



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Ciro	PETTI	Presidente	Ud.Camera di Cons.
1.Dott. Franco	FIANDANESE	Cons.Relatore	del 21/09/2012
2. " Giovanni	DIOTALLEVI	Consigliere	SENTENZA
3. " Geppino	RAGO	Consigliere	N. 1528/2012
4. " Roberto Maria	CARRELLI PALOMBI		R.G.N..15443/2012
	DI MONTRONE	Consigliere	

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto nell'interesse di **Caltagirone Bellavista Francesco**, nato il 18.2.1939 a Roma, avverso l'ordinanza del Tribunale di Genova, in data 23 marzo 2012, di conferma dell'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Imperia, in data 2 marzo 2012, di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere;

Visti gli atti, l'ordinanza denunciata e il ricorso;

Sentita in camera di consiglio la relazione svolta dal consigliere dott. Franco Fiandanese;

Sentito il pubblico ministero in persona del



sostituto procuratore generale dott. Mario Fraticelli, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Sentiti i difensori, avv.ti Fabio Lattanzi e Franco Coppi, che hanno chiesto l'accoglimento dei motivi di ricorso e l'annullamento senza rinvio, o in subordine con rinvio, dell'ordinanza impugnata.

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

Il Tribunale di Genova, con ordinanza in data 23 marzo 2012, confermava l'ordinanza emessa il 2 marzo 2012 dal G.I.P. del Tribunale di Imperia di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere nei confronti di Caltagirone Bellavista Francesco, indagato per il reato di cui agli artt. 110, 81 cpv., 40 comma 2, 61 nn. 7 e 9, 640, comma 2, n. 1, c.p., perché, secondo la contestazione, «dopo l'ingresso - nell'anno 2005 - nella compagine societaria di Porto di Imperia s.p.a. di ACQUAMARE s.r.l. amministrata di fatto da Francesco BELLAVISTA CALTAGIRONE al fine di attribuire ad essa l'appalto per la realizzazione "chiavi in mano" delle opere costituenti il Porto Turistico di Imperia ed oggetto della concessione demaniale marittima che la Porto di Imperia s.p.a. avrebbe ottenuto dal Comune il 28.12.2006, nonché dopo aver



consentito l'ingresso nel C.d.A. della medesima, tra gli altri, di Francesco BELLAVISTA CALTAGIRONE (amministratore di fatto di ACQUAMARE s.r.l.) e di Andrea GOTTI LEGA, dopo aver stipulato, in data 12.02.2007 precisamente tra le persone di Gianfranco CARLI e Domenico GANDOLFO per Porto di Imperia s.p.a. e MERLONGHI Delia per ACQUAMARE, due contratti in cui si prevedeva che il corrispettivo spettante ad ACQUAMARE - fissato in 160.000.000 di euro - fosse contestualmente permutato nel 70% delle costruende opere, nel falso presupposto della congruità di tale permuta, corrispettivo poi lievitato in 209.000.000 di euro con ulteriori contratti stipulati il 30.04.2009 tra CONTI Carlo per Porto di Imperia s.p.a. e DEGL'INNOCENTI Stefano per ACQUAMARE S.r.l., con artifici e raggiri consistiti nell'occultare i costi reali - assai inferiori - redigendo i progetti definitivi dell'opera - pure regolarmente depositati presso l'Ufficio urbanistica del Comune diretto da CALZIA Ilvo - in violazione del DM 14.04.1998 (in particolare omettendo di indicare il dettaglio delle quantità ed indicando prezzi unitari fuori prezzario e privi di giustificazione), nella mancata redazione dei progetti esecutivi e dei SAL,



nel creare una catena di sub-appalti fittizi tra società non operative (PESCHIERA Edilizia s.r.l., SIELT s.r.l. ed EUROAPPALTI s.r.l.), tutte riconducibili a Francesco BELLAVISTA CALTAGIRONE con corrispettivi progressivamente calanti così da lucrare sulla mera intermediazione, inducendo in errore la Commissione di Vigilanza e Collaudo - organo pubblico deputato alla verifica dei costi di costruzione - presentandole fatture, asseriti SAL ed asseriti computi metrici del tutto inattendibili, taluni privi di sottoscrizione e comunque recanti costi di costruzione non giustificabili, procuravano un ingiusto profitto ad ACQUAMARE s.r.l. consistito nella differenza tra l'ammontare del corrispettivo conseguito dalla committente Porto di Imperia s.p.a. (pari al 70% del valore complessivo dell'opera, stimato in 444.707.000,00 di euro) ed i costi effettivamente sostenuti (pari a euro 22.836.272,54 alla data del 01.08.2011) - con correlativo danno per la Porto di Imperia s.p.a., per il Comune (socio della stessa), in tal modo defraudati delle opere loro legittimamente spettanti, nonché con danno per il Demanio, proprietario delle aree sulle quali le stesse sono state costruite, essendo la durata



della concessione basata sul rapporto costi/ricavi che nella fattispecie è stato fraudolentemente, oltremodo alterato». Reato commesso in Imperia dall'anno 2005 ad oggi, essendo tuttora in corso l'attività di vendita con conseguimento dei relativi incassi da parte di ACQUAMARE s.r.l. del 70% delle opere ad essa attribuite da Porto di Imperia s.p.a. quale corrispettivo per la costruzione (sul falso presupposto della congruità dello scambio) e dunque essendo in atto il perseguimento dell'ingiusto profitto da parte di ACQUAMARE s.r.l. con il progressivo danno per Porto di Imperia s.p.a., Comune di Imperia, Demanio.

Il Tribunale osservava che la difesa aveva confutato la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza limitatamente all'enucleazione dell'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, facendone derivare l'inammissibilità della custodia cautelare per violazione dell'art. 280 in riferimento all'art. 278 c.p.p., conseguentemente il Tribunale riteneva di trattare il quadro indiziario limitatamente alle deduzioni difensive, concordando per il resto pienamente con la ricostruzione risultante dalla richiesta del P.M. e dall'ordinanza del G.I.P., di cui sintetizza il



contenuto.

Il Tribunale, quindi, dopo aver rilevato che la costruzione di un porto turistico è un'opera pubblica e la successiva fase di gestione è un servizio pubblico, contestava la tesi difensiva della natura privata della Porto di Imperia s.p.a., in quanto questa, nonostante la forma della società per azioni, non è assimilabile ad una società privata, essendo una società mista partecipata al 48% dal Comune di Imperia e nella quale è previsto che l'ente locale eserciti i propri poteri pubblicistici di vigilanza e controllo, oltre che la nomina del Presidente e del Vicepresidente; osservava ancora il Tribunale che tale società è una concessionaria, per ciò stesso "sostituto della pubblica amministrazione", la quale "recepisce le connotazioni proprie della natura pubblicistica e trova la sua ragione d'essere nella realizzazione e gestione, comunque temporanea, di un servizio a sua volta pubblico".

Per quanto concerne la configurabilità di un danno demaniale, il Tribunale ripercorreva ampiamente le varie fasi della procedura amministrativa, dal progetto originario in data 13 novembre 2006, con la concessione demaniale del 28 dicembre 2006, per



passare al progetto di variante presentato nell'agosto 2007, fino all'atto di concessione suppletivo del 25 gennaio 2010, sottolineando come non sia stato acquisito il parere obbligatorio dell'Agenzia del Demanio; concludeva osservando che dal «raffronto tra i dati del primo Piano Economico Finanziario, quelli del secondo e le valutazioni dei consulenti tecnici del P.M., richiamati nella richiesta del P.M. e nell'ordinanza del G.I.P., emerge certamente una notevole discrasia che ben avrebbe potuto portare l'Agenzia del Demanio a calcolare la durata delle concessioni in un numero di anni inferiori a quelli indicati dal richiedente nella domanda di concessione con conseguente incameramento della struttura portuale da parte del Demanio Marittimo in un tempo più breve [...] Ne deriva che l'inattendibilità del piano economico e finanziario ha comportato un rilevante danno anche nei confronti dell'Agenzia del Demanio».

Per quanto concerne le esigenze cautelari, il Tribunale riteneva sussistenti:

- il pericolo di fuga, integrato dal possesso del passaporto canadese, dalla circostanza di essere l'indagato residente all'estero, dalla disponibilità e dall'utilizzo di un immobile in



Francia, dalla disponibilità di diverse società con sede in Lussemburgo, dall'essere rimasto all'estero dal 26 gennaio 2012 fino al giorno del suo arresto il 5 marzo 2012, arresto avvenuto presso la sede del Comune di Imperia all'esito di un incontro con il sindaco, ciò che dimostrerebbe che il suo rientro in Italia fu determinato dalla necessità di curare i propri interessi economici legati all'operazione e per la soluzione di problematiche urgenti;

- il pericolo di reiterazione di reati, in considerazione della realizzazione da parte di società del gruppo facente capo al Bellavista Caltagirone di altri approdi turistici in diverse zone d'Italia, in particolare si segnalano Fiumicino, dove una controversia civile in corso ha fatto emergere modalità analoghe a quelle evidenziate nel presente procedimento; mentre irrilevante, secondo il Tribunale, è la circostanza che l'indagato abbia presentato le dimissioni da tutte le cariche societarie del suo gruppo, in quanto altri soggetti coinvolti nel presente procedimento sono stati per lungo tempo e continuano ad essere nella compagine societaria del gruppo riconducibile al Bellavista Caltagirone;



- pericolo di inquinamento probatorio, in quanto dalle indagini risulta la disponibilità da parte dell'indagato di persone a lui legate in grado di creare tutta la documentazione che si rendesse necessaria per confutare l'ipotesi accusatoria e la possibilità di pressioni ed intromissioni nelle scelte politiche ed amministrative del Comune di Imperia (sul punto vengono riportati ampi stralci del contenuto delle intercettazioni telefoniche in atti).

Per quanto concerne la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il Tribunale le desume dalle condotte dell'indagato sintomatiche di un'allarmante e rilevantissima pericolosità sociale, che rende insufficiente ogni altra misura cautelare, "ben potendo il prevenuto anche dall'abitazione, mediante terzi, porre in essere condotte utili a vanificare dette esigenze". Infine, il Tribunale escludeva criticità di salute che non fossero agevolmente gestibili in regime carcerario.

Propongono ricorso per cassazione i difensori dell'indagato, deducendo i seguenti motivi:

1) inosservanza degli artt. 273 e 125, comma 3, c.p.p. in quanto la motivazione relativa



all'individuazione dei gravi indizi di colpevolezza sarebbe assente e la scelta del Tribunale di non motivare sul punto non potrebbe trovare giustificazione nel fatto che il difensore dell'indagato non abbia formulato alcuna censura in merito alla sussistenza del presupposto della gravità indiziaria relativamente agli elementi costitutivi del reato, poiché il riesame è un mezzo di impugnazione interamente devolutivo.

2) *inosservanza degli artt. 273 c.p.p. e 640 c.p.*

Il ricorrente afferma che non sussistono gli elementi costitutivi della truffa aggravata contestata.

La contestazione sarebbe caratterizzata dal paradosso dell'anteposizione cronologica dell'induzione in errore, che avrebbe prodotto la stipulazione del contratto determinante l'ingiusto profitto per Acquamare s.r.l. con danno a carico della Porto Imperia s.p.a., rispetto agli artifici e raggiri. Tutti gli artifici elencati nella contestazione (mancata redazione dello stato di avanzamento dei lavori, creazione di una catena di subappalti fittizi, la presentazione alla Commissione Vigilanza e Collaudo di fatture SAL e computi metrici inattendibili, la rappresentazione



di costi aggiuntivi, la omissione di informazioni all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici) sono successivi alla data, 7 ottobre 2006, di conclusione dell'accordo tra Porto Imperia s.p.a. e Acquamare s.r.l. per la costruzione del Porto turistico con la determinazione dei diritti di gestione e della durata della concessione, che, secondo l'accusa, avrebbe determinato un danno per la Porto Imperia s.p.a.

Per quanto concerne l'elemento del danno, il ricorrente osserva che i ricavi sono determinati dai consulenti del P.M. con una stima riferita alla data del 30 aprile 2011, mentre l'accordo truffaldino è stato concluso il 7 ottobre 2006 e a quella data si sarebbero dovuti stimare i ricavi prevedibili ed avere contezza esatta dei costi.

3) *violazione dell'art. 125, comma 3, c.p.p.*

Il ricorrente rileva che il giudice del riesame argomenta nel senso che l'inattendibilità del piano economico finanziario ha comportato un rilevante danno anche nei confronti dell'Agenzia del Demanio ed osserva che la conseguenza logica di tale argomentazione dovrebbe essere che il responsabile della truffa è colui che ha redatto il suddetto piano, cioè la Porto Imperia s.p.a. e, poiché



l'istanza di concessione demaniale risale al 28 gennaio 2003, a quella data ancora non erano iniziati i rapporti tra la Acquamare s.r.l. e la Porto Imperia s.p.a., con la conseguenza che l'indagato non può ritenersi concorrente nella truffa al Demanio. Il ricorrente aggiunge che, comunque, mancherebbero indizi che dimostrino che il Demanio abbia subito un danno, poiché per stabilirne l'effettiva sussistenza sarebbe necessario conoscere non soltanto l'importo dei ricavi ma anche quello dei costi di costruzione del Porto e tali costi, come risulterebbe dalla consulenza del P.M., non sarebbero accertabili a causa della lacunosità della documentazione.

4) *erronea applicazione dell'art. 640, comma 2, n. 1, c.p.*

Il ricorrente afferma l'insussistenza dell'aggravante contestata, poiché la Porto Imperia s.p.a. non sarebbe equiparabile ad un ente pubblico, del resto - argomenta la difesa - "proprio il fatto che il concessionario di un'opera pubblica sia definito come sostituto della pubblica amministrazione dimostra come lo stesso non possa identificarsi con essa". Il venir meno dell'aggravante contestata comporterebbe



l'illegittimità della misura cautelare in quanto il limite edittale massimo di tre anni previsto per l'ipotesi di cui all'art. 640 c.p. non consente l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere.

5) *erronea applicazione degli artt. 274 e 275, comma 4, c.p.p.*

Il ricorrente deduce l'insussistenza delle esigenze cautelari ritenute dal Tribunale.

La motivazione concernente il pericolo di fuga sarebbe carente ed illogica, in quanto il possesso di un passaporto canadese ottenuto in tempi remoti non può considerarsi elemento rivelatore di un pericolo di fuga, mentre il giudice del riesame avrebbe dovuto considerare rilevante la circostanza che l'indagato, pur essendo a conoscenza delle indagini dall'ottobre 2010, non si è trasferito all'estero né ha smesso di frequentare Imperia, tanto che l'arresto è avvenuto proprio nella città di Imperia e questo è un dato fattuale positivo che il Tribunale, formulando congetture ed ipotesi non riscontrate, avrebbe valutato, invece, a carico dell'indagato.

Con riferimento al pericolo di reiterazioni di reati, il Tribunale utilizzerebbe argomenti



incongrui, poiché il riferimento alla realizzazione di altri impianti portuali non individuerrebbe un pericolo concreto, mentre il riferimento del giudice del riesame agli altri soggetti coinvolti nel procedimento che continuano a far parte della compagine societaria del gruppo dell'indagato non considererebbe che tali soggetti sono stati anch'essi attinti da misure cautelari, così da scongiurare il pericolo di reiterazione di reati con le medesime modalità operative.

Per quanto concerne l'esigenza di inquinamento probatorio, la motivazione sul punto sarebbe apparente, poiché non vengono indicati gli specifici elementi probatori da acquisire, tenuto conto che lo stesso provvedimento impugnato riconosce che l'indagine è particolarmente avanzata.

Infine, il ricorrente censura la carenza di motivazione in merito alla eccezionalità delle esigenze cautelari e la mancata indicazione di alcun elemento rivelatore di una prognosi di inottemperanza dell'indagato, incensurato, alla meno gradata misura cautelare autocustodiale.

6) *inosservanza degli artt. 275, comma 2 bis, e 125 c.p.p.*



Il ricorrente censura la mancata valutazione circa la concedibilità della sospensione condizionale della pena, considerato che ricorrerebbero numerosi elementi valutabili positivamente, quali l'incensuratezza, la mancanza di altri procedimenti pendenti e l'età elevata.

Ha depositato **memoria** il **Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Imperia**, nella quale si osserva:

1) che al momento della stipulazione degli accordi e dei contratti che hanno attribuito ad Acquamare s.r.l. il 70% dei diritti di concessione in cambio della costruzione dell'opera (ovvero il corrispettivo monetario di 160.000 euro) sono stati sottaciuti a Porto Imperia s.p.a. i costi di costruzione reali assai inferiori; che la Acquamare s.r.l. sapesse fin dall'inizio che i costi erano sensibilmente più bassi sarebbe dimostrato, tra l'altro, da un contratto di subappalto stipulato appena due giorni dopo quello intercorso con la Porto Imperia s.p.a.;

2) che non corrisponderebbe al vero quanto argomentato dalla difesa circa la non determinabilità dei costi dell'opera, poiché dalla consulenza del P.M. risulta che la documentazione



progettuale depositata presso il Comune di Imperia è assolutamente inidonea a ricostruire i costi dell'opera e ciò dimostrerebbe che la truffa è perfettamente riuscita, ma i costi reali sarebbero facilmente determinabili esaminando la catena dei subappalti, che viene ricostruita nella memoria unitamente al contenuto della consulenza tecnica;

3) che il piano economico finanziario che, nella ricostruzione accusatoria, costituisce il perno della truffa al Demanio non è quello del 2003, come affermato dal ricorrente, ma quello successivo del 2007, depositato presso il Comune di Imperia in seguito alla variante richiesta espressamente da Acquamare s.r.l., con la quale i costi di costruzione sarebbero aumentati;

4) che sussiste l'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, c.p., poiché il concessionario di un'opera pubblica deve equipararsi ad un ente pubblico e, nel caso di specie, la concessionaria Porto Imperia s.p.a. mantiene il collegamento con l'ente pubblico di riferimento, cioè il Comune che ha rilasciato la concessione, come risulta dal ruolo e dai controlli della Commissione di Vigilanza e Collaudo deputata alla verifica, in corso d'opera, dei costi di costruzione: la *ratio*



di tale controllo sarebbe quella di verificare a quanto ammonta il costo di costruzione, poiché al termine della concessione le opere verranno incamerate dal Demanio;

5) che le argomentazioni difensive sulle esigenze cautelari sono superate dagli esiti dell'attività di perquisizione disposta in data 17 luglio 2012 presso il luogo in cui l'indagato si trovava agli arresti domiciliari, che dimostrerebbe come egli sia stato colto in palese violazione delle prescrizioni impostegli dal G.I.P. del Tribunale di Imperia allorché ne aveva disposto il trasferimento agli arresti domiciliari.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve, preliminarmente, ribadirsi la ricevibilità della memoria del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Imperia, come da ordinanza emessa in udienza. La facoltà di presentare memorie al giudice è prevista in via generale dall'art. 121 c.p.p. in favore delle "parti". Non vi è dubbio che il P.M. che ha richiesto l'applicazione della misura cautelare sia "parte", poiché, ai sensi dell'art. 309, comma 8, c.p.p., ad esso, oltre che al P.M. presso il Tribunale distrettuale (a seguito della modifiche introdotte dall'art. 2 D.L. 23



ottobre 1996, n. 553, convertito in L. 23 dicembre 1996, n. 652), spetta l'avviso della data fissata per l'udienza. Né può dirsi che l'attribuzione di tale facoltà contrasti con la ripartizione delle funzioni assegnate ai magistrati del P.M. prevista dall'art. 51 c.p.p., in quanto è coerente con il sistema processuale che il P.M. presso il giudice che ha emesso il provvedimento, così come può proporre appello o ricorso per cassazione, possa anche presentare una memoria per contrastare le tesi delle parti private. D'altro canto, la norma generale di cui all'art. 584 c.p.p., la quale prevede che l'atto di impugnazione sia comunicato al p.m. presso il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, non è funzionale soltanto alla possibilità di proporre appello incidentale ex art. 595 c.p.p., poiché la suddetta comunicazione deve essere certamente effettuata non solo quando il provvedimento è appellabile, ma anche quando è ricorribile e, in tale caso, assume significato solo se correlata alla facoltà di presentare memoria prevista dall'art. 122 c.p.p.

Pertanto, la memoria del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Imperia sarà legittimamente valutata in questa sede.



2. I motivi di ricorso sono infondati e devono essere rigettati.

3. Il motivo con il quale si deduce la mancanza della motivazione in merito all'individuazione dei gravi indizi di colpevolezza è infondato, perché, come lo stesso ricorrente ammette, non era stata formulata alcuna censura in merito alla sussistenza del presupposto della gravità indiziaria relativamente agli elementi costitutivi del reato e l'istanza di riesame si limitava a censurare la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, c.p. A nulla rileva che il riesame sia un mezzo di impugnazione totalmente devolutivo, poiché, in mancanza di specifiche deduzioni difensive il Tribunale in sede di riesame legittimamente può limitarsi, come nel caso di specie, a concordare «pienamente con la ricostruzione della sussistenza del quadro indiziario risultante dalla richiesta del PM e dall'ordinanza del GIP», riassumendo, poi, i punti essenziali di tale quadro indiziario. Al contrario, proprio la mancata formulazione di specifiche deduzioni difensive nella fase di merito rende



inammissibili le deduzioni medesime proposte per la prima volta in questa sede di legittimità, poiché non possono essere dedotte come motivo di ricorso per cassazione avverso provvedimento adottato dal Tribunale del riesame vizi motivazionali rispetto a elementi o argomentazioni difensive in fatto di cui non risulti in alcun modo dimostrata l'avvenuta rappresentazione al suddetto tribunale, come si verifica quando essa non sia deducibile dal testo dell'impugnata ordinanza e non ve ne sia neppure alcuna traccia documentale quale, ad esempio, quella costituita da eventuali motivi scritti a sostegno della richiesta di riesame, ovvero da memorie scritte, ovvero ancora dalla verbalizzazione, quanto meno nell'essenziale, delle ragioni addotte a sostegno delle conclusioni formulate nell'udienza tenutasi a norma dell'art. 309, comma ottavo, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 1786 del 05/12/2003 - 21/01/2004, Marchese, Rv. 227110; Sez. 1, n. 2927 del 22/04/1997, Blanco, Rv. 207759). In ogni caso, a fronte di un apparato motivazionale dell'impugnata ordinanza che, di per sé, non presenta riconoscibili carenze o profili di manifesta illogicità, anche alla luce delle controdeduzioni contenute nella memoria depositata



dal P.M., le censure espresse nel ricorso, nei termini in cui sono prospettate, da un lato, appaiono meramente assertive, così da non consentire una verifica della loro fondatezza, dall'altro lato, soprattutto per quanto concerne la sussistenza di un danno demaniale ampiamente riscontrato nell'ordinanza impugnata (pagg. da 10 a 14 della motivazione), esorbitano dall'ambito del giudizio di legittimità, che deve limitarsi a verificare se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato, senza possibilità di "rilettura" degli elementi di fatto (per tutte, Sez. U, 22/3/2000, n. 11, Audino, Rv. 215828). Pertanto, devono considerarsi inammissibili i motivi di ricorso concernenti la insussistenza degli elementi costitutivi della truffa (motivo 2 di cui all'elenco in premessa), la non riconducibilità all'indagato della truffa al Demanio e la insussistenza di un danno al Demanio stesso (motivo 3 di cui all'elenco in premessa).

4. Deve, quindi, esaminarsi la questione giuridica della configurabilità dell'aggravante di cui al n.



1 del comma 2 dell'art. 640 c.p. con riferimento alla Porto Imperia s.p.a, tenendo presente, peraltro, che l'aggravante sarebbe comunque configurabile, nel caso di specie, in relazione al danno al Demanio.

5. La questione attiene alla attribuibilità della qualifica di ente pubblico ad una società per azioni partecipata da enti pubblici.

6. L'esame della questione non può prescindere dal considerare il sistema ordinamentale nel quale è stato elaborato il codice penale ed è stato utilizzato, di conseguenza, il concetto di "ente pubblico". Il problema dei criteri di identificazione della natura giuridica di un ente è un problema che si è posto sin da quando sono state abbandonate le teorie che basavano l'identificazione della pubblicità di un ente pubblico sui suoi collegamenti con lo Stato-persona. Superato il dogma dello statalismo, con l'affermazione nel nostro sistema politico dei principi di pluralismo autonomistico, laddove la natura pubblica o privata di un ente non risultasse chiaramente dalla legge o non fosse convalidata da



una lunga tradizione giuridica, si è posto il problema degli "indici di riconoscimento" della natura pubblica di un ente, variamente individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sul presupposto comune, peraltro, della impossibilità di individuare una nozione unitaria di ente pubblico, abbracciando tale nozione una fenomenologia estremamente varia e multiforme. Il problema si è accentuato con il processo di privatizzazione di enti pubblici e la sempre più accentuata tendenza legislativa a riconoscere in capo a soggetti operanti normalmente *iure privatorum* la titolarità o l'esercizio di compiti di spiccata valenza pubblicistica. Proprio questa tendenza ha accentuato il dibattito concentrandolo, in modo particolare, sulla configurabilità di enti pubblici a struttura societaria.

7. La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sul tema, con la sentenza n. 466 del 1993 affermò il principio così massimato: «La trasformazione di un ente pubblico economico in società per azioni non implica, di per se sola, l'esclusione del nuovo soggetto societario dal controllo esercitato dalla Corte dei conti ai sensi dell'art. 12, L. n. 259



del 1958, giacché - alla stregua dell'interpretazione di quest'ultimo adeguata all'art. 100, comma secondo, Cost. - tale controllo, seppur riferito dalla legge agli enti "pubblici", non perde la sua ragion d'essere fino a quando sussista il prevalente apporto dello Stato al patrimonio dell'ente (in forma di capitale societario) e la gestione finanziaria di esso sia perciò suscettibile di incidere sul bilancio statale. Né il suddetto controllo può ritenersi tacitamente abrogato dalla normativa sulle "privatizzazioni", o incompatibile con la speciale natura societaria (non esente peraltro da connotazioni di carattere pubblicistico) assunta dai soggetti trasformati». Nella motivazione si legge «come la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (v. ad es., L. 5 marzo 1982 n. 63; L. 19 dicembre 1983, n. 700; L. 22 dicembre 1984, n. 887, art. 18, nono comma; L. 8 giugno 1990 n. 142, art. 22);



dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art. 2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 direttiva CEE n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi). Del resto, la stessa normazione sulle "privatizzazioni" che ha dato luogo al conflitto costituisce un esempio di quanto si presenti oggi sfumata la linea di confine che, nell'ambito di discipline speciali quali quelle in esame, viene a distinguere gli enti pubblici dalle società di diritto privato. Basti solo considerare il fatto che le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, quali quelle, ad esempio, che si collegano alla assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite o riservate agli enti originari o che mantengono alle nuove società le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli stessi enti (v. art. 14, primo ed



ultimo comma, legge n. 359 del 1992)».

Principi analoghi vengono ribaditi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 363 del 2003, che riconosce i caratteri propri dell'ente strumentale a Italia Lavoro s.p.a., una società per azioni a capitale interamente pubblico, costituita in base alla legge ed affidataria di compiti legislativamente previsti e per essa obbligatori, che opera direttamente nell'ambito delle politiche di un Ministero come strumento organizzativo per il perseguimento di specifiche finalità.

Ancora con sentenza n. 29 del 2006 la stessa Corte, con riferimento alla questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo ad una legge regionale, la quale prevedeva che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, fossero obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, poiché la suddetta legge poneva a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato ed invadeva quindi la competenza esclusiva statale nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma,



lettera 1, della Costituzione), afferma che la questione non è fondata, poiché la disposizione sottoposta a scrutinio di legittimità non era volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì «a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici» e ciò sulla base «della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale» già evidenziata nella sentenza n. 466 del 1993, con il riconoscimento della legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico.

La Corte costituzionale, in definitiva, individua una nozione di Pubblica Amministrazione di carattere sostanziale, riconosciuta a livello europeo, ravvisabile anche in presenza di una veste di diritto privato, da ritenersi solo formale.

8. In linea con questa impostazione il Consiglio di Stato ha affermato, con riferimento alla



privatizzazione della SEA s.p.a., che «dai principi comunitari e dalle scelte del legislatore nazionale discende che ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria ha carattere neutro. Ne discende che, in caso di s.p.a. a partecipazione pubblica quasi totale, siamo al cospetto dell'articolazione organizzativa di un ente pubblico senza che il perseguimento di uno scopo pubblico possa essere contraddetto dal fine lucrativo» (Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885). Nello stesso senso, il Consiglio di Stato ha reputato che la s.p.a. Poste costituisce un ente pubblico in forma societaria in quanto deputata *ex lege* al perseguimento di un interesse pubblico attraverso una struttura sottoposta al controllo pubblicistico esercitato dallo Stato non nella sua qualità di azionista ma di ente pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2011, n. 1206; alle medesime conclusioni perviene la stessa sezione, con decisione 17 settembre 2002, n. 4711, relativa ad Enel s.p.a.). In maniera ancora più decisa e con affermazioni di principio di carattere generale Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, ha affermato che «è possibile riconoscere alla società per azioni, qualora ricorrano determinate



condizioni, natura di ente pubblico. A conforto della tesi possibilista vi è, del resto, un preciso e attuale dato normativo: si fa riferimento all'art. 18 L. fin. 22 dicembre 1984, n. 887 che, nel prevedere la costituzione della Age Control s.p.a., espressamente la ha definita s.p.a. con personalità giuridica di diritto pubblico. La disposizione citata costituisce argomento convincente a sostegno della tesi favorevole all'astratta compatibilità tra struttura societaria e natura pubblica dell'ente, essendo tale sintesi espressamente operata dallo stesso legislatore».

In altri termini, sulla base della citata giurisprudenza, si può affermare che alla formula societaria viene riconosciuta una valenza neutrale rispetto alla determinazione della natura giuridica del singolo soggetto, rilevando, a tal fine, le finalità che con esso si intendono perseguire e più in particolare la c.d. strumentalità pubblicistica e il conseguente assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale.

9. Il legislatore comunitario, al quale si richiama la Corte costituzionale, al fine di superare le



distinzioni esistenti nelle singole realtà nazionali, ha elaborato una nozione di organismo pubblico, che fa leva essenzialmente su una concezione sostanzialistica o funzionale.

L'art. 1 direttive 92/50/CEE (servizi), 93/36/CEE (forniture) e 93/37/CEE (lavori), ora art. 3, comma 26, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, definisce l'organismo di diritto pubblico come «qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Secondo il costante insegnamento della Corte di Giustizia (15 gennaio 1998, causa C-44/96



Mannesmann anlagenbau Austria AG c. Strodal
Rotationdruck GmbH; 16 ottobre 2003, causa C-
283/00, Commissione c. Spagna; 15 maggio 2003,
causa C-214/00, Commissione c. Spagna), i tre
requisiti devono essere soddisfatti
cumulativamente, sicché, in assenza anche di uno
solo di essi, un organismo non potrà essere
considerato di diritto pubblico e, dunque, la
normativa comunitaria sugli appalti pubblici non
troverà applicazione.

In primo luogo, occorre che l'organismo abbia
personalità giuridica, indifferentemente di diritto
pubblico o di diritto privato.

In secondo luogo devono essere presenti elementi
che facciano ritenere che le decisioni dell'ente
siano sotto l'influenza determinante di un soggetto
pubblico, e che, di conseguenza, seguano logiche
diverse da quelle dell'imprenditore privato; i
parametri a tal fine indicati sono alternativi tra
loro, in quanto ciascuno di essi è idoneo a
riflettere una situazione di stretta dipendenza
dell'organismo di diritto pubblico da un soggetto
pubblico (Corte di Giustizia, 1 febbraio 2001,
causa C-237-99, Commissione delle Comunità europee
c. Francia).



Infine, la persona giuridica deve essere istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Ai fini del soddisfacimento di questo requisito non è richiesta la preposizione dell'ente esclusiva ed assorbente allo svolgimento di attività aventi quella caratterizzazione finalistica (Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, cuas C-44/94 cit.; 27 febbraio 2003, causa C-373/2000, Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH). La Corte di Giustizia ha affermato la necessità di valutare di volta in volta l'esistenza o l'assenza di un bisogno di interesse generale, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la propria attività (Corte di Giustizia, 22 maggio 2003, Causa C-18/2001, Taitotalo Oy). Ad esempio nel caso dell'Ente Fiera di Milano, l'esclusione della sua qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico deve imputarsi al fatto che essa ha ad oggetto l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe, che «non persegue scopi lucrativi, ma la



cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in un ambiente concorrenziale» (Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, n. 223, Cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Ciftat Soc. coop. arl.).

10. In applicazione di tali criteri è stata esclusa la natura di organismo di diritto pubblico del Centro Agro Alimentare di Napoli (Sez. Unite Civili, n. 8225 del 16 marzo 2010); mentre è stato ritenuto organismo pubblico la Società consortile per azioni Expo Challenge 2008 (Sezioni Unite civili, n. 10063 del 7 dicembre 2010).

In applicazione degli stessi criteri, il Consiglio di Stato (Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748) ha ritenuto sussistenti tutti i requisiti dell'organismo di diritto pubblico in capo ad una società deputata alla realizzazione ed alla gestione dell'interporto di Padova, basando la propria decisione sul rilievo che, nel caso di specie, ci si trovava di fronte all'esercizio di un «servizio pubblico strettamente connesso con il settore dei trasporti» nel quale «la prevalenza



degli interessi pubblici appare evidente». Nello stesso senso e con riferimento alla medesima fattispecie si sono pronunciate le Sezioni Unite Civili di questa Suprema Corte (Sez. U, n. 9940 del 12/05/2005, Rv. 580687).

Ancora, con più specifica attinenza al caso in esame, le Sezioni Unite Civili (n. 24722 del 07/10/2008) hanno riconosciuto alla Viareggio Porto s.p.a. il carattere di "organismo strumentale" del Comune, in quanto ha «nell'oggetto sociale lo svolgimento di una serie di attività di larga portata e rilevanza non aventi esclusivamente carattere industriale o commerciale, quali "la costruzione, la realizzazione, la ristrutturazione, l'acquisizione temporanea o definitiva e la gestione, anche in concessione e/o sub concessione, di infrastrutture, impianti, attrezzature e servizi relativi al diporto nautico, alle attività portuali, e alle attività turistiche e balneari nel Comune di Viareggio", nonché "la promozione, la programmazione, il coordinamento e la gestione delle iniziative ed attività attinenti al diporto nautico, nonché delle manifestazioni, della pratica e delle competizioni degli sport nautici nel Comune di Viareggio"»; la stessa sentenza aggiunge che



«riuscendo a soddisfare i bisogni di un'ampia collettività di soggetti, l'ampliamento e l'ammodernamento di un porto costituisce un evento che non può essere ridotto a un fatto puramente privato ed individuale».

11. Tali principi sono stati affermati dalle Sezioni Unite civili con riferimento al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Con riguardo al riparto fra giurisdizione ordinaria e quella contabile, i principi di base sono analoghi e sono stati ampiamente espressi nella sentenza n. 26806 del 19/12/2009, la quale così si esprime: «quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, occorre aver riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, ma che per tale può intendersi anche una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - né quella



del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica (Sez. un. 3 luglio 2009, n. 15599; 31 gennaio 2008, n. 2289; 22 febbraio 2007, n. 4112; 20 ottobre 2006, n. 22513; 5 giugno 2000, n. 400; Sez. un., 30 marzo 1990, n. 2611, ed altre conformi). L'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra quindi una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto (Sez. un. 27 settembre 2006, n. 20886; 1 aprile 2008, n. 8409; 1 marzo 2006, n. 4511; 19 febbraio 2004, 2004, n. 3351), anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della pubblica amministrazione (Sez. un. 9 settembre 2008, n. 22652) ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione



proprie della giurisdizione contabile in senso stretto (Sez. un. 12 ottobre 2004, n. 20132). Lo stesso dicasi per l'accertamento della responsabilità erariale conseguente all'illecito o indebito utilizzo, da parte di una società privata, di finanziamenti pubblici (Sez. un. 5 giugno 2008, n. 14825, e Sez. un., n. 4511/06, cit.); o per la responsabilità in cui può incorrere il concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, onde egli agisce per le finalità proprie di quest'ultima (Sez. un., n. 4112/07, cit.)». Pur poste tali premesse, peraltro, le Sezioni Unite civili, escludono l'azione di responsabilità a carico degli amministratori o dipendenti di una società per azioni a partecipazione pubblica per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti, con la conseguenza che la relativa controversia è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta, però, di una soluzione interpretativa che non esclude la configurabilità



delle suddette società quali organismi pubblici (in tal senso espressamente, da ultimo, Sez. U, n. 3692 del 09/03/2012), ma si basa essenzialmente sulla previsione di un'azione sociale di responsabilità per il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale e sull'impossibilità di realizzare un «soddisfacente coordinamento sistematico» tra la stessa azione di responsabilità e quella dinanzi al giudice contabile. Coordinamento, peraltro, che non è ritenuto impossibile in senso assoluto, in quanto la stessa sentenza n. 26806 2009 fa «salva la specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della RAI». Infatti, con riferimento alla RAI le stesse Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «Spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in tema di risarcimento del danno cagionato alla Rai Radio televisione Italiana s.p.a., da componenti del consiglio d'amministrazione e da dipendenti di tale società e degli enti pubblici azionisti, in relazione alla nomina del direttore generale e al trattamento economico dello stesso e degli ex direttori generali; la Rai, infatti, nonostante la veste di



società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici), ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali, per cui essa è: designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei Conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti; né l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa è ostacolata dalla possibilità di promuovere l'ordinaria azione civilistica di responsabilità, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione ma di proponibilità della domanda» (Sez. U, Ordinanza n. 27092 del 22/12/2009, Rv. 610699). Deve sottolinearsi come



con tale decisione le Sezioni Unite hanno ravvisato nel danno arrecato alla società partecipata - e non all'ente pubblico partecipante - un danno diretto ad un ente pubblico, affermando, a seguito di un accertamento della esistenza di un regime giuridico speciale, «la natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica che le va riconosciuta, nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici: lo Stato per il 99.55% e la S.I.A.E. - Società italiana degli autori ed editori per il residuo 0,45%); ne discende la qualificabilità come erariale del danno cagionatole dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile».

12. In definitiva, prescindendo della speciale problematica dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e quella contabile, la nozione di "ente pubblico" rilevante ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui si discute può, nel nuovo sistema ordinamentale nel quale si inserisce, essere mutuata dalla normativa e dalla



giurisprudenza comunitaria, recepita nella legislazione italiana, certamente corrispondente all'originario intento del legislatore del codice penale di sanzionare tutte quelle condotte che incidono su soggetti-persone giuridiche strumentali al perseguimento di «bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» e, in tal senso, posti in situazione di stretta dipendenza nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico in senso formale.

Né può dirsi che, così argomentando, si attribuisce indeterminatezza alla fattispecie aggravata, in primo luogo, perché il dibattito sulla natura giuridica pubblica o privata di un ente non data da oggi, ma è anteriore alla stessa legislazione comunitaria, la quale anzi, ha il merito di avere fornito indicazioni precise, prontamente recepite nella legislazione nazionale, e, soprattutto, indicazioni attente al dato sostanziale, che, certamente, è quello che sta alla base della *ratio* di aggravamento della pena nel reato di truffa. In secondo luogo, l'interpretazione che si basa su quelle indicazioni implica che, nel caso di un rapporto strumentale tra enti, non può parlarsi di



danno all'ente partecipante quale mero effetto riflesso della partecipazione societaria, poiché quando è coinvolto in una vicenda di truffa un organismo pubblico nel senso sopra specificato, tutti i profili di danno debbono essere considerati, in quanto il pregiudizio arrecato all'ente strumentale, comunque, si ripercuote sull'ente partecipante, non in modo puramente riflesso e penalmente irrilevante, ma in modo tale da incidere su quei "bisogni di interesse generale" che costituiscono la finalità per la quale la società partecipata è stata costituita, così da rendere ragione e giustificazione dell'aggravante contestata. Qualsiasi diversa interpretazione potrebbe essere veicolo di condotte elusive delle più gravi sanzioni penali mediante l'utilizzo dello schermo societario e costituirebbe un arretramento di tutela rispetto alla indefettibile e primaria protezione dei "bisogni di interesse generale".

13. Le esposte argomentazioni potrebbero essere sufficienti a risolvere in senso positivo il quesito in esame, posto che la Porto Imperia s.p.a. certamente è stata istituita per soddisfare "bisogni di interesse generale aventi carattere non



industriale o commerciale" (v. Sez. U civili, n. 24722 del 2008, sopra cit.) e, come il P.M. richiedente la misura cautelare e l'ordinanza impugnata hanno posto in evidenza, è una società mista partecipata al 48% dal Comune di Imperia, nella quale è previsto che l'ente locale nomini il Presidente e il VicePresidente ed eserciti i propri poteri pubblicistici di vigilanza e controllo attraverso un'apposita commissione.

14. Il ricorrente cita a sostegno delle sue tesi la giurisprudenza di questa Suprema Corte che esclude la qualità di ente pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 640, comma 2, n. 1, c.p., in capo a società che svolgono servizi pubblici o i cui amministratori e dipendenti hanno talora la qualità di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio (Sez. 2, n. 41498 del 29/09/2009; nonché Sez. 2, n. 7226 del 07/02/2006; Sez. 2, n. 8771 del 28/01/2005; Sez 2, n. 35603 del 23/06/2004; contra, però, Sez. 2 n. 31424 del 03/07/2003). Deve osservarsi, da un lato, che tale giurisprudenza è ferma ad una nozione di ente pubblico puramente formale e non più attuale nella mutata organizzazione dello Stato e nel vigente sistema di



leggi anche di provenienza comunitaria, dall'altro lato, che non è, comunque, necessaria, ed esorbita dalla fattispecie del presente procedimento, la revisione del suddetto orientamento giurisprudenziale, che imporrebbe un esame, ininfluyente in questa sede, delle singole fattispecie in relazione alle quali quel principio è stato affermato. Devono, invece, in modo più pertinente, svolgersi ulteriori considerazioni che rafforzano la risposta affermativa al quesito della configurabilità dell'aggravante contestata.

15. Infatti, con riferimento alla società Porto Imperia s.p.a. deve porsi in rilievo che essa è destinataria di un provvedimento concessorio di costruzione di opera pubblica sul demanio, che impone la qualifica di ente pubblico al soggetto concessionario, ai fini che in questa sede interessano, per le considerazioni pertinenti svolte dalle Sezioni Unite civili, le quali hanno osservato che il concessionario è organo indiretto della pubblica amministrazione: «l'aggettivo "indiretto" mette in evidenza il fatto che questi soggetti non sono organi nel senso di titolari di uffici pubblici e per quanto non agiscono in nome



della pubblica amministrazione dalla quale sono state loro trasferite le funzioni pubbliche, né si servono di mezzi forniti dalla P.A. Il sostantivo "organi" mette invece in evidenza che anch'essi, come gli organi diretti, svolgono attività di natura amministrativa, in quanto esercitano pubbliche funzioni. Queste funzioni non potrebbero svolgere senza la avvenuta concessione a natura traslativa; ma in presenza di questa possono e debbono svolgerle sì che la concessione opera come investitura del concessionario ad operare nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della P.A. [...] La obiettiva natura amministrativa dell'atto proveniente da un organo indiretto porta a concludere che lo si debba ritenere anche soggettivamente quale atto amministrativo. [...] Il fatto che sia organo "indiretto", non toglie che quando emette quegli atti li emette nella sua qualità di organo, appunto nella sua qualità di investito di pubbliche funzioni tramite la concessione. Altre sono le conseguenze dell'essere organo "indiretto": legittimato passivo sarà esso direttamente e non la P.A. concedente [...] l'atto obiettivamente



amministrativo si deve ritenere atto proveniente dalla pubblica amministrazione, cioè da quell'organo indiretto che, per avere con quell'atto esercitato una funzione propria della p.a. e da essa attribuitagli con la concessione, è, sotto quest'aspetto, da parificarsi alla pubblica amministrazione che quell'esercizio gli ha attribuito.» (Sez. U, n. 12221 del 29/12/1990; Sez. U, n. 3659 del 08/04/1991). Più in generale è stato precisato che «l'applicazione delle norme in tema di responsabilità contabile, deve essere riconosciuta tutte le volte che un soggetto sia investito del compito di esercitare attività istituzionalmente affidate alla pubblica amministrazione con assunzione degli obblighi e dei vincoli diretti ad assicurare il buon andamento di tali attività e la loro rispondenza alle esigenze di pubblico interesse (Cass., Sez. un., 30 marzo 1990, n. 2611; 5 giugno 2000, n. 400). La natura giuridica dell'atto di affidamento al privato non rileva, potendo esso trovare fondamento in un provvedimento, in una convenzione o in un contratto. È tuttavia indispensabile che l'affidamento non sia semplicemente diretto a procurare un servizio (ovvero un bene) alla



pubblica amministrazione, ma costituisca lo strumento per il raggiungimento dei fini che quest'ultima è tenuta a perseguire nel rispetto dei vincoli e delle regole che regolano lo svolgimento delle attività amministrative; in mancanza dei quali sarebbe impossibile considerare inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione un soggetto ad essa estraneo» (Sez. U, 19 maggio 2001, n. 211).

Ancora le Sezioni Unite civili hanno affermato che l'attività svolta da una società di capitali in virtù di concessione amministrativa avente ad oggetto interventi nel settore della pubblica igiene (rimozione detriti e discariche abusive) è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l'inserimento della società nell'apparato organizzativo della P.A. dando luogo ad un vero e proprio rapporto di servizio, configurabile non più soltanto nell'ambito del rapporto organico o di impiego pubblico, pienamente idoneo a giustificare l'esercizio della giurisdizione contabile (Sez. U, Sentenza n. 24002 del 20/11/2007, Rv. 600742).

Sulla stessa linea argomentativa si è posta la Corte dei conti, la quale ha affermato che «la



concessione di costruzione di opera pubblica ha effetto traslativo delle pubbliche funzioni inerenti all'attività organizzativa e direttiva necessaria per la realizzazione dell'opera e pertanto gli atti posti in essere dal concessionario conservano la natura amministrativa il cui esercizio attribuisce al concessionario il ruolo di organo indiretto dell'amministrazione di modo che è ravvisabile un rapporto di servizio con conseguente sussistenza della giurisdizione contabile per l'accertamento della responsabilità erariale» (Sez. I, 17 novembre 2009, n. 651; Sez. II, 20 marzo 2006, n. 125; Sez. I, 5 maggio 2004, n. 152).

16. In definitiva, la Porto Imperia s.p.a. società partecipata dal Comune di Imperia e concessionaria di opera pubblica su area demaniale costituisce ente pubblico ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, c.p..

17. Non consentiti e, comunque, manifestamente infondati sono i motivi di ricorso concernenti la sussistenza delle esigenze cautelari e la loro



eccezionale rilevanza. Infatti, le relative censure non sono state prospettate davanti al giudice di merito e, comunque, esse trovano risposta ampia, puntuale e analitica nell'ordinanza impugnata, la quale, essendo corretta dal punto di vista logico e giuridico, non è censurabile in questa sede di legittimità, nella quale non è consentita un rivalutazione degli elementi di fatto già apprezzati dal giudice di merito.

Deve solo rilevarsi la infondatezza di talune affermazioni difensive anche in punto di diritto. In primo luogo, con riferimento al pericolo di inquinamento probatorio, il ricorrente deduce che "l'indagine è particolarmente avanzata", ma non considera che questa Suprema Corte ha affermato che la valutazione del pericolo di inquinamento probatorio va effettuata con riferimento sia alle prove da acquisire, sia alle fonti di prova già individuate, a nulla rilevando il fatto che le indagini siano in stato avanzato ovvero risultino già concluse, atteso che l'esigenza di salvaguardare la genuinità della prova non si esaurisce all'atto della chiusura delle indagini preliminari (Sez. 6, n. 13896 del 11/02/2010, Cipriani, Rv. 246684).



In secondo luogo, il ricorrente lamenta la mancata valutazione della concedibilità della sospensione condizionale della pena, in contrasto con il principio affermato da questa Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, secondo il quale la ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione del reato (art. 274, comma primo, lett. c), cod. proc. pen.) esime il giudice dal dovere di motivare sulla prognosi relativa alla concessione della sospensione condizionale della pena (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010 - 19/01/2011, Giordano, Rv. 248866).

18. Il ricorso, dunque, deve essere rigettato, con la conseguenza della condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Copia del presente provvedimento deve essere trasmesso al direttore dell'istituto penitenziario, affinché provveda a quanto previsto dall'art. 94, comma 1 *ter*, disp. att. c.p.p..

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Si provveda a norma dell'art. 94, comma 1 *ter*, disp. att. c.p.p.



Così deciso in Roma, in camera di consiglio, il 21
settembre 2012.

L'estensore

Franco Favalora

Il Presidente

Lino Pettiti

