

**Penale Sent. Sez. 6 Num. 57000 Anno 2018**

**Presidente: PAOLONI GIACOMO**

**Relatore: ROSATI MARTINO**

**Data Udiienza: 06/12/2018**

### **SENTENZA**

sul ricorso proposto dal  
Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola  
nel procedimento a carico di  
Caruso Emilio, nato a Padova il 03/02/1966

avverso la ordinanza del 12/07/2018 del Tribunale di Catanzaro;

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;  
udita la relazione svolta dal consigliere Martino Rosati;  
udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore  
generale Marco Dall'Olio, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio  
dell'impugnata ordinanza;  
udito il difensore, avv. Fabrizio Gallo del foro di Roma, sostituto processuale del  
difensore di fiducia avv. Pasquale Vaccaro, che ha concluso per il rigetto del  
ricorso.

### **RITENUTO IN FATTO**

Ricorre per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di  
Paola, avverso l'ordinanza emessa il 12 luglio 2018 dal Tribunale di Catanzaro, in



funzione di giudice del riesame, che ha annullato l'ordinanza con la quale il G.i.p. del Tribunale di Paola aveva applicato a Caruso Emilio la misura cautelare degli arresti domiciliari, in relazione al reato previsto e punito dall'art. 353-*bis*, cod. pen..

Si contesta al Caruso di avere, nella sua qualità di comandante della Polizia municipale del Comune di Amantea, sottoscritto la delibera di affidamento temporaneo del servizio di parcheggi di quel comune, nella consapevolezza di irregolarità documentali e di accordi collusivi tra altri pubblici amministratori ed i privati interessati.

Il ricorso si articola in due motivi:

1) violazione del disposto dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., per avere il Tribunale reso una motivazione intrinsecamente illogica e contraddittoria sotto un duplice profilo, ossia: a) perchè, dopo aver ritenuto che l'affidamento del pubblico servizio oggetto di contestazione fosse stato preceduto da attività collusive ed accordi clandestini tra gli indagati, ha considerato che la condotta di questi ultimi non abbia violato i «*principi che sovrintendono alla corretta scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione*»; b) perché ha escluso ogni esigenza cautelare, ed in particolare il pericolo di reiterazione del reato, nonostante l'indagato ricopra ancora l'incarico nell'esercizio del quale ha tenuto la condotta illecita contestatagli;

2) violazione del disposto dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., in relazione all'art. 353-*bis*, cod. pen., per avere il Tribunale erroneamente ritenuto che tale disposizione si applichi esclusivamente ai procedimenti che richiedano l'espletamento di gara pubblica od altra procedura analoga, e non anche nei casi - come quello oggetto di giudizio - di affidamento di un servizio legittimamente disposto in via diretta e senza gara.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il ricorso è fondato solo in parte, con riferimento, ~~ossia~~, al denunciato vizio di motivazione; non anche, invece, riguardo all'ipotizzata interpretazione erronea del disposto dell'art. 353-*bis*, cod. pen.

2. Relativamente a quest'ultimo punto, infatti, ritiene il Collegio che la lettura normativa proposta dal Pubblico Ministero ricorrente, pur non priva di agganci nella stessa giurisprudenza di legittimità, non possa essere condivisa, dovendo invece reputarsi corretta quella fatta propria dal Tribunale del riesame.

Quest'ultima, seppur enunciata *ex professo* con riferimento al delitto di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353, cod. pen., è estensibile anche a

quello - finitimo - previsto dal successivo art. 353-bis, introdotto nell'ordinamento al dichiarato fine di sanzionare le condotte, violente o fraudolente, anteriori alle procedure di gara ma idonee a condizionare gli esiti di questa, e perciò accomunato al primo da una sostanziale identità di *ratio puniendi*.

Invero, l'espresso riferimento - contenuto nell'art. 353-bis - al «bando o... altro atto equipollente» evoca immediatamente una «gara» o, comunque, una procedura partecipata tra più aspiranti contraenti.

Per altro verso, l'avanzamento della soglia di penale rilevanza, realizzato attraverso l'introduzione della norma in esame, rischierebbe di presentare profili di dubbia costituzionalità, sotto il duplice profilo della tassatività e della reale offensività, se nel perimetro di essa si volessero far rientrare altresì le operazioni contrattuali della P.A. per attività di mero ordine e per importi minimi, che la normativa di riferimento consente di realizzare anche mediante affidamento diretto.

 È ~~Gli~~ allora, che - come condivisibilmente ritenuto da Sez. 6, n. 30730 del 28/03/2018, con i precedenti in termini ivi richiamati - i delitti in rassegna sono configurabili «in ogni situazione in cui vi sia una procedura di gara, anche informale e atipica, quale che sia il nomen iuris adottato ed anche in assenza di formalità, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, a condizione, tuttavia, che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, previamente indichi i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto ed i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte».

Non possono, al contrario, ritenersi integrati «quando manchi una qualsiasi forma di libera contesa tra concorrenti e, pertanto, ad esempio, quando vi sia una trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale (Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998, De Simone, Rv. 213033); quando, sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, Cerada, Rv. 266118); o quando, nonostante la pluralità di soggetti interpellati, ciascuno presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati (Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017, Giugliano, Rv. 272227)».

Nell'ipotesi oggetto di scrutinio, pertanto, avendo la P.A. proceduto legittimamente ad affidamento diretto e non avendo comunque ritenuto di predisporre, a tal fine, benchè non obbligata a farlo, una trattativa privata in



base ad un pur rudimentale schema concorsuale, non è configurabile la fattispecie delittuosa prevista dall'art. 353-*bis*, citato.

3. Il Procuratore della Repubblica ricorrente coglie nel segno, invece, allorchè stigmatizza l'intrinseca incoerenza logica del provvedimento impugnato, nella parte in cui questo, dopo aver censurato le condotte del Caruso e degli altri indagati come «*una evidente violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a.*», non ne ha tratto le dovute conseguenze.

Il Tribunale, infatti, dopo aver escluso – per le ragioni già dette – la configurabilità del delitto di cui al citato art. 353-*bis*, ha prospettato la possibilità di sussumere le condotte accertate nella fattispecie dell'abuso d'ufficio, tuttavia omettendo del tutto di valutare la ricorrenza o meno dei presupposti per l'adozione di una misura cautelare in relazione a tale diversa ipotesi.

Com'è noto, però, al tribunale del riesame è consentito modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto per cui si procede (Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205617 - 01; più di recente, tra moltissime altre conformi, Sez. 5, n. 7468 del 28/11/2013, Rv. 258983 - 01).

Ne consegue che, nel momento in cui il provvedimento impugnato, pur avendo ritenuto la penale rilevanza delle condotte esaminate, quantunque per un titolo di reato diverso da quello ipotizzato dal pubblico ministero, ha del tutto pretermesso una motivazione sulla gravità indiziaria delle stesse e sulle esigenze cautelari eventualmente ravvisabili, esso si rivela intrinsecamente contraddittorio o, comunque, manifestamente carente nel suo complessivo apparato motivazionale.

Se ne rende necessario, pertanto, l'annullamento con rinvio al giudice di merito, per un nuovo esame sulla qualificazione giuridica dei fatti oggetto d'addebito e sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e di esigenze cautelari, in relazione ad una fattispecie astratta di reato differente da quella ipotizzata dal pubblico ministero.

**P.Q.M.**

Annula l'ordinanza impugnata e rinvia per nuova deliberazione al Tribunale di Catanzaro, sezione riesame provvedimenti restrittivi.

Così deciso il 06/12/2018.

Il Consigliere estensore

\_\_\_\_\_

Il Presidente