

## TRACCE E SVOLGIMENTI PARERE PENALE ESAME AVVOCATO 2009

### ESAME AVVOCATO 2009: LA 1^ TRACCIA DEL PARERE

*Il 10 febbraio 2000 due amici, Tizio e Caio si accordavano per acquistare eroina da assumere insieme. Tizio, raccolto il denaro, si recava nel vicino comune di Beta rivolgendosi ad uno spacciatore dal quale si era già rifornito in passato. Acquistate due dosi, ritornava dall'amico Caio ed insieme assumevano la droga. Caio assumeva anche alcool. Subito dopo Caio accusava un malore al quale seguiva il suo decesso. Il medico legale attribuiva la morte al narcotismo esaltato nei suoi effetti dalla contemporanea assunzione di alcool etilico, anch'esso depressivo del sistema nervoso centrale. Sulla base delle indicazioni fornite da Tizio ai carabinieri, lo spacciatore veniva identificato in Sempronio. Veniva anche perquisita la sua abitazione, ove venivano rinvenuti e sequestrati mg 800 di eroina, suddivisa in due distinti involucri e frammista a sostanza da taglio, nonché un bilancino di precisione. Sempronio decideva di rivolgersi ad un legale. Il candidato, assunte le vesti di avv di sempronio rediga motivato parere illustrando le problematiche sottese alla fattispecie.*

### SVOLGIMENTO DEL PARERE

La questione oggetto dell'odierno parere imponeva una breve disamina sulla tanto controversa ammissibilità della responsabilità oggettiva in materia penale. Come noto la questione è stata ampiamente dibattuta dalla giurisprudenza di recente sempre più sensibile alle sollecitazioni provenienti sul tema dalla più attenta dottrina. Pertanto bisognava procedere premettendo brevi cenni sul principio della responsabilità personale in materia penale citando gli adeguati riferimenti costituzionali individuati nei commi 1 e 3 dell'art. 27 della Costituzione come interpretati dalle celebri sentenze della Corte Costituzionale n. 1085 e 364 del 1988.

#### La questione

Quindi entrando nel vivo della questione si trattava di chiarire l'interpretazione oggetto di fervente contrasto dell'art. 586 c.p. (tra l'altro identica questione fu oggetto della prova scritta del concorso per uditore giudiziario CONCORSO A 360 POSTI, D.M. 17.10.2000)<sup>1</sup>. Come noto la questione è stata risolta recentemente dalla Corte di Cassazione, SS.UU., [sentenza 22 maggio 2009, n. 22676](#) (vedi anche [Altalex Mese - Schede di Giurisprudenza](#)).

Il contrasto giurisprudenziale verteva sulla possibilità che ai fini dell'accertamento della responsabilità penale dello spacciatore per la morte dell'acquirente, in conseguenza della cessione o di cessioni intermedie della sostanza stupefacente che risulti letale per il

soggetto assuntore, fosse sufficiente la prova del nesso di causalità materiale fra la precedente condotta e l'evento diverso ed ulteriore, purché non interrotto da cause sopravvenute di carattere eccezionale, ovvero dovesse essere dimostrata anche la sussistenza di un profilo colposo per non aver preveduto l'evento. Secondo un primo risalente orientamento giurisprudenziale, morte e lesioni non volute devono essere imputate all'autore del delitto base doloso in virtù del solo nesso di causalità materiale. Sarebbe quindi superflua una indagine specifica sulla sussistenza, in concreto, degli estremi della colpa in relazione all'evento non voluto, essendo necessaria semplicemente l'indagine sulla condotta esecutiva del delitto doloso e l'accertamento che il nesso eziologico non sia stato spezzato da fattori eccezionali non ascrivibili all'agente ed al di fuori della sua sfera di controllo, e cioè da cause sopravvenute che siano state da sole sufficienti a determinare l'evento. L'art. 586, dunque, al pari della norma «generale» sull'aberratio delicti plurilesiva di cui all'art. 83, comma 2, prevederebbe una ipotesi di responsabilità oggettiva, in forza della quale l'autore di un delitto deve rispondere oggettivamente per le conseguenze ulteriori non volute di tale delitto.

Un secondo orientamento ravvisava nella fattispecie prevista dall'art. 586 cod. pen. una responsabilità per colpa specifica, fondata sulla inosservanza della norma penale incriminatrice del reato base doloso. Si è affermato, in questo senso, che l'art. 586 è norma di chiusura e di rafforzamento del sistema di tutela della vita e della incolumità fisica e trova applicazione ogni qual volta la morte sia conseguenza non voluta di un delitto doloso qualunque ne sia la natura, e, quindi, anche quando il fatto tipico, di per sé, non costituisca pericolo per il bene giuridico protetto, sempre che tra l'illecito comportamento del soggetto e l'evento non voluto (morte o lesione) sussista un rapporto di causalità materiale. L'evento lesivo, conseguente dal delitto doloso commesso, è imputato al colpevole, a titolo di colpa, per violazione di legge, perché l'art. 43 cod. pen. annovera tra i criteri di qualificazione dei comportamenti colposi (in aggiunta alla imprudenza, imperizia e negligenza), anche l'inosservanza della legge. Invero, tale espressione non limita questo modo di essere della colpa alla sola violazione di legge a carattere squisitamente o esclusivamente cautelare, ma comprende anche la violazione delle stesse norme penali incriminatrici, mentre l'art. 586 attribuisce alle disposizioni incriminatrici, che prevedono i singoli delitti, oltre la funzione loro propria di tutela del singolo bene, anche il carattere ulteriore ed accessorio di norme che mirano a prevenire, attraverso la sanzione penale, l'eventuale lesione di beni giuridici, tutelati mediante le ipotesi di reato colposo, che possono essere prodotte a causa della commissione dei delitti dolosi. Le due tesi invero portavano a risultati sostanzialmente identici, ossia a ritenere la sufficienza del solo nesso causale per fondare la responsabilità rispetto all'evento non voluto.

Un terzo orientamento richiedeva, per poter imputare l'evento morte o lesioni ex art. 586 cod. pen., oltre al nesso causale, anche la prevedibilità dell'evento, facendo però riferimento ad una prevedibilità in astratto. Questo indirizzo, seguito soprattutto da decisioni in tema di morte da assunzione di sostanze stupefacenti, si sostanzia nella quasi totalità dei casi, in un richiamo ad un criterio di prevedibilità *in re ipsa*, meramente formale e di stile, senza che sia condotta in realtà nessuna indagine, in concreto, sul decorso causale e sull'evento finale, per ricostruire le specifiche modalità di verifica dell'evento che, nel caso di specie, avrebbero reso prevedibili la morte o le lesioni. Solitamente si parla di prevedibilità desunta dalla notorietà, dall'ordinarietà o dalla

frequenza del pericolo connesso ad un certo tipo di condotta, o di prevedibilità secondo l'id quod plerumque accidit, o desunta dal pericolo insito, in via presuntiva, nel delitto doloso di base. In particolare, nel caso di violazioni della legge sugli stupefacenti, la prevedibilità, sempre valutata in astratto, viene desunta dalla notorietà della frequenza di casi letali dopo l'assunzione di determinate sostanze stupefacenti (come l'eroina). In tutti questi casi la prevedibilità dell'evento è automaticamente dedotta, in astratto, dalla indubbia destinazione della droga ceduta all'assunzione e dalla constatazione che ciò, secondo la comune esperienza, può cagionare la morte dell'assuntore. È però evidente che il criterio della prevedibilità in astratto è invocato come mero omaggio formale al principio di colpevolezza, e che in realtà anche questa tesi della prevedibilità in astratto si pone sullo stesso piano di quella della responsabilità oggettiva e di quella della colpa presunta per violazione della legge penale. In tutti e tre i casi, infatti, in sostanza la responsabilità viene fondata sul solo nesso causale, perché l'evento morte non voluto viene sempre messo a carico del soggetto che ha compiuto il delitto doloso sulla sola base del nesso di causalità tra tale delitto e l'evento non voluto, indipendentemente da una indagine sull'elemento psicologico ad esso relativo. Un ultimo orientamento, sviluppatosi soprattutto negli ultimi anni, infine, ravvisa nell'art. 586 una ipotesi di responsabilità per colpa in concreto, concepita ed accertata nei suoi requisiti ordinari, imperniata quindi sulla violazione di regole cautelari di condotta e sulla necessità di un accertamento della effettiva prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento non voluto da parte dell'agente. Secondo tale indirizzo, nell'art. 586 c.p. "poiché l'accollo dell'evento ulteriore e più grave rispetto a quello voluto appare incompatibile con il principio di colpevolezza, secondo l'interpretazione dei principi costituzionali sulla personalità della responsabilità penale e sulla necessaria imputazione soggettiva degli elementi più significativi della fattispecie criminosa, l'affermazione di responsabilità dell'agente per l'evento non voluto deve necessariamente ancorarsi a un coefficiente di prevedibilità, concreta e non astratta, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base". Nella specifica materia di morte derivante da assunzione di sostanze stupefacenti, si deve ritenere sussistente la responsabilità non sulla base del mero rapporto di causalità materiale fra la precedente condotta e l'evento diverso ed ulteriore, ma solo allorché si accerti la sussistenza di un coefficiente di "prevedibilità" della morte o delle lesioni, così da potersene dedurre una forma di "responsabilità per colpa".

Ad avviso della Suprema Corte la soluzione preferibile non può prescindere dal principio di colpevolezza e dalle sentenze della Corte costituzionale che gli hanno esplicitamente riconosciuto rango costituzionale. È noto che già con la fondamentale sentenza n. 364 del 1988, la Corte costituzionale, sulla base di una approfondita esegesi dell'art. 27 Cost. (imperniata sul collegamento tra il principio di personalità della responsabilità penale e la funzione rieducativa della pena, nell'ambito di una generale visione liberal-garantistica dell'ordinamento penale e dei rapporti tra Stato e cittadino), giunse ad identificare la responsabilità personale, richiesta da tale norma, con la responsabilità per fatto proprio colpevole e ad affermare che il principio di colpevolezza più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto. E, secondo la Corte, tali requisiti subiettivi minimi richiedono che «il fatto imputato, perché sia

legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica».

Orbene, alla luce dei principi costituzionali appena ricordati per come affermati dalla Corte costituzionale, è evidente, come una interpretazione adeguatrice dell'art. 586 c.p. imponga di disattendere sia il primo orientamento che formula una ipotesi di responsabilità oggettiva pura e propria, fondata esclusivamente sul nesso di causalità materiale, sia gli altri orientamenti che, come rilevato, nella sostanza e negli effetti non si differenziano da una ipotesi di responsabilità oggettiva, come quello della colpa presunta per violazione di legge penale, o come quello che richiede, oltre al nesso causale, una prevedibilità in astratto dell'evento, ossia una prevedibilità in re ipsa meramente formale e presunta in tutti i casi sulla base della notorietà della frequenza delle conseguenze letali derivate dall'assunzione di certe sostanze stupefacenti. Ne consegue che l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 cod. pen., una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base. Anche nel caso di morte o lesioni conseguenti all'assunzione di sostanze stupefacenti, dunque, la responsabilità per questi ulteriori eventi a carico di colui che le abbia illecitamente cedute potrà essere ravvisabile quando sia accertata la sussistenza, da un lato, di un nesso di causalità fra la cessione e l'evento morte o lesioni, non interrotto da fattori eccezionali sopravvenuti, e, da un altro lato, che l'evento non voluto sia comunque soggettivamente collegabile all'agente, ovvero sia a lui rimproverabile a titolo di colpa in concreto, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi. Occorrerà quindi che l'agente abbia violato una regola cautelare diversa dalla norma (della legge sugli stupefacenti) che incrimina il delitto base e che sia specificamente diretta a prevenire la morte o le lesioni personali. Occorrerà poi una valutazione positiva di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento, compiuta ex ante, sulla base del comportamento che sarebbe stato tenuto da un omologo agente modello, tendendo peraltro conto di tutte le circostanze della concreta e reale situazione di fatto. Si dovrà pertanto verificare se dal punto di vista di un agente modello, nella situazione concreta, risultava prevedibile l'evento morte come conseguenza dell'assunzione, da parte di uno specifico soggetto, di una determinata dose di droga. È poi evidente che per agente modello non si deve intendere uno «spacciatore modello», ma una persona ragionevole, fornita, al pari dell'agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede. Lo spacciatore, pertanto, potrà ritenersi esente da colpa quando una attenta e prudente valutazione di tutte le circostanze del caso concreto non faccia prevedere l'evento morte o lesioni. La colpa potrà invece essere ravvisabile quando la morte sia prevedibile, ed anche quando non sia prevista perché una circostanza pericolosa sia stata ignorata per colpa o sia stata erroneamente valutata sempre per colpa.

#### Conclusioni

In via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente, come nella

fattispecie in esame in cui alla cessione di una sostanza «normale» per qualità e quantità si è accompagnata una contemporanea assunzione di alcol che abbia accentuato gli effetti della droga, causando il decesso, ovvero nel caso di consumo dello stupefacente congiunto all'uso di psicofarmaci, o di consumo da parte di soggetto apparentemente giovane e in buono stato di salute, ma in realtà con gravi difetti fisici, o in precario stato di salute, o con grave vizio cardiaco; o anche nel caso in cui l'agente abbia ceduto un normale quantitativo di droga ad un soggetto presentatosi come consumatore diretto senza che fosse prevedibile l'ulteriore cessione ad un terzo con un ridotto grado di tolleranza (e quindi altamente a rischio di overdose) e ciò quand'anche fosse prevedibile l'ulteriore cessione ad altri.

## **ESAME AVVOCATO 2009: LA 2^ TRACCIA DEL PARERE**

*Tizio, legale rappresentante della società Gamma S.r.l. partecipava alla licitazione privata per l'appalto di lavori di costruzione per la nuova sede dell'istituto polivalente di Beta e, come richiesta dal bando, aveva allegato la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà nella quale aveva attestato che la società era iscritta all'albo nazione costruttori sin da data anteriore al 24.11.1999, requisito indispensabile per la partecipazione alla gara, in quanto detta iscrizione doveva preesistere alla gara stessa. Stante la convenienza della proposta della società Gamma, l'aggiudicazione dell'appalto era avvenuta in suo favore e i conseguenti atti deliberativi e dispositivi della procedura erano stati redatti sul presupposto, attestato dai pubblici ufficiali, redigenti sulla base dell'anzidetta dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà facente fede di quanto dichiarato, e limitandosi a prendere atto dell'attestazione del privato. Successivamente si accertava che la società Gamma S.r.l. aveva affermato il falso perché in realtà l'iscrizione era stata conseguita solo il 14.12.1999. Tizio, preoccupato delle conseguenze penali del suo comportamento, decide di rivolgersi ad un legale.*

*Il candidato assume le vesti di avvocato di Tizio, rediga motivato parere illustrando le problematiche sottese alla fattispecie.*

## **SVOLGIMENTO DEL PARERE**

La posizione di Tizio, che ha presentato una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà dal contenuto menzognero per partecipare alla gara d'appalto bandito dall'ente pubblico Beta, è riconducibile a due fattispecie incriminatrici, poste a tutela della fede pubblica. Dunque si procederà innanzitutto a riscontrare l'indubbia sussistenza del reato di cui all'art. 483 c.p., alla stregua del monolitico orientamento della giurisprudenza.

Successivamente sarà opportuno concentrarsi sulla delicata ed assai discussa questione della configurabilità del reato di cui agli artt. 48/479 c.p., cioè del falso ideologico del pubblico ufficiale in atto pubblico per errore cagionato da altrui inganno, nel caso in cui venga adottato un provvedimento che ha, tra i suoi presupposti, la circostanza oggetto della dichiarazione sostitutiva presentata dal privato.

Nelle considerazioni conclusive si provvederà a valutare gli aspetti relativi alla prescrizione dei reati suddetti, nonostante l'ambiguità della traccia circa la collocazione temporale delle condotte descritte.

Incominciando la rassegna delle possibili incriminazioni, si deve constatare la sussistenza degli estremi del reato di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico ai sensi dell'art. 483 c.p. Infatti la presentazione di una dichiarazione sostitutiva dal contenuto mendace viene pacificamente così qualificata dalla giurisprudenza (ad es. da ultimo Cass. n. 25469 del 2009).

Questa conclusione si spiega perché, nell'ottica della semplificazione della documentazione amministrativa, il legislatore ha previsto da tempo (sin dalla legge n. 15 del 1968, fino all'attuale [Dpr n. 445 del 2000](#)) che i privati possano provare, nei rapporti con la PA, stati, qualità personali e fatti, attraverso la redazione e presentazione di dichiarazioni sostitutive di certificazione (art. 46) o di atto di notorietà (art. 47). Al fine di garantirne la veridicità, il legislatore, all'art. 76 del [Dpr n. 445 del 2000](#) (coerentemente con quanto già previsto dall'art. 26 della L. n. 15 del 1968), richiama le norme del Codice penale e considera la dichiarazione del privato come fatta ad un pubblico ufficiale.

Di conseguenza la Cassazione ritiene integrati tutti gli elementi del reato suddetto: sussiste l'attestazione falsa ad un pubblico ufficiale in un atto pubblico, come risulta dalla equiparazione legislativa; sussiste altresì l'elemento ulteriore della destinazione dell'atto a provare la verità dei fatti attestati come reso palese dalla finalità di prova nei rapporti con la PA delle dichiarazioni sostitutive ai sensi degli artt. 46 e 47 [Dpr n. 445 del 2000](#).

Con riferimento al caso di specie, dunque, il legale di Tizio non potrebbe che informare il cliente del reato commesso, al più prospettando la possibile applicazione delle attenuanti generiche ai sensi dell'art. 62 bis c.p. dato che l'atto falso si scosta dal vero solo per pochi giorni.

Passando all'ulteriore ipotesi inizialmente prospettata, occorre dare risposta all'incerto quesito se il privato possa rispondere del reato proprio di falso ideologico del pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 479 c.p., qualora quest'ultimo erroneamente adotti un provvedimento fondato su un presupposto falsamente indicato come esistente nella dichiarazione sostitutiva presentata dal primo.

A tale scopo è fondamentale stabilire se il pubblico ufficiale, che emana un provvedimento in cui viene espressa la volontà della PA, descriva ed attesti, anche implicitamente, i fatti che la legge prevede come presupposti dell'atto, oppure si limiti a constatare l'esistenza della dichiarazione sostitutiva. Solo nel primo caso potrebbe configurarsi la condotta sanzionata dall'art. 479 c.p., consistente nella falsa attestazione da parte del pubblico ufficiale di fatti di cui l'atto pubblico è destinato a provare la verità, della quale sarebbe punibile il privato ai sensi dell'art. 48 c.p.; mentre nella seconda ipotesi il pubblico ufficiale non farebbe che appurare ciò che effettivamente è avvenuto e nessun reato sarebbe ipotizzabile.

L'orientamento pretorio meno rigoroso (Cassazione n. 38453 del 2001), ha escluso in radice la rilevanza penale, non ravvisando alcuna attestazione falsa quanto semmai erronee argomentazioni. Infatti se il pubblico funzionario riproduce la dichiarazione e, ritenendola veritiera, giunge ad una conclusione sbagliata, allora non vi sarebbe nessuna attestazione mendace, ma solo una valutazione errata sull'attendibilità del documento prodotto dal privato. Tale impostazione consentirebbe di negare in radice il reato di cui

all'art. 479 c.p. per mancanza del fatto tipico e di conseguenza qualsiasi ripercussione su Tizio.

Queste conclusioni, però, sono state sconfessate dalla recente sentenza delle [Sezioni unite n. 35488 del 2007](#), secondo la quale il pubblico ufficiale non si limita a constatare la presentazione della dichiarazione sostitutiva o a supporre che quella attestazione sia veritiera, ma compie un'attestazione falsa circa la sussistenza effettiva dei presupposti indefettibili del provvedimento che adotta. Tale affermazione poggia sulla considerazione che i requisiti di un provvedimento vengono implicitamente attestati dal pubblico ufficiale e che essi non consistono nella semplice esistenza della dichiarazione sostitutiva ma, ben diversamente, nelle situazioni di fatto di cui la dichiarazione è mera prova.

In base al principio sancito dal Supremo consesso nomofilattico risulta evidente che in fattispecie analoghe a quella descritta nella traccia si riscontrano due diverse e successive condotte penalmente rilevanti, di cui il privato è responsabile. La prima consiste nella presentazione della dichiarazione sostitutiva falsa al fine di indurre in errore il pubblico ufficiale che dovrà successivamente adottare il provvedimento: tale condotta, come già chiarito, rileva ai sensi dell'art. 483 c.p., con l'aggravante dell'art. 61, n. 2 c.p., dato che il reato è commesso al fine di eseguirne un altro. La seconda consiste nel falso ideologico del pubblico ufficiale, di cui quest'ultimo non è responsabile per assenza di dolo, ma per cui risulta punibile il privato che ha determinato l'errore ai sensi dell'art. 48 c.p..

Dunque, alla luce di quanto detto, l'unica utile strategia difensiva a favore di Tizio residua nell'invocare il vincolo della continuazione tra le due fattispecie di falso ai sensi dell'art. 81 comma 2° c.p., dato che sono con evidenza espressione di un medesimo disegno criminoso. Ciò consentirà di applicare il meno severo regime del cumulo giuridico al fine di quantificare la pena complessiva.

In conclusione il legale di Tizio, in ossequio alla giurisprudenza assolutamente prevalente, deve prospettare al suo cliente la continuazione tra il reato di cui all'art. 483 c.p., aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 2 ed eventualmente attenuato dall'art. 62 bis c.p., ed il reato di cui all'art. 479 c.p., di cui è responsabile alla stregua dell'art. 48 c.p..

Ai delitti così individuati non agevole appare l'applicazione della disciplina in materia di prescrizione del reato, in quanto dalla traccia non emerge con chiarezza l'esatta collocazione temporale delle condotte criminose.

Nonostante ciò, sembra potersi dedurre che la dichiarazione sostitutiva mendace sia stata compiuta e presentata antecedentemente al 24.11.1999, data che sembra essere indicata per l'inizio della gara. In ragione di ciò il reato di cui all'art. 483 c.p. sarebbe certamente prescritto. Infatti, alla luce del vecchio testo dell'art. 157, n. 4 c.p., coevo ai fatti ed applicabile in quanto più favorevole al reo dell'attuale che prevede un periodo minimo di 6 anni, il termine prescrizione sarebbe pari a cinque anni, oramai abbondantemente trascorsi.

Con riferimento al reato di cui all'art. 479 c.p., che si consuma quando il pubblico ufficiale adotta i provvedimenti in base al presupposto non esistente, invece la traccia nulla suggerisce: dunque si può solo quantificare il termine applicabile senza però stabilirne con precisione il *dies a quo*. Alla stregua dell'attuale testo dell'art. 157 c.p., applicabile retroattivamente in quanto più favorevole al reo nei limiti dell'art. 10 comma 3° della [legge n. 251 del 2005](#), il periodo prescrizione ha durata di sei anni, al posto del più lungo termine di 10 anni precedentemente stabilito ai sensi del vecchio testo dell'art. 157, n. 3.

## Breve commento

La traccia in commento imponeva al candidato la qualificazione penalistica della condotta tenuta da un privato che rediga e presenti una falsa dichiarazione sostitutiva di cui agli artt. 46 o 47 del [Dpr n. 445 del 2000](#), presentata al fine di partecipare ad una gara d'appalto pubblico ed ottenerne l'aggiudicazione. Si ponevano dunque varie insidie, consistenti nella necessità di orientarsi tra una serie di possibili figure criminose *prima facie* applicabili, nonché nell'esigenza di affrontare i problemi relativi alla prescrizione dei reati eventualmente riscontrati, nonostante l'ambiguità della traccia relativamente agli aspetti temporali.

**1) La questione fondamentale**, la trattazione della quale non era eludibile a pena di insufficienza, imponeva l'individuazione delle fattispecie criminose di falso eventualmente integrate.

- Innanzitutto il candidato avrebbe dovuto riconoscere la commissione del reato di falso ideologico di cui all'art. 483 c.p., in base agli argomenti illustrati nello svolgimento del parere.

- Successivamente il parere poneva il quesito se vi sia spazio per una ulteriore figura criminosa a tutela della fede pubblica. Sarebbe quindi stato necessario affrontare la *vexata questio* della configurabilità del falso ideologico del pubblico ufficiale per induzione da parte del privato ai sensi degli artt. 48/479 c.p. Tralasciando il dibattito sulla natura concorsuale o meno dell'ipotesi dell'art. 48 c.p., nonché quello sulla nozione di falso implicito, in quanto non strettamente inerenti alla soluzione del caso, il candidato avrebbe dovuto delineare nelle linee essenziali la condotta incriminata ai sensi dell'art. 479 c.p. e porsi il problema della compatibilità con l'art. 48 c.p., su cui era sorto un contrasto in sede di legittimità.

L'intervento delle Sezioni unite, con la [sentenza n. 35488 del 2007](#) (vedi anche [Altalex Mese - Schede di Giurisprudenza](#)), in senso sfavorevole al privato mendace, come esposto nello svolgimento del parere, non fa apparentemente residuare margini per elaborare strategie difensive efficaci. Infatti è stabilito che *"Il pubblico ufficiale, invero - allorquando nell'atto da lui formato fa riferimento ad atti o a "dichiarazioni sostitutive" (non veri) provenienti dal privato e riferiti a presupposti richiesti per la legittima emanazione dello stesso atto pubblico - non si limita ad "attestare l'attestazione del mentitore" né a "supporre che quella attestazione sia veridica", ma compie, sia pure implicitamente, una attestazione falsa circa la sussistenza effettiva di quei presupposti indefettibili: attestazione di rispondenza a verità che si connette alla funzione fidefaciente che la legge assegna alle dichiarazioni sostitutive dei privati...omissis...Si configurano perciò, anche sotto il profilo naturalistico, due condotte riconducibili al decipiens: una prima condotta consistente nella redazione della falsa attestazione ed una seconda concretatasi nell'induzione in errore del pubblico ufficiale mediante la produzione della stessa ai fini dell'integrazione di un presupposto dell'atto pubblico emanando, con conseguente configurabilità del concorso materiale tra i due reati, legati anche da connessione teleologica"*.

Dunque non sarebbe certo soggetto a censure il candidato che avesse fatto proprie le conclusioni della recente decisione del Supremo consesso nomofilattico.

- L'unica via per evitare l'assoggettamento all'autorità del precedente nomofilattico potrebbe essere individuata nel ritagliare delle ipotesi in cui questo non risulta applicabile,

così come sembra potersi trarre dall'inciso di un'altra recente decisione del Supremo consesso.

Infatti la sentenza delle [Sezioni unite n. 16568 del 2007](#), che ha affrontato i rapporti tra la truffa di cui all'art. 640 bis c.p. e il reato dell'art. 316 ter c.p., al fine di ritagliare dei margini di applicazione a quest'ultima disposizione, altrimenti inutile, ha affermato che *“In molti casi, invero, il procedimento di erogazione delle pubbliche sovvenzioni non presuppone l'effettivo accertamento da parte dell'erogatore dei presupposti del singolo contribuente. Ma ammette che il riconoscimento e la stessa determinazione del contribuente siano fondati, almeno in via provvisoria, sulla mera dichiarazione del soggetto interessato, riservando eventualmente a una fase successiva le opportune verifiche. Sicché in questi casi l'erogazione può non dipendere da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'erogatore, che in realtà si rappresenta correttamente solo l'esistenza della formale dichiarazione del richiedente.*

*D'altro canto l'effettivo realizzarsi di una falsa rappresentazione della realtà da parte dell'erogatore, con la conseguente integrazione degli estremi della truffa, può dipendere, oltre che dalla disciplina normativa del procedimento, anche dalle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto. E quindi l'accertamento dell'esistenza di un'induzione in errore, quale elemento costitutivo del delitto di truffa, ovvero la sua mancanza, con la conseguente configurazione del delitto previsto dall'art. 316 ter c.p., è questione di fatto, che risulta riservata al giudice del merito.”*

Valorizzando questo *obiter dictum* può sostenersi che non tutti i procedimenti amministrativi sono destinati ad un provvedimento che attesti l'effettiva esistenza dei presupposti sostanziali. In alcuni casi infatti la PA si limita ad attestare la presentazione della dichiarazione sostitutiva e nulla più. Ciò è coerente con l'esigenza di semplificare l'attività amministrativa pur non abdicando a controlli successivi.

Qualora nel caso di specie si dovesse trattare di una ipotesi del genere, allora si dovrebbe escludere che il pubblico ufficiale sia stato indotto in errore, con conseguente inevitabile inconfigurabilità del reato di cui agli artt. 48/479 c.p..

Dunque l'accennato duello tra decisioni delle Sezioni unite, con *obiter dicta* incrociati, può far nascere problemi di qualificazione delle fattispecie concrete. In particolare potrebbe sollevare dubbi applicativi in relazione all'attuale disciplina prevista dal [Codice degli Appalti pubblici](#) (art. 11, comma 8°, [D.lgs. n. 163/2006](#)), per cui la stazione appaltante procede agli opportuni controlli volti a verificare la veridicità delle dichiarazioni rese durante l'espletamento della gara da parte del singolo concorrente dopo l'avvenuta aggiudicazione. Ove all'esito di siffatta verifica la stazione appaltante riscontri delle irregolarità, non procederà alla stipula del contratto.

**2)** Anche se **non essenziale** al fine di raggiungere la sufficienza, il candidato si sarebbe potuto interrogare sul possibile concorso di ulteriori fattispecie criminose.

- Ad esempio si potrebbe ipotizzare che la condotta di Tizio integri gli estremi della truffa di cui all'art. 640 c.p., sia pure fermatasi allo stadio del tentativo ex art. 56 c.p. dato che al provvedimento di aggiudicazione non ha fatto seguito la stipula del contratto. Infatti la condotta menzognera del concorrente costituisce un artificio idoneo ad indurre in errore il funzionario, così da ottenere la stipula dell'appalto a suo favore e provocare un danno alla PA, consistente nell'erogazione del corrispettivo in cambio di una prestazione eseguita da soggetto non qualificato (ad es. Cass. 22170/2007).

A tale ricostruzione potrebbe obiettarsi che l'inganno è semplicemente volto ad ottenere l'ammissione alla gara e quindi non è causa dell'atto di disposizione patrimoniale dell'ingannato da cui deriva il danno ed il profitto del reato di truffa: dunque dovrebbe escludersi in radice la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 640 c.p..

- Si potrebbe ipotizzare altresì la turbata libertà degli incanti ai sensi dell'art. 353 c.p., reato che può essere commesso, oltre che tramite violenza, minacce, promesse e collusioni, anche con non meglio specificati "mezzi fraudolenti" che turbino la gara. Nonostante la dizione della norma, apparentemente onnicomprensiva, sembra corretto limitarne l'applicazione conformemente alla *ratio*, volta a sanzionare comportamenti che ledano la libertà di concorrenza. Nel caso di specie la dichiarazione falsa presentata da un concorrente, pur astrattamente definibile come mezzo fraudolento, non è idonea ad incidere sulla partecipazione degli altri concorrenti, né ad influire sulle condizioni in base alle quali valutare le offerte. Dunque esula dalla fattispecie considerata.

**3)** Infine si deve solo menzionare la difficoltà che la traccia presentava sotto il profilo della valutazione della **prescrizione**. Infatti risultava solo in modo indiretto e farraginoso che la dichiarazione sostitutiva era presentata prima del 24.11.1999, mentre addirittura nulla risultava circa la data di adozione degli atti di aggiudicazione. Dunque, pur rimandando per le considerazioni specifiche allo svolgimento del parere, si ritiene che al candidato che abbia tralasciato questi aspetti non potrebbe essere mosso rimprovero alcuno, dovendosi nel dubbio applicare la regola implicita che i fatti narrati sono avvenuti nell'imminenza dell'esame.

Infine si potrà proporre l'esclusione di ulteriori reati quali la truffa ai danni dello Stato, ai sensi dell'art. 640 comma 1° e 2° n. 1, e la turbata libertà degli incanti ai sensi dell'art. 353 c.p..