

Codice degli appalti pubblici: la “dichiarazione giurata” ovvero l’arte di complicarsi inutilmente la vita

di

Salvatore Giacchetti

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 18 luglio 2011

Sommario:

1- Il quadro normativo delle “dichiarazione giurata”.

2- Le origini del giuramento e la codificazione del 1942.

3- L’evoluzione del giuramento nell’età repubblicana.

4- L’attuale disorientamento degli operatori nel settore dei pubblici appalti.

5- La smitizzazione del problema operata dalla sentenza del TAR Campania, Sez. I, n. 1650/2002.

6- L’esigenza di espungere dall’ordinamento la dichiarazione giurata.

1- Il nostro ordinamento giuridico spesso cede alle suggestioni di formule giuridiche risalenti alla tradizione romanistica, tradizione senza dubbio gloriosa ma oggi inadeguata a disciplinare i sempre più complessi rapporti economico-commerciali e finanziari che si instaurano nello Spazio Economico Europeo o addirittura ad fuori di esso; sicché alcune di tali formule possono finire col risultare formalmente suggestive ma nella sostanza simili a quei romantici trenini a scartamento ridotto che, a fini puramente turistici, sopravvivono nell’era dei viaggi interplanetari. Una di queste formule è la “dichiarazione giurata” che, in materia di attestazione dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare d’appalto, è prevista dal codice degli appalti pubblici; codice che pure, sotto il profilo tecnico-scientifico, ha compiuto una notevole e meritoria opera di ammodernamento e di razionalizzazione della materia.

E’ bene precisare, innanzi tutto, il quadro normativo della questione.

L’art. 38 del codice degli appalti pubblici dispone:

- al comma 2: “*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445*”;

- al comma 4: “*Ai fini dell’accertamento delle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o di 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*”;

- al comma 5. “*Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell’Unione Europea costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall’interessato innanzi a un’autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza*”. Dal combinato disposto dei commi 4 e 5 si evince chiaramente che la possibilità di produrre una dichiarazione giurata è prevista soltanto per i candidati o concorrenti non stabiliti in Italia.

Il dPR n. 445/2000 a sua volta dispone:

- all’art. 47: “*Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell’art. 46*” (che disciplina le dichiarazioni

sostitutive di certificazioni) “**sono comprovati dall’interessato mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà**”;

- all’art. 76: “**Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci....nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale**” (e cioè ai sensi dell’art. 483 c.p., secondo cui la falsità ideologica commessa dal privato in atti pubblici è punita con la reclusione fino a due anni) “**e delle leggi speciali in materia**”.

La legge 7 luglio 2009 n. 88, legge comunitaria del 2008, infine dispone:

- all’art. 24, comma 18: “**In deroga alle disposizioni del testo unico di cui al decreto del presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445 fatti, stati e qualità relativi ai requisiti ovvero alle condizioni di cui al comma 15 non possono essere attestati nella forma dell’autocertificazione ovvero delle dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà**”; ricorre pertanto l’eccezione prevista espressamente per legge, di cui al citato art. 47. Il fatto che la disposizione escluda l’attestazione non “*con*” o “*mediante*” dichiarazione sostitutiva ma “*nella forma*” di dichiarazione sostitutiva rende la norma palesemente ambigua: perché non chiarisce se si è voluto escludere in radice **l’istituto** dell’autocertificazione o della dichiarazione sostitutiva oppure se si è voluto consentire una dichiarazione che abbia la **sostanza** di una certificazione o di una dichiarazione sostitutiva ma che sia presentata non nella semplice forma stabilita dal DPR 445 ma in una (peraltro imprecisata) **forma diversa** che comporti più gravi responsabilità nel caso di mendacio e quindi offra all’Amministrazione maggiori garanzie di veridicità. In questo modo il legislatore ha escluso la strada maestra stabilita dal citato art. 38, comma 2, (che secondo il codice degli appalti, quanto meno per gli operatori italiani, sarebbe stata l’unica percorribile), ritenendola evidentemente di scarsa garanzia per l’Amministrazione; ma ha poi signorilmente ommesso di indicare agli operatori quale altra via o “forma” dovesse o potesse essere praticata, evidentemente ritenendolo un compito di basso rango, da lasciare agli operatori concreti.

Il *dictum* legislativo ha ovviamente creato notevole imbarazzo alle stazioni appaltanti: perché in una materia avvelenata da continui sospetti, qual è quella dei pubblici appalti, ogni iniziativa che non abbia un preciso riferimento normativo si presta a sgradevoli conseguenze giudiziarie.

In una situazione del genere alcune Amministrazioni, nel caso di concessioni o di appalti di servizi che prevedono anche la partecipazione di concorrenti non stabiliti in Italia, hanno ritenuto che l’unico aggancio normativo possibile per superare il divieto posto dall’art. 24, comma 28 della legge comunitaria del 2008 fosse quello offerto dall’art. 38, comma 5, e cioè l’utilizzazione dell’istituto della dichiarazione “giurata” anche per i concorrenti nazionali; e a questo aggancio si sono attenute, considerato che ove la *lex loci* non prevede dichiarazioni giurate lo stesso comma 5 equipara *quoad effectum* la “dichiarazione giurata”, e cioè la dichiarazione assistita da giuramento e resa di fronte ad una competente autorità, ad una dichiarazione non assistita da giuramento ma pur sempre resa di fronte ad una competente autorità, e che quindi avrebbe creato una macroscopica ingiustificata disparità di trattamento consentire – quanto meno - la dichiarazione assistita da giuramento soltanto agli operatori stranieri e non anche agli operatori italiani.

Ma cos’è e che valore ha, oggi, un giuramento?

2- Il giuramento, com’è noto, di regola assume la forma di una dichiarazione accessoria (“*giuro che....*”) che, dinanzi ad un’autorità competente, si premette ad una dichiarazione principale con l’intento di rafforzarne la veridicità, e quindi la credibilità. La dichiarazione principale può avere il contenuto più vario: ma logicamente deve attenersi ad un fatto (o più genericamente, ad una situazione soggettiva od oggettiva oppure ad un comportamento, considerati sotto l’aspetto fattuale) proprio del dichiarante o di cui il dichiarante è a diretta conoscenza.

A grandi linee, la dichiarazione principale può consistere:

a) nell'affermazione di **esistenza** (o di non esistenza) di un fatto o di un comportamento: e questo è l'oggetto tipico del giuramento in senso tecnico, che in tal caso può essere caratterizzato soltanto o da veridicità o da falsità;

b) nell'affermazione di **un giudizio** (positivo o negativo, sull'esistenza e/o sulla qualità di un fatto o di un comportamento), qualificato di solito "giuramento-asseverazione" o semplicemente "asseverazione" (come accade per le traduzioni giurate, le perizie giurate, ecc.); ed in questo caso la sua caratterizzazione può essere più variegata, dal momento che la dichiarazione in buona fede di avere svolto con competenza e lealtà il proprio impegno (dichiarazione che costituisce il normale contenuto dell'asseverazione) non esclude che la prestazione resa dal dichiarante possa poi risultare oggettivamente erronea. In pratica, l'asseverazione in buona fede (se in mala fede scatta il reato di "falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico", di cui all'art. 483 c.p.) serve esclusivamente a fondare una presunzione (non assoluta) di colpa professionale del dichiarante nell'eventualità di errori da lui compiuti.

Storicamente, il giuramento è un istituto che risale agli albori della civiltà. In origine consisteva essenzialmente nell'affermazione di un fatto e nell'invocazione di una divinità chiamata a comprovare la veridicità di quanto dichiarato o a punire il responsabile dell'eventuale menzogna. In una fase più evoluta il giurante diventa responsabile non solo nei confronti della divinità invocata ma anche nei confronti della comunità (nel diritto romano il falso *iusiurandum* comportava la *infamia*); e con questi caratteri perviene sino alla codificazione del 1942, che prevedeva che il giuramento comportasse assunzione di responsabilità "*davanti a Dio e davanti agli uomini*" (art. 238 c.p.c); formula conforme sia all'ideologia dello statuto albertino del 1848, secondo cui la religione cattolica, apostolica e romana era la religione ufficiale dello Stato e le altre religioni erano semplicemente "tollerate", sia alla coscienza collettiva dell'epoca, fortemente sensibile ai valori religiosi ed etici.

Nel quadro della codificazione del 1942 tale giuramento doveva essere reso: dai testimoni nel processo civile e penale (e questa era l'evenienza normale); in caso di istituti eccezionali del processo civile (giuramento decisorio o suppletorio); nei casi di asseverazione extragiudiziale di specifici fatti e/o di specifiche attività. Il giurante doveva essere preventivamente ammonito "*sull'importanza religiosa e morale dell'atto e sulle conseguenze penali delle dichiarazioni false*"; e doveva poi pronunciare, con chiara voce, la formula "*consapevole della responsabilità che col giuramento assumo davanti a Dio e agli uomini, giuro...*".

In questo quadro, conseguenze penali *specifiche* del falso giuramento si avevano soltanto nei casi di spergiuro reso come **parte in un giudizio civile** (e cioè nel caso di falso giuramento decisorio o suppletorio: v. art. 371 c.p., che in caso di spergiuro tuttora prevede la reclusione da sei mesi a tre anni), dato che per la falsa dichiarazione del testimone nel processo civile o penale il successivo art. 372 c.p. prevede anch'esso la pena della reclusione da sei mesi a tre anni *ma a titolo non di falso giuramento ma di falsa testimonianza*. Analogamente il giuramento extragiudiziale, ove falso, non costituiva di per sé specifico reato, ma rientrava nelle discipline generali dell'art. 483 c.p. come "falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico", indipendentemente dal fatto che la dichiarazione fosse o no giurata. Il (formale) rafforzamento con il giuramento si giustificava soltanto in un momento storico caratterizzato dall'indicata forte sensibilità ai valori religiosi ed etici.

Accanto a questi casi di rilievo giuridico *erga omnes* vi erano casi di giuramento di rilievo essenzialmente disciplinare o *lato sensu* "politico"-folkloristico, come il giuramento dei pubblici dipendenti, il giuramento di Ippocrate (che configura il medico come una sorta di san Francesco), il giuramento dell'avvocato ("*di adempiere ai miei doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione*"), il giuramento dei ministri e dei sottosegretari di Stato, ecc.; tutti impegni solenni propri però di una comunità caratterizzata da quel rigore etico che ad esempio in tempi recenti ha fatto sì che – in altri Stati, ovviamente – per il semplice fatto di avere mentito (anche se in merito all'esistenza di comportamenti diffusi, quali quello di aver fatto spiare concorrenti, o di aver avuto una relazione extraconiugale, o addirittura di

aver copiato la propria tesi di laurea) due Presidenti degli USA ed un noto parlamentare tedesco siano stati costretti a dimettersi.

3- Il quadro generale suindicato, tracciato dalla codificazione del 1942, non poteva non risentire dell'azione combinata di tre fattori affermatasi dagli anni cinquanta in poi :

a) il principio della laicità dello Stato introdotto dalla Costituzione repubblicana; principio che *"implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"* (Corte Costituzionale, sentenza n. 203 del 1989, nonché sentenze nn. 195 del 1993 e 259 del 1990);

b) l'avvento dell'edonismo consumistico, che ha modificato una società fino ad allora sostanzialmente ferma, fondata su valori tradizionali unificanti (famiglia, Dio, Patria,) e sull'austerità economica (è noto che De Gasperi, presidente del consiglio dei ministri, quando andò negli USA a rappresentare l'Italia dovette farsi prestare il cappotto da un collega), trasformandola in una società fortemente dinamica, caratterizzata dal nuovo valore (non unificante) dell'accrescimento economico illimitato del singolo e dal conseguente peso dei poteri economico-finanziari;

c) il conseguente regresso della sensibilità ai valori religiosi ed etici.

In dipendenza di tutto ciò alla fine degli anni settanta, dopo alcune pronunce attendiste della Corte Costituzionale, fu sollevata eccezione di illegittimità costituzionale della formula del giuramento del teste nel processo civile, in quanto lesiva sia del principio di laicità dello Stato sia della libertà costituzionale di pensiero e di coscienza di coloro che non credono in Dio. L'eccezione per la verità era alquanto contraddittoria, perché non aveva molto senso sentirsi condizionati nei confronti di un'entità che si affermava non esistere; e pertanto la puntigliosità spesso maniacale nel voler cancellare ogni traccia della divinità poteva addirittura interpretarsi – paradossalmente – nel senso di un'implicita ammissione dell'esistenza di quella divinità che si voleva ad ogni costo rimuovere dal proprio pensiero. Nella *querelle* intervenne anche Montanelli, sostenendo che nel caso dovesse tutelarsi la libertà di pensiero e di coscienza di chi non crede in Dio avrebbe dovuto essere tutelata – per *par condicio* - anche la libertà di pensiero e di coscienza di chi non crede negli uomini. La questione si concluse con la sentenza n. 117 del 1979, con cui la Corte Costituzionale riconobbe che l'imposizione indiscriminata a tutti i testimoni di una formula di giuramento comportante l'assunzione di responsabilità davanti a Dio poteva provocare nei non credenti *"turbamenti, casi di coscienza, conflitti di lealtà tra doveri del cittadino e fedeltà alle proprie convinzioni"*, così da rappresentare un ingiustificato ostacolo alla piena garanzia del valore costituzionale della libertà di coscienza. Di conseguenza la Corte modificò la formula del giuramento del testimone nel processo civile aggiungendo dopo le parole *"di fronte a Dio"*, l'inciso *" , se credente"* ; sicché la formula divenne *"consapevole della responsabilità che col giuramento assumo di fronte a Dio, se credente, e agli uomini"*. A seguito della dichiarazione di invalidità consequenziale espressa nel dispositivo della sentenza venne modificata anche la formula corrispondente nel processo penale, come regolato dal codice di procedura previgente. La Corte precisò che per i credenti il giuramento aveva una valenza sia religiosa che morale, con conseguente assunzione di responsabilità tanto avanti a Dio quanto avanti agli uomini, mentre per i non credenti lo stesso giuramento aveva una valenza esclusivamente morale, comportante un'assunzione di responsabilità soltanto verso gli uomini. L'interpolazione suindicata, per la verità, non era delle più felici: perché così com'era scritta poteva far supporre, ad una prima lettura, che il *"se credente"* si riferisse addirittura a Dio, con conseguenti enormi ed inquietanti problemi teologici mai in precedenza prospettati; ma con la buona volontà ed il buon senso di tutti venne al momento condivisa.

Nove anni dopo il codice di procedura penale del 1988 riaprì la questione, sostituendo per i testimoni il termine *"giuro"* con il termine *"mi impegno"*; ed adottò quindi per essi la seguente dichiarazione: *"Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia"*

deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza". Si venne così a creare nell'ordinamento un'irragionevole differenziazione tra la disciplina normativa prevista per l'esame dei testimoni nel processo civile e quella prevista per il processo penale; differenziazione che determinava una differente tutela del valore costituzionale della libertà di coscienza nei due distinti procedimenti, per il fatto che, diversamente da quanto garantito ai testimoni nel processo penale, ai testimoni nel processo civile non era evitato il rischio di essere sottoposti a gravi turbamenti di coscienza a causa del conflitto interno fra il dovere civile di contribuire all'accertamento della verità giudiziale e il dovere morale di osservare un imperativo religioso da essi condiviso.

La questione si concluse con la sentenza n. 334 del 1996 in materia di giuramento decisorio, con cui la Corte Costituzionale, in nome del principio della laicità dello Stato, tagliò la testa al toro, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle parole "*religiosa e*" e "*davanti a Dio e agli uomini*"; sicché attualmente in sede di giurisdizione civile il giuramento viene reso con la formula "*consapevole della responsabilità morale che col giuramento assumo*". Con il senno di poi può soltanto rilevarsi che in questo modo la Corte creava un bel problema etico filosofico. Infatti, premesso che con il termine "responsabilità" si indica la soggezione a dover rispondere a qualcuno di qualcosa, la responsabilità morale, una volta sganciata dall'originario riferimento al signore del cielo e dalla coscienza collettiva degli uomini (e cioè da quelle leggi eterne che, da Antigone in poi, ogni essere umano sente - o dovrebbe sentire - entro di sé, indipendentemente da ogni costrizione legale), nei confronti di chi mai opererebbe? Nei confronti del signore delle tenebre, che starebbe sempre annidato in qualche piega ombrosa del nostro io? Nei confronti della morale individuale del giurante, che peraltro oggi è sempre più lassista a livello sia pubblico che privato? Ma nel primo caso non si comprenderebbe perché mai uno Stato che si dichiara laico dovrebbe occuparsene; e nel secondo caso si creerebbe un groviglio di contraddizioni, sia perché in una stessa persona si creerebbe una schizofrenica scissione tra accusato e giudice sia perché, in mancanza di qualsiasi punto di riferimento esterno, si riconoscerebbe la logica impossibilità di un giudizio morale *esterno* e quindi l'impossibilità di una qualsiasi responsabilità tecnicamente intesa. Probabilmente la Corte allora si è inconsapevolmente attenuta al principio pascaliano secondo cui l'intera filosofia non merita un'ora di pena (cioè di studio); ma questo principio, tenuto conto che fu espresso da chi poi ha passato la vita a filosofare, forse andava applicato con maggiore cautela. Comunque sia, oggi dal falso giuramento non deriva né alcuna *specifica* conseguenza penale (salvo il citato unico caso dell'art. 371 c.p.c.) né alcuna specifica conseguenza civile, anche per la considerazione che in ogni caso l'affermazione giurata (come, del resto, la dichiarazione sostitutiva) non crea alcuna certezza legale né ha efficacia di prova nel processo civile (Cassazione civile, Sezioni Unite, 14 ottobre 1998 n. 10153) e può sempre essere liberamente valutata dal giudice, e che l'eventuale spergiuro può, al più, dar luogo - ove previsto - soltanto a decadenze o ad incapacità per sopravvenuta mancanza di onorabilità (accertata però da chi se non dagli "uomini"?).

L'ultimo passo di questa evoluzione si avrà quando qualche cristiano ortodosso solleverà in sede extragiudiziale la questione dell'illegittimità costituzionale del giuramento in sé, dal momento che Gesù ha detto "*Io vi dico di non giurare affatto...Il vostro parlare sia invece "sì-sì e no-no". Ciò che si dice di più viene dal maligno*" (Matteo, 5, 33-37). E a questo punto la Corte Costituzionale, che ha già riconosciuto che "*il giuramento è certamente atto avente significato religioso*" (sentenza n. 334/1996, cit.), dati i suoi precedenti di estremo riguardo per tutti gli scrupoli religiosi, etici, psichici e giuridici degli italiani (i quali, stranamente, solo in questo campo mostrano una sensibilità tanto sviluppata) non potrà che riconoscere la questione fondata. Ed allora il giuramento, come l'ultimo soldato giapponese dell'ultima guerra mondiale, uscirà dalla giungla del nostro ordinamento e potrà finalmente tornare nel proprio *habitat* naturale, che non è il mondo razionale e grigio del diritto ma il mondo infiammato delle forti passioni, dall'amore alla fede.

4- All'evoluzione del giuramento sotto il profilo costituzionale e giudiziario non ha però corrisposto un'analogia evoluzione sotto il profilo amministrativo. Basta dare una rapida scorsa all'ampia casistica citata da internet per rendersi conto che in materia di dichiarazione giurata extragiudiziaria regna la massima confusione, e che moltissime sono le voci che lamentano che, di fatto, non esista a tutt'oggi uno schema condiviso di "dichiarazione giurata". Infatti nella pratica può aversi:

- a) una dichiarazione orale ricevuta dal pubblico ufficiale e da lui verbalizzata con la previa formale dichiarazione accessoria (talvolta ancora qualificata "giuramento"; più di recente "impegno") prevista dal codice di procedura civile (schema utilizzato quasi esclusivamente presso le cancellerie dei tribunali);
- b) la presentazione di una dichiarazione già scritta dal dichiarante, che ne giura espressamente la veridicità dinanzi al pubblico ufficiale, che si limita ad autenticare la sottoscrizione e a far presente al dichiarante le eventuali responsabilità penali ex art. 76 del DPR 445/2000 (che peraltro si riferiscono alle dichiarazioni *sostitutive*, indipendentemente dalla circostanza che siano a meno giurate);
- c) la presentazione di una dichiarazione già scritta dal dichiarante, che la intitola genericamente "Dichiarazione giurata" senza però poi nel testo giurarne espressamente la veridicità, e da lui presentata al pubblico ufficiale, che si limita ad autenticare la sottoscrizione e a far presente al dichiarante le eventuali responsabilità penali ex art. 76 del DPR 445/2000 (che peraltro anche in questo caso si riferiscono alle dichiarazioni *sostitutive*, indipendentemente dalla circostanza che siano a meno giurate);
- d) una "Dichiarazione giurata" già scritta dal dichiarante e da lui presentata al pubblico ufficiale, che si limita ad autenticare la sottoscrizione.

Ovviamente, tra queste figure principali esistono numerose sfumature intermedie sia formali sia procedurali (talvolta, ad esempio, è richiesta la presenza di testimoni); anche perché i notai continuano imperterriti a raccogliere del tutto inutili (ai fini strettamente giuridici) dichiarazioni sostitutive giurate (diceva Manzoni: finché la pende la rende), creando così le figure della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio giurata o dell'autocertificazione giurata, con richiamo delle sanzioni penali del citato art. 76; figure palesemente sovrabbondanti, dal momento che in questi casi la tutela penale dipende esclusivamente dall'esistenza dell'autocertificazione o della dichiarazione sostitutiva, e prescinde del tutto dall'esistenza del giuramento.

La questione è resa ancora più confusa dalla circostanza che le ambasciate e i consolati italiani all'estero, e specie quelli localizzati nei paesi anglosassoni, se interpellati sull'equipollenza tra la dichiarazione giurata italiana (che colà non esiste) e analoghi documenti rilasciati secondo il diritto locale, sono soliti rispondere che secondo lo *ius loci* l'attestazione di fatti e condizioni che costituiscono requisiti di ammissione alla gara costituiscono l'oggetto di un'apposita dichiarazione che avviene sotto la piena responsabilità del soggetto dichiarante dinanzi ad un pubblico ufficiale (di solito, un notaio) che, dopo aver identificato il soggetto dichiarante ed accertato la sua qualità di rappresentante legale dell'impresa concorrente, ne raccoglie la dichiarazione ed autentica la firma, apponendo infine sul documento la cosiddetta "apostilla" (un apposito vistoso sigillo) per legalizzarlo ai fini della sua produzione nei confronti delle autorità italiane; ciò in conformità alla normale prassi in materia di "affidavit" formatasi a seguito della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, alla quale attualmente aderiscono tutti gli stati dell'Unione Europea e gran parte degli altri stati. Le autorità italiane normalmente prendono per buone dichiarazioni del genere, perché riconoscono che nel paese considerato la dichiarazione con apostilla costituisce documento sufficiente per l'ammissione a pubbliche gare d'appalto; e ciò anche se ai fini della prova del possesso effettivo dei requisiti richiesti e dichiarati l'apposizione dell'apostilla è del tutto irrilevante, perché l'apostilla prova *la legittimazione* del dichiarante e la *genuinità* del testo (e cioè l'esatta corrispondenza tra dichiarazione e testo) ma *non la veridicità* del dichiarato.

La conclusione è che poi qualsiasi buon avvocato di controparte è in grado di formulare eccezioni formali sulla validità della dichiarazione, con conseguenti contenziosi, peraltro del tutto irrilevanti ai fini delle garanzie della stazione appaltante.

5- Una meritoria opera di smitizzazione della dichiarazione giurata è stata avviata dal TAR Campania, Sez. I, con la sentenza 27 marzo 2002 n. 1650; l'unica che – a quanto mi risulta – abbia avvertito l'esistenza del problema e l'esigenza di risolverlo in termini razionali. Il TAR infatti ha affermato:

a) che *“Il riferimento al “giuramento” non ha altro fine che rimarcare la serietà e l'impegnatività della dichiarazione nonché l'importanza della clausola, per l'Amministrazione, nell'economia generale del contratto”* (d'appalto);

b) che nel caso di violazione di clausola giurata *“la conclusione sarebbe identica sia rispetto ad un ordinario patto sia rispetto ad una clausola presidiata dal giuramento”*; infatti, si tratterebbe, in ogni caso, di un normale *“inadempimento contrattuale con i suoi effetti civilistici e amministrativi, rispetto a cui il vincolo del giuramento...nulla avrebbe determinato”*. In tal modo il TAR, in termini politicamente corretti, ha rilevato che il giuramento non ha poi specifiche conseguenze sul piano giuridico.

L'insegnamento che se ne trae è che il giuramento (o “impegno” che sia) è una formalità del tutto inutile, dal momento che la dichiarazione “giurata” non offre all'Amministrazione garanzie maggiori di quelle proprie della dichiarazione “consapevole” propria dell'autocertificazione o della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà disciplinate dal DPR n. 445/2000. Ma il giuramento (o “impegno” che sia) se è del tutto inutile è anche illegittimo, perché, come rilevato dal TAR, tutta la disciplina in tema di semplificazione fa ritenere che i bandi di gara vadano impostati ed interpretati nel senso di semplificare e non di aggravare gli oneri documentali dei concorrenti.

6- In sintesi, la dichiarazione giurata:

a) deve ritenersi incostituzionale, una volta che la Corte Costituzionale ha riconosciuto, come già indicato, che *“il giuramento è certamente atto avente natura religiosa”* e che *“in nessun caso il compimento di atti appartenenti, nella loro essenza, alla sfera della religione possono essere oggetto di prescrizioni derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato”* (sent. n. 334 del 1996);

b) deve ritenersi inutile, dal momento che non offre all'Amministrazione garanzie maggiori – né sotto il profilo penale né sotto il profilo civile né sotto il profilo amministrativo - di quelle proprie dell'autocertificazione o della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà disciplinate dal DPR n. 445/2000; e non le offre proprio perché – con l'innocuo cambio della parola “giuro” con altra espressione sostanzialmente equivalente – in sostanza *non è altro che un'autocertificazione o una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui il pubblico ufficiale si limita ad autenticare la sottoscrizione* (adempimento quest'ultimo che nulla aggiunge alla veridicità del dichiarato);

c) deve ritenersi, in quanto inutile aggravamento formale del procedimento, in contrasto sia con il principio generale di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 241/1990 sia con la normativa sulla semplificazione;

d) crea, per la sua scarsa definizione sul piano formale, una serie di dubbi e di difficoltà applicative pratiche, che incentivano un contenzioso meramente formalistico;

e) deve ritenersi, conclusivamente, un istituto di cui occorre sbarazzarsi al più presto;

f) ha oggi l'unico merito (che poi più che merito suo è soltanto frutto del demerito del legislatore, che con l'art. 24, comma 18, della legge 7 luglio 2009 n. 88, ha disposto l'indicata deroga alle norme del DPR 28 dicembre 2000 n. 445 senza curarsi di indicare in quale altro modo avrebbe dovuto procedersi) di avere offerto alle stazioni appaltanti nazionali una plausibile via d'uscita dall'imbarazzo operativo in cui erano state incautamente poste. Ma un merito di questo genere, per

il suo *carattere accidentale e strettamente contingente*, non è certo sufficiente a garantire una lunga vita.

Sorge allora spontaneo un interrogativo: perché in un testo fondamentale, quale il codice degli appalti pubblici, il legislatore continua a proporci questa figura, complicandosi e complicandoci inutilmente la vita?

12 luglio 2011