amm.*, 1996.
- FERRAJOLI, *I reati in materia di appalti*, Milano, 1994.
- FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
- FERRI, *Le scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione nell'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici, concessioni e forniture*, Modena, 1994.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010.
- FIANDACA, *La legge antimafia tre anni dopo: bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1997.

- FIANDACA, *Misure di prevenzione*, in *Digesto delle discipline penali*, volume VIII, Torino, 1994.
- FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991.
- FIANDACA, *La mafia come ordinamento. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro It.*, 1995, V.
- FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II.
- FIANDACA, *Prime ipotesi applicative della confisca dei patrimoni mafiosi*, in *Foro it.*, 1983, I.
- FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amm. T.A.R.* 2007, 12, 3971.
- FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002.
- FIORDALISO, *Efficacia giuridica e falso. Per un «concezione normativa» della fede pubblica*, Torino, 2010.
- FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1993.
- FIORELLA, (voce) *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in (a cura di) CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006.
- FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004.
- FIORELLA, *Principi generali e criteri d'imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300 e al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino, 2004.
- FIORELLA, *Il soggetto attivo nelle organizzazioni pluripersonali*, in CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, in (a cura di) GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2001.
- FIORENTIN, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006.
- FLIK, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici: problemi e prospettive dell'intervento penale; Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici*, Atti del convegno-seminario, Palermo, 1991.
- FORLENZA, *La nuova certificazione antimafia*, in *Giornale dir. amm.*, 1995.
- FORNASARI-MELCHIONDA-PICOTTI-VIGANÒ, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*. (Atti del convegno di Brescia, 19 e 20 marzo 2004), Padova, 2006.
- FORTUNA, *Manuale di diritto penale dell'economia*, Padova, 1994.
- FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare: riflessioni sull'effettività*, in (a cura di) BERNASCONI, *Il processo penale de societate*, Milano, 2006.
- FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *The New York Times*, 13 Settembre 1970.

G

- GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Introduzione al trattato del diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La costituzione economica*, Padova, 1975.
- GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1990.
- GAMBARDELLA, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina [volume 10.2] - Sub Artt. 453-555*, in (a cura di) LATTANZI-LUPO, *Codice penale*, Milano, 2010.
- GAMBARDELLA, *I delitti contro la fede pubblica, i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume e i delitti contro il sentimento per gli animali*, Milano, 2010.
- GANDINO, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 4.
- GAROFOLI-SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.
- GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici: caratteristiche e vigilanza*, in SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Tratto sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Milano, 2008.
- GIAMPAOLINO, *La risoluzione del contratto*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Milano, 2008.
- GIAMPAOLINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aspetti sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008.
- GIARDA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007.
- GRASSO-LODATO, *La mafia invisibile*, Milano, 2001.
- GRASSO, *Le dinamiche attuali dell'organizzazione mafiosa Cosa Nostra*, in *Quaderni del C.S.M.*, vol. I, 1998, n. 99.
- GRAZIANO, *Appalti pubblici: il nuovo regime delle certificazioni «antimafia» dopo il d.lg. 8 agosto 1994, n. 490*, in *Riv. trim. app.*, 1996.
- GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008;
- GRECO-MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Bologna, 2006.
- GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in (a cura di) GAROFOLI-SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005.
- GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004.
- GUERRIERO, *Profili penalistici e strumenti di intervento in tema di abusi nelle procedure degli appalti pubblici*, in *Cass. pen.*, 1998.

I

- IANNETTI-ROCCHEGGIANI, *La direzione investigativa antimafia*, Milano, 1995.

- INFANTE-MENICHELLI, *Origini ed evoluzione della certificazione antimafia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997.
- INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.
- INGROSSO, *Istituzioni di diritto finanziario*, vol. I, Napoli, 1935.
- IORI, *Trattativa privata e turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976.
- IZZO, *L'esperienza anglo-americana ed i precedenti transnazionali convenzionali*, in (a cura di) MONESI, *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005.

L

- LACAVALA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007.
- LARI, *L'infiltrazione di cosa nostra nel mondo dell'imprenditoria ed in particolare nei pubblici appalti*, relazione per l'incontro di studio su "Evoluzione della criminalità organizzata ed efficacia dei mezzi di contrasto", organizzato a Palermo, 13-14 dicembre 2002.
- LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.
- LATTANZI-BASTIA, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010.
- LILLI, *Informativa antimafia atipica: per l'esclusione serve la motivazione*, in *Dir. e pratica amm.*, 2009.
- LOMBARDI, *Delitti contro la fede pubblica*, Milano, 1935.
- LOMBARDI, *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2007.
- LORUSSO, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008.

M

- MAGGI, *Gara d'appalto e moralità professionale del partecipante*, in *Urbanistica e appalti*, 1998.
- MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D. Lgs. n. 231 del 2001; una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.
- MANGIONE, *Politica del diritto e retorica dell'antimafia: riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.

- MANNOZZI, *Fini della pena e commisurazione finalisticamente orientata: un dibattito inesauribile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, volume V, Torino, 1982.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, volume VI, Torino, 1983.
- MARINELLI, *La nuova disciplina degli appalti e dei lavori pubblici*, Napoli, 1994.
- MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
- MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, Torino, 2002.
- MARRA, *L'etica aziendale come motore di progresso e di successo*, Milano, 2002.
- MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in (a cura di) BONDI-DI MARTINO-FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004.
- MASCIANDARO, *Crimine & soldi*, Milano, 2001.
- MATTEUCCI, *Le dichiarazioni di moralità nel codice: vecchi dubbi e nuovi interventi dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2.
- MAZZARESE-AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 2010.
- MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008.
- MEZZETTI, *La legge contro il crimine organizzato transnazionale e i recenti interventi legislativi in materia di responsabilità degli enti e prescrizione*, in (diretta da) RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone, Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2006.
- MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, in (a cura di) RAMACCI, *Le falsità documentali*, Padova, 2001.
- MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. mer.*, 2009, IV.
- MEZZOTERO, *Le disposizioni di coordinamento finali e transitorie e le abrogazioni*, in (a cura di) SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008.
- MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.
- MOLINARI-PASQUALE, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002.
- MONTESANO, *Criteri delle misure interdittive applicate in fase cautelare: limiti e ambiti di applicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 4.
- MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999.
- MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002.
- MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si «duplica» nell'illecito amministrativo*, in *Dir. giust.*, 2001, f. 23.

- MUSCO, *Note in tema di abuso di finanziamenti pubblici*, in (a cura di) COSTI-LIBERTINI, *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie dell'industria*, Milano, 1982.

N

- NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009.
- NAPPI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, volume V, Torino, 1992.
- NERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, in Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici", Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008.
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

O

- OCCHIENA-GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Milano, 2008.
- ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003.

P

- PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in (a cura di) DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria della pena. Teoria del reato*, volume II, Milano, 2006.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, Milano, 2003.
- PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale ordinamento storico*, Milano, 1977.
- PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
- PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- PALOMBI, *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993.
- PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008.
- PATERNITI, *Manuale dei reati. Delitti contro la fede pubblica. Reati societari. Reati del mercato dei valori mobiliari. Reati in tema di tributi*, Milano, 2004.

- PATERNITI, *La ineffettività della norma incriminatrice*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, n. 1-2.
- PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.
- PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993.
- PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2003.
- PELLEGRINO, *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Giur. mer.*, 2008.
- PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.
- PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. proc. pen.*, 1997.
- PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997.
- PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2008.
- PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 1.
- PISANI, *Profili penalistici del testo unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, n. 7.
- PONTE, *Il controllo a campione sul possesso dei requisiti*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Milano, 2008.
- PONZONE, *I requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in (a cura di) SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.
- POTETTI, *Le dichiarazioni sostitutive del privato (d.p.r. n. 445 del 2000) e l'art. 483 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010.
- PRESUTTI, *Art. 49 – Sospensione delle misure cautelari*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.
- PROVOLO, *Note in tema di requisiti «penalistici» per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 38 d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007.
- PUGLIOTI, *Sui requisiti di qualificazione delle imprese riunite in associazione temporanea e sull'indicazione della ripartizione delle quote all'interno del raggruppamento*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, II.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005.
- PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- PULITANÒ, (voce) *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IV agg., 2002.
- PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.

R

- RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008.
- RAZZANTE, *Commentario alle nuove norme contro il riciclaggio*, Padova, 2008.
- RIGHETTI, *Tecniche di occultamento della ricchezza da parte delle organizzazioni criminali*, in (a cura di) VIOLANTE, *I soldi della mafia. Rapporto 1998*, Bari, 1998.
- RIONDATO, *Giuseppe Bettiol e le prospettive di un diritto penale transnazionale*, 2007.
- RIONDATO, *Diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, Padova, 2006.
- RIONDATO, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de pubblica societate quae delinquere potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005.
- RIONDATO, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto penale societario delle persone e degli enti*, 2004.
- RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003.
- RIONDATO-ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in (a cura di) CAVALERI-DALLE VEDOVE-DURET, *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003.
- RIONDATO, *Diritto dell'Unione Europea e criminalità organizzata*, in (a cura di) FORNASARI, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002.
- RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997.
- RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2006.
- ROBALDO-CALIANDRO, *Le cause di esclusione dalle gare pubbliche e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001: legami e conseguenze*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2006.
- RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, II.
- ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004.
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 1999.
- ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.
- RONCO, *Legalità, determinatezza e offesa nel diritto penale dell'economia*, in AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009.
- RONCO, (voce) *Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 2002.

- ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen.*, 1982.
- ROXIN, *I futuri compiti della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- RUBINO-IUDICA, *Appalto*, Bologna, 2007.
- RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007.
- RUGGIERO, *Incanti. Turbativa ed astensione* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1970.

S

- SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.
- SAITTA, “*Moralità professionale*” e partecipazione alle gare (Note a margine dell’art. 12, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 157 del 1995), in *Riv. trim. appalti*, 2004.
- SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.
- SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 6*, Milano, 2005.
- SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006.
- SANTACROCE, *La legge-quadro sui lavori pubblici: profili di rilevanza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994.
- SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004.
- SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell’economia*, Milano, 2006.
- SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2003.
- SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962.
- SARTARELLI, Art. 12 – *Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in PRESUTTI- BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.
- SCOCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 1999.
- SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002.
- SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’unione europea*, Milano, 2005.
- SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano, 1963.
- SPASIANO-CALABRÒ, *I requisiti di idoneità professionale*, in (diretto da) SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Milano, 2008.
- SPANGHER, *Procedimento per decreto: sentenza di proscioglimento del giudice per le indagini preliminari e poteri della corte d’appello*, in *Cass. pen.*, 1993.
- STECCANELLA-ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Milano, 1995.
- STELLA, *Criminalità d’impresa: nuovi modelli d’intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, II.

- STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987.
- STORTONI, *Mafia e criminalità organizzata*, vol. I, Torino, 1995.

T

- TAORMINA, *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia*, Milano, 1989.
- TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988.
- TITOMANLIO, *La certificazione antimafia*, in *Cons. Stato*, 1995, II.
- TONINI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Milano, 2007.
- TONINI, *I procedimenti semplificati secondo il progetto preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1988.
- TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari*, Roma-Bari, 2001.
- TRAVAGLINO, *I requisiti generali e speciali dei concorrenti alle gare pubbliche e loro verifica*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2007.
- TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995.

V

- VACCA, *Fenomenologia dell'accertamento delle cause di esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per condanne incidenti sulla moralità professionale*, in *Urbanistica e appalti*, 2007.
- VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, volume VIII, Torino, 1992.
- VENTURATI, *Incanti (frodi negli)*, in *Dig. disc. pen.*, volume VI, Torino, 1992.
- VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004.
- VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004.
- VINTI, *L'evidenza pubblica*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei Contratti*, vol. VIII, Torino, 2007.
- VIOLANTE, *Il patto scellerato: potere e politica di un regime mafioso*, Roma 1993.
- VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990.
- VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998.
- VOLPATO, *Moralità professionale ed esclusione dalle gare*, in *Riv. trim. degli appalti*, 2003.

Z

- ZGAGLIARDICH, *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, Milano, 1996.