

## **Reati contro la P.A.**

### **Tentativo di turbativa d'asta e vizi del capitolato d'appalto tra preteso giudizio *ex post* sull'idoneità della condotta e disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo**

di ENRICO INFANTE

#### **La decisione**

**Turbativa d'asta - Tentativo - Falsa dichiarazione - Atti idonei diretti a perfezionare una turbativa d'asta - Esclusione (C.p., artt. 56, 353)**

*Non integra il tentativo di turbata libertà degli incanti dichiarare falsamente –da parte della impresa partecipante ad una gara a trattativa privata– di avere sede operativa nella regione ove è situato l'ente pubblico che ha indetto la gara qualora la clausola del capitolato che prevede come necessaria la presenza della sede nel territorio regionale venga interpretata dal giudice amministrativo come mero impegno, per l'impresa aggiudicataria, ad aprire una sede operativa in loco non appena si sia ottenuto l'affidamento dell'appalto.*

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 16 dicembre 2010 (p.u. 26 ottobre 2010) – CORTESE, *Presidente* – GARRIBA, *Relatore* – FEBBRARO P.M. (diff.).- Galantucci, *ricorrente*.

#### **Il commento**

1. Questi i fatti: un'impresa partecipante ad una gara di appalto indetta dall'AUSL della Valle d'Aosta dichiara falsamente di avere sede operativa nel Comune di Aosta, al verosimile scopo di ottemperare ad uno dei requisiti del bando di gara che prevedeva la presenza nel territorio regionale della sede operativa dell'impresa che avrebbe dovuto effettuare la prestazione richiesta dall'ente pubblico. *Prima* dell'aggiudicazione della gara, un controllo amministrativo accertava l'insussistenza di una sede operativa nel territorio regionale, dal che derivava una denuncia all'A.G. ed una condanna in primo grado ed in appello per tentata turbativa d'asta. La Corte di cassazione, con la decisione in commento, annullava senza rinvio la sentenza rilevando l'insussistenza del fatto.

Alla decisione si è giunti sul filo dell'approccio difensivo, che tendeva a valorizzare una decisione del T.A.R. della Valle d'Aosta che aveva annullato l'aggiudicazione dell'appalto ad altra impresa, proprio in base sia al ricorso presentato dalla società il cui titolare

aveva dichiarato il falso e sia in forza di un motivo di impugnazione presentato da questi: l'illegittimità di una clausola statuente la necessità che alla gara potessero fruttuosamente partecipare solo le imprese aventi sede operativa nella regione. Il giudice amministrativo rilevava che una siffatta previsione si sarebbe tradotta in una illegittima limitazione su base territoriale della libertà di concorrenza. Indi, per evitare tale esito esegetico, reinterpretava la citata clausola nel senso che essa avrebbe richiesto la presenza nel territorio regionale non già come requisito attuale ma come impegno ad aprire ivi una sede operativa a seguito dell'aggiudicazione della gara. Per l'effetto il T.A.R. annullava l'aggiudicazione all'impresa che era stata preferita alle concorrenti solo perché aveva sede nella Regione Valle d'Aosta.

La decisione del giudice amministrativo è stata utilizzata dalla Corte di cassazione per negare che il mendacio indubbiamente posto in essere dall'imputato con la dichiarazione che la sua impresa aveva sede operativa nella Regione fosse sussumibile nella previsione incriminatrice di cui agli artt. 56 e 353 c.p. Con le parole del giudice di legittimità: «(...) nello svolgimento della gara non si è verificata quella turbativa che costituisce l'azione – evento punito dalla norma penale. (...) se il ricorrente, grazie alla falsa dichiarazione di disporre in Aosta di una sede operativa, avesse vinto la gara, non si sarebbe potuto accusarlo di turbativa, perché il risultato sarebbe stato in sintonia con la corretta interpretazione della clausola in discorso che – si ripete – non poteva esigere l'attualità della sede operativa in loco, ma soltanto l'impegno ad apprestarla ad aggiudicazione avvenuta».

Di primo acchito l'itinerario concettuale appena ripercorso non risulta pienamente persuasivo. E ciò non tanto per l'estrema disinvoltura con cui si parla di «azione – evento punito dalla norma penale» giacché, se è vero che in tal modo il giudice di ultima istanza non prende posizione sulla struttura del delitto *ex art. 353 c.p.* <sup>(1)</sup>, è

---

<sup>(1)</sup> Di fronte all'opinione tradizionale che vi scorge un classico caso di reato di evento, si staglia la posizione di chi, come VENTURATI, voce "Incanti (frode negli)", in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 307, argomenta in termini di reato di condotta, in modo da evitare artificiose scissioni tra comportamento e risultato. Da ultimo, pur nella fedeltà terminologica all'impostazione tradizionale, evidenzia la sterilità applicativa dell'alternativa in ordine all'art. 353 c.p. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. II. I delitti contro la p.a.*, Torino, 2008, 808.

altrettanto vero che la distinzione concettuale tra azione ed evento non deve essere enfatizzata, atteso che per i compilatori del codice Rocco il termine evento poteva ben coincidere con il medesimo fatto di reato; precisamente, con esso si alludeva al fatto di reato visto *ab externo*, nella sua dimensione fenomenica <sup>(2)</sup>, di modo che il medesimo accadimento poteva ora essere letto come “azione”, se visto *a parte subiecti*, cioè con riguardo alla posizione del suo autore, ora come evento, se analizzato *a parte obiecti*. La locuzione “azione – evento” utilizzata dalla Corte di cassazione è allora verosimilmente figlia di tale consapevolezza ed il *dictum* del giudice di legittimità deve essere inteso, vertendo in tema di tentativo, nel senso che il perfezionamento di una falsa dichiarazione e l'allegazione di essa alla offerta presentata all'AUSL non integrano il concetto di atti idonei diretti a perfezionare una turbativa d'asta se - *successivamente* alla aggiudicazione della gara, e dunque successivamente all'ultimo degli atti concretanti la condotta ex art. 56 c.p. - una sentenza del T.A.R. affermi l'irrilevanza del mendacio.

Già *prima facie* tale argomentazione non persuade, e per più ragioni. Essa, infatti, fa retroagire, a fini di negazione dell'idoneità degli atti ex art. 56 c.p., non solo un *evento futuro*, quale la sentenza T.A.R. rispetto al momento terminale della condotta, ma anche un *evento meramente ipotetico*. L'aggiudicazione della gara, infatti, vi era stata, ed un'impresa era stata preferita alle altre proprio in ragione della clausola del capitolato di appalto che richiedeva la necessaria presenza di una sede in regione. Che vi sarebbe stata una sentenza T.A.R. non era sicuramente nel novero delle cose certe. Era un'eventualità che ben non si sarebbe potuta concretare: sarebbe stato sufficiente che nessuno degli altri concorrenti avesse presentato ricorso.

*Quid juris* nel caso nessuno avesse impugnato l'aggiudicazione? La presentazione della mendace dichiarazione avrebbe dovuto essere reputata idonea a turbare i pubblici incanti?

A prestar fede al ragionamento della Corte di cassazione pare proprio che si debba concludere in tal senso. Se decisiva, ai fini di negare rilievo all'idoneità degli atti, è stata una serie di eventi futuri ed incerti quali la presentazione di un ricorso al giudice amministrativo ed il suo accoglimento, in assenza di tali eventi si dovrebbe

---

<sup>(2)</sup> Lo ricorda DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 204.

concludere per l'idoneità degli atti e per il perfezionamento del tentativo. Singolare davvero il delitto di tentata turbativa d'asta che in tal modo si postula, tutto subordinato, quanto alla sua penale rilevanza, ad accadimenti futuri ed incerti quali l'esito di ricorsi al T.A.R. Ancora più singolare la natura giuridico - penale che i pronunziamenti del giudice amministrativo verrebbero ad assumere, processualmente intesi come una sorta di pregiudiziale amministrativa, e sostanzialmente sospesi tra una lettura in termini di condizioni obiettive di punibilità ed una come cause estintive del reato. Ma la pregiudizialità amministrativa è estranea all'attuale sistema processuale penale e di c.o.p. o di cause estintive del reato non vi è traccia rispetto alla previsione dettata dall'art. 353 c.p.

Le conclusioni invero paradossali cui si giunge nello sviluppare i taciti assunti della decisione in commento e l'estraneità dei medesimi all'odierna configurazione del sistema penale sono tali da richiedere un più approfondito esame dell'itinerario logico seguito dalla decisione in commento, e tanto sia per individuare i suoi eventuali vizi logico-normativi sia allo scopo di far emergere le eventuali ragioni di giustizia materiale che con essa si è inteso soddisfare, al fine di ricercare se un'altra via era percorribile per giungere ai medesimi esiti.

2. Il vizio di costruzione che inficia la struttura motivazionale della sentenza in commento si annida nel rilievo che essa attribuisce ad un avvenimento futuro ed incerto rispetto all'ultimo degli atti concretanti la condotta. Nel caso di specie, essa termina con la presentazione della mendace dichiarazione all'ente che ha indetto la gara di appalto. Questo è l'ultimo degli accadimenti rientranti nella sfera di signoria del soggetto agente. Tutto quanto sarebbe seguito era estraneo alla sua sfera di dominio, venendo a dipendere dall'altrui volontà.

La condotta era dunque cessata con la presentazione della mendace dichiarazione. Ed è a questo momento, ed alle *circostanze in quel momento sussistenti*, che deve farsi riferimento per valutare l'idoneità degli atti alla stregua dell'art. 56 c.p., *senza dare rilievo alcuno ad accadimenti successivi*.

È insegnamento assolutamente unanime che, al fine di accertare l'idoneità della condotta ex art. 56 c.p., sia impossibile procedere con una valutazione *ex post* giacché, altrimenti, cioè in base a tutto ciò che è stato, ogni delitto rimasto allo stadio del tentativo prove-

rebbe sempre l'inidoneità degli atti a realizzarlo; ne deriva che l'idoneità deve essere sempre valutata *ex ante*, con riferimento al tempo ed al luogo della condotta <sup>(3)</sup>, non mancando poi chi precisa che, nel caso di condotta prolungata, debba farsi riferimento all'ultimo atto della condotta <sup>(4)</sup>. Si discute poi sulla base del giudizio prognostico, se debba comprendere tutte le circostanze sussistenti al momento della condotta (c.d. giudizio a base totale) o solo quelle conosciute o conoscibili dall'agente (c.d. giudizio a base parziale) <sup>(5)</sup>, ma pacifica è l'estraneità al giudizio delle circostanze successive alla condotta. Opinando diversamente si frustrerebbe la funzione dell'art. 56 c.p., poiché ogni qual volta si disquisisce di tentativo è evidente che, successivamente alla condotta, si è verificato qualcosa che ha impedito la realizzazione di quanto programmato.

Medesime considerazioni si svolgono per i reati di pericolo, categoria cui è usualmente ricondotta la figura del delitto tentato. In base alla considerazione per cui il pericolo, non essendo una situazione a sé stante, ma un attributo di una condotta o di un evento, attributo esprimente le relazione di probabilità tra una data condotta o evento ed un pregiudizio potenziale e futuro che si intende prevenire, si giunge alla conclusione che esso possa essere accertato soltanto con una indagine *ex ante* <sup>(6)</sup>. Da ciò discende che, per i reati a condotta pericolosa (ai quali è riconducibile il tentativo), il momento in cui effettuare il giudizio di pericolosità è quello in cui si realizza la condotta tipica <sup>(7)</sup>. Le circostanze future non devono

---

<sup>(3)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 591; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 156; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, 258.

<sup>(4)</sup> In tal senso PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, 351; NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, 2003, 450. Per GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 365, ragioni di prevenzione impongono, invece, di prendere in considerazione il momento, tra inizio e fine della condotta, dove il grado di probabilità dell'evento preso di mira dall'agente è più alto.

<sup>(5)</sup> Su tale dibattito cfr. GIACONA, *Il concetto*, cit., 213 s.; nonché, da ultimo, anche MANNA, *Il delitto tentato tra principio di esecuzione, idoneità ed univocità degli atti e recenti rivalutazioni di atti sostanzialmente preparatori*, in *Il codice penale per il Regno d'Italia (1930) – Codice Rocco*, a cura di Vinciguerra, Padova, 2010, spec. LXVIII ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 36.

<sup>(7)</sup> Cfr. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 136; RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1968, 248; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 222; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 339.

essere considerate, anche qui a pena di frustrare la funzione politico - criminale dei reati di pericolo. Mai sarebbe integrato un reato di condotta pericolosa se si prendesse in considerazione la fase successiva alla condotta giacché, dopo di essa, o si è realizzato l'evento che si mirava a scongiurare, ed allora sarà integrato un reato di danno e non di pericolo, o si sarà verificata una circostanza che ha precluso il danno. Se si ponesse anche tale accadimento successivo a base del giudizio di pericolo, si dovrebbe concludere per l'insussistenza dello stesso. Ecco allora dimostrato che i reati di pericolo esigono, per l'accertamento del medesimo, che non si tenga conto degli accadimenti successivi alla condotta. Un'eccezione meramente apparente è data dalle circostanze future *certe*: esse devono essere inserite nella base del giudizio poiché, in realtà, se sono certe al momento della condotta, ciò significa che esse sono insite o implicite nella situazione presente e dunque, a livello potenziale, caratterizzano già la condotta. Ed è questa attitudine caratterizzante che bisogna reputare presente al momento della condotta e che deve, pertanto, rientrare nella base del giudizio di pericolo<sup>(8)</sup>.

Applicando tali criteri al caso di specie, emerge in maniera netta che la decisione del T.A.R. non poteva in alcun modo esser considerata ai fini della valutazione dell'idoneità del mendacio a realizzare una turbativa d'asta. Si trattava, infatti, di un accadimento *future* ed *incerto* rispetto alla condotta. La sentenza del giudice amministrativo ben poteva non esservi, da un lato perché non è detto che qualcuno impugni l'aggiudicazione, da un altro lato perché, comunque, non può predicarsi in termini di certezza che il giudice amministrativo avrebbe concluso in senso favorevole al ricorrente e contrario alla posizione dell'amministrazione resistente. Né l'interpretazione fornita dal giudice amministrativo poteva dirsi quella cui si sarebbe comunque pervenuti alla luce della sua assoluta persuasività.

Al contrario, come è dimostrato *per tabulas*, l'AUSL aostana ha sempre inteso la clausola contrattuale sulla necessaria presenza di

---

<sup>(8)</sup> Così ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 105, che adduce l'esempio della minaccia di un'azione terroristica ai danni di una catena di montaggio per l'indomani. Se detta minaccia è formulata di sabato, dovrà tenersi conto che l'indomani sarà domenica (giorno in cui le catene di montaggio sono deserte) per formulare il giudizio di pericolo.

una sede in regione come requisito che doveva esistere al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, e non già come mero impegno a realizzare ivi una tale sede in caso di aggiudicazione; ne sono riprova sia i controlli preventivi svolti sulle imprese che presentarono le offerte, proprio quei controlli da cui è scaturita la *notitia criminis* che ha generato il procedimento *de quo*, sia l'aggiudicazione dell'appalto ad un'impresa proprio perché già aveva la sede in Valle d'Aosta. Solo una sentenza del giudice amministrativo poteva cambiare tale situazione di fatto.

Breve: l'affermarsi di una interpretazione del capitolato d'appalto che rendesse irrilevante dichiarare l'esistenza di una sede operativa in regione non può ritenersi né *circostanza contestuale* allo svolgersi della condotta né *circostanza futura certa*, cioè le uniche due tipologie di accadimenti che devono essere considerati ai fini del giudizio di pericolosità su una condotta o di idoneità della medesima *ex art. 56 c.p.*

3. Se l'*iter* motivazionale adottato nella sentenza in commento non persuade, per la forzatura rappresentata dall'utilizzare un giudizio *ex post* per valutare l'esistenza di un che di potenziale quale l'idoneità degli atti *ex art. 56 c.p.*, diversamente stanno le cose per l'esito assolutorio cui essa giunge. Sul piano della precomprensione della vicenda concreta in esame, non desta sconcerto la decisione di non assegnare tutela penale ad un capitolato d'appalto al cui interno campeggiava una clausola che prevedeva (per lo meno come interpretata dalla P.A. autrice della clausola, cioè l'AUSL aostana) un *odioso privilegio territoriale* teso a favorire le imprese del luogo.

In effetti, al di là delle correzioni in via ermeneutica operate successivamente dal giudice amministrativo, la previsione nel bando di gara della necessità di una sede operativa nel territorio regionale già *prima facie* pareva indirizzata a favorire le imprese locali. Ed in tal senso la clausola era stata interpretata dal suo autore, cioè della P.A. che bandì la gara, fece effettuare un previo controllo per accertare se le imprese concorrenti avessero davvero una sede in Valle d'Aosta ed aggiudicò l'appalto all'impresa che da tempo aveva una sede in tale regione. Breve: con tale previsione l'ente pubblico appaltante intese restringere alle sole imprese locali la partecipazione alla gara d'appalto. E tale restrizione su base territoriale è si-

curamente illegittima, non fosse altro per la violazione della libertà di prestazione dei servizi tra le imprese appartenenti a Paesi aderenti all'UE, una delle quattro libertà fondamentali previste dal Trattato dell'Unione.

Così inquadrata la funzione che l'ente pubblico appaltante ha inteso attribuire alla predetta clausola, l'intento del giudicante di disconoscere l'usbergo della tutela penale alla stessa pare essere l'autentica *ratio* decisoria della sentenza in commento. E se la motivazione della stessa pare irrimediabilmente contrastare con le struttura dei reati a condotta pericolosa, non altrettanto è a dirsi per il principio che con tale motivazione si è inteso veicolare <sup>(9)</sup>. Tra le righe della sentenza pare intravedersi –quale cuore del ragionamento decisorio– il convincimento per cui nessuno debba trarre vantaggi da un proprio comportamento illecito o fraudolento. E dato che l'AUSL di Aosta ha inteso porre in essere un comportamento illegittimo, essa non può ora pretendere di trarre vantaggi da tale sua condotta *contra jus*, vantaggi che deriverebbero da una sentenza di condanna (basti pensare alla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni) per tentata turbativa d'asta a carico di chi simulò di possedere un requisito che illegittimamente si era richiesto.

Se non erriamo, nella lettura dell'autentica *ratio* decisoria della sentenza in commento, si deve allora concludere che essa non si fonda su di una regola, come è quella che si ricava implicitamente dall'art. 56 c.p. in ordine al momento del giudizio di idoneità degli atti, ma su di un principio generale dell'ordinamento.

*Nihil sub sole novi*, atteso che il massimo teorico della distinzione tra principi e regole individuò uno degli emblematici casi giudiziari in cui le corti giudicarono in base a principi e non già in forza di precise regole nella sentenza del Tribunale di New York del 1889 *Riggs v. Palmer*, pronunzia con cui si decise che la persona indicata come successore testamentario non potesse ereditare dal testatore da lui ucciso se lo aveva assassinato proprio al fine di conseguirne

---

<sup>(9)</sup> Nella dottrina processualistica è ormai largamente nota la distinzione concettuale tra decisione e motivazione e l'idea che quest'ultima non rispecchi le reali ragioni della decisione, ma ne sia una semplice razionalizzazione *a posteriori*. In tal senso v. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 135; NAPPI, *Guida alla procedura penale*, Milano, 1997, 161. Per alcune rieditazioni e precisazioni sul punto cfr. IACOVIELLO, *Ricorso per cassazione*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5275.



il patrimonio <sup>(10)</sup>. Il tutto in assenza di qualsivoglia prescrizione di legge scritta nell'ordinamento statunitense che tanto prevedesse, ed in forza del rinvenuto principio generale per cui non può trarsi vantaggio dal proprio operato illecito o fraudolento. Né è da crederci che detto principio generale sia rimasto estraneo alla nostra esperienza giuridica e alle nostre corti. Al contrario, di esso fanno menzione (per lo meno con riferimento a quella peculiare categoria di illecito che è il reato) e vi fondano talvolta le proprie conclusioni anche le Sezioni Unite della Cassazione. E così, in una recente e importante pronunzia sull'oggetto della c.d. confisca per equivalente, il rigetto della tesi che limitava al c.d. profitto netto l'importo confiscabile veniva motivato proprio in ragione del principio per cui «il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene» <sup>(11)</sup>. Se tanto è, la sentenza in commento non risulta priva di ragioni quanto al suo nucleo decisorio. Essa fa applicazione di una norma giuridica, sia pure dal carattere non di regola, ma di principio, quale è quello che stabilisce che nessuna protezione giuridica deve essere accordata all'illecito. Trattasi di un principio che, per quanto non statuito espressamente, è indubbiamente alla base di molteplici istituti giuridici (basti pensare alle nullità civilistiche, al negozio in frode alla legge, alla illiceità tributaria dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, alla scriminante della legittima difesa, all'esclusione dell'esimente dello stato di necessità in capo a chi non abbia volontariamente dato causa al pericolo, ecc.). Eppure, ciò non è sufficiente per ritenere corretta l'argomentazione del giudice di legittimità. Ogni principio giuridico non può essere applicato *sic et simpliciter*, a prescindere da qualsivoglia coordinamento con principi di diverso tenore con i quali deve coordinarsi <sup>(12)</sup>. Anche il principio in esame conosce dei temperamenti per renderlo compatibile con altre esigenze. Basti pensare alla tutela del possesso ed all'istituto dell'usucapione che ne sono una plateale deroga, posta per evidenti ragioni di certezza del diritto e di conservazione della pace sociale.

---

<sup>(10)</sup> Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 49.

<sup>(11)</sup> Così Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., in *Cass. Pen.*, 2008, 4556, con nota di PISTORELLI.

<sup>(12)</sup> Sul "pensare per principi" in materia penale cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 s.

E soprattutto, di un principio non può farsi applicazione in sfregio alle regole. L'inosservanza di una regola giuridica, quale quella univocamente desumibile dal sistema e che individua nelle sole circostanze presenti (con l'apparente eccezione di quelle future *certe*) la base del giudizio di idoneità degli atti *ex art. 56 c.p.* e di pericolosità della condotta nei reati a condotta pericolosa, non può essere giustificata dal mero richiamo ad un principio, neppure quello che impone di negare tutela penale a condotte fraudolente od illecite: due torti non fanno una ragione.

4. Se la motivazione della sentenza in commento non appare condivisibile per le ragioni predette, la persuasività delle ragioni decisorie che paiono averla ispirata impone però il tentativo di esplorare la possibilità che possa esservi un'altra via per conferire applicazione al principio "nessun diritto dal proprio comportamento illecito o fraudolento". Il tutto per impedire che nel caso di specie potesse trarre vantaggio (ad esempio in termini risarcitori) dalla sentenza di condanna di chi ha sì commesso un mendacio, ma per simulare un requisito di partecipazione alla gara che la P.A. appaltante non avrebbe dovuto prevedere, la medesima P.A. che abbia illegittimamente preteso tale requisito.

In altri termini, se la via prescelta dal giudice di legittimità per inverare il principio in questione nel caso di specie risulta impercorribile poiché si darebbe applicazione ad un principio *contro alcune regole* (quelle sul momento del giudizio di idoneità *ex art. 56 c.p.*), si tratta di comprendere se si possano invocare *altre regole* per applicare detto principio.

Tali regole sembra di poter dire che esistano e che siano invocabili nel caso di specie.

Ci si riferisce a quelle norme che consentono al giudice (anche) penale la c.d. disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, tema sinora poco analizzato in riferimento all'art. 353 c.p. Come noto, ampio è il dibattito sul fondamento ed i limiti del sindacato penale sull'atto della P.A. a fini di statuire l'irrilevanza di tale atto, qualora sia illegittimo, nel singolo giudizio <sup>(13)</sup>. I più ritengono ormai superato l'ancoraggio ad una specifica (e sempre suscettibile

---

<sup>(13)</sup> Cfr. recentemente COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996; GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000.

di revisione o modificazione) disposizione di legge ordinaria come può essere l'art. 4 o l'art. 5 della legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo <sup>(14)</sup> e fondano tale potestà disapplicativa sulla soggezione del giudice solo alla legge ex art. 101 comma 2 Cost. <sup>(15)</sup> o sulle singole incriminazioni la cui retta interpretazione fa comprendere che – in alcuni casi – l'atto amministrativo che compone il fatto tipico deve essere inteso come atto amministrativo legittimo, con la conseguenza di poter reputare *tamquam non esset* l'atto illegittimo <sup>(16)</sup>. Ci si divide poi sulla possibilità e sui limiti di una disapplicazione *in malam partem* <sup>(17)</sup>.

Ai nostri fini, tanto il dibattito sul fondamento della c.d. potestà disapplicativa quanto quello sulla possibilità di addivenire per tale via a pronunzie *in malam partem* è inconferente atteso che, quale che sia la scaturigine della c.d. disapplicazione, indiscusso è che il giudice penale possa reputare *tamquam non esset* l'atto amministrativo *contra jus* se ne derivano effetti benigni per l'imputato, e tanto è quanto si verifica nel caso di specie.

---

<sup>(14)</sup> Per l'impostazione tradizionale v. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Publ.*, 1957, 337.

<sup>(15)</sup> In tal senso v. FOIS, voce "Legalità (principio di)", in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 685; GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 108; e, nella dottrina penalistica, GAMBARDELLA, *Il controllo*, cit., 97.

<sup>(16)</sup> Ciò in quanto l'atto amministrativo presente in una fattispecie penale assume il ruolo di elemento normativo in detta incriminazione e, al pari di tutti gli elementi normativi, deve vedere il suo significato penale ricostruito in via autonoma. Da ciò si desume che se il bene protetto dall'incriminazione è il buon andamento della P.A., l'interpretazione teleologica impone di intendere il significato dell'atto amministrativo ivi presente come inclusivo della sua legittimità, a pena di non assicurare tutela al bene giuridico. Da ciò, più che la disapplicazione dell'atto illegittimo, la estraneità al tipo del medesimo. In tal senso cfr. PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., 88, e sia pure con l'importante *caveat* della limitazione del ragionamento alle sole "disapplicazioni" che ridondino a vantaggio del reo, con esclusione di quelle *in malam partem*, SINISCALCO, voce "Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità", in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 668; CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Roma – Bari, 1979, 189; BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 99. La giurisprudenza di legittimità, in una decisione concernente i reati urbanistici, ha fatto propria l'impostazione dottrinale del Petrone (anche con riguardo all'efficacia *in malam partem*) in Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, in *Cass. Pen.*, 1004, 901, con nota di MENDOZA.

<sup>(17)</sup> Cfr. i termini del dibattito in GAMBARDELLA, *Il controllo*, cit., 171 s.; M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, 165 s.

Nella situazione concreta oggetto della sentenza in commento, l'idoneità del mendacio a turbare i pubblici incanti dipende dalla presenza di una clausola del capitolato che richiede –come vissuta ed intesa dal suo autore e principale applicatore, l'AUSL aostana– la presenza nel territorio regionale della sede dell'impresa partecipante alla gara. Se il giudice penale, aderendo all'interpretazione che della clausola si è data nella concreta situazione storica (quella in cui si è trovato ad operare l'imputato, i suoi concorrenti, tra cui le imprese "indigene", i funzionari dell'AUSL), ne riconosce l'illegittimità, non fosse altro per contrasto con la libertà di prestazione dei servizi prevista dai Trattati UE, dovrà disapplicarla *ex art. 101 Cost.* o, secondo altra impostazione, dovrà reputarla penalmente irrilevante perché estranea al tipo. Quale che sia l'impostazione preferita, la conclusione non muterebbe: lo specifico appalto che deve essere sussunto nell'elemento del tipo criminoso costituito dalla gara o dai pubblici incanti dovrebbe essere ricostruito come privo di tale clausola di privilegio territoriale, con la conseguenza che il mendacio realizzato sarebbe del tutto inidoneo a turbare la gara.

A tale impostazione potrebbe obiettarsi che la riflessione dottrinale ha tradizionalmente inteso come irrilevanti rispetto alla tutela penale apprestata dall'art. 353 c.p. i vizi della procedura amministrativa che si arrestano alla soglia della mera annullabilità e non pervengono alla radicale inesistenza giuridica <sup>(18)</sup>. Ma tale limitazione del sindacato penale sugli atti amministrativi, oltre ad essere assai difficilmente raccordabile ai tratti generali dell'istituto della c.d. disapplicazione dell'atto amministrativo, se pretende di fondarsi sul carattere autonomo della sfera penalistica da quella amministrativa <sup>(19)</sup> viene a dimostrare tutta la sua fallacia. È infatti proprio l'esigenza di elaborare in un'autonoma accezione penale i significati che i concetti di altri rami dell'ordinamento vengono ad assumere allorché inseriti all'interno di un'incriminazione a richiedere che, se il reato di cui trattasi è preposto a tutela del buon andamento della P.A. <sup>(20)</sup>, l'atto amministrativo richiamato deve essere inte-

---

<sup>(18)</sup> Cfr. RUGGIERO, voce "Incanti (turbativa ed astensione)", in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 903; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1982, 692; VENTURATI, cit., 304.

<sup>(19)</sup> È in tale esigenza che rinviene la *ratio* dell'orientamento dottrinale in disamina la DI GIOVINE, *Turbata*, cit., 838.

<sup>(20)</sup> Ribadisce da ultimo la lettura pubblicistica dell'oggettività giuridica della

so come *atto legittimo*. Apprestare infatti tutela all'atto illegittimo frusterebbe il bene protetto <sup>(21)</sup>, paradossalmente traducendosi nella *protezione del cattivo andamento della P.A.*

In conclusione, nessun ostacolo concettuale o normativo sembra frapporsi alla possibilità di addivenire, in casi come quello di specie, ad esiti assolutori in ragione della irrilevanza – ai fini penali – degli atti amministrativi *contra jus*. Anzi, l'interpretazione teleologica depone in tal senso. E seguendo tale direzione risulta possibile inverare il principio “nessun vantaggio dal proprio operato illecito o fraudolento” ed applicare le consolidate regole in tema di sindacato penale sugli atti amministrativi.

---

turbata libertà degli incanti DI GIOVINE, *op. cit.*, 799, che la riconduce ai poli dell'imparzialità e del buon andamento (inteso come efficienza anche patrimoniale) della P.A.

<sup>(21)</sup> Cfr. PETRONE, *Attività*, cit., 112, 116, 122, 454.