



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO COMUNE
CICLO XXVIII

**LO STATUTO PENALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL
FENOMENO DELLA PRIVATIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI:
NUOVE E VECCHIE PROBLEMATICHE**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando: Valentina Sartori

INDICE

Introduzione	1
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO IL RAPPORTO TRA LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE E LA PRIVATIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI

1. Premessa	5
-------------------	---

SEZIONE I

Le qualifiche soggettive nei reati contro la Pubblica Amministrazione: i concetti di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio

2. L'origine delle qualifiche soggettive e i riferimenti normativi antecedenti la riforma.....	7
3. Le definizioni di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di un pubblico servizio" contenute nella legge 26 aprile 1990, n. 86.	9
4. I funzionari esteri e quelli delle Comunità europee ai sensi dell'art. 322 bis c.p.....	18

SEZIONE II

La privatizzazione degli enti pubblici e la permanenza dell'influenza statale nella gestione dell'impresa privatizzata

5. L'evoluzione storica del fenomeno di privatizzazione.	23
6. Le "golden shares".	28

CAPITOLO SECONDO I CRITERI DI ATTRIBUZIONE DELLA QUALIFICA PUBBLICISTICA A SOGGETTI OPERANTI IN ENTI PUBBLICI PRIVATIZZATI: ANALISI GIURISPRUDENZIALE

1. Premessa	33
-------------------	----

SEZIONE I

L'interpretazione estensiva adottata dalla Corte di legittimità: gli indici rivelatori della qualifica pubblicistica

2. Gli indici rivelatori di pubblicità.....	35
2.1. La natura dell'ente privatizzato.....	35
2.2. Il rapporto di dipendenza che lega il soggetto all'ente pubblico privatizzato.	37
2.3. L'impiego di denaro pubblico.....	39
2.4. "L'efficienza organizzativa" dell'ufficio.	41
2.5. Il "rapporto di strumentalità" rispetto a fini pubblici e alle attività pubbliche che perseguono tali fini.....	42
2.6. L'insieme delle mansioni svolte.....	45
3. La falsa documentazione delle investigazioni difensive.	45

SEZIONE II

Verso un'interpretazione restrittiva: la giurisprudenza applica il criterio funzionale-oggettivo

4. La giurisprudenza “virtuosa”. La qualifica degli operatori bancari.	49
5. Le Sezioni Unite in materia di “cartellini segnatempo”.....	60
6. Il pubblico ufficiale e l’incaricato di un pubblico servizio nell’attuale orientamento della giurisprudenza penale.....	63
7. Il sistema delle concessioni pubbliche: nuovi paradigmi giurisprudenziali.....	68
8. Prime conclusioni in materia di qualifiche pubblicistiche.	76

CAPITOLO TERZO

LA QUALIFICA DI “ENTE PUBBLICO” E I MODELLI DI TUTELA ALTERNATIVI ALLO STATUTO PENALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Premessa.	79
-------------------	----

SEZIONE I

La qualifica di “ente pubblico” alla luce della disciplina comunitaria

2. Gli indici identificativi di un ente pubblico.	80
3. La natura giuridica dell’ente fieristico.	82
4. L’individuazione della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata ai sensi dell’art. 640 co. 2 n. 1) c.p.	86
4.1. Le teorie “amministrativistiche” in ordine alla nozione di Pubblica Amministrazione.	87
4.2. La teoria “autonomista” dell’ente pubblico alla luce dei principi di tassatività e di offensività.	95

SEZIONE II

Profili applicativi del diritto penale d’impresa

5. <i>Mala gestio</i> degli amministratori di una società a partecipazione pubblica: giurisdizione ordinaria o giurisdizione contabile?	99
6. Applicabilità della disciplina in materia di reati societari.....	105
7. Assoggettabilità dell’autore della condotta allo statuto penale del fallimento.	108
8. La disciplina del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231	112
8.1. Cenni sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti.....	112
8.2. La responsabilità amministrativa da reato degli “enti pubblici economici”.....	115
Conclusioni	123
BIBLIOGRAFIA	127

Abstract

Le qualifiche soggettive di “pubblico ufficiale” e di “incaricato di un pubblico servizio” hanno da sempre avuto un ruolo di preminente importanza nel delimitare i confini della tutela penale della Pubblica Amministrazione.

Nel presente lavoro, l’analisi degli articoli 357 e 358 del codice penale è affrontata nella specifica prospettiva dell’influenza che il fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici ha avuto con riferimento all’attribuzione della qualifica pubblicistica al soggetto attivo del reato.

In tale contesto, dapprima il legislatore e, successivamente, la giurisprudenza, hanno adottato un criterio funzionale-oggettivo nel riconoscimento della figura del pubblico ufficiale e dell’incaricato di un pubblico servizio, valorizzando la concreta attività svolta dal soggetto agente.

Il medesimo percorso interpretativo è stato seguito nel riconoscimento, ai fini penalistici, degli indici identificativi di un “ente pubblico”, ma con un risultato diverso: in questo caso, non rileva tanto la distinzione tra ente pubblico ed ente privato, quanto la “funzionalizzazione” dell’attività concreta svolta dal soggetto all’interesse generale.

Il tema di ricerca offre, quindi, importanti spunti di riflessione in ordine ad eventuali modelli di tutela alternativi allo statuto penale della Pubblica Amministrazione, da individuarsi nell’ambito del diritto penale d’impresa e nella disciplina extra-penale.

Abstract

The qualifications of “public official” and “public service employee” have always played an important role in defining the limits of the administration’s criminal protection.

In this research, the analysis of Articles 357 and 358 of the Penal Code is addressed in the specific perspective of the influence that the privatization of public institutions has had with respect to the public qualification of the offender.

In this context, at first, the legislator and, later, the decisions of the courts, have adopted a functional-objective principle in the recognition of the figure of “public official” and “public service employee”, enhancing the concrete activity carried out by the offender.

The same interpretative approach has been followed, for criminal law, in the recognition of the identification indexes of a “public institution”, but with a different result: in this case, the question is not the distinction between public institution and private entity, but the “functionalization” of the concrete activity to the public interest.

Therefore, the research theme offers important insights into possible alternative models of protection to the crimes against administration, that could be identified in business association’s criminal law and beyond the criminal law.

Introduzione

Il presente lavoro offre un'analisi critica dell'influenza che il fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici ha determinato sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione, con particolare riguardo alla qualifica pubblicistica del soggetto operante nell'ente pubblico privatizzato. Nello specifico, si tratta di stabilire se l'utilizzo di strumenti privatistici, tipici dell'attività d'impresa, si rifletta sulla struttura organizzativa e funzionale dell'ente che sia stato privatizzato.

L'attualità del tema affrontato emerge con evidenza nel rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo, sotto il profilo esegetico e dogmatico delle qualifiche pubblicistiche, permanendo, tuttavia, ambiti di indeterminatezza e di incertezza nell'applicazione della legge.

Il progetto si apre con una generale introduzione ai concetti di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di pubblico servizio" ai sensi degli articoli 357 e 358 c.p., ponendo particolare attenzione agli sviluppi pratici attuati con la riforma del 1990 (legge 26 aprile 1990, n. 86).

Qual è la definizione oggi generalmente accolta di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio? Il dibattito verte principalmente tra due opposti orientamenti: la concezione soggettiva della qualifica pubblicistica, la quale insiste sul rapporto di dipendenza che lega un soggetto ad un ente pubblico, e quella oggettiva, che identifica la qualifica nell'attività svolta in concreto dal soggetto, quale espressione di poteri e correlati doveri pubblicistici.

La questione ha coinvolto, dapprima, i compilatori del codice Zanardelli (1889), i quali hanno adottato una formulazione casistica della nozione di pubblico ufficiale, del tutto frammentaria e incompleta, la quale sembra valorizzare il rapporto di dipendenza del soggetto dalla Pubblica Amministrazione, in adesione alla concezione soggettiva della qualifica pubblicistica.

Ad una definizione unitaria e dettagliata delle qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio si è giunti solo con il codice Rocco

(1990), il quale privilegia una concezione oggettiva della qualifica pubblicistica rivalutando la natura dell'attività esercitata, pur rimanendo dubbi alcuni ambiti di applicazione. Come vedremo, la definitiva consacrazione della concezione oggettiva, a livello normativo, si avrà solo con la riforma del 1990, che applica definitivamente il criterio, suscettibile di generale applicazione, della specifica mansione svolta.

La trattazione del tema di ricerca prosegue con un rapido *excursus* storico del fenomeno della privatizzazione c.d. "formale", rappresentata dalla trasformazione dell'impresa pubblica in ente privatizzato, la quale si pone come fase strumentale e propedeutica alla privatizzazione c.d. "sostanziale" che, invece, segna la definitiva perdita del controllo pubblico sull'impresa. Come vedremo, la gestione dell'impresa privatizzata nel nostro Paese è stata a lungo caratterizzata dall'influenza statale, impedendo, di fatto, al processo di trasformazione di giungere al prospettato completamento.

Ciò premesso, la parte centrale del presente lavoro esamina l'evoluzione giurisprudenziale della qualifica del soggetto attivo di reati contro la Pubblica Amministrazione. A tal proposito, si anticipa fin da ora che i giudici penali hanno adottato una serie di cardini interpretativi che "deviano" da una corretta applicazione della concezione oggettiva così come individuata dal legislatore della riforma del 1990, finendo con l'estendere la qualifica pubblicistica e, quindi, la responsabilità penale, ai soggetti operanti negli enti pubblici privatizzati convenendo sulla natura pubblica dell'ente.

Si tratta, *ex multiplis*, dei seguenti criteri: la natura dell'ente; i controlli cui l'ente è sottoposto; l'impiego di denaro pubblico; la ricaduta dell'attività sull'efficienza dell'ente; il perseguimento di un interesse pubblico anche in via strumentale; il carattere strumentale accessorio o preparatorio delle attività al raggiungimento di fini istituzionali dell'ente; l'inserimento dell'attività in una procedura pubblica; il riferimento all'insieme delle mansioni che competono all'ente. In tale contesto, un'analisi a parte merita il criterio del provvedimento concessorio, anch'esso ritenuto inizialmente sufficiente a qualificare pubblicisticamente le società concessionarie di un pubblico servizio, a prescindere dalle modalità di esercizio dell'attività oggetto di concessione.

Tuttavia, si rileva che vi è anche una giurisprudenza che ha correttamente applicato la concezione oggettiva consacrata agli artt. 357 e 358 c.p., nel settore degli operatori bancari (Cass. pen., S.U., 23 maggio 1987, Tuzet) e in materia di cartellini rilevatori delle presenze del personale (Cass. pen., S.U., 11 aprile 2006, n. 15983).

Ebbene, tale isolata tendenza è stata accolta solo negli ultimi anni dalla Corte di legittimità, la quale, invertendo il precedente orientamento, ha finalmente adottato un criterio “funzionale-oggettivo” imperniato sul tenore testuale delle disposizioni del codice penale. A tal proposito, sono segnalati i casi giurisprudenziali che hanno suscitato maggiore attenzione, sia con riferimento alle società privatizzate o a partecipazione pubblica, sia con riferimento alle società concessionarie di un pubblico servizio.

Nell’ultima parte del presente lavoro, a titolo comparativo, è affrontata la diversa, ma connessa, questione dell’individuazione degli indici identificativi di un ente pubblico, ove altrettanto consolidato, fino ad epoca assai recente, è apparso l’indirizzo volto ad utilizzare un criterio di tipo “formale-soggettivo”. L’argomento trattato non può prescindere da un approfondimento in ordine alla definizione di “organismo di diritto pubblico” data dalla disciplina comunitaria, successivamente applicata dal legislatore italiano nelle procedure ad evidenza pubblica, ed al rapporto con le qualifiche soggettive pubblicistiche individuate nel nostro sistema penale.

In particolare, la ricerca si focalizza sui recenti approdi giurisprudenziali in materia di truffa aggravata ai danni di un ente pubblico, ai sensi dell’art. 640, co. 2, n. 1), del codice penale, ambito in cui il giudice penale sembra aver finalmente valorizzato una concezione sostanziale di Pubblica Amministrazione, ma in un’ottica diversa rispetto a quella seguita nei confronti della persona fisica.

Nella parte finale della ricerca, stante i profili di indeterminatezza e di incertezza nell’applicazione del diritto emersi nel corso della trattazione del tema, vengono individuati alcuni modelli di tutela che si offrono come alternativi allo statuto penale della Pubblica Amministrazione offrendo, *de jure condendo*, nuovi spunti per una riforma delle fattispecie penali esistenti.

CAPITOLO PRIMO

IL RAPPORTO TRA LE QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE E LA PRIVATIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI

1. Premessa.

I reati contro la Pubblica Amministrazione tutelano l'attività dello Stato e degli altri enti pubblici, ispirandosi al generale principio di "buon andamento" e "imparzialità" dell'amministrazione sancito all'art. 97 della Costituzione.¹

Nello specifico, il codice penale vigente, al titolo II del libro secondo, distingue i suddetti reati in due categorie: i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione (capo I) e i delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione (capo II).

In particolare, nella presente ricerca saranno analizzati i delitti appartenenti al primo gruppo, i quali fanno parte, a loro volta, dei reati "propri", ovvero quei reati che possono essere commessi solo se l'agente rivesta una particolare qualifica o posizione personale² che, nel caso specifico, si identifica con il ruolo di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Il ricorso a tale forma di reato da parte del legislatore è funzionale a specifiche esigenze: da una parte, essa rappresenta una tutela rafforzata nei confronti di particolari interessi pubblici; dall'altra, la stessa individua particolari obblighi e doveri giuridici in capo al soggetto qualificato che devono essere rispettati per la salvaguardia del bene giuridico tutelato.

¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale II*, Milano, 2003, 273.

² Il reato proprio si distingue dal reato comune che può, invece, essere commesso da chiunque. Inoltre, i reati propri si distinguono a seconda che il fatto sia punibile soltanto se commesso dal soggetto che abbia una certa posizione o qualifica (così, la congiunzione carnale è punibile a titolo di incesto – art. 564 c.p. – solo se compiuta tra soggetti legati da vincoli di sangue o di affinità in linea retta) o sia punibile, a diverso titolo, anche se compiuto da un soggetto non qualificato (così, il fatto di appropriarsi del denaro o della cosa mobile altrui, di cui si abbia il possesso, è comunque punito, a titolo di peculato – art. 314 c.p. –, se l'agente rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, o a titolo di appropriazione indebita – art. 646 c.p. –, se l'agente sia un soggetto non qualificato).

Difatti, stante i doveri di probità, serietà, correttezza e imparzialità che connotano l'attività dei pubblici agenti, ed essendo la stessa attività volta al perseguimento di interessi pubblici, i reati contro la Pubblica Amministrazione (peculato, corruzione, concussione, ecc.) assumono un maggiore disvalore giuridico rispetto ai reati commessi dai privati.³

In tale contesto, la definizione dei concetti di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio, si pone quale necessaria premessa all'analisi dell'influenza che il processo di privatizzazione ha sortito nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, anche alla luce della riforma intervenuta con la legge 26 aprile 1990, n. 86 (che ha modificato gli articoli 357 e 358 del codice penale).

In particolare, ai fini della presente ricerca, ci si chiede in quali limiti lo statuto penale dei "pubblici agenti" possa estendersi ad amministratori, dirigenti o altri operatori della c.d. "impresa pubblica privatizzata", garantendo la maggior tutela offerta dal codice penale.

Si tratta, come vedremo, di problematiche da sempre affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in un costante lavoro di rinnovazione del diritto volto a individuare un principio generale applicabile ad ogni fattispecie.

³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale II*, cit., 273.

SEZIONE I

LE QUALIFICHE SOGGETTIVE NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: I CONCETTI DI PUBBLICO UFFICIALE E DI INCARICATO DI UN PUBBLICO SERVIZIO

2. L'origine delle qualifiche soggettive e i riferimenti normativi antecedenti la riforma.

Giova premettere che nel settore dei reati contro la Pubblica Amministrazione si snoda, fin dalla loro introduzione nel codice penale, il dibattito tra la concezione soggettiva della qualifica pubblicistica, la quale attribuisce la qualifica per il rapporto di dipendenza del soggetto da un ente pubblico, e quella oggettiva, che identifica la qualifica nell'attività svolta in concreto dal soggetto, quale espressione di poteri e correlati doveri pubblicistici.

Già il codice toscano del 1853, adottando una concezione soggettiva del termine, prevedeva che assumessero tale qualifica *“tutti gli impiegati dello Stato o dei Comuni, del pari di qualunque stabilimento, la cui amministrazione è soggetta alla tutela od alla vigilanza del Governo e del Comune”*, aggiungendo che *“i notai, in tutto ciò che concerne l'esercizio delle loro funzioni, sono considerati come pubblici ufficiali”*.⁴

Successivamente, l'art. 207 del codice Zanardelli (1889) privilegiava una formula casistica, considerando pubblici ufficiali *“per gli effetti della legge penale”*, *“coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle Province e dei Comuni, o di un istituto sottoposto per legge alla tutela dello Stato, di una Provincia o di un comune; 2) i notai; 3) gli agenti della forza pubblica e gli uscieri addetti all'ordine giudiziario”*; equiparando ai pubblici ufficiali *“per gli stessi effetti, i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti ed i testimoni, durante il tempo in cui*

⁴ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336 – 360 cod. pen.*, in *Commentario sistematico*, Milano, 2006, 245.

sono chiamati ad esercitare le loro funzioni”.

L’elencazione, frammentaria e incompleta, dei tipi rilevanti, sembra valorizzare il rapporto di dipendenza del soggetto dalla Pubblica Amministrazione, in adesione alla concezione soggettiva della qualifica pubblicistica.⁵ Ne segue un’interpretazione estensiva della figura del pubblico agente che, lungi dall’individuare un singolo principio adattabile alla varietà di fattispecie, accentua la disomogeneità della disciplina.⁶

Peraltro, non risulta ancora individuata la diversa categoria dell’incaricato di un pubblico servizio, il quale veniva nominato all’art. 396 solo quale soggetto passivo del reato di ingiuria aggravata, senza che venisse data allo stesso una adeguata definizione giuridica.

Ad una descrizione unitaria e dettagliata delle qualifiche di “pubblico ufficiale” e di “incaricato di un pubblico servizio” si è giunti solo con la redazione del codice Rocco (1930) nel quale, pur rimanendo ancorati ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica, si rivaluta la natura dell’attività esercitata.⁷

Tuttavia, il rinvio a categorie giuspubblicistiche, prive di una testuale definizione normativa, consente all’interprete di operare in un ampio spazio di discrezionalità, idoneo a garantire *“un presidio penale più articolato e*

⁵ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 246.

⁶ BONDI A., *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in BONDI A. – DI MARTINO A. – FORNASARI G., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 44; MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951, 39, il quale spiega che nei primi codici penali italiani non vi era una definizione a sé stante delle singole qualifiche pubblicistiche, ma ogni reato prevedeva nella relativa disposizione l’indicazione della particolare categoria di soggetti agenti quale condizione di accesso alla tutela del codice penale.

⁷ Prima della riforma del 1990, l’art. 357 c.p. recava: *“Agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali:*

- 1) *gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico che esercitano, preminentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria;*
- 2) *ogni altra persona che esercita, permanentemente temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria”.*

L’art. 358 c.p., a sua volta, stabiliva: *“Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio:*

- 1) *gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico, i quali prestano, preminentemente o temporaneamente, un pubblico servizio;*
- 2) *ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio”.*

penetrante".⁸ Difatti, le nuove definizioni di "pubblico ufficiale" e "incaricato" di un pubblico servizio", risentono dell'influenza di stampo fascista della normativa, tendente ad individuare specifici ambiti di controllo e di ingerenza dello Stato nei confronti del cittadino, con la conseguenza che, più che proteggere interessi concreti, si tende a tutelare il rapporto di "fedeltà" instaurato tra il pubblico agente e lo Stato.⁹

In definitiva, il labile confine tra i due concetti contribuisce a creare ancora più dubbi nel relativo ambito di applicazione.¹⁰

3. Le definizioni di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di un pubblico servizio" contenute nella legge 26 aprile 1990, n. 86.

In un contesto di forte incertezza nell'applicazione del diritto, si fece strada alla fine degli anni ottanta la concezione funzionale-oggettiva della qualifica pubblicistica, secondo la quale rileva il concreto esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio, indipendentemente dall'esistenza di un formale rapporto di impiego tra il pubblico agente e l'ente pubblico.¹¹

Tale concezione risultava più adatta ai casi in cui a svolgere l'attività di interesse pubblico fosse un privato o qualora l'ente pubblico esercitasse attività di

⁸ PICOTTI L., *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/1992, 270.

⁹ MANNA A., *Introduzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA A., *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 3.

¹⁰ MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel diritto penale*, cit., 17, secondo il quale la differenza tra la definizione di pubblico ufficiale e la nuova figura di incaricato di un pubblico servizio comporta non pochi problemi interpretativi, tanto da condurre più volte l'organo giudicante a dare a casi analoghi soluzioni diverse, se pur a pochi anni di distanza tra loro. A titolo esemplificativo, si pensi al caso degli insegnanti elementari, pubblici ufficiali secondo Cass. pen., 21 gennaio 1937, Frumura, in *Giust. pen.* 1938, II, 148, e incaricati di un pubblico servizio secondo Cass. pen., 26 marzo 1933, Venturelli, in *Giust. pen.*, 1933, II, 976. E la medesima ambivalenza, prosegue l'Autore, sussiste per medici, portalettere, bidelli, cantonieri stradali, vigili del fuoco, guardie giurate private ecc.

¹¹ Sulla distinzione tra concezione soggettiva e oggettiva della qualifica pubblicistica, PALAZZO F., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1990, 818; PAGLIARO A., *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Ind. Pen.*, 1989, 27; DEL CORSO S., *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1989, 1036.

natura privatistica.

A livello normativo, la consacrazione della concezione oggettiva della qualifica pubblicistica avvenne con la legge 26 aprile 1990, n. 86, successivamente modificata con l. n. 181/1992, la quale adotta definitivamente il criterio della specifica mansione svolta.¹²

L'attuale definizione di "pubblico ufficiale" di cui all'art. 357 c.p. prevede che: *"Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

Per quanto riguarda, invece, la qualifica di "persona incaricata di un pubblico servizio", l'art. 358 c.p. stabilisce che: *"Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.*

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale".

Rispetto alla versione precedente, le nuove definizioni prescindono dall'esistenza di un rapporto d'impiego tra l'ente pubblico e il soggetto agente e risulta indifferente che l'esercizio della funzione o del servizio sia temporaneo o

¹² Sulla riforma degli artt. 357 e 358 c.p. si segnalano i contributi di BETTIOL R., *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 617 ss.; CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1992, 1316 ss.; PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2000, 3 ss.; FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 563 ss.; GROSSO C.F., *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla camera dei deputati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1990, 700 ss.; PICOTTI L., *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 263 ss.; RAMACCI F., *Norme interpretative e definizioni; la nozione di "pubblico ufficiale"*, in *Studi La tagliata*, 1993, 327 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO P., *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357-358 c.p.*, in *Studi La tagliata*, 1993, 338.

permanente, gratuito o retribuito, volontario od obbligatorio. La nuova disciplina pone al centro della questione la natura della mansione svolta: è pubblico ufficiale colui che esercita una funzione pubblica e incaricato di un pubblico servizio colui che esercita un servizio pubblico.¹³ Di talché, la distinzione si risolve nell'individuare cosa differenzi la pubblica funzione dal pubblico servizio.

Sul punto la dottrina ha individuato tre distinte soluzioni.

La prima riconosce la qualifica di pubblico ufficiale sulla base del rapporto di rappresentanza in essere con l'ente pubblico: pubblico ufficiale è colui che ha il potere di formare o concorrere a formare la volontà dell'ente medesimo e di rappresentarlo nell'esercizio di tale volontà.¹⁴

Una seconda corrente individua i caratteri della pubblica funzione nell'esercizio dell'attività sociale della Pubblica Amministrazione, volta al raggiungimento di fini utili per la collettività, distinguendola dall'attività giuridica diretta al raggiungimento dei fini essenziali dello Stato.¹⁵

Da ultimo, la pubblica funzione altro non sarebbe che l'espressione di un potere di supremazia nei confronti del cittadino.¹⁶

Tuttavia, le nozioni sopra individuate mal si attagliano a definire l'ampia categoria di fattispecie individuate dalla giurisprudenza e ricondotte alla figura del pubblico ufficiale, con la conseguenza che conviene fare riferimento all'elencazione dei criteri di massima indicati nella relativa disposizione normativa.

Ebbene, come emerge dalla disposizione dell'art. 357 c.p., ciò che definisce la figura di pubblico ufficiale è l'effettivo svolgimento di attività

¹³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale II*, cit., 285.

¹⁴ MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, in *Noviss. Dig. ital.*, vol. XIV, 1967, 5 ss. Tuttavia, tale criterio non consente di riconoscere la qualità di pubblici ufficiali ai testimoni, ai periti, agli interpreti giudiziari e, soprattutto, ai notai.

¹⁵ GALLO M., *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente di un servizio di pubblica necessità nel nuovo codice penale*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1963-64, 1053 ss. La critica maggiore cui si espone la predetta concezione è quella dell'esclusione dal novero dei pubblici ufficiali degli impiegati di uffici che si occupano di bisogni fondamentali dello Stato, quali la difesa militare, il mantenimento dell'ordine pubblico e l'amministrazione della giustizia.

¹⁶ COSTA S., *Studio sulle nozioni di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, esercenti servizio di pubblica necessità e sue applicazioni*, Torino, 1933. Sennonché, anche questa definizione si rivela insufficiente a coprire quelle categorie che esercitano un potere di pubblica certificazione, quali i cancellieri giudiziari, i preposti agli uffici comunali di anagrafe, i notai, ecc.

pubblicistica, a prescindere dal rapporto di impiego esistente tra il soggetto e l'ente.¹⁷

Nello specifico, il pubblico ufficiale esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.¹⁸

Le definizioni di funzione legislativa e di funzione giudiziaria non creano particolari problemi interpretativi: difatti, la prima può essere concepita come l'attività diretta alla produzione delle norme che rappresentano l'ordinamento giuridico, che viene esercitata dal Parlamento, dal Consiglio regionale ed eccezionalmente dal Governo;¹⁹ mentre, la seconda può essere descritta come l'attività espressione dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, la quale

¹⁷ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1997, 168; FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., 566, secondo cui “il vero referente della definizione della qualifica soggettiva pubblicistica è la mansione dal cui non corretto esercizio (abuso od omissione) dipende l'esistenza dello specifico reato di cui si controverta”; ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 270; SEVERINO DI BENEDETTO P., voce *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. Disc. pen.*, X, Torino, 1995, 513. Al pubblico ufficiale regolarmente investito viene equiparato il funzionario di fatto, ammesso che vi sia l'acquiescenza, la tolleranza o il consenso della P.A. (Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 2745, nel caso di specie l'autista di un ufficio giudiziario con “l'acquiescenza, la tolleranza o il consenso, anche tacito, della p.a.” si era di fatto occupato di altre attività, come la fonoregistrazione, la preparazione di copie di atti, e l'inserimento di dati nel registro informatico). Secondo PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 15, l'equiparazione sussiste anche in caso di usurpazione della funzione; SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, Torino, 2012, sub art. 357, 1851.

¹⁸ Per un'elencazione casistica della figura di pubblico ufficiale, vedi CERQUA L.D., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., Padova, 2014, sub art. 357, 1511 ss.; SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., sub art. 357, 1853 ss., il quale distingue tra: a) forze armate a forze dell'ordine; b) università ed istituti scolastici (ad es. docenti di scuole statali e di istituti scolastici privati legalmente riconosciuti, ...); c) enti pubblici (ad es. dipendenti di enti locali, gli agenti preposti all'imposizione ed all'esazione dei tributi comunali, ...); d) enti pubblici economici (ad es. dipendenti di Ferrovie dello Stato, di Poste e Telecomunicazioni, sui quali si ritornerà affrontando l'argomento della privatizzazione dei suddetti enti); e) attività sanitaria (ad es. personale sanitario e parasanitario presso le Aziende sanitarie, gli ospedali ed in genere le strutture sanitarie pubbliche, ...); f) istituti di credito (cui sarà dedicato un apposito paragrafo nel prosieguo della presente trattazione).

¹⁹ Per la riconducibilità della figura del parlamentare a quella di pubblico ufficiale vedi TAGLIARINI F., *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, 190, secondo il quale la mancata qualifica rileva in virtù del fatto che l'art. 68 Cost. prevede il relativo esonero da responsabilità per i voti dati e per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, unito alla mancata soggezione ai principi di buon andamento e imparzialità che rappresentano la Pubblica Amministrazione. Al contrario, secondo MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982, 30, “la qualifica di p.u. di senatori e deputati è riconosciuta a tutti gli effetti penali, e non solo per l'applicazione delle disposizioni stabilite a loro favore, come invece era per il codice del 1889”.

ricomprende la magistratura ordinaria e onoraria e le persone tenute a collaborare con i giudici (testimoni e periti).²⁰

Al contrario, più impegnativo risulta essere il riconoscimento della pubblica funzione amministrativa, la quale si distingue per essere disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi,²¹ e caratterizzata dalla “formazione e dalla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione” o dal suo svolgersi “per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Il legislatore individua, quindi, il tipo di fonte (norme di diritto pubblico e atti autoritativi) e il contenuto della suddetta funzione (poteri di formazione e di manifestazione della volontà, poteri certificativi e autoritativi), tracciando dei limiti “esterni” volti a distinguere l’area privatistica da quella pubblicistica, e dei limiti “interni” per differenziare la pubblica funzione dal pubblico servizio.²²

Quanto ai criteri “esterni”, si rileva fin da subito che la distinzione tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato non trova soluzione unanime in dottrina²³, sicché ci si limita in questa sede ad individuare alcuni indici sintomatici utili alla suddetta classificazione quali: la determinatezza o meno del destinatario della norma²⁴, la derogabilità o inderogabilità della stessa²⁵, la procedibilità d’ufficio o la volontà di parte nel trattamento sanzionatorio²⁶, il

²⁰ Secondo SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., sub art. 357, 1853, individuando la funzione “giudiziaria”, il legislatore del 1992 ha inteso dare un’interpretazione estensiva della specifica funzione svolta rispetto a quella precedentemente individuata nel 1990 con la dicitura “giurisdizionale”, ricomprendendo anche la figura del Pubblico Ministero. In particolare, sulla problematica inerente la riconducibilità della figura del Pubblico Ministero al ruolo di pubblico ufficiale vedi SEVERINO DI BENEDETTO P., *Commentario agli artt. 17 e 18 L. 26.4.1990 n. 86*, in *Legisl. Pen.*, 1990, 337.

²¹ Nello specifico, non è chiaro se i requisiti debbano sussistere congiuntamente o se siano, invece, alternativi, ipotesi quest’ultima accreditata dalla giurisprudenza maggioritaria (FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 171; FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., 571). Secondo Cass. pen., S.U., 11 luglio 1992, n. 7958, i poteri possono essere esercitati in modo disgiunto.

²² Secondo PICOTTI L., *Le “nuove” definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 273, l’uso della congiunzione “e” dimostra come sia necessaria la compresenza sia di un elemento relativo alla fonte (norme di diritto pubblico e atti autoritativi), sia di un elemento contenutistico dell’attività.

²³ PUGLIATTI S., voce “*Diritto pubblico e privato*”, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1959, 696.

²⁴ GUARINO G., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 11.

²⁵ PUGLIATTI S., voce “*Diritto pubblico e privato*”, cit., 713.

²⁶ SEVERINO DI BENEDETTO P., voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, cit., 515.

perseguimento di interessi pubblici o l'assenza di tale fine²⁷, l'osservanza o meno di un obbligo di imparzialità²⁸, la disciplina applicabile al tipo di norma²⁹.

Gli atti autoritativi sono i tipici provvedimenti espressione del potere amministrativo orientati al conseguimento di un interesse pubblico, i quali possono essere di natura coercitiva o esprimere un potere pubblico discrezionale nei confronti di un soggetto.³⁰

Ebbene, considerando che il riferimento agli atti autoritativi è ripreso anche al secondo comma dell'articolo 357, si ritiene che al primo comma esso debba essere considerato cumulativamente alla necessità che l'attività sia regolata da norme di diritto pubblico.³¹

Passando all'analisi dei criteri di delimitazione "interna" e, in particolare, alla formazione e manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione, si ritiene che vi rientrino tutti quegli atti che sono espressione di un potere deliberativo, destinati ad avere una rilevanza giuridica esterna.³² Trattandosi di poteri alternativi, si distingue, da una parte, la formale enunciazione della volontà della Pubblica Amministrazione e, dall'altra, il momento di formazione della

²⁷ CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, cit., 1328.

²⁸ GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998, 487.

²⁹ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 273.

³⁰ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 272, specifica che il compimento di un singolo atto autoritativo vale a connotare pubblicisticamente l'intera attività, mentre la realizzazione di un singolo atto privato non la esclude di per sé, ma deve essere valutato nell'ambito della disciplina dell'attività complessivamente considerata.

³¹ ROMANO M., *I delitti della Pubblica Amministrazione*, cit., 272; PICOTTI L., *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 273.

³² SEGRETO A. – DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, III ed., Torino, 1999, 22; SEVERINO DI BENEDETTO P., voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, cit., 520. *Contra* ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale II*, cit., 290, secondo cui la qualifica di pubblico ufficiale debba essere riconosciuta alle persone che esplicano funzioni direttive, a tutti i funzionari di concetto (segretari amministrativi, ingegneri, ragionieri, ecc.), restandone esclusi gli impiegati d'ordine (archivisti, segretari, dattilografi, schedaristi, ecc.) salvo che si tratti di funzioni di "sportello" a diretto contatto con il pubblico. In giurisprudenza assistiamo all'ampliamento del concetto di "formazione e manifestazione della volontà": sul punto, vedi Cass. pen., 10 febbraio 2004, n. 21088, che riconosce rilievo anche allo svolgimento di attività a carattere accessorio e sussidiario ai fini istituzionali degli enti pubblici ovvero consultivo degli stessi, non ritenendo indispensabile lo svolgimento di attività che abbiano efficacia diretta nei confronti di terzi o rilevanza esterna.

volontà stessa, al quale vengono ricondotti i contributi a tal fine determinanti o le manifestazioni di nuove volontà.³³

Sul punto, è stato autorevolmente affermato che la riconducibilità dell'attività alla formazione e manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione impone di considerare il rapporto tra il soggetto agente e l'ente pubblico sotto un profilo soggettivo, che "abiliti" il primo a formare e/o manifestare la volontà della seconda.³⁴

Tra i poteri autoritativi, come anticipato, rientrano: gli atti d'imperio (in grado di costruire, modificare, estinguere, con atti di volontà unilaterale l'altrui sfera giuridica soggettiva) e gli atti coercitivi.³⁵ Si tratta di attività che presuppongono una posizione di supremazia di carattere pubblico, con conseguente legittimazione a dare ordini e ad esigere obbedienza, in base a norme di diritto pubblico.³⁶

Diversamente, i poteri certificativi riguardano l'attività di documentazione e attestazione di conformità alla realtà di quanto contenuto in un atto, che sia provvista di efficacia probatoria. Nella categoria dei soggetti dotati di poteri certificativi rientrano le persone in grado di rilasciare atti fidejacenti (che fanno fede fino a querela di falso) ma anche documenti non assistiti da certezza legale, ovvero i notai, i mediatori autorizzati e, nell'ambito del processo, i testimoni, i periti, gli interpreti, ecc.³⁷

Infine, quanto all'errore e all'ignoranza circa la qualità di pubblico ufficiale, la dottrina maggioritaria ritiene che debba sussistere la conoscenza e la consapevolezza, da parte dell'agente, dell'esistenza della qualifica in commento

³³ ROSINI B., *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di un pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giur. pen.*, Padova, 1998, 22.

³⁴ PICOTTI L., *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 278.

³⁵ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 283. Secondo ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale II*, cit., 290, vi rientrano ad esempio, coloro che hanno la facoltà di procedere all'arresto o di contestare contravvenzioni (agenti della forza pubblica, controllori delle ferrovie e delle aziende tramviarie, il cittadino che procede all'arresto in flagranza di reato *ex art.* 383 c.p.p., ecc.).

³⁶ PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 14.

³⁷ Cass. pen., 20 febbraio 1981, n. 4775, in *Riv. pen.*, 1981, 836.

in capo al soggetto passivo, trattandosi di qualità insita nella fattispecie costitutiva e, quindi, necessariamente oggetto di dolo.³⁸

Una volta analizzata la qualifica di pubblico ufficiale, si precisa che alla categoria degli incaricati di un pubblico servizio sono riconducibili, in via residuale, i soggetti che non esercitino i poteri tipici della pubblica funzione (autoritativi, certificativi) e che non svolgano mansioni d'ordine meramente materiali. Restano fermi, invece, i limiti di delimitazione "esterna" dall'attività privatistica delineati per la figura di pubblico ufficiale, dovendo essere il pubblico servizio disciplinato da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi.³⁹

A tal proposito si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, stabilendo che: *"Sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, pure agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa, purchè non svolgano semplici mansioni d'ordine, né prestino opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri propri della pubblica funzione, con la quale è solo in rapporto di accessoria o complementarietà"*.⁴⁰

In particolare, nelle "mansioni d'ordine" rientrano le prestazioni di mera esecuzione di compiti impartiti dall'autorità competente, in assenza di autonomia

³⁸ SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., sub art. 357, 1853. Di diverso avviso la giurisprudenza, la quale nega ogni rilevanza dell'errore sulla qualità di pubblico ufficiale, trattandosi di ignoranza della legge penale ai sensi dell'art. 5 c.p. (Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2005, n. 12175).

³⁹ PLANTAMURA V., *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., in *Trattato di diritto penale, Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 894. Per un'elencazione casistica della figura di incaricato di un pubblico servizio vedi CERQUA L.D., *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 358, 1526 ss.; SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., sub art. 357, 1858 ss., il quale distingue in: a) dipendenti di enti che svolgono un pubblico servizio (ad es. dipendenti delle aziende speciali, dipendenti che gestiscano il patrimonio di un ente assistenziale o previdenziale, dipendenti di società concessionaria di un servizio di interesse pubblico, ...); personale della Aziende sanitarie e del Servizio sanitario nazionale (ad es. addetto all'ufficio cassa della Usl, infermieri ed operatori tecnici, medico di fiducia); c) personale della Radiotelevisione italiana (ad es. amministratori della Radio Televisione Italiana, presentatori e conduttori di trasmissioni radiofoniche e televisive, ...).

⁴⁰ Cass. pen., S.U., 27 marzo 1992, n. 7958, in *Giust. pen.*, 1993, II, 65. In merito alla nuova definizione di incaricato di un pubblico servizio, individuata in termini negativi rispetto a quella del pubblico ufficiale, esprime parere contrario PICOTTI L., *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 281, evidenziando la persistente indeterminatezza dei relativi caratteri definitivi.

decisionale, mentre le “prestazioni d’opera meramente materiale” sono quelle prestazioni semplici e generiche che richiedono l’uso della forza fisica.

Come anticipato, si ritiene opportuno evidenziare che la categoria dell’incaricato di un pubblico servizio prescinde da un rapporto di dipendenza dell’ente con la Pubblica Amministrazione.⁴¹ Difatti, il pubblico impiegato è colui che svolge, in maniera continuativa e dietro pagamento di una retribuzione, la propria attività lavorativa alle dipendenze dello Stato o di un altro ente pubblico, ma la sua figura non coincide con quella di incaricato di un pubblico servizio.

Tuttavia, prima della riforma attuata con l. 6 novembre 2012, n. 190, la figura del pubblico impiegato rilevava all’art. 322 c.p., in tema di istigazione alla corruzione nei confronti di un pubblico o ufficiale o incaricato di un pubblico servizio “che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio”, e all’art. 320 c.p., che puniva la corruzione impropria solo nell’ipotesi dell’incaricato pubblico impiegato (mentre per la corruzione propria era sufficiente che il soggetto rivestisse la qualifica di incaricato di un pubblico servizio). Con la conseguenza che la sussistenza di un rapporto di pubblico impiego valorizzava la connotazione soggettivistica della qualifica, allontanandosi dal criterio funzionale-oggettivo individuato dalla riforma.⁴²

Ebbene, dall’analisi sopra condotta emergono i tratti qualificanti la riforma legislativa delle qualifiche pubblicistiche operata nel 1990, in particolare:

- la conferma della distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio;
- l’opzione esplicita a favore dell’impostazione funzionale-oggettivo;
- l’utilizzazione, quale criterio di delimitazione esterno, del richiamo congiunto a “norme di diritto pubblico” e “atti autoritativi” nella definizione di qualifica pubblicistica, valido sia per pubblico ufficiale sia per incaricato di pubblico servizio;
- l’utilizzazione, quale criterio di delimitazione interno, del richiamo alternativo ai poteri deliberativi, certificativi e autoritativi nella definizione

⁴¹ SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., sub art. 358, 1858.

⁴² PICOTTI L., *Le “nuove” definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 288.

della pubblica funzione amministrativa esercitata dal pubblico ufficiale, mentre l'incaricato di pubblico servizio agisce in assenza dei suddetti poteri.

Le definizioni sopra enunciate si pongono come premessa indispensabile al progetto che ci si accinge a svolgere, laddove il dibattito tra concezione oggettiva e soggettiva della qualifica pubblicistica coinvolge anche la problematica inerente l'applicazione dello statuto penale della Pubblica Amministrazione ai soggetti operanti in enti pubblici privatizzati.

4. I funzionari esteri e quelli delle Comunità europee ai sensi dell'art. 322 bis c.p.

Prima di addentrarci negli aspetti più problematici della presente ricerca, si ricorda che l'art. 322 *bis*, introdotto nel codice penale con l'art. 31 della legge 29 settembre 2000, n. 300⁴³, e riformato con la legge 6 novembre 2012, n. 190⁴⁴, ha determinato un'estensione dei soggetti attivi dei reati contro la Pubblica Amministrazione, facendovi rientrare:

1. i membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei Conti delle Comunità europee;
2. i funzionari e gli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee, o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;

⁴³ G.U. n. 250 del 25 ottobre 2000: "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica."

⁴⁴ La norma, nonostante la riforma del 2012, è anacronistica rispetto al nuovo assetto dell'Unione Europea, a seguito del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

3. le persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;
4. i membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;
5. coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio;
6. i giudici, i procuratori, i procuratori aggiunti, i funzionari e gli agenti della Corte penale internazionale, le persone comandate dagli Stati parte del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale le quali esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa, ai membri ed agli addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale.

La *ratio* dell'ampliamento della categoria dei soggetti attivi sta nel voler reprimere anche le condotte poste in essere da funzionari comunitari o di Stati membri⁴⁵ e assicurare tutela penale anche a beni giuridici di rilevanza extranazionale, tanto stranieri che internazionali.⁴⁶

L'equiparazione, inizialmente, riguardava solo i reati di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione ma, a seguito dell'entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190, ai suddetti reati si è aggiunta la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.).

Essa si attua solo quando i funzionari stranieri pongono in essere un'attività che in Italia può essere ricondotta alla pubblica funzione o al pubblico servizio.⁴⁷ Difatti, la norma non si pone quale disposizione costitutiva di nuove figure di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, ma semplicemente amplia il campo di applicazione della normativa nazionale ai funzionari esteri e a quelli delle Comunità europee.⁴⁸

⁴⁵ BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, I, Padova, 2001, 177.

⁴⁶ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 242.

⁴⁷ PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 25.

⁴⁸ PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, in *Legisl. Pen.*, 2001, 1002.

L'art. 322 *bis* co. 1, n. 1, riguarda i membri della Commissione delle Comunità Europee, del Parlamento europeo, della Corte di giustizia e della Corte dei Conti delle Comunità europee. Il legislatore sceglie, pertanto, il criterio soggettivo della mera appartenenza ai suddetti organi comunitari, legame che deve essere vagliato in ossequio alla disciplina comunitaria.⁴⁹

Lo stesso criterio viene, poi, utilizzato per l'individuazione dei funzionari e degli agenti delle Comunità Europee (art. 322 *bis* co. 1 n. 2), che devono essere "assunti per contratto" secondo la relativa disciplina comunitaria.⁵⁰

La terza categoria (art. 322 *bis* co. 1 n. 3) s'individua grazie ad un indice di tipo soggettivo, dato dal rapporto con l'ente di appartenenza (persone "comandate") e ad uno di tipo oggettivo, rilevato nell'espletamento di funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari e degli agenti comunitari.⁵¹

Il criterio soggettivo dell'appartenenza ritorna nell'art. 322 *bis* co. 1 n. 4, nel quale ricadono le Agenzie europee, la Banca Centrale Europea, il Fondo europeo per gli investimenti, gli organismi comunitari per l'occupazione e la formazione professionale e/o culturale e via dicendo. Difatti, trattandosi di istituzioni con un ruolo fondamentale nell'applicazione della normativa comunitaria, gli eventuali reati commessi dai soggetti operanti al loro interno ben potrebbero incidere sull'imparzialità e sul buon andamento dell'amministrazione comunitaria, nonché sugli interessi finanziari delle Comunità europee.⁵²

Nel penultimo gruppo (art. 322 *bis* co. 1 n. 5) sono annoverati i funzionari stranieri, cioè "*coloro che, nell'ambito degli altri stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio*".

Sicché, è proprio in questo caso che, rispetto agli altri, emerge un criterio oggettivo-funzionale che fa riferimento all'esercizio di funzioni o attività assimilabili a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di un pubblico servizio.

⁴⁹ PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., 1003.

⁵⁰ PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., 1003. L'Autore distingue i "funzionari", cioè chi ha ottenuto un impiego permanente presso una delle istituzioni comunitarie, dagli "agenti", che possono essere temporanei ausiliari, locali o consiglieri speciali, secondo quanto stabilito dal regolamento del Consiglio n. 259/1968.

⁵¹ PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., 1003.

⁵² PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., 1004.

Nell'ultima categoria, inserita nel 2012, rientrano i membri della Corte internazionale di giustizia, i suoi funzionari e i soggetti equiparati. Con la conseguenza che si allargano anche i possibili destinatari dell'esborso corruttivo previsto dal secondo comma dell'articolo in commento.

In base al secondo comma della norma in oggetto, commette il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*), corruzione attiva (art. 321), o istigazione attiva alla corruzione passiva (art. 322, co. 1 e 2), anche il privato che corrompe o tenta di corrompere: a) uno dei soggetti (pubblici agenti comunitari o stranieri) indicati al primo comma; b) un soggetto che eserciti *“funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria”*.⁵³

L'ultimo comma dell'art. 322 *bis*, poi, precisa che le persone indicate nel primo comma sono assimilate *“ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi”*, al fine di distinguere le due categorie anche tra i funzionari europei, soprattutto ai fini dell'applicazione dei reati corruttivi.

Tuttavia, com'è stato efficacemente notato, l'espressione *“negli altri casi”* con riferimento agli incaricati di un pubblico servizio, pare andare oltre la limitazione prevista dall'art. 358 c.p., concernente le mansioni d'ordine e le prestazioni d'opera meramente materiale. Con la conseguenza che, in assenza dei poteri tipici del pubblico ufficiale, troveranno in ogni caso applicazione le fattispecie penali contemplate dalla nuova norma, pur in assenza di tutti i requisiti previsti per l'art. 358 c.p.⁵⁴

L'art. 5 della legge 22 ottobre del 2000, n. 300, inoltre, modifica gli articoli 9 e 10 del codice penale, sostituendo l'espressione *“a danno di uno Stato*

⁵³ Le parole *“ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria”* sono state aggiunte dall'art. 3, comma 1, della l. 3 agosto 2009, n. 116.

⁵⁴ PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, cit., 1002. Diversamente, nel caso di cui al n. 5, in cui trova piena applicazione il criterio oggettivo-funzionale e, quindi, l'attività esercitata dal soggetto comunitario dovrà rispettare tutti i canoni previsti dagli articoli 357 e 358 c.p., compresa l'esclusione dell'esercizio di semplici mansioni d'ordine e delle prestazioni d'opera meramente materiale.

estero” con quella “*a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero*”. Ciò comporta alcune conseguenze a livello giurisdizionale, ad esempio con riguardo al delitto di peculato, giacché sarà punibile secondo la legge italiana, il cittadino che, trovandosi all'estero in qualità di funzionario, membro od agente di un ente o organo comunitario, si appropria delle cose mobili appartenenti alle Comunità europee; inoltre, lo straniero che commetta all'estero il fatto di peculato sarà punibile secondo la legge italiana a condizione che sia presente nel territorio dello Stato e ne sia presentata la richiesta da parte del Ministro della Giustizia.⁵⁵

In conclusione, si rileva che l'equiparazione limitata ad un numero chiuso di fattispecie penali e le disparità sorte in relazione agli incaricati di pubblico servizio italiani o stranieri fanno emergere la necessità di uniformare la disciplina penalistica a livello sovranazionale, incidendo sulle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio previste agli articoli 357 e 358 del codice penale.

⁵⁵ GUIDI D., *Il delitto di peculato*, Milano, 2007, 35.

SEZIONE II

LA PRIVATIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI E LA PERMANENZA DELL'INFLUENZA STATALE NELLA GESTIONE DELL'IMPRESA PRIVATIZZATA

5. L'evoluzione storica del fenomeno di privatizzazione.

Con il termine privatizzazione, nella sua accezione più ampia, si suole indicare il passaggio da un regime giuridico di diritto pubblico ad un regime giuridico di diritto privato.⁵⁶ In particolare, le manifestazioni più significative riguardano la trasformazione del regime giuridico dell'impresa pubblica, la dismissione o alienazione di compendi aziendali o di beni già di proprietà di enti pubblici, la mutazione del regime giuridico del rapporto, con particolare riferimento a quello di lavoro dipendente nelle amministrazioni pubbliche.⁵⁷

Il fenomeno della privatizzazione si sviluppa nella seconda metà del novecento in tutta Europa. Le ragioni che portano al cambiamento spaziano da motivazioni di carattere ideologico-sociale, indirizzate a ridisegnare la relazione tra stato e cittadini, favorire gli ideali di libero mercato e ridurre l'interferenza statale nella gestione dell'economia, a ragioni di natura prevalentemente economica, consistenti nella necessità di ridimensionare l'apparato statale e la spesa pubblica, porre un freno all'eccesso di politicizzazione ed eliminare le inefficienze del settore pubblico. L'obiettivo principale consiste nello stimolare la concorrenza, migliorare l'allocazione delle risorse e, di conseguenza, aumentare l'efficienza delle imprese e del sistema economico: scopo più facilmente perseguibile attraverso una disciplina giuridica di diritto privato, meno procedimentalizzata e più libera nelle forme, rispetto a quella prevista dal diritto

⁵⁶ JAEGER P.G., *Privatizzazioni, I) Profili generali*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, 1.

⁵⁷ DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, 1.

pubblico.⁵⁸

Agli inizi degli anni ottanta, il legislatore comunitario pone l'attenzione sull'esigenza di tutela delle regole di concorrenza da parte delle imprese pubbliche, imponendo con la direttiva n. 80/723 del 25 giugno 1980 (sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli stati membri e le imprese pubbliche nazionali) l'onere agli stati membri di evidenziare sia i trasferimenti attivi (apporti di capitale in dotazione, presa a carico di perdite, prestiti concessi a condizioni di favore) sia i trasferimenti passivi (non percezione di utili, mancata riscossione di crediti e assenze di remunerazione dei fondi messi a disposizione) nei confronti delle pubbliche imprese.⁵⁹

Contestualmente, l'impresa pubblica, quale destinataria delle regole sulla concorrenza, viene identificata come quell'ente nel quale “*i pubblici poteri possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria o delle regole che la reggono*”.⁶⁰ Fanno eccezione le imprese incaricate dello svolgimento di un pubblico servizio, che in ragione del perseguimento del pubblico interesse, possono sottrarsi in parte all'applicazione delle regole sulla concorrenza.⁶¹

Senonché, mentre sul fronte comunitario si muovono i primi passi verso la privatizzazione, in Italia il problema viene affrontato solo una decina di anni più tardi, nel momento in cui la crisi finanziaria delle partecipazioni statali, dapprima affrontata nell'ottica del mero riordinamento, diviene una vera e propria

⁵⁸ BONELLI F. – ROLI M., *Privatizzazioni*, in *Enc. Dir.*, ed. IV, Milano, 2000, 999, individuano quali principali obiettivi delle privatizzazioni, la riduzione del debito pubblico, la diffusione dell'azionariato e l'allargamento del mercato borsistico.

⁵⁹ Per un'analisi accurata dei profili storici e comunitari che hanno condotto l'Italia all'avvento della privatizzazione degli enti pubblici, vedi DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 3 ss.

⁶⁰ DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 4. Per una suddivisione delle tipologie di impresa pubblica succedutesi nel tempo vedi MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli, 2011, 42 ss.: a) imprese-organo, segnate da una netta prevalenza delle attività pubblicistiche rispetto a quelle privatistiche (es: Anas, Ferrovie dello Stato, Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato); b) imprese-enti pubblici o enti pubblici economici, strutturate come imprese private ma la cui attività istituzionale è svolta attraverso atti disciplinati dal diritto pubblico (es.: Iri, Eni, Ina, Enel priva della trasformazione in s.p.a.); c) società a partecipazione pubblica, aventi natura di imprese private e svolgenti attività secondo le norme di diritto privato ma partecipate dallo Stato.

⁶¹ Per un'analisi dell'esperienza inglese e francese, vedi CASALE E., *Uno strumento diretto di controllo governativo sulle privatizzazioni: le golden shares*, in *Pol. Dir.*, 1/1988, 149 ss.; CHITI S., *Privatizzazioni: tipologia, razionalità economica, principali esperienze*, in *Banca D'Italia, Contributi all'analisi economica*, 5/1989, 81 ss.

crisi finanziaria dello Stato, imponendo così le dismissioni delle partecipazioni statali nelle imprese tramite la cessione di aziende, di singoli rami di attività o di singole imprese al settore privato, e la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni.⁶²

Tuttavia, le procedure di dismissione si rivelano fin da subito di difficile applicazione e non risolutive nel lungo termine, trattandosi di interventi inseriti all'interno dei procedimenti programmatici di settore attuabili secondo la volontà del singolo ente.

Il vero e proprio inizio del processo di privatizzazione è segnato, a livello normativo, dal provvedimento con cui il legislatore italiano rimette la privatizzazione formale degli enti pubblici all'iniziativa dei singoli enti. Si tratta del d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, intitolato "*Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*", convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35, il quale stabilisce all'art. 1 che: "*Gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici possono essere trasformati in società per azioni*" e prevede al quinto comma il principio per cui "*le società sono sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni*".

Ciò nonostante, la possibilità concessa agli enti pubblici di adottare una forma giuridica di carattere privatistico, prevista come facoltà e non come obbligo, nonché la nuova disciplina per essi adottata, la quale solo apparentemente apre le porte ad una regolamentazione di diritto comune, non si dimostrano sufficienti a segnare la svolta nel sistema capitalistico italiano.

La realizzazione della c.d. "privatizzazione formale"⁶³ è raggiunta solo con il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, intitolato "*Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*", il

⁶² L'intervento dello stato nell'economia è rappresentato, da una parte, dall'azionariato pubblico, tanto che nel 1956 è stato istituito il Ministero delle partecipazioni statali al fine di dare una regolamentazione unitaria alle partecipazioni statali, dall'altra, dall'istituzione di strutture pubbliche volte a gestire attività di carattere economico (Eni, Iri, ecc.) con finalità di lucro.

⁶³ Sul concetto di privatizzazione "formale" vedi DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 2. La privatizzazione formale è caratterizzata da un'influenza dominante del potere pubblico, attraverso forme di controllo e di ingerenza nell'attività dell'ente privatizzato.

quale stabilisce all'art. 15 la trasformazione degli Enti pubblici INA - Istituto nazionale assicurazione - ed ENEL - Ente nazionale energia elettrica - e di quelli di gestione IRI - Istituto nazionale per la ricostruzione industriale - ed ENI - Ente nazionale idrocarburi - in società per azioni. Successivamente, l'art. 3 del d.l. 14 agosto 1992, n. 369 stabilisce che *“l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di stato è trasformata in società per azioni”*.

L'art. 18 del suddetto decreto consente altresì al CIPE di *“deliberare la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici qualunque sia il loro settore di attività”*, e stabilisce che *“la deliberazione del CIPE produce i medesimi effetti di cui al presente decreto”*, prevedendo, di fatto, una seconda fattispecie costitutiva di società per azioni.

Vengono così superate le incertezze sollevate dalla disciplina precedente: la facoltà di privatizzare diventa obbligo e scompaiono le disposizioni della legge n. 35/1992 che risultavano in più evidente contrasto con le regole generali delle società per azioni, pur rimanendo delle forti limitazioni all'autonomia gestionale delle stesse, rappresentate da un lato dalle ingerenze ministeriali e dall'altro dalla sottoposizione al regime delle concessioni.⁶⁴

Invero, la nuova normativa rappresenta solo apparentemente un avvicinamento alla disciplina privatistica delle società che operano in regime di concessione, posto che il controllo delle attività economiche pubbliche passa di fatto dal potere amministrativo all'esecutivo e, nello specifico, al Ministro del Tesoro.

Successivamente, con l. 15 marzo 1997, n. 59, il Governo viene delegato ad emanare entro il 31 luglio successivo uno o più decreti legislativi per riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e dalla previdenza, trasformandoli in società o in enti pubblici economici. In attuazione della legge delega, il d.lgs. 419/1999 dispone il riordino del sistema degli enti

⁶⁴ A titolo esemplificativo, si veda l'art. 15 della l. 359/1992, il quale prevede che il Ministro del Tesoro, in quanto titolare delle azioni della società, eserciti i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'Industria e del commercio e dell'artigianato, circostanza che dimostra una forte influenza politica da parte del Presidente del Consiglio e dagli altri Ministri succitati. L'art. 16 della stessa legge, poi, prevede, da una parte, l'adozione di obbligatoria di un programma politico di riordino delle partecipazioni predisposto dal Ministro del Tesoro e approvato dal Consiglio dei Ministri e, dall'altra, la devoluzione di una quota dei ricavi delle nuove società alla *“riduzione del debito pubblico”*.

pubblici nazionali.

Infine, si consideri il d.l. 8 luglio 2002 n. 138, c.d. decreto legge *omnibus*, convertito con legge 8 agosto 2002 n. 178, in cui agli artt. 7 e 8 è stata attuata la trasformazione dell'Anas in società per azioni a partecipazione pubblica e la creazione del Coni S.p.a., quale braccio operativo di cui si avvale il Coni nell'espletamento delle sue attività istituzionali; nonché il d.l. 30 settembre 2003 n. 269 convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, il quale dispone la trasformazione della Sace (istituto assicurativo per il commercio estero) in società per azioni.

Ebbene, questo rapido *excursus* storico mette in evidenza i tratti principali del processo di privatizzazione “formale”. L'operazione ha funzione strumentale e propedeutica rispetto alla successiva “privatizzazione sostanziale”, la quale consiste nella definitiva perdita del controllo pubblico sull'impresa, e rappresenta il completamento del processo di trasformazione in ente pubblico privatizzato.⁶⁵

Per quanto riguarda il sistema italiano, il progetto di trasformazione non è ancora giunto alla sua completa definizione. A tal fine, sarebbe necessario riscontrare una duplicità di profili: una posizione di autonomia privata nei confronti dei pubblici poteri, i quali non possono presentarsi neppure nelle vesti privatiste di azionista di maggioranza o di riferimento (profilo soggettivo); l'assenza di diritti speciali comunque imposti assunti anche sulla base di fonti negoziali tra gli azionisti privati, patti parasociali o pratiche concertate (profilo oggettivo).

Difatti, come vedremo nel prossimo paragrafo, l'intervento statale nell'economia ha continuato a manifestarsi attraverso la previsione di poteri speciali in capo alle autorità pubbliche, che influenzano inevitabilmente la gestione di società private, nonché tramite partecipazioni statali di maggioranza nell'ambito delle società per azioni. In tale contesto, si rileva che in assenza di uno o di entrambi i profili sopra specificati, ci si allontana sempre più dall'obiettivo del legislatore di realizzare una privatizzazione “sostanziale”.

Ciò detto, ai fini penalistici, si tratta di verificare se l'assunzione della

⁶⁵ Sul concetto di privatizzazione “sostanziale” vedi DI GASPARO G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 2. Nella privatizzazione sostanziale viene meno il controllo del potere pubblico sull'ente, che può svolgere la propria attività in completa autonomia.

veste giuridica di società per azioni abbia inciso sulla disciplina applicabile all'attività svolta dall'ente pubblico, passando da un regime pubblicistico ad un regime privatistico. A tal proposito, si può anticipare che l'utilizzo da parte delle imprese di modelli organizzativi di stampo privatistico non è stato sufficiente per escludere in capo ai relativi operatori la qualifica pubblicistica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

6. Le “golden shares”.

L'esame del processo che ha condotto alla privatizzazione degli enti pubblici non può prescindere da un accenno al sistema di mantenimento dell'influenza dello Stato sulla gestione delle imprese privatizzate.

Ci si riferisce, in particolare, al regime di privilegio delle pubbliche amministrazioni partecipate di società miste. (c.d. “golden shares”).

Tale prerogativa venne introdotta dal legislatore con l'art. 2 della l. n. 474/1994, il quale prevedeva che negli statuti delle società controllate dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri secondo una particolare procedura, fosse introdotta “*con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro del Tesoro uno o più dei seguenti poteri speciali, da esercitare d'intesa con i Ministri del bilancio e dell'industria*”: a) gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti e alla successiva conclusione di accordi o patti che coinvolgano le partecipazioni stesse; b) veto all'adozione di delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifiche dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo; c) nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

È chiaro che la suddetta previsione non permetteva alle società in questione di raggiungere il grado di privatizzazione sostanziale auspicato con la

riforma, ma, al contrario, le poneva in una posizione di soggezione rispetto agli obblighi previsti. D'altra parte, la specifica disciplina consentiva allo Stato di monitorare i cambiamenti nell'attività e nella struttura societaria e, soprattutto, di non lasciare che la società cadesse in mano a soggetti stranieri.⁶⁶

Senonché, all'inizio del nuovo millennio, la Corte di Giustizia europea ha censurato la normativa italiana per contrasto con gli articoli 52, 59 e 73 del Trattato CE,⁶⁷ invitando l'Italia a limitare la discrezionalità dell'esercizio dei suddetti poteri. Ciò è avvenuto, almeno formalmente, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, n. 14625, attuativo della legge finanziaria n. 350/2003 in riferimento alla partecipazione al pacchetto azionario in Telecom Italia, Eni, Enel e Finmeccanica, con il quale le *golden shares* sono state limitate al caso in cui “*ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla difesa*”.⁶⁸

⁶⁶ DI GASPARO G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 12; COMINO A., *Golden power per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 5/2014, 1019 ss., specifica che il Regno Unito è stato il Paese in cui le *golden shares* hanno avuto maggiore impatto nei rapporti tra Stato e imprese private, riservando allo Stato un vero e proprio controllo sugli assetti e sulla direzione della società. In particolare, l'Autore riporta l'esempio della *British Airport Authority* società pubblica inglese istituita nel 1965 per la gestione di numerosi aeroporti internazionali nel Regno Unito. L'*Airports Act 1986* dispose lo scioglimento della BAA e il conferimento della proprietà, diritti e doveri ad una società individuata dal *Secretary of State*. Un'azione speciale fu conferita al *Secretary of State for Transport*, subordinando al consenso scritto dell'azionista speciale l'efficacia di alcune modifiche statutarie e di determinate operazioni che riguardassero gli aeroporti in gestione (art. 10 dello statuto). Veniva, inoltre, introdotto un limite alla possibilità di divenire acquirente di azioni con diritto di voto di tale società (art. 40 dello statuto). Ebbene, la Corte di Giustizia europea dichiarò queste *golden shares* incompatibili con gli artt. 43 e 53 CE, in materia di diritto di stabilimento e di libertà nella circolazione di capitali.

⁶⁷ Corte di Giustizia 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione c. Repubblica Italiana.

⁶⁸ “1. I poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto legge n. 332/1994 sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misure idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.

2. I poteri speciali di cui alle lettere a), b), e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto legge n. [332/1994], ferme restando le finalità indicate allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze:

a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto;

Nonostante la modifica legislativa, l'Italia fu sanzionata ancora una volta nel 2009, per violazione dei diritti contenuti negli articoli 43 e 56 CE⁶⁹ e, in particolare, per non aver individuato specifici criteri di esercizio dei poteri speciali previsti dalla normativa, escludendo la possibilità per gli investitori provenienti da altri Paesi UE di conoscere le situazioni in cui opposizioni, veti e nomine statali potevano essere concretamente esercitati e, quindi, limitando di fatto la loro libertà di stabilimento e la connessa libera circolazione dei capitali.⁷⁰

A ben vedere, quindi, la Corte non ha mai condannato le *golden shares* in quanto tali ma, piuttosto, ha cercato di circoscrivere il loro esercizio alla presenza di requisiti fondamentali.⁷¹

Questa volta, in ottemperanza alle richieste provenienti dall'Unione europea, il Governo Monti è intervenuto con un decreto legge diretto a modificare la struttura della cosiddetta *golden share*. Si tratta del d.l. n. 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge 15 maggio 2012, n. 56, il quale rappresenta nel nostro Paese una novità nel settore dei poteri speciali, i quali non risultano più legati al fenomeno della privatizzazione ma coinvolgono una serie di imprese operanti in un determinato settore o in possesso di determinati *assets*. Inoltre, essi consentono allo Stato di controllare gli investimenti stranieri effettuati nel Paese, allontanandosi dalla posizione di preminenza che, diversamente, le *golden shares* creavano nei confronti delle società privatizzate.⁷²

Ebbene, rapportando l'evoluzione legislativa alla questione delle qualifiche pubblicistiche, le *golden shares* rappresentano un esempio di come, pur avendo l'ente assunto natura privatistica dopo la trasformazione in società per

b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico;

c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali;

d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica;

e) emergenze sanitarie”.

⁶⁹ Corte di Giustizia CE, sezione III, 26 marzo 2009 – Causa C-326/07, in *Guida al diritto*, 15/2009, 102.

⁷⁰ CASTELLANETA M., *Genericità e imprecisione sui poteri dello stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida al diritto*, 15/2009, 111 ss.

⁷¹ COMINO A., *Golden power per dimenticare la golden share*, cit., 1020.

⁷² COMINO A., *Golden power per dimenticare la golden share*, cit., 1020.

azioni, l'esercizio delle relative funzioni sia ancora gestito a livello statale, rappresentandone, così, un indice di pubblicità. Con la conseguenza che, come vedremo, anche la giurisprudenza, allontanandosi dal criterio funzionale-oggettivo determinato dalla riforma, ha rilevato i suddetti elementi sintomatici a favore di un'interpretazione estensiva della qualifica pubblicistica del soggetto agente.

In tale contesto, le modifiche alla disciplina delle *golden shares* intervenute con l'ultima riforma del 2012 hanno permesso alla stessa di uniformarsi alla regola europea per la quale anche quando delle quote azionarie in un'azienda privata siano detenute da un soggetto pubblico, questo deve comunque comportarsi alla stregua di un normale investitore privato, senza poter esercitare indiscriminati diritti speciali che rischiano di alterare le regole della concorrenza. Ciò con evidenti ripercussioni in ordine all'orientamento giurisprudenziale sopra accennato, il quale si pone a favore di una concezione più marcatamente oggettivistica in linea con l'intento del legislatore nazionale di ancorare la qualifica pubblicistica all'attività effettivamente svolta dall'agente.

CAPITOLO SECONDO

I CRITERI DI ATTRIBUZIONE DELLA QUALIFICA PUBBLICISTICA A SOGGETTI OPERANTI IN ENTI PUBBLICI PRIVATIZZATI: ANALISI GIURISPRUDENZIALE

1. Premessa.

Dopo aver esaminato i tratti fondamentali delle qualifiche di “pubblico ufficiale” e di “incaricato di un pubblico servizio” e aver proposto un rapido *excursus* storico del fenomeno della privatizzazione, si rende necessario analizzare la posizione della giurisprudenza penale in materia di qualifiche pubblicistiche di soggetti operanti in enti pubblici privatizzati.

Ebbene, nonostante il legislatore della riforma abbia adottato nelle definizioni contenute agli articoli 357 e 358 c.p. una concezione di tipo funzionale-oggettiva, per lungo tempo la Corte di legittimità ha fatto uso di un’interpretazione estensiva dei suddetti concetti, allargando i confini di operatività dello statuto penale della Pubblica Amministrazione.⁷³

Tra gli indici rivelatori della qualifica pubblicistica, emergono: la natura dell’ente, i controlli cui l’ente è sottoposto, l’impiego di denaro pubblico, la ricaduta dell’attività sull’efficienza dell’ente, il perseguimento di un interesse pubblico anche in via strumentale, il carattere strumentale accessorio o preparatorio delle attività al raggiungimento di fini istituzionali dell’ente, l’inserimento dell’attività in una procedura pubblica, il riferimento all’insieme delle mansioni e, infine, ai doveri posti in capo al privato.

Tuttavia, negli ultimi anni, in ossequio al principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, essa sembra aver mutato il proprio orientamento a favore di un principio di generale applicazione volto a considerare

⁷³ MASSI S., ‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale della degli enti privatizzati, cit., 121. Il fondamento della suddetta pratica applicativa starebbe nel fatto che la trasformazione degli enti pubblici in società per azioni avrebbe modificato solo la veste giuridica della società, non incidendo sul tipo di attività svolta dai suoi dipendenti che sarebbe, quindi, rimasta di stampo pubblicistico.

la specifica mansione svolta dal soggetto operante nell'ambito dell'ente pubblico privatizzato.

SEZIONE I

L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA ADOTTATA DALLA CORTE DI LEGITTIMITÀ: GLI INDICI RIVELATORI DELLA QUALIFICA PUBBLICISTICA

2. Gli indici rivelatori di pubblicità.

2.1. *La natura dell'ente privatizzato.*

Al fine di dedurre la titolarità di qualifiche pubblicistiche in capo ai dipendenti di un ente pubblico privatizzato, la giurisprudenza penale è spesso ricorsa al criterio della natura dell'ente, ad esempio, con riferimento alle Ferrovie dello Stato.⁷⁴

A tal proposito, si premette che Ferrovie dello Stato è stata la prima azienda autonoma dello Stato ad essere trasformata in ente pubblico economico con legge n. 210 del 1985, attraverso la previsione di una piena autonomia organizzativa e patrimoniale nel gestire l'attività di trasporto. Difatti, la legge summenzionata ha previsto che la gestione del patrimonio fuori dell'esercizio del servizio pubblico strettamente inteso, la redazione dei bilanci e la regolamentazione dei rapporti di lavoro con i dipendenti seguissero il regime privatistico.

Successivamente, con delibera del Cipe del 12 agosto 1992, Ferrovie dello Stato è stata trasformata in società per azioni interamente partecipata dal Ministero dell'economia e della finanze, concessionaria *ex lege* del servizio ferroviario. Poi, nel 2000 e nel 2001 vi è stata la costituzione rispettivamente di

⁷⁴ Cass. pen., 10 luglio 1995, n. 9927, in *Dir. pen. e proc.*, 2/1996, 192, con nota di PISA P., *Le lenzuola d'oro delle Ff. ss.: amministratori e funzionari sono pubblici ufficiali*, 195 ss. Nel valutare la qualifica delle Ferrovie dello Stato a seguito di privatizzazione, la Corte utilizza un criterio sostanziale già utilizzato dalla Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466 (riguardante le s.p.a. di nuova costituzione Eni, Enel, Ina e Iri secondo la diversa prospettiva dell'affidamento del controllo contabile), secondo cui potrà dirsi concluso il processo di privatizzazione quando alla trasformazione della veste giuridica degli enti pubblici economici seguirà “una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio, con l'effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica”.

Trenitalia S.p.a., che svolge attività di trasporto e Rfi, per la gestione dell'infrastruttura, interamente possedute da Ferrovie dello Stato, società *holding* del Gruppo FS.

La fattispecie concreta oggetto di giudizio riguarda la contestazione dei reati di falso in atto pubblico, truffa aggravata, frode nelle pubbliche forniture, corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, in merito all'irregolare assegnazione di un appalto per la fornitura di lenzuola monouso destinate ai vagoni-letto delle Ferrovie dello Stato e per la decoibentazione dell'amianto e della ricoibentazione con altro materiale non nocivo alla salute.

Ebbene, secondo la Corte di legittimità, il processo di privatizzazione non ha comportato, nei confronti dei suoi organi direttivi e del personale dipendente, il venire meno delle qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 359 c.p. Tale ente, infatti, *“persegue quelle stesse finalità di preminente interesse pubblico, già assunte in proprio dallo Stato e dallo stesso realizzate attraverso l'esercizio diretto del servizio ferroviario, mediante un proprio organo (l'Azienda autonoma) ed è posto (anche per i compiti ad esso assegnati e per penetranti poteri del Ministro dei trasporti) in una posizione del tutto singolare rispetto all'ordinario modello di ente pubblico economico.”*⁷⁵ Ne consegue che la scelta del contraente per la fornitura delle lenzuola destinate ai vagoni-letto dei treni non può considerarsi oggetto di libera determinazione, ma soggiace alla disciplina pubblicistica che regola la materia e ai principi di imparzialità, buona amministrazione ed economicità stabiliti dall'art. 97 Cost. e dall'art. 2 della l. 17 maggio 1985, n. 210.

Un'altra significativa pronuncia che si allontana dal criterio funzionale-oggettivo per abbracciare quello formale-soggettivo della natura pubblicistica dell'ente è quella inerente il caso Eni – Sai.⁷⁶ Si tratta di uno dei primi episodi di “tangentopoli” giunti al vaglio della Suprema Corte, con riferimento ad una

⁷⁵ Cass. pen., 10 luglio 1995, n. 9927, cit..

⁷⁶ Cass. pen., 12 novembre 1996, n. 2827, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000, 349 ss., con nota di MANDUCHI C., *La sentenza Eni – Sai: la Cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*, 351 ss.; pubblicata anche in *Guida al diritto*, 20/1997, 59 ss., con nota di PATALANO R., *Il dirigente statale privatizzato può conservare la qualità di pubblico ufficiale*; in *Cass. pen.*, 1/1998, 84 ss., con nota di MARRA G., *Corruzione: norma a più fattispecie o disposizione di legge a più norme?*; e in *Cass. pen.*, 7-8/1998, 1994 ss., con nota di RAMPIONI R., *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l'art. 319 c.p. quale disposizione a più norme!*.

delibera adottata dalla giunta esecutiva dell'Eni con cui veniva autorizzata la partecipazione della Padana Assicurazione S.p.a. – controllata da Eni al 40% - ad una iniziativa imprenditoriale avente ad oggetto l'assicurazione sulla vita dei dipendenti del Gruppo Eni e dei loro familiari, che avrebbe favorito la società privata.

Nonostante la Corte abbia riconosciuto il carattere privatistico dell'attività commissionata, tuttavia, i dirigenti di Eni sono stati qualificati come pubblici ufficiali e condannati per il reato di corruzione.⁷⁷ In particolare, i giudici di legittimità, hanno rilevato come Eni, agendo al di là dei poteri attribuitigli dalla legge istitutiva, avesse contribuito a “*formare e manifestare la volontà della p.a.*”, incidendo con la suddetta delibera sulla programmazione dell'attività, sul conseguente assetto organizzativo e sulla destinazione delle risorse finanziarie disponibili. In questo modo il Collegio, pur riconoscendo il carattere privatistico del settore assicurativo, ha fatto derivare la pubblicità della delibera incriminata dalla natura pubblicistica dell'Eni, tralasciando di verificare la sussistenza del criterio della disciplina, rilevante ai fini della qualificazione pubblicistica della funzione, nel senso indicato dal legislatore della riforma.⁷⁸

2.2. Il rapporto di dipendenza che lega il soggetto all'ente pubblico privatizzato.

Altro indice sintomatico sulla base del quale la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la natura pubblicistica del soggetto agente all'interno di un ente pubblico privatizzato, è il rapporto di dipendenza che lega il soggetto stesso all'ente.

⁷⁷ Secondo MANDUCHI C., *La sentenza Eni – Sai: la Cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*, cit., 355, ben avrebbe dovuto la Corte scindere la singola funzione esercitata dal complesso dell'attività riservata all'ente pubblico privatizzato e verificare se essa fosse o meno riconducibile allo Stato o ad altro ente pubblico. La natura pubblicistica della mansione non deriva dalla riferibilità della stessa all'ente pubblico ma dal carattere pubblicistico delle norme che la regolano e dal carattere autoritativo degli atti da cui promana, secondo la regola stabilita dall'art. 357 c.p.

⁷⁸ MANDUCHI C., *La sentenza Eni – Sai: la Cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*, cit., 357, commenta che una decisione diversa da quella adottata avrebbe avuto un impatto politico esplosivo e avrebbe rischiato di creare vuoti di tutela legislativa in settori nei quali gli amministratori di enti pubblici operano in ambito privatistico utilizzando anche finanziamenti pubblici.

Il suddetto criterio è stato utilizzato, già prima della riforma, con riferimento alle persone addette alla riscossione delle somme indicate nelle bollette emesse dall'Enel, a prescindere dal fatto che prestassero la loro opera in virtù di un rapporto diverso da quello di lavoro subordinato con l'ente erogatore.⁷⁹

Lo stesso orientamento, più di recente, è stato seguito nei confronti dei dipendenti dell'Enel per la riscossione di pagamenti da parte degli utenti in violazione delle norme che regolano l'esazione, in quanto “*gli utenti credevano di pagare ... l'Enel in persona del dipendente*”.⁸⁰ Difatti, pur seguendo l'indirizzo giurisprudenziale che, ai fini dell'individuazione della qualità di pubblico ufficiale, ritiene necessario verificare i caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dal soggetto agente, indipendentemente dalla qualifica dell'ente per il quale il soggetto presta la propria opera, il Giudice ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale anche quando non vengano rispettate le modalità di riscossione o in caso di irritualità dei mezzi di pagamento rispetto alle disposizioni organizzative dell'ufficio. La responsabilità andrebbe esclusa solo nell'ipotesi di rapporto meramente occasionale (ovvero dipendente da evento fortuito o legato al caso) tra il possesso della *res* da parte dell'agente e l'esercizio delle funzioni di pubblico ufficiale, potendo lo stesso derivare anche dall'esercizio di fatto o arbitrario di funzioni.

Più spesso, il criterio di dipendenza dell'ente è stato valorizzato nelle ipotesi di esercizio di un servizio pubblico in regime di concessione.⁸¹ Tuttavia, trattandosi di attività svolta secondo un regime privatistico, la concessione non dovrebbe valere a connotare pubblicisticamente ogni singolo aspetto del servizio realizzato e, pertanto, l'analisi sarebbe dovuta ricadere di volta in volta sulla singola funzione concretamente svolta.⁸²

⁷⁹ Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 1989, n. 3347, in *Riv. pen.*, 1990, 90, che ha stabilito che risponde di peculato il cassiere di una banca legata all'Enel da un'apposita convenzione per l'incasso delle relative bollette che si appropri del denaro versato per il loro pagamento dagli utenti dell'energia elettrica.

⁸⁰ Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2003, n. 11417, in *D&G*, 20/2003, 99.

⁸¹ Cass. pen., sez. V, 13 dicembre 1996, Gentile, in *Cass. pen.*, 1997, 2454, che ha riconosciuto il ruolo di incaricato di un pubblico servizio ai presentatori-conduttori delle trasmissioni radio-televisive.

⁸² MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 142; ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 304, precisa che “*nella attività d'impresa di un privato concessionario accanto alla normale attività retta da norme privatistiche sussisteranno anche profili di disciplina propriamente pubblicistica relativi alla concessione*”.

2.3. *L'impiego di denaro pubblico.*

La giurisprudenza penale ha individuato un ulteriore indice della qualifica pubblicistica dell'ente nell'impiego di denaro pubblico, valorizzando la ricaduta offensiva del fatto sul patrimonio pubblico.

É ancora una volta il caso dei dirigenti dell'Eni, cui è stata attribuita la qualifica pubblicistica per la capacità deliberativa degli stessi, tale da incidere sulla destinazione delle risorse finanziarie disponibili.⁸³

Il suddetto indirizzo si fonda su una sentenza della Corte Costituzionale, già richiamata con riferimento al criterio della natura dell'ente, la quale ha attribuito natura pubblicistica all'ente privatizzato che sia costituito con l'impiego di capitali statali,⁸⁴ nonostante la stessa fosse risolutiva di una diversa questione: individuare la giurisdizione competente (Corte dei conti o giudice ordinario) con riferimento agli atti di "*mala gestio*" compiuti da amministratori e dipendenti di

Difatti, come precisamente afferma Cass. pen., 16 novembre 1995, n. 11240, "*possono esistere servizi pubblici non oggetto di concessione e concessioni aventi ad oggetto attività che non costituiscono pubblico servizio. Ciò che è necessario è la presenza di un atto (normativo, ma anche di rango inferiore) dello Stato o di un ente pubblico con il quale l'attività venga assunta come propria*". Affermando tale principio in tema di corruzione la Corte di cassazione ha ritenuto che i componenti del consiglio di amministrazione del fondo pensioni Cariplo, nelle operazioni di investimenti immobili di cui all'art. 65 l. 30 aprile 1969 n. 153, fossero incaricati di un pubblico servizio. In proposito ha rilevato che l'assicurazione obbligatoria per invalidità e vecchiaia rientra nella "previdenza sociale" che, ai sensi degli art. 38 Cost. e l. 12 giugno 1990 n. 145, costituisce pubblico servizio. Detta natura non risulta modificata dal d.l. 20 novembre 1990 n. 357, che le ha attribuito carattere integrativo posto che comunque trattasi di previdenza obbligatoria. Infine, l'attività di investimenti obbligatori risulta finalizzata esclusivamente alla prestazione obbligatoria principale di carattere previdenziale. L'Autore afferma, inoltre che, in contrapposizione alla concessione, l'autorizzazione amministrativa andrebbe ad individuare i soggetti svolgenti una funzione di pubblica necessità.

⁸³ Cass. pen., 12 novembre 1996, n. 2827, cit., 349.

⁸⁴ Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, cit., ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione dell'Iri, Eni, Ina, Enel, fino a che permanga una partecipazione statale al capitale azionario delle stesse esclusivo o maggioritario. Per un approfondimento sul punto vedi Cass. civ, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, che stabilisce il principio secondo il quale spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste, invece, la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, comprometta la ragione stessa della partecipazione sociale all'ente pubblico, oppure tenga una condotta potenzialmente idonea a recare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo.

una società a partecipazione pubblica.

La giurisprudenza penale prende, quindi, l'occasione per riproporre la concezione soggettiva della qualifiche pubblicistiche, valorizzando, a seconda del caso concreto, l'apporto finanziario dello Stato nell'ente o l'impiego di denaro pubblico dell'ente. Tuttavia, com'è stato correttamente osservato, da una parte l'esistenza di una partecipazione pubblica non muta la natura dell'attività concretamente svolta dal pubblico agente, dall'altra, sempre più spesso enti di natura privata svolgono la propria funzione con l'aiuto di finanziamenti erogati dallo Stato, da altri enti pubblici e dall'Unione europea, senza che ciò valga a qualificare come pubblica l'attività dagli stessi svolta.⁸⁵

Emerge, quindi, una tendenza a punire più gravemente fatti che hanno una ricaduta offensiva sul patrimonio pubblico, rispetto a quelli che incidano solo sul patrimonio del privato, allontanandosi dall'individuazione dei doveri e poteri pubblicistici che potrebbero sussistere in capo all'agente per la gestione del denaro medesimo.⁸⁶ Con la conseguenza che l'irregolare gestione del denaro pubblico sarebbe di per sé sufficiente a potenziare il disvalore della condotta, a prescindere dall'abuso di potere o dalla violazione di un dovere giuridico pubblicistico da parte dell'agente.⁸⁷

Tutto ciò si porrebbe in aperto contrasto con l'art. 316 *bis* c.p., introdotto dal legislatore del 1990 al fine di punire le condotte dei privati che “*avendo ottenuto dallo stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni, o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità*”. Difatti, la gestione del patrimonio pubblico può essere realizzata anche a livello privatistico, a prescindere dalla titolarità di

⁸⁵ BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 103. Peraltro, puntualizza l'Autore, il legislatore italiano ha previsto specifiche fattispecie penali per punire l'utilizzo di denaro pubblico per scopi differenti rispetto al fine pubblico per il quale il finanziamento è stato concesso.

⁸⁶ MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 147, la quale cita l'esempio della riconosciuta qualifica pubblicistica di un dipendente Anas in ordine alla falsificazione di un atto, in particolare, di una “nota di missione” presupposto per ottenere l'indennità per missioni mai effettuate (Cass. pen., sez. V, 27 settembre 1995, Iaquinta, in *Cass. pen.*, 1996, 1423).

⁸⁷ FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., 566, il quale, nel criticare l'impostazione suddetta, fa leva sulla concezione di reato “funzionale”.

qualifiche pubblicistiche. Inoltre, la collocazione della fattispecie in questione nell'ambito della categoria dei "delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", evidenzia l'omogeneità dell'oggetto su cui ricade la condotta (patrimonio pubblico), distinguendo, però, il disvalore del fatto e, quindi, la conseguenza sanzionatoria, a seconda della qualifica individuata in capo all'agente.⁸⁸

In definitiva, l'impiego di denaro pubblico non può rappresentare un indice di pubblicità della qualifica in capo all'autore del reato a prescindere dalla rilevazione di un corrispondente abuso di potere o inosservanza di dovere pubblicistico.

2.4. "L'efficienza organizzativa" dell'ufficio.

Nello stesso errore rispetto all'indirizzo precedente incorre quella giurisprudenza che ricava la qualifica pubblicistica dell'attività dall'effetto che questa produce sull'organizzazione degli uffici e quindi sul buon funzionamento dell'ente.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza in ordine all'attività di attestazione sul cartellino segnatempo, in quanto quest'ultimo svolgerebbe la sua funzione non solo con riferimento al rapporto di lavoro, ma anche in relazione all'organizzazione stessa della Pubblica Amministrazione, con riflessi sulla sua funzionalità.⁸⁹

La tesi contraria, successivamente abbracciata dalle Sezioni Unite⁹⁰, valorizza il fatto che i cartellini segnatempo esprimono la loro efficacia in via immediata e diretta con riferimento al profilo retributivo, mentre il controllo sul regolare svolgimento del servizio nel suo complesso avviene solo in via indiretta

⁸⁸ MASSI S., 'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione, cit., 152.

⁸⁹ Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2005, n. 5676, in *Cass. pen.*, 4/2006,1464: si tratta di un dipendente dell'ufficio anagrafe che attestava falsamente la sua presenza in servizio in una giornata in cui era stato notato fuori del predetto ufficio. La Corte specifica che "*l'orientamento poggia sul rilievo che detti documenti debbano essere considerati atti pubblici in quanto concernenti attestazioni di verità – provenienti da chi li ha sottoscritti o ne risulti comunque l'autore – suscettibili di produrre effetti giuridici per la Pubblica Amministrazione*".

⁹⁰ Cass. pen., S.U., 11 aprile 2006, n. 15983, in *Cass. pen.*, 9/2006, 2792, secondo cui la nozione di atto pubblico deve seguire i medesimi criteri individuati dagli artt. 357 e 358 c.p. per la pubblica funzione e il pubblico servizio.

e, pertanto, non si ritiene sufficiente a inquadrare i medesimi sotto la categoria degli atti pubblici aventi rilievo penalistico ai sensi degli articoli 357 e 358 c.p.⁹¹

Senonché, anche il suddetto orientamento non tiene conto del fatto che il medesimo bene giuridico può essere leso altresì da un privato e non solo da un soggetto che sia inserito nella struttura dell'ente a tutela del bene medesimo. Con la conseguenza che, ancora una volta, l'individuazione della qualifica pubblicistica dovrebbe rapportarsi con i poteri e i doveri pubblicistici di cui l'agente sia titolare e non solo con la ricaduta offensiva dell'attività sul bene tutelato.⁹²

2.5. Il “rapporto di strumentalità” rispetto a fini pubblici e alle attività pubbliche che perseguono tali fini.

Più vicino ad un'analisi dell'attività dell'ente, ma pur sempre fuorviante, è l'orientamento che valorizza il perseguimento di un interesse pubblico anche in via strumentale.⁹³

Sul punto, la Corte rileva che *“gli enti fieristici hanno una base ordinamentale espressa da normative dello Stato e delle regioni, da regolamenti, da provvedimenti generali nonché da provvedimenti di autorizzazione e di controllo; d'altro canto svolgono attività contrassegnate dalla presenza di fini sociali, che impongono per l'ente una sottrazione della libera disponibilità dei fini operativi e l'imposizione di obiettivi che vanno oltre l'ambito degli interessi di apprezzamento privatistico”*. Pertanto, *“l'amministratore di un siffatto ente è incaricato di un pubblico servizio e la condotta del medesimo il quale si avvalga della sua qualità, derivante dal suo inserimento nell'organizzazione, o dei suoi poteri, attinenti alla base ordinamentale del suo ufficio, per condizionare la volontà del privato ed accettare le sue pretese, configura il reato di*

⁹¹ A favore della tesi contraria vedi Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2002, n. 12789, in *Riv. pen.*, 2/2003, 873.

⁹² MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 154, sottolinea che la regolarità dell'ufficio e la relativa efficienza sono “beni strumentali” al raggiungimento dei concreti interessi dell'ente, i quali sono i veri e propri “beni finali” da tutelare.

⁹³ Cass. pen., 16 gennaio 1997, n. 3403, in *Cass. pen.*, 1998, 1119, la quale desume la natura pubblica dell'ente fiera di Vicenza e, dunque, la qualità di incaricati di un pubblico servizio degli amministratori del medesimo, dal perseguimento di fini sociali.

concussione”.⁹⁴

Giova fin da subito evidenziare che il conseguimento di uno scopo di interesse generale non vale di per sé stesso a qualificare come pubblicistica l'attività rivolta a tal fine. Difatti, esistono attività disciplinate dal diritto privato che, pur perseguendo un interesse pubblico, mantengono la loro qualifica privatistica. E, tanto più ciò accade se l'interesse sia raggiunto non direttamente ma in via strumentale.⁹⁵

Peraltro, come vedremo, il criterio del perseguimento di un interesse generale rientra tra gli elementi costitutivi di un organismo di diritto pubblico, insieme alla personalità giuridica e all'influenza statale, ed è quindi escluso che possa valere quale elemento discriminatore tra la qualifica pubblicistica e privatistica del soggetto operante. Esso si allontana dall'analisi dell'attività in concreto esercitata facendo prevalere l'aspetto della relativa finalizzazione ad un interesse di tipo pubblicistico.

Non poco distante dall'indirizzo summenzionato si colloca la tendenza ad estendere la qualifica pubblicistica anche nel caso in cui si tratti di attività di carattere strumentale accessorio o preparatorio al raggiungimento di fini istituzionali dell'ente.⁹⁶

In tal senso si è espressa la giurisprudenza nel caso di un cassiere di un Ente pubblico (Ente Autonomo Orchestra Sinfonica Siciliana), sulla base del solo rilievo che *“la sua attività, pur non essendo autonomamente di pubblico servizio, è tuttavia finalizzata alla vita dell'Ente, titolare della finalità pubblica ed è*

⁹⁴ Cass. pen., 16 gennaio 1997, n. 3403, cit..

⁹⁵ BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 100. Si pensi, ad esempio, agli istituti bancari che, a seguito della sentenza a Sezioni Unite (Cass. pen., 23 Maggio 1987, Tuzet) sono stati ricondotti ad enti privatistici nell'esercizio dell'attività di esercizio del credito e raccolta del risparmio.

⁹⁶ Cass. pen., 27 giugno 1996, Ceramonica, in *Cass. pen.*, 1997, 3413, qualifica incaricati di un pubblico servizio i funzionari di Alitalia preposti alla gare per l'aggiudicazione dei lavori di ristrutturazione di parti dell'aeroporto, sul presupposto che queste sarebbero state strumentali allo svolgimento del servizio pubblico di trasporto aereo, condannandoli per il reato di corruzione. In senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1996, n. 10735, in *Riv. pen.*, 1997, 429, secondo cui *“la nozione di pubblico servizio abbraccia normalmente quelle attività pubbliche che, pur essendo scevre di potestà d'imperio e di certificazione documentale, hanno tuttavia connotazioni di sussidiarietà e di complementarietà rispetto a quelle del pubblico ufficiale, nell'ambito di una determinata organizzazione amministrativa, per cui appare certa in esse la finalità di espletare un servizio, che ancor quando non essenziale all'ente pubblico, risulta assunto nell'interesse della collettività”*.

accessoria o complementare alla pubblica funzione".⁹⁷

Senonché, ciò comporterebbe un'inammissibile estensione della qualifica pubblicistica ad ogni tipo di attività funzionale al perseguimento dei fini dell'ente e, quindi, come affermato in dottrina, *"ogni attività esercitata per conto di un ente pubblico darebbe, inesorabilmente, pubblica veste al soggetto, perché potrebbe dirsi, in modo più o meno diretto, strumentale alla realizzazione degli scopi ultimi e pubblicistici dell'ente medesimo"*.⁹⁸ Ne discenderebbe, inoltre, un'inevitabile resurrezione della concezione soggettiva: la qualifica pubblicistica dell'ente sarebbe sufficiente a giustificare la medesima connotazione in capo al singolo agente che svolga qualsiasi tipo di attività ad esso "ausiliaria" o "strumentale".⁹⁹

E, poco cambierebbe se, invece di fare riferimento al fine pubblico, si ripiegasse sulla funzione pubblica, rispetto alla quale dovrebbe verificarsi il nesso di strumentalità dell'attività: posto che i due concetti finiscono per identificarsi, anche in quest'ultimo caso non sarebbe possibile valutare la concreta attività svolta dal soggetto agente.¹⁰⁰

Un'ultima variante del suddetto criterio è costituita dal principio che rievoca l'appartenenza dell'attività ad una procedura pubblica, per definizione costituita da fasi in rapporto di strumentalità, per cui l'intera procedura viene connotata pubblicisticamente.¹⁰¹ A titolo esemplificativo, si fa riferimento alle attività di contrattazione della Pubblica Amministrazione con privati, posto che, a una prima fase deliberativa dell'amministrazione aggiudicatrice, segue la vera e propria fase di formulazione dei contratti secondo la disciplina privatistica, lasciata alla libertà delle parti. Ebbene, capita spesso che, proprio per la complessità della procedura, la giurisprudenza non distingua le due fasi ma riconduca l'indice pubblicistico alla procedura complessivamente individuata, prescindendo anche in questo caso dalla verifica della specifica mansione

⁹⁷ Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 1994, n. 466, in *Riv. pen.*, 1994, 1123.

⁹⁸ FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., 567.

⁹⁹ BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 100.

¹⁰⁰ Cass. pen., 26 settembre 1997, n. 8619, in *Riv. pen.*, 1997, 1128.

¹⁰¹ MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 160.

svolta.¹⁰²

2.6. L'insieme delle mansioni svolte.

Non del tutto isolato dagli altri criteri, ma comunque meritevole di essere accennato, il riferimento all'insieme delle mansioni svolte dall'agente o che competono all'ente.¹⁰³

Tuttavia, anche in questo caso il rischio di indeterminatezza permane, traducendosi nell'impossibilità di distinguere le singole attività dalla mansione complessivamente svolta e finendo per connotare pubblicisticamente anche attività che, di per sé stesse, non siano espressione di poteri e doveri pubblicistici.

Ebbene, gli orientamenti suddetti dimostrano una prassi applicativa che si discosta da una concezione funzionale-oggettiva, così come consacrata dalla riforma del 1990, facendo ricadere nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione anche fattispecie nelle quali la qualifica soggettiva non sia ravvisabile con riferimento all'attività concretamente prestata dall'agente.

3. La falsa documentazione delle investigazioni difensive.

Sotto un diverso profilo, la giurisprudenza è giunta a riconoscere la qualifica di pubblico ufficiale al difensore che documenti l'attività investigativa svolta ai sensi degli articoli 391 *bis* ss. c.p., introdotti con l. 7 dicembre 2000, n. 397, valorizzando la natura di atto pubblico che il relativo verbale assumerebbe se acquisito in giudizio.

A tal proposito, giova premettere che il difensore può acquisire notizie da

¹⁰² Cass. pen., sez. VI, 24 aprile 1999, Grande, in *Giur. It.*, 2001, 358, la quale riconosce la qualità di pubblici ufficiali in capo ai membri del comitato investimenti costituito all'interno del consiglio di amministrazione della direzione generale degli istituti di previdenza del Ministro del Tesoro, "per aver formato e manifestato la volontà della Pubblica Amministrazione secondo articolate procedure".

¹⁰³ Cass. pen., 12 novembre 1996, n. 2827, cit., richiama in sé i criteri della natura dell'ente, dell'impiego di denaro pubblico e delle mansioni complessivamente considerate, in particolare con riguardo a quest'ultimo, finendo con il qualificare pubblicistiche le attività attinenti all'organizzazione e al programma dell'ente medesimo, quali espressione della funzione deliberativa dello stesso.

parte di persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa attraverso un colloquio non documentato, oppure facendosi rilasciare una dichiarazione scritta o mediante la documentazione delle informazioni dalle stesse rese secondo le modalità previste dall'art. 391 *ter* c.p.

Ciò premesso, resta da stabilire se integri il delitto di falso ideologico in atto pubblico di cui all'art. 479 c.p.¹⁰⁴, la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate di circostanze utili acquisite a norma degli articoli 391 *bis* e 391 *ter* c.p. e verbalizzate in modo infedele. Si tratta, quindi, di stabilire se il difensore, nello svolgimento dell'attività di investigazione difensiva, assuma la qualifica di pubblico ufficiale.

La tesi contraria al riconoscimento della qualifica pubblicistica trova fondamento nella lettera dell'art. 359 c.p., il quale riconduce espressamente il difensore alla categoria dei soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità. Sicché, anche la precedente giurisprudenza aveva sempre ritenuto non necessaria, stante la presenza di un riferimento normativo, l'indagine sulla natura dell'attività concretamente espletata dal difensore, riconoscendo allo stesso la qualità di soggetto svolgente un servizio di pubblica utilità.¹⁰⁵

Di contro, è stato autorevolmente sostenuto che il fatto di esercitare un servizio di pubblica necessità non esclude che, al suo interno, possa ricavarsi uno spazio in cui la redazione di un atto sia connotata pubblicisticamente.¹⁰⁶

Dal canto suo, la giurisprudenza civile si è attestata solidamente sul principio secondo cui il difensore, con l'autentica della procura, compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualità di pubblico ufficiale.

¹⁰⁴ Art. 479 c.p.: Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici. “*Il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'articolo 476*”.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. V, 28 aprile 2005, n. 22496, così massimata: “*Il soggetto che esercita la professione forense, indipendentemente dagli atti specifici compiuti, svolge un servizio di pubblica utilità: ne consegue che risponde del reato di falsità ideologica ai sensi dell'art. 481 c.p. l'avvocato che falsamente attesti l'autenticità della firma apposta dal cliente in calce a un ricorso per cassazione*”.

¹⁰⁶ Sul punto vedi Cass. pen., sez. II, 20 gennaio 2011, n. 6524, che precisa, in un caso di mancata sottoscrizione di ogni foglio del verbale di indagine difensiva, come proprio l'art. 391 *bis* c.p.p., comma 6, preveda l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ricevute o delle informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni poste a disciplinare le relative modalità di ricezione.

Ebbene, la questione è stata risolta dalla Suprema Corte nel 2006, con il seguente principio di diritto: *“Integra il delitto di falso ideologico di cui all’art. 479 c.p. la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate di circostanze utili acquisite a norma degli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p. e verbalizzate in modo infedele”*.¹⁰⁷

In particolare, i passaggi motivazionali definiscono due ordini di questioni presupposte alla risoluzione del caso concreto.

In primo luogo, la Corte mantiene la differenza funzionale tra pubblico ministero e difensore, in quanto solo il primo è tenuto a raccogliere tutte le emergenze riguardanti l’indiziato, mentre al secondo la legge riconosce ampi poteri dispositivi. Tuttavia, quest’ultimo *“non ha il diritto di manipolare le informazioni ricevute ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli”*¹⁰⁸. Tanto che, esiste un’evidente simmetria legislativa tra la falsità nelle dichiarazioni verbalizzate dal difensore (art. 371 *ter* c.p.) e quella riguardante le dichiarazioni verbalizzate dal p.m. (art. 371 *bis* c.p.), entrambe di rilevanza penale.

In secondo luogo, il verbale nel quale vengono raccolte le informazioni è destinato a provare fatti determinati ed ha gli stessi effetti processuali del verbale redatto dal pubblico ministero. Pertanto, entrambi rappresentano atti pubblici quanto alla relativa funzione attestativa e in ordine alla connessa rilevanza probatoria.¹⁰⁹

Rimane il fatto che, nonostante si tratti di reato istantaneo, la punibilità della condotta del difensore è condizionata alla presentazione in giudizio dell’atto falso, integrando, di fatto, una condizione obiettiva di punibilità estrinseca o di

¹⁰⁷ Cass. pen., S.U., 27 giugno 2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 12/2006, 3985 ss., con nota di VESSICHELLI M., *Investigazioni difensive e falsità*, 3990 ss. L’Autrice analizza gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali a favore e contro il riconoscimento della qualifica pubblicistica, manifestando la sua disapprovazione in ordine alla struttura e alle argomentazioni addotte nella sentenza.

¹⁰⁸ Cass. pen., S.U., 27 giugno 2006, n. 32009, cit.

¹⁰⁹ VESSICHELLI M., *Investigazioni difensive e falsità*, cit., 3994, sostiene che la sentenza provi troppo poco, essendosi la Corte soffermata sulla natura del verbale redatto quale fonte di effetti processuali, tralasciando di analizzare la concreta attività documentativa svolta dal difensore come espressione di “pubblica funzione giudiziaria”. Contrario alla pari efficacia probatoria è RAVAGNAN L., *Difensore pubblico ufficiale? “Il difensore non è mai un p.u. quando raccoglie la prova”*, in *Riv. pen.*, 2006, 3, il quale afferma che è la legge a stabilire quando due distinti mezzi di prova abbiano eguale efficacia probatoria (art. 189 c.p.p.), senza che ne discenda una particolare qualifica soggettiva in capo a colui che raccoglie la prova stessa.

procedibilità.¹¹⁰

In definitiva, lungi dall'attribuire al difensore la qualifica di pubblico ufficiale nell'esercizio in generale della professione, la giurisprudenza individua un'attività concreta, anzi, un atto, in relazione al quale sussistono i caratteri tipici della pubblica funzione di cui all'art. 357 c.p., avvicinandosi alla concezione oggettiva ivi espressamente formulata.

¹¹⁰ Così LONGOBARDO C., *Indagini difensive e difensore come pubblico ufficiale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2013, 10.

SEZIONE II

VERSO UN'INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA: LA GIURISPRUDENZA APPLICA IL CRITERIO FUNZIONALE-OGGETTIVO

4. La giurisprudenza “virtuosa”. La qualifica degli operatori bancari.

La qualificazione degli operatori bancari ha da sempre costituito un problema centrale nell'individuazione dei soggetti attivi dei reati contro la Pubblica Amministrazione, con particolare riferimento al reato di peculato (art. 314 c.p.¹¹¹).

Per comprendere il settore in cui la funzione di tali operatori si sviluppa, è bene fornire una definizione delle aziende di credito in cui essi operano: esse sono *“gli istituti che congiuntamente raccolgono il risparmio ed esercitano il credito; la raccolta del risparmio deve avvenire tra il pubblico in forma indeterminata ed indiscriminata e l'esercizio del credito deve attuarsi con quelle operazioni tipiche attraverso le quali si ha l'impiego sistematico dei capitali raccolti, al fine di ottenere dal frutto di essi l'utile dell'azienda”*¹¹².

La questione trova le sue origini nella legge bancaria del 1938, la quale non offre una soluzione esplicita al problema della qualificazione degli operatori bancari ma può costituire la fonte di alcune considerazioni a riguardo. L'art. 1 della legge, definisce l'attività creditizia “funzione di interesse pubblico”, non inquadrandola, quindi, nelle definizioni di “pubblica funzione” o di “pubblico servizio” delineate dal codice Rocco agli articoli 357 e 358. Inoltre, l'art. 92 della

¹¹¹ L'art. 314 c.p. così dispone: “1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. 2. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare un uso momentaneo della cosa e questa, dopo l'uso momentaneo è stata immediatamente restituita.”

¹¹² CIANCI S., *La responsabilità penale degli operatori bancari: evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1989, II, 508. La definizione è data da una commissione d'inchiesta nel 1951.

stessa legge, richiama per alcune categorie di operatori bancari le norme penali societarie di cui al codice civile (artt. 2621 ss.).¹¹³ Gli articoli in esame propendono quindi per una concezione privatistica dell'attività bancaria.

L'inquadramento dato dal legislatore si scontrò, però, con l'affiorare di alcune lacune di tutela penale riguardanti le erogazioni bancarie di somme per scopi estranei all'istituto, per cui la magistratura degli anni '60-'70 fu indotta a ricercare nello statuto penale della Pubblica Amministrazione le norme in grado di reprimere tali condotte, facendo leva sulla titolarità pubblica dell'attività. Fu così che alcuni operatori bancari pubblici furono incriminati per la prima volta sotto il titolo di peculato (art. 314 c.p.), e non per appropriazione indebita (art. 646 c.p.), fattispecie che fino ad allora aveva compreso l'abuso dei beni sociali.¹¹⁴ Gli interventi giurisprudenziali in questione non suscitarono l'attenzione delle categorie interessate, per il carattere sporadico e non particolarmente influente sull'attività bancaria, ma giustificarono la reazione della dottrina, preoccupata della diversità di trattamento, sotto il profilo della responsabilità penale, tra i dirigenti di un'impresa pubblica e quelli di un'impresa privata, posto che entrambi svolgono la medesima attività di gestione.¹¹⁵ Tali perplessità affiorarono nel Convegno (il quinto dei convegni di studi "Enrico De Nicola") tenutosi a Como dal 29 aprile al 1 maggio 1966, nel corso del quale vennero presentati i risultati di una ricerca sul "diritto penale dell'impresa pubblica" finanziata dal C.N.R. ed emerse la tendenza a configurare uno statuto penale dell'impresa, idoneo a stabilire una disciplina nuova ed autonoma, esente da lacune e valida per ogni tipo di impresa. L'impegno non fu, però, intrapreso dal legislatore e la questione rimase irrisolta fino a che non coinvolse i vertici degli istituti di credito pubblico.

¹¹³ Ci si riferisce alla legge 7 marzo 1938, n. 141, pubblicata in G.U. n. 61 Suppl. Ord. del 15 Marzo 1938: "Conversione in legge, con modificazioni, del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, contenente disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia". L'art. 1 di tale legge afferma che "la raccolta di risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme della presente legge".

¹¹⁴ BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, 444-445. Per la giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass. pen., 5 dicembre 1967, Bene, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1968, 1259.

¹¹⁵ BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, cit., 445.

L'*excursus* storico di cui si è appena accennato è inquadrabile nella prima delle tre fasi caratterizzanti l'evoluzione del pensiero giuridico riguardo alla qualificazione soggettiva dei dipendenti bancari.

In particolare, tale fase si sviluppa dalla metà del secolo scorso al 1981, e poggia sul principio per cui i dipendenti degli istituti di credito di diritto pubblico debbano considerarsi pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, a seconda delle mansioni svolte; mentre i dipendenti degli istituti di credito di diritto privato non possano considerarsi tali. In base all'orientamento delineato, si riconosce la qualifica di pubblico agente anche solo sulla base del semplice rapporto di impiego o di dipendenza dell'agente dalla Pubblica Amministrazione, ossia facendo riferimento a parametri di qualificazione di tipo soggettivo, incentrati sulla natura giuridica dell'ente di appartenenza.¹¹⁶ In linea generale, il pubblico servizio era considerato un'attività traente la propria qualità pubblica dal fatto di essere direttamente o indirettamente riconducibile allo Stato.¹¹⁷

Evidente il contrasto con la connotazione funzionale delle qualifiche pubblicistiche enunciate agli articoli 357 e 358 del codice penale, nonché con l'art. 10 della legge bancaria, il quale definisce espressamente "pubblici ufficiali" i soli funzionari della Banca d'Italia nell'esercizio di funzioni ispettive. Inoltre, come abbiamo anticipato, la qualificazione anzidetta comportava un'ingiustificata disparità di trattamento tra dipendenti di aziende di credito di diritto pubblico (che vedevano riconosciuta una tutela penalistica nel loro ambito ma allo stesso tempo ricevevano un trattamento sanzionatorio più severo) e dipendenti di istituti creditizi di diritto privato.¹¹⁸

Tale impostazione generò, da una parte, l'insoddisfazione della classe politica, la quale presentò ben cinque progetti di legge tendenti a parificare le qualifiche, che non portarono, però, ad alcun risultato immediato. A titolo esemplificativo, il disegno di legge n. 789 d'iniziativa dei Senatori Cipellini,

¹¹⁶ MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2001, 601.

¹¹⁷ CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, 1989, 244.

¹¹⁸ GUIDI D., *Il delitto di peculato*, cit., 53-54. In particolare, negli anni ottanta, la scienza penalistica era tornata con grande insistenza sulla questione, a seguito dei numerosi mandati di cattura emessi dal Giudice Istruttore del Tribunale di Roma a carico dei vertici dell'Italcasse, affrontando il più generale problema di intervento del diritto penale in materia economica (CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 11).

Scamarcio e altri affermava che “*La raccolta del risparmio e l’esercizio del credito effettuati dalle aziende di credito... non si considerano pubblica funzione o pubblico servizio agli effetti della legge penale*”. Esso esprimeva una presa di posizione contraria all’orientamento giurisprudenziale ma non offriva alcuna soluzione adatta a colmare i vuoti di tutela derivanti dall’affermata inapplicabilità dello statuto penale della Pubblica Amministrazione. Diversamente, la proposta di legge n. 1785 dei deputati Minervini e Spaventa, offriva una soluzione organica al problema, autorizzando il governo ad introdurre la previsione del delitto di “infedeltà patrimoniale” e di “frode in pubblici ausili finanziari od imprese”, i quali, però, non erano sufficienti a ricoprire la varietà di fattispecie in cui gli abusi potevano presentarsi.¹¹⁹

D’altra parte, in alcuni processi penali aventi per oggetto l’addebito di peculato a carico di operatori bancari pubblici, i giudici, con diverse ordinanze, sollevarono questione di legittimità costituzionale degli articoli 314, 357 e 358 c.p. in relazione all’art. 1 della legge bancaria,¹²⁰ per contrasto con gli artt. 3 e 47 della Costituzione.¹²¹

Inoltre, la direttiva CEE del 12 dicembre 1977, n. 780, prescriveva che doveva essere ribadito il vincolo alla unitarietà ed alla omogeneità della disciplina del credito, attraverso la parità di trattamento degli enti creditizi, al fine di realizzare la protezione del risparmio e la tutela dei risparmiatori.¹²²

Fu così che, prima che la Corte Costituzionale si pronunciasse sulla questione di legittimità costituzionale sollevata¹²³ e prima che intervenisse il legislatore per dare attuazione alla direttiva,¹²⁴ sulla questione, nel 1981, si pronunciarono le Sezioni Unite della Cassazione.

¹¹⁹ BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, cit., 448-449.

¹²⁰ L’art. 1 della legge bancaria definisce “funzioni di interesse pubblico” la raccolta del risparmio e l’esercizio del credito, gli atti autorizzatori dell’autorità per l’accesso al sistema creditizio, i poteri precettivi dell’organo pubblico di vigilanza nei confronti delle imprese bancarie, i penetranti controlli cui le stesse imprese sono soggette, e gli interventi dei pubblici poteri, in caso di crisi economica, nelle forme dell’amministrazione provvisoria e della liquidazione coatta amministrativa.

¹²¹ Per tutte, Trib. Torino, 27 Marzo 1981, Bonino, in *Giur. Cost.*, 1982, 182.

¹²² CALDERONE R., *Il servizio del credito alla luce della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1982, 44.

¹²³ La Corte Costituzionale dichiarò l’inammissibilità delle questione di legittimità sollevata, in quanto riguardante scelte di merito rimesse all’esclusiva discrezionalità del legislatore (Corte Cost., 1 luglio 1983, n. 205, in *Cass. pen.*, 1983, 1930).

¹²⁴ Il legislatore diede attuazione alla direttiva con il decreto delegato 27 giugno 1985, n. 350 (G.U. n. 165 del 15 luglio 1985: “Attuazione della direttiva, in data 12 dicembre 1977, del

Con tale sentenza, la Cassazione operò una “parificazione verso l’alto”, in base alla quale tutti gli operatori del settore bancario rivestivano la qualità di pubblico agente in ragione del carattere oggettivamente pubblicistico delle funzioni di raccolta del risparmio tra il pubblico e di esercizio del credito, volte al perseguimento di un interesse pubblico.¹²⁵

La qualificazione dell’attività bancaria come pubblico servizio in senso oggettivo, faceva riferimento ad alcuni criteri sintomatici: a) la definizione legislativa di cui all’art. 1 nella legge bancaria della raccolta del risparmio e dell’esercizio del credito come “funzioni di interesse pubblico”; b) la subordinazione dell’accesso all’attività ad una autorizzazione rilasciata dall’autorità pubblica in base ad una scelta discrezionale; c) il controllo pubblico del sistema creditizio da parte di organi della Pubblica Amministrazione con poteri di indirizzo, direttiva, vigilanza e controllo; d) la presenza nel sistema di istituti di credito con personalità giuridica pubblica; e) il regolamento delle dimensioni dell’attività imprenditoriale tramite pubblici poteri; f) la previsione di un controllo tecnico nella gestione del servizio svolto dagli organi governativi e di un controllo ispettivo dell’organo della vigilanza; g) l’approvazione degli statuti e relative modifiche, nonché la partecipazione di rappresentanti dello Stato nei consigli di amministrazione prevista per alcuni tipi di istituti; h) il regime pubblicistico delle procedure concorsuali cui sono sottoposte le aziende di credito in crisi (amministrazione provvisoria e liquidazione coatta amministrativa).¹²⁶

Consiglio delle Comunità europee n. 77/780 in materia creditizia, in applicazione della legge 5 marzo 1985, n. 74”) lasciando però formalmente irrisolta la questione relativa alla qualifica degli operatori bancari ai fini penalistici.

¹²⁵ Cass. pen., S.U., 10 ottobre 1981, Carfi, in *Cass. pen.*, 1982, 32. La sentenza, afferma il seguente principio: “*La raccolta del risparmio e l’esercizio del credito costituiscono attività cui è immanente un pubblico interesse e che rientrando in un’organizzazione settoriale soggetta a penetrante ingerenza di poteri pubblici di disposizione, formazione interna, direttiva e controllo, integrano un pubblico servizio, in senso oggettivo, la cui prestazione ad opera di aziende ed istituti di credito privati determina negli agenti la qualità di incaricati di pubblico servizio a norma dell’art. 358 n. 2, c.p.*”.

Sull’evoluzione della nozione di “pubblico servizio”, dalla concezione soggettiva a quella oggettiva, CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 243 ss.

¹²⁶ BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, cit., 455; CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 14.

Anche tale soluzione, adottata dalla Cassazione, fu oggetto di critiche da parte della dottrina¹²⁷, la quale prospettava come le sole vie giuridicamente praticabili fossero quelle di “mantenere l’attuale sistema discriminatorio, ma legalmente ineccepibile, o attuare una riforma, ..., in base alla quale sia espressamente sancito che, fatta eccezione di alcuni casi particolari, l’esercizio del credito e la raccolta del risparmio non costituiscono pubblico servizio”.¹²⁸ Infatti, la soluzione giurisprudenziale, se da una parte era avvalorata dai parametri evidenziati, dall’altra contrastava con alcuni riferimenti legislativi, in particolare con l’art. 358 c.p., che accoglieva una nozione di “pubblico servizio” meno ampia di quella elaborata per comprendere gli operatori bancari. La definizione di pubblico servizio enunciata nella norma penalistica, infatti, risentiva dell’influenza della titolarità dello stesso in capo a soggetti appartenenti alla Pubblica Amministrazione, diversi da quelli operanti nel settore bancario. Per tale motivo, estendendo tale qualifica a questi ultimi, essi si ritrovavano ad essere vincolati al rispetto di divieti e comandi mal conciliabili con i fondamentali canoni di comportamento, caratterizzanti l’esercizio di impresa ed espressi implicitamente dalla legge bancaria. La pronuncia, inoltre, non raggiungeva appieno il fine proposto, che era quello dell’equiparazione del trattamento di dipendenti pubblici e privati nel settore bancario, ritenendo applicabile per i primi il delitto di peculato, mentre per i secondi il reato di malversazione: l’operatore bancario veniva considerato, in quest’ultimo caso, incaricato di un pubblico servizio in forza della rilevanza pubblicistica dell’attività creditizia, ma l’istituto di credito non veniva immesso nel concetto di Pubblica Amministrazione valido a fini penalistici, continuando ad essere considerato un istituto privato.¹²⁹

Prendendo spunto da tali indicazioni, si aprì la terza ed ultima fase dell’evoluzione giurisprudenziale: con una sentenza che risale al 1987, le Sezioni Unite delinearono un cambio di indirizzo, enunciando il principio generale secondo cui l’attività creditizia ordinaria riveste carattere privatistico, a

¹²⁷ BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, cit., 455-456; NUVOLONE P., *Banche private e pubblico servizio*, in *Ind. pen.*, 1981, 723 ss.; MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito*, cit., 603; CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 15 ss.

¹²⁸ NUVOLONE P., *Banche private e pubblico servizio*, cit., 727-728.

¹²⁹ CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 15.

prescindere da chi la eserciti; di conseguenza gli operatori bancari non sono qualificabili come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, ma sono soggetti solo alla normativa penale prevista dalla legge bancaria con i riferimenti alle disposizioni penali contenute nel codice civile.¹³⁰

La Corte, infatti, in via interpretativa, ha tolto valore a quelli che erano gli indici sintomatici della qualifica pubblicistica, recependo le innovazioni apportate al sistema creditizio dalla legge 5 dal d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 (attuativo della direttiva CE 780/77). Principalmente, esse statuivano che lo svolgimento dell'attività bancaria non era più sottoposto ad un'autorizzazione discrezionale ma dipendeva dall'esistenza di determinati requisiti previsti dalla legge, i quali dovevano semplicemente essere accertati; inoltre, veniva meno il carattere invasivo dei controlli dell'autorità di vigilanza, in rapporto all'avvenuta instaurazione di un sistema autenticamente concorrenziale e non più oligopolistico: i controlli erano finalizzati ad assicurare presidi patrimoniali, liquidità globale ed efficienza imprenditoriale e non erano pertanto sufficienti a connotare di caratteri pubblicistici l'impresa bancaria.¹³¹ L'attività creditizia assumeva la natura di "impresa", in contrapposizione alla locuzione "funzione di interesse pubblico" alla quale si era dato peso per configurare in senso pubblicistico la gestione del credito. Circa l'amministrazione provvisoria e la liquidazione coatta amministrativa, l'estensione della loro previsione anche all'impresa privata, faceva venir meno il loro carattere sintomatico.¹³²

Gli altri indici rilevatori venivano svalutati attraverso il rilievo che gli atti pubblicistici della disciplina del credito costituiscono un argomento che "prova troppo". Il pubblico servizio è sempre sottoposto ad un regime e a dei controlli pubblicistici, ma non è vero il reciproco: non tutte le imprese sottoposte a controlli amministrativi danno vita a un pubblico servizio.¹³³

¹³⁰ Cass. pen., S.U., 23 Maggio 1987, Tuzet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 ss., così massimata: "Il modulo privatistico nella gestione dell'intermediazione creditizia e gli strumenti negoziali di diritto privato con i quali sono regolati i rapporti con i fornitori dei servizi, collocano l'ordinaria attività bancaria, indipendentemente dalla natura dell'ente che la esercita, nella sfera del 'privato'".

¹³¹ GUIDI D., *Il delitto di peculato*, cit., 58.

¹³² BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, 113-114.

¹³³ PALIERO C.E., *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è 'comune' la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 702-703.

La Corte ha statuito altresì che costituisce eccezione al principio l'attività degli enti creditizi pubblici che esula dalla gestione economica, come quella che concerne la costituzione e l'estinzione dell'ente, il funzionamento degli organi statutari, l'esercizio di poteri di organizzazione, l'amministrazione degli utili. Inoltre, rientrano nella sfera pubblicistica i soggetti che svolgono attività in campo monetario, finanziario, valutario o fiscale, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate, nonché quelli che esercitano attività bancaria relativa ai crediti speciali o agevolati, e in genere a tutti i crediti di scopo legale.¹³⁴

Senonché, anche tale indirizzo non è andato esente da critiche.¹³⁵ L'attribuzione allo *ius superveniens* del decreto attuativo della direttiva CE del ruolo di elemento determinante l'esclusione dell'attività creditizia dalla sfera pubblicistica penalmente rilevante, non è, infatti, avvalorata da una successiva sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, la quale ha chiarito che il venir meno dell'autorizzazione per lo svolgimento dell'attività in questione non mira a conseguire la privatizzazione indicata dalla Cassazione;¹³⁶ inoltre, si è rilevato come i poteri di controllo della Banca d'Italia, in molti aspetti dell'attività creditizia, siano rimasti penetranti.

In definitiva, quella che sembra una soluzione fondata su dati legislativi certi, non è altro che un'ulteriore opera di "supplenza giurisprudenziale", che pur trovando innegabili attenuanti nell'inerzia legislativa di fronte ai mutamenti nella realtà economica, risulta contrastante con il principio di legalità proprio di uno

¹³⁴ Cass. pen., S.U., 23 Maggio 1987, Tuzet, cit., afferma che "questi tipi di credito gravano in varia misura sulla finanza pubblica, normalmente sono erogati attraverso un provvedimento pubblico di natura concessoria o autorizzatoria, sono soggetti a regole ed assistiti da privilegi e procedure particolari. Inoltre, le categorie dei destinatari dei crediti ed i presupposti per ottenerli sono stabiliti dalla legge e la loro gestione è affidata ad istituti speciali o a sezioni speciali di normali istituti che vigilano perché il credito abbia la destinazione voluta dall'ente finanziario".

¹³⁵ MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito*, cit., 608-609; CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 37 ss.

¹³⁶ Nel Caso specifico, la Corte di Appello di Venezia aveva chiesto ai giudici della Comunità europea di stabilire se la disciplina relativa alla "struttura dell'organizzazione dell'ente creditizio" – che gli Stati membri erano invitati ad emanare in ossequio alla direttiva 77/780 – potesse comprendere norme attributive della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio ai dipendenti. Sulla pronuncia della Corte di Giustizia europea, fecero leva i giudici italiani che sostennero l'ininfluenza della direttiva europea e della successiva legge attuativa sulla qualificazione come pubblico servizio dell'attività bancaria (a titolo esemplificativo, Cass. pen., 24 marzo 1988, Ferranti, in *Banca borsa*, 1988, II, 408-409 e 416-425 che in modo esplicito si discosta dall'interpretazione individuata dalle Sezioni Unite, ritenendo che le innovazioni sottolineate "non siano idonee a scalfire il regime vincolistico del settore creditizio").

Stato di diritto, in cui il giudice dovrebbe limitarsi ad interpretare la legge e non a crearla.¹³⁷

Al fine di trovare un appiglio normativo all'interpretazione giurisprudenziale e rilevare così i margini di compatibilità tra la qualificazione di pubblico servizio e quella di impresa agli effetti della legge penale, l'attribuzione della natura privatistica dei soggetti operanti nel settore bancario necessita di essere verificata alla luce della riforma, attuata nel 1990, degli stessi articoli 357 e 358 del codice penale. Il risultato di questa analisi permette di riscontrare il criterio di determinazione dei confini della pubblica funzione nella presenza di poteri autoritativi, certificativi, ordinatori e deliberativi in capo al pubblico agente, e del pubblico servizio nella originaria titolarità pubblicistica dell'attività svolta. In tale prospettiva, l'attività bancaria assume natura privatistica in quanto regolata da norme che si occupano di rapporti tra privati o tra Pubblica Amministrazione e privati, su un piano di parità, indipendentemente dal soggetto che la esercita.¹³⁸

Un'ulteriore sentenza della Cassazione ha confermato l'orientamento da ultimo analizzato, ed ha inoltre preso posizione con riferimento alla fattispecie dell'abuso di fido bancario.¹³⁹

La condotta, prima punita a titolo di peculato per distrazione, può ora integrare gli estremi dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) nel caso in cui la concessione del credito abusivo sia preceduta da un accordo fraudolento tra l'operatore bancario infedele e il cliente. L'elemento oggettivo della fattispecie è rappresentato dall'arbitraria disposizione dei beni della banca a profitto di terzi, mentre l'elemento soggettivo è dato dalla volontà di invertire il titolo del possesso per trarre dalla cosa un ingiusto profitto per sé o per altri.¹⁴⁰

Inoltre, è stato sostenuto che se l'abuso di fido bancario ricada nel settore dei crediti agevolati (che ha mantenuto la qualifica pubblicistica), la fattispecie di peculato sarà configurabile quando esso si sia realizzato nella forma dell'appropriazione.¹⁴¹ In particolare, *“per configurare un'appropriazione, l'impiego delle somme deve risolversi in un vero e proprio stanziamento a fondo*

¹³⁷ CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 18.

¹³⁸ MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito*, cit., 612-613.

¹³⁹ Cass. pen., S.U., 28 febbraio 1989, Vita e altri, in *Giust. pen.*, 1989, 513 ss.

¹⁴⁰ CIANCI S., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, cit., 514.

¹⁴¹ CAGLI S., *Peculato e malversazione*, in *Digesto Disc. Pen.*, IX, 1995, 348.

perduto o, per l'ipotesi di dolo eventuale, in una operazione che si distacchi consapevolmente dai parametri di gestione secondo corretti criteri di imprenditorialità, ancorché non accompagnata dalla certezza dell'esito negativo di essa".¹⁴²

L'evoluzione giurisprudenziale analizzata e le relative problematiche sono passate in secondo piano a seguito del processo di privatizzazione del sistema bancario, avvenuto tramite la trasformazione degli enti creditizi di diritto pubblico in società per azioni.¹⁴³

A prescindere da ciò, continuano a rivestire carattere pubblicistico, le attività concernenti i crediti speciali o agevolati e, in genere, tutti i crediti di scopo legale.¹⁴⁴ La dottrina distingue nella concessione di agevolazioni nel credito, la fase pubblicistica (rapporto di agevolazione o di sovvenzione) dalla fase privatistica (rapporto di prestito), applicando lo statuto penale della Pubblica Amministrazione solo alle fasi riconducibili al rapporto di sovvenzione. Per quanto riguarda i crediti di scopo legale, invece, essi rientrano completamente nella qualifica pubblicistica, sostenendo che la particolare clausola di destinazione del finanziamento per la finalità di pubblico interesse costituisca parte integrante della causa del negozio, a cui spesso si accompagna, un rapporto di agevolazione.¹⁴⁵

Circa le attività che gli enti creditizi svolgono in campo fiscale, finanziario, monetario e valutario, queste avranno carattere di pubblico servizio se la funzione delegata sia disciplinata da fonte pubblicistica, di pubblica funzione se la funzione delegata sia caratterizzata dai poteri tipici della stessa.¹⁴⁶ In ogni caso,

¹⁴² FLICK G.M., *Diritto penale e credito: problemi attuali e prospettive di soluzione*, Milano, 1990, 67.

¹⁴³ AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 385.

¹⁴⁴ Sui crediti agevolati, Cass. pen., 24 aprile 1991, Cappiello, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1993, 405, con nota di PEDRAZZI C., *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, 407 ss.

¹⁴⁵ MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito*, cit., 619-620.

¹⁴⁶ MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito*, cit., 621-622. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., 10 ottobre 2007, Tardiola, in *Giust. pen.*, 2009, 79, secondo la quale è configurabile il delitto di peculato quando l'impiegato di sportello si appropria di una somma di denaro ricevuta per conto dell'amministrazione finanziario a titolo di pagamento di imposte (nella specie l'imputato aveva accreditato su conti correnti bancari intestati a proprio nome il denaro ricevuto da un contribuente, anziché versarlo all'erario).

quindi, sarà configurabile la qualifica pubblicistica del soggetto operante all'interno dell'istituto bancario.

Una questione differente si pone con riferimento agli addetti al servizio "bancoposta", consistente nell'attività di raccolta del risparmio svolta dall'ente Poste, che la giurisprudenza ha da sempre incardinato nell'esercizio del pubblico servizio postale, a prescindere dal tipo di attività effettivamente svolta dal soggetto esercente.¹⁴⁷

Alla base del suddetto orientamento vi sarebbe l'art. 18 del D.lgs. 261/1999, secondo cui "*le persone addette ai servizi postali, da chiunque gestiti, sono considerate incaricate di pubblico servizio in conformità all'art. 358 del codice penale*", omettendo tuttavia di considerare che il servizio di bancoposta è stato introdotto dal d.P.R. 14 marzo 2001, n. 144, quindi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 261/1999. Inoltre, la suddetta argomentazione non tiene conto del fatto che i servizi postali e quelli di bancoposta sono gestiti da differenti strutture dotate di autonomia funzionale e organizzativa. Peraltro, la raccolta del risparmio, i servizi di pagamento, di investimento ed accessori, sono attività esplicate da Poste Italiane in regime di concorrenza e, pertanto, dovrebbero essere equiparate alle attività bancarie regolate dalla disciplina privatistica.¹⁴⁸

Nonostante ciò, salvo eccezioni, continua a prevalere il criterio di incorporazione del soggetto all'ente Poste Italiane, con il risultato di mantenere

¹⁴⁷ Sul punto, vedi LOSAPPIO G., *I soggetti dei reati bancari, oggi. L'art. 135 TULB tra passato e presente, crisi e riforme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2010, 143 ss., che richiama Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2001, Di Bartolo, in *Cass. pen.*, 2001, 1414; Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2004, n. 36007, in *Cass. pen.*, 5/2005, 1523, con nota di BERTOLINI G. B., *Sulla qualifica penalistica degli addetti ai servizi bancoposta: problemi vecchi e nuovi nella giurisprudenza sull'esercizio dell'attività bancaria*, 1526 ss. Di recente, vedi Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 3987, che ribadisce la natura pubblicistica delle attività di raccolta del risparmio attraverso i libretti di risparmio postale ed i buoni postali fruttiferi, le quali, pur non rientrando nei servizi pubblici riservati, comunque sarebbero disciplinati dal d.lgs. 284 del 1999 e come tali assumerebbero natura pubblicistica.

¹⁴⁸ LOSAPPIO G., *I soggetti dei reati bancari, oggi. L'art. 135 TULB tra passato e presente, crisi e riforme*, cit., 144, il quale commenta che l'applicazione dello statuto penale della Pubblica Amministrazione in luogo dei reati societari fa riemergere la concezione soggettiva della qualifica pubblicistica, in contraddizione allo spirito e alla lettera dell'art. 135 TULB, secondo cui "*Le disposizioni contenute nel Titolo XI del libro V del codice civile si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria*" (articolo così sostituito dall'art. 9.43 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, inserito dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37).

una concezione soggettiva anche per un servizio che è palesemente svolto secondo la disciplina privatistica.¹⁴⁹

5. Le Sezioni Unite in materia di “cartellini segnatempo”.

Una questione di fondamentale importanza in ordine all’interpretazione giurisprudenziale delle qualifiche di pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio riguarda la definizione di “atto pubblico” e dell’attività di attestazione sul medesimo, quale pubblica funzione o pubblico servizio.

In particolare, è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite la questione concernente la sussistenza del reato di falso ideologico per omissione (art. 479 c.p.¹⁵⁰), qualora il dipendente pubblico ometta di timbrare il “cartellino segnatempo” in occasione di brevi allontanamenti dal posto di lavoro.¹⁵¹

Anche in questo caso, come nell’attività di investigazione difensiva, i giudici penali valorizzano la qualifica dell’atto posto in essere, tuttavia, l’argomentazione proposta dalla Corte si rileva più coerente con il sistema delle qualifiche pubblicistiche ideato dal legislatore e, in concreto, più vicina alla

¹⁴⁹ MASSI S., ‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale della Pubblica Amministrazione, cit., 173. In senso contrario, Cass. pen., 10 marzo 2015, n. 10124, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: “Nell’ambito dello svolgimento di funzioni di tipo bancario, quale è la raccolta del risparmio, l’attività svolta da (OMISSIS) spa è di tipo privatistico, non diversamente da quella svolta dalle banche; ne consegue che la appropriazione di somme di risparmiatori commessa con abuso del ruolo integra il reato di appropriazione indebita e non il reato di peculato; né rileva che (OMISSIS) spa operi per conto della (OMISSIS), essendo quest’ultima equiparabile ad un comune titolare di azioni e non operando personalmente nei rapporti con la clientela, che ha rapporti, regolati esclusivamente dal diritto civile, con (OMISSIS) spa”.

¹⁵⁰ Art. 479 c.p.: “Il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell’esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un atto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità, soggiace alla pene stabilite nell’articolo 476.”

¹⁵¹ Cass. pen., S.U., 11 aprile 2006, in Cass. pen., 9/2006, 2792 ss., con nota di LEPERA M., *Non commette falso ideologico (art. 479 c.p.) il dipendente pubblico che attesta il falso nei fogli di presenza o nei cartellini marcatempo*, 2796 ss., e in Cass. pen., 6/2007, 2475 ss., con nota di PICCARDI M., *Sulla natura giuridica del cartellino marcatempo e del foglio di presenza nel pubblico impiego*, 2475 ss. Il caso è quello di due pubblici funzionari, imputati dei reati di truffa aggravata e di falso ideologico in atto pubblico per omissione, per avere falsamente attestato la propria continuativa presenza negli uffici regionali della Soprintendenza ai beni culturali ed ambientali in cui prestavano servizio, a fronte di arbitrari allontanamenti non annotati mediante sottoscrizione del foglio di presenza e timbratura del cartellino presso l’apposito orologio marcatempo, in modo da far risultare orari di entrata e di uscita non rispondenti a quelli effettivi.

corretta applicazione del criterio oggettivo.

In tale contesto, come anticipato con riferimento agli indici rivelatori di pubblicità, la precedente giurisprudenza seguiva due opposti orientamenti.

Il primo, maggioritario, qualificava gli atti attestanti la presenza del dipendente pubblico sul posto di lavoro alla stregua di atti pubblici, nonostante il carattere privatistico del rapporto di lavoro instaurato tra il dipendente e lo Stato o l'ente pubblico di riferimento.¹⁵²

Tale impostazione è fondata su due ordini di ragioni: in primo luogo, il dipendente pubblico nell'annotare la propria presenza sul cartellino esplica un potere certificativo e, quindi, esercita una pubblica funzione indipendentemente dalla concreta mansione svolta e, pertanto, ricopre il ruolo di pubblico ufficiale¹⁵³; in secondo luogo, tale attestazione produce effetti sia in termini di retribuzione, commisurata al numero di ore lavorate, sia in termini di controllo dell'attività e di regolarità dell'ufficio.¹⁵⁴

Il secondo orientamento, invece, facendo leva sul rapporto di privatizzazione del pubblico impiego, invitava l'interprete a distinguere gli atti che sono espressione della pubblica funzione o del pubblico servizio, funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, da quelli che attengono strettamente al rapporto di lavoro e, quindi, agli obblighi contrattuali fissati in capo al dipendente.¹⁵⁵ A questo secondo genere appartiene proprio l'attestazione sul cartellino, incidendo direttamente sulla prestazione lavorativa e sulla collegata retribuzione e, solo indirettamente, sul regolare svolgimento del servizio.¹⁵⁶

Le Sezioni Unite accolgono questa seconda impostazione, valorizzando la concezione funzionale-oggettiva degli articoli 357 e 358 c.p., e statuendo il seguente principio di diritto: *“I cartellini segnatempo ed i fogli di presenza dei*

¹⁵² Cass. pen. sez. V, 17 giugno 1992, Moretti, in *Cass. pen.*, 1993, 561 che, con riferimento ai sanitari convenzionati con le varie USL, ha riconosciuto la natura pubblica dei cartellini segnatempo sottoscritti dai medici convenzionati, trattandosi di servizio pubblico essenziale al quale deve essere garantita una maggiore tutela. Conf. Cass. pen., sez. V, 8 maggio 1992, Cerutti, in *Cass. pen.*, 1993, 2831.

¹⁵³ Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 2003, Tesoro, in *Cass. pen.*, 6/2004, 1994, con nota contraria di LEPERA M., *Brevi osservazioni in tema di falsa attestazione da parte del dipendente pubblico nella sua presenza in servizio mediante timbratura del cartellino marcatempo*, 1995 ss.

¹⁵⁴ Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 2003, Tesoro, cit..

¹⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2002, n. 12789, in *Cass. pen.*, 6/2004, 2000, con osservazioni di MORLACCHINI F., 2000 ss.

¹⁵⁶ Cass. pen., sez. V., 9 ottobre 2001, Marchese e altri, in *Guida al diritto*, 12/2003, 74.

*pubblici dipendenti non sono atti pubblici, essendo essi destinati ad attestare da parte del pubblico dipendente solo una circostanza materiale che afferisce al rapporto di lavoro tra la Pubblica Amministrazione (oggi soggetto a disciplina privatistica), ed in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla Pubblica Amministrazione”.*¹⁵⁷

Difatti, argomenta la Corte, la condotta di falso ideologico del pubblico ufficiale ai sensi dell’art. 479 c.p. rientra nelle attività svolte “*nell’esercizio delle sue funzioni*” pubblicistiche e, pertanto “*appare ineludibile distinguere nell’attività del pubblico impiegato – ed in un contesto in cui il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti ha assunto connotazioni privatistiche (a seguito della disciplina introdotta con il d.lg. n. 29 del 1993, modificata dal d.lg. n. 80 del 1998, ora trasfusa nel d.lg. n. 165 del 2001) – “gli atti che sono espressione della pubblica funzione e/o del pubblico servizio e che tendono a conseguire gli obiettivi dell’ente pubblico” da quelli “strettamente attinenti alla prestazione” di lavoro, “ed aventi, perciò, esclusivo rilievo sul piano contrattuale e non anche su quello funzionale”.*¹⁵⁸

In tale prospettiva, dunque, il cartellino segnatempo salvaguarda la certezza privata, mentre è inadeguato “*a fornire certezze informative alla collettività*”.¹⁵⁹

La pronuncia delle Sezioni Unite consente altresì di soffermarsi sulla

¹⁵⁷ Cass. pen., S.U., 11 aprile 2006, cit., 3079.

¹⁵⁸ Cass. pen., S.U., 11 aprile 2006, cit., 3078. Di recente, Cass. pen., 21 maggio 2012, n. 19299, ha confermato l’orientamento delle Sezioni Unite nei confronti di un dipendente della Questura di Padova affermando che “*non integra, infatti, il delitto di falso ideologico in atto pubblico la falsa attestazione del pubblico dipendente circa la sua presenza in ufficio riportata nei cartellini marcatempo o nei fogli di presenza, in quanto documenti che non hanno natura di atto pubblico, ma di mera attestazione del dipendente inerente al rapporto di lavoro, soggetto a disciplina privatistica, documenti che, peraltro, non contengono manifestazioni dichiarative o di volontà riferibili alla P.A. (Sez. U., n. 15983 del 11/04/2006, Sepe, cui si è conformata la successiva giurisprudenza: La falsa attestazione del pubblico dipendente, circa la presenza in ufficio riportata sui cartellini marcatempo o nei fogli di presenza, è condotta fraudolenta, idonea oggettivamente ad indurre in errore l’amministrazione di appartenenza circa la presenza su luogo di lavoro, ed è dunque suscettibile di integrare il reato di truffa aggravata, ove il pubblico dipendente si allontani senza far risultare, mediante timbratura del cartellino o della scheda magnetica, i periodi di assenza, sempre che siano da considerare economicamente apprezzabili; cfr. sez. 2, n. 34210 del 06/10/2006, Buttiglieli)*”.

¹⁵⁹ CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale*, cit., 162 ss.

nozione di “atto pubblico”.¹⁶⁰

Partendo dal dato letterale, l’art. 2699 c.c. definisce l’atto pubblico come quel “documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l’atto è formato”. Quanto all’efficacia probatoria, il successivo art. 2700 c.c. precisa: “l’atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”.

Sicché, emerge con evidenza che la nozione di atto pubblico individuata dal codice civile e limitata alla categoria degli atti fidefacenti, è più ristretta rispetto a quella individuata dal codice penale che, nel definire la falsità materiale commessa dai pubblici ufficiali in atto pubblico, distingue la falsità in atti non fidefacenti (art. 476 co. 1 c.p.) da quella, più grave, in atti che facciano fede fino a querela di falso (art. 476 co. 2 c.p.).

Ciò detto, la dottrina e giurisprudenza penalistiche¹⁶¹ hanno allargato la nozione di atto pubblico ricomprendendovi tutti i documenti redatti dai pubblici ufficiali o dai pubblici impiegati incaricati di un pubblico servizio nell’esercizio delle loro funzioni o attribuzioni, consacrando la concezione funzionale-oggettiva della qualifica pubblicistica.

6. Il pubblico ufficiale e l’incaricato di un pubblico servizio nell’attuale orientamento della giurisprudenza penale.

L’isolata tendenza della giurisprudenza “virtuosa”, in materia di operatori bancari e di cartellini segnatempo, è stata recepita solo negli ultimi anni dalla Corte di legittimità, la quale ha definitivamente adottato un criterio funzionale-oggettivo imperniato sul tenore testuale delle disposizioni del codice penale: in

¹⁶⁰ Sul punto, vedi LEPERA M., *Brevi osservazioni in tema di falsa attestazione da parte del dipendente pubblico nella sua presenza in servizio mediante timbratura del cartellino marcatempo*, cit., 1995 ss.

¹⁶¹ Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1999, Andronico, in *Cass. pen.*, 2000, 2265; conf. Cass. pen., sez. V, 4 maggio 1997, Coletti, in *Cass. pen.*, 1998, 1628.

particolare, l'attività svolta da un soggetto deve ritenersi pubblica, ai sensi e per gli effetti degli artt. 357 e 358 c.p., se disciplinata da norme di diritto pubblico o atti autoritativi, restando irrilevante la forma giuridica dell'ente, l'eventuale sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico, la tipologia di rapporto di lavoro con l'ente stesso.

Ciò premesso, si ritiene opportuno analizzare le decisioni della Suprema Corte più significative nel determinare l'inversione dell'orientamento precedente, valorizzando i criteri formali suscettibili di generale applicazione nell'interpretazione del caso concreto.

In primo luogo, è confermata l'irrilevanza della tipologia e della regolamentazione del rapporto intercorrente tra il soggetto agente e l'ente cui l'attività di quest'ultimo sia riferibile.

Si riporta, a tal proposito, il caso di un dipendente dell'azienda ospedaliera incaricato, da uno dei membri della commissione esaminatrice di un concorso per l'ammissione ad un corso di laurea "a numero chiuso", della predisposizione delle domande da inserire nell'elenco dei quiz per i candidati.¹⁶² In particolare, la Corte riconosce che, nella specifica ipotesi, l'attività svolta dal soggetto agente sia direttamente riferibile alle funzioni pubbliche dell'università di medicina e chirurgia dello stesso comune, da una parte, in forza del rapporto di cooperazione e collaborazione esistente tra i dipendenti dell'azienda ospedaliera e il personale della suddetta facoltà universitaria, dall'altra, in virtù del fatto che lo stesso agente ricopre anche il ruolo di coordinatore del corso di laurea in tecniche di radiologia medica.

Per tale motivo, la Corte ritiene di seguire il principio già enunciato dalla medesima sezione, secondo cui *“la qualifica di incaricato di pubblico servizio va riconosciuta a colui che, di fatto, svolgendo attività diverse da quelle inerenti alle mansioni istituzionalmente affidategli, sia effettivamente investito di una pubblica*

¹⁶² Cass. pen., 26 giugno 2013, n. 34086. Nello specifico, il dipendente dell'azienda ospedaliera risultava essere il convivente di una ragazza che avrebbe partecipato come candidata al concorso, violando così il principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione stabilito all'art. 97 della Costituzione. Nonostante ciò, la Corte d'appello aveva assolto l'imputato dal reato di cui all'art. 323 c.p., ritenendo che lo stesso non ricoprisse la carica di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio, in quanto non appartenente alla commissione esaminatrice e non essendo lo stesso dipendente dell'università, ma mero coadiutore del fatto di chi gli aveva conferito l'incarico.

funzione, purché a tale esercizio di funzioni pubbliche si accompagni, quanto meno, l'acquiescenza o la tolleranza o il consenso, anche tacito, della Pubblica Amministrazione".¹⁶³

Il medesimo principio raggiunge la sua massima portata applicativa con una successiva sentenza nella quale la Corte rileva che il pubblico interesse sotteso alle norme di cui agli articoli 357 e 358 c.p. *"può essere lesa o posto in pericolo non solo durante il tempo in cui il pubblico ufficiale esercita le sue mansioni, ma anche dopo, quando il soggetto investito del pubblico ufficio abbia perduto la qualifica, sempre che il reato dello stesso si riconnetta all'ufficio già prestato"*, evidenziando il legame extra-temporale tra la concreta attività svolta e la pubblica funzione di cui la stessa è espressione.¹⁶⁴ Peraltro, sul punto giova richiamare l'art. 360 c.p., il quale non richiede l'attualità dell'esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio, e cioè che l'agente sia titolare di poteri o della qualità di cui abusa nell'immanenza della condotta criminosa, ma stabilisce un collegamento funzionale tra la pur cessata qualità di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio e la commissione del reato.¹⁶⁵

Proseguendo con l'analisi giurisprudenziale, si ritiene opportuno, per la particolarità del contesto in cui si inseriscono, riproporre alcune pronunce relative a figure soggettive i cui profili pubblici risultavano, fino ad ora, di dubbia interpretazione.

In particolare, un primo caso riguarda il presidente di un gruppo consiliare regionale in relazione ad una ipotesi di peculato realizzato mediante appropriazione di finanziamenti erogati in base ad una legge regionale e destinati al gruppo consiliare regionale.¹⁶⁶

¹⁶³ Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 2745.

¹⁶⁴ Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2013, n. 39010. Il caso riguarda un *ex* dirigente di una Asl che, per le sue relazioni, era in condizione di continuare ad incidere indebitamente sui procedimenti amministrativi di pertinenza dell'ente presso il quale aveva prestato servizio, rendendosi così responsabile del reato di concussione.

¹⁶⁵ Art. 360 c.p.: *"Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale [357], o di incaricato di un pubblico servizio [358], o di esercente un servizio di pubblica necessità [359], come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude la esistenza di questo né la circostanza aggravante, se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato"*.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2012, n. 49976. Nel caso di specie, a seguito della segnalazione dell'U.I.F. (Unità di Informazione Finanziaria), la Guardia di finanza aveva rilevato l'effettuazione di numerosi bonifici esteri effettuati attraverso il conto corrente intestato al gruppo consiliare del Popolo della Libertà della Regione Lazio in favore di conti correnti spagnoli intestati al presidente

Con riferimento alla presente fattispecie, la Corte coglie l'occasione per chiarire che il capo gruppo politico consiliare concorre, quale membro della Conferenza dei presidenti dei vari gruppi, all'organizzazione e alla calendarizzazione dei lavori dell'assemblea, all'organizzazione delle altre attività consiliari propedeutiche a quelle direttamente legiferanti, all'indicazione dei membri del proprio gruppo di riferimento che compongono le commissioni previste dallo statuto in seno al Consiglio regionale. Si tratta di *“una serie di poteri e di facoltà, dunque, il cui esercizio risalta la rilevanza della figura del presidente del gruppo, rendendolo diretto partecipe di una peculiare modalità progettuale ed attrattiva della funzione legislativa regionale, che lo qualifica senza dubbio come pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p., comma 1. Qualifica che, a prescindere dalla natura giuridica che voglia riconoscersi ai gruppi consiliari, si coniuga ad una disciplina per certo di diritto pubblico dell'azione del gruppo consiliare in seno al Consiglio regionale e alla stessa rilevanza pubblica che in questo specifico contesto operativo assumono i presidenti dei vari gruppi consiliari”*.¹⁶⁷ Difatti, proprio grazie alla qualifica di pubblico ufficiale, è stato possibile per il presidente gestire in via diretta le erogazioni previste dalla legge regionale in favore del gruppo, appropriandosi delle relative somme avendone la disponibilità giuridica *“per ragioni del suo ufficio”*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 314 c.p.

Il secondo caso fa riferimento ad una ipotesi di concussione contestata ad un assessore provinciale delegato a partecipare all'assemblea di una società per azioni di cui la Provincia era azionista di maggioranza.¹⁶⁸

del predetto gruppo consiliare, incongruenti con le finalità di tale incarico e potenzialmente rappresentative di distrazioni di fondi per scopi personali.

¹⁶⁷ Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2012, n. 49976, cit..

¹⁶⁸ Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 20414. Il fatto riguarda l'assessore alla Provincia Regionale di Trapani nonché delegato di tale ente a prendere parte alle assemblee ordinarie della S.p.a. “Mega Service”, società di servizi di cui l'indicato ente pubblico è socio ed azionista di maggioranza, il quale veniva accusato di concussione per aver costretto e indotto il Presidente, l'Amministratore delegato e un componente del Consiglio di amministrazione della suindicata società, a rassegnare indebitamente le dimissioni dall'incarico, onde consentire, in loro vece, la nomina di altri soggetti sensibili alla linea della nuova direzione politica dell'ente, a tal fine abusando della sua qualità e dei suoi poteri e, in particolare, ricorrendo alla minaccia che, in caso contrario, e quindi persistendo il mantenimento della carica da parte loro, l'assemblea non avrebbe votato l'approvazione del bilancio per l'anno 2005, con ciò esponendo la società alle conseguenze pregiudizievoli del caso.

La Corte ha escluso che l'assessore avesse partecipato all'assemblea in qualità di pubblico ufficiale, evidenziando la natura esclusivamente privatistica dei poteri attribuiti dal codice civile al socio-azionista di maggioranza e, di conseguenza, ha negato la sussistenza di un abuso dei medesimi poteri da parte del soggetto delegato a rappresentare il socio in assemblea. Pertanto, nel caso di specie non si configura un abuso della qualità di pubblico ufficiale, ma solamente un abuso delle prerogative di diritto privato spettanti al socio in relazione al diritto di voto.¹⁶⁹

La terza fattispecie riguarda il presidente di un consorzio (avente natura di ente pubblico economico) gestore dello smaltimento di rifiuti, al quale non può essere attribuita la qualifica di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio in esecuzione di rapporti commerciali di natura privatistica.¹⁷⁰ In particolare, la Corte distingue l'attività di smaltimento dei rifiuti urbani (riconosciuta come pubblico servizio dal d.P.R. 915/1982 all'epoca vigente, per la quale tutti gli operatori del locale agglomerato industriale erano obbligati a rivolgersi al consorzio), e l'attività di smaltimento delle "acque di falda" (svolta dal consorzio in regime di libera concorrenza con altri impianti di smaltimento ed attraverso modalità esecutive di tipo privatistico), concludendo per la non sussistenza della qualifica pubblicistica ai sensi degli artt. 357 c.p. e 358 c.p. nell'ambito della seconda attività prospettata.¹⁷¹

In conclusione, ai fini penalistici e della presente ricerca, appurato che il

¹⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 20414, cit..

¹⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 33549. In particolare, il Presidente del Consorzio C.S.I. (Centro di Sviluppo Industriale), gestore di un impianto di depurazione rifiuti, avrebbe indotto e costretto il legale rappresentante di una società esercente attività di trasporto, smaltimento e recupero di rifiuti a versargli delle somme di denaro quali "tangenti" in misura proporzionale alla quantità di rifiuti smaltiti attraverso la struttura del C.S.I., di fatto condizionando l'accesso al depuratore solo a seguito dell'esecuzione del pagamento.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 33549. Su una figura soggettiva di poco differente si è pronunciata Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 25723, relativamente ad una accusa di corruzione rivolta ad un imputato sia per le attività svolte quale presidente di un consorzio di comuni istituito per il coordinamento delle attività di smaltimento di rifiuti urbani, sia per quelle poste in essere nella qualità di legale rappresentante di due società per azioni controllate dal consorzio (operanti nel settore della combustione dei rifiuti per la produzione di energia elettrica, e quindi al di fuori del ciclo di raccolta). In relazione alla prima tipologia di attività, compiuta quale presidente dell'ente pubblico consortile, la Corte ha riconosciuto all'imputato la qualifica di pubblico ufficiale; diversamente, per quanto riguarda l'attività svolta come legale rappresentante delle società, il Collegio ha ritenuto trattarsi di "*servizio di sicura rilevanza pubblica anche nei collaterali aspetti di incenerimento dei rifiuti e di derivata produzione di energia elettrica*", conferendo al ricorrente la qualifica "quanto meno" di incaricato di pubblico servizio.

criterio più idoneo da seguire sia quello della specifica mansione svolta dal soggetto agente, la giurisprudenza summenzionata accerta, caso per caso, se l'assunzione della veste giuridica di società per azioni abbia inciso sulla regolamentazione dell'attività medesima, prevedendo in luogo dell'originaria disciplina pubblicistica una disciplina privatistica e, quindi, l'esclusione della qualifica pubblicistica del soggetto agente.

7. Il sistema delle concessioni pubbliche: nuovi paradigmi giurisprudenziali.

A conclusione dell'analisi inerente all'evoluzione giurisprudenziale in tema di qualifiche soggettive pubblicistiche, giova approfondire uno specifico ambito nel quale rileva l'esercizio del pubblico servizio: il sistema delle concessioni pubbliche.

Difatti, il coinvolgimento delle società concessionarie nello statuto penale della Pubblica Amministrazione comporta l'inevitabile verifica degli ambiti di commistione tra diritto amministrativo e diritto penale.

Innanzitutto, la concessione è definita come il provvedimento amministrativo con cui la Pubblica Amministrazione conferisce *ex novo* situazioni giuridiche soggettive al destinatario, per la realizzazione di opere o l'erogazione di servizi.¹⁷² Ciò comporta che, mentre la titolarità del pubblico servizio permane in capo alla Pubblica Amministrazione, l'esercizio dello stesso è gestito dall'ente concessionario e, pertanto, *“l'attività rimane privata; ...; e soprattutto, egli non imputa all'ente concedente né gli atti compiuti, né i risultati ottenuti”*.¹⁷³

Essa si differenzia dall'autorizzazione, la quale si sostanzia nella rimozione di un ostacolo di ordine pratico a che il privato eserciti una determinata attività ed è ritenuta indicativa di un servizio di pubblica necessità ai sensi dell'art.

¹⁷² Per la definizione del termine “concessione” vedi VITTA C., voce *Concessioni* (diritto amministrativo) in *Nss. D.I.*, vol. III, 1959, 919 ss.

¹⁷³ MANGIONE A., *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nelle “particolari operazioni di credito” del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, 360.

359 c.p.¹⁷⁴

Rispetto al fenomeno della privatizzazione, ben può accadere che la società concessionaria nasca già come società privata assolvendo fin dall'inizio ad una attività di omologa natura, a cui si affiancherebbe solamente *ex post* lo svolgimento di mansioni pubblicistiche basate sull'atto di concessione.

La giurisprudenza ha, per lungo tempo, ritenuto la concessione quale strumento idoneo a trasferire funzioni pubbliche al concessionario privato, affermando che le attività espletate dallo stesso nella prestazione dei servizi funzionali all'interesse pubblico perseguito dall'ente concedente, pur trattandosi di attività esercitate da soggetto privato, fossero riconducibili all'esercizio di poteri pubblici. Così facendo, essa ha ritenuto la concessione quale elemento sufficiente e necessario a fondare la responsabilità dell'autore della condotta per reati contro la Pubblica Amministrazione, a prescindere dalla natura della singola mansione oggetto di accertamento giudiziale.¹⁷⁵

A titolo esemplificativo, si riporta il caso del titolare della gestione di servizi telefonici, nella divulgazione dei nomi dei titolari di alcune utenze mobili, al quale la Corte ha riconosciuto la qualifica pubblicistica osservando “*che quello legato alle comunicazioni mantiene i connotati propri del servizio di pubblico interesse*” e che “*i dipendenti di un ente o di una società concessionaria, anche in via non esclusiva, di un servizio di interesse pubblico, vanno considerati incaricati di un pubblico servizio, in quanto concorrono allo svolgimento*

¹⁷⁴ PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 24; FRACCHIA F., voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., vol. I, Milano, 2006, 598 ss. Per un approfondimento in merito ai mutamenti inerenti i regimi autorizzatori e concessori vedi MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2010, 123 ss., il quale evidenzia come negli ultimi anni sia in atto una progressiva trasformazione dei regimi concessori in regimi autorizzatori e come, anche la sfera di applicazione delle autorizzazioni si sia lentamente assottigliata, da una parte, attraverso l'utilizzo di strumenti differenti, quali le “dichiarazioni preventive”, dall'altra, mediante il potenziamento dell'iniziativa privata attraverso la “dichiarazione di inizio attività” o il “silenzio assenso” o l'uso di “autorizzazioni generali” rilasciate con riferimento a determinate categorie di attività e di soggetti.

¹⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1996, n. 10735, cit.; Cass. pen., 2 febbraio 1996, n. 4383, in *Riv. pen.*, 2/1996, 1279, nei confronti di soggetti svolgenti la mansione di cassieri dell'Alitalia ha rilevato che tali mansioni sono esercitate nell'ambito di attività svolta da detta società di trasporto la quale è disciplinata da norme di diritto pubblico, essendo oggetto di atto autoritativo di concessione.

dell'attività ad esso connessa, a nulla rilevando la natura pubblica o privata dell'ente o dell'imprenditore al quale questa attività sia riferibile".¹⁷⁶

Sicché, anche in materia di concessioni, il continuo utilizzo di criteri sintomatici della pubblicità contrasta con il principio di determinatezza della fattispecie, giacché mirando a colmare una lacuna legislativa, viola altresì il principio di riserva di legge in materia penale.

Di diverso avviso la dottrina, che da sempre ha cercato di distinguere tra atti soggetti alla disciplina privatistica ed altri atti tipicamente espressivi dell'amministrazione concedente, ritenendo che solo nel porre in essere questi ultimi atti il soggetto sarebbe legittimamente qualificato come incaricato di pubblico servizio. Con la conseguenza che *"non rileva il "titolo" di Ente aggiudicatore, ma "l'essenza" della funzione concreta*".¹⁷⁷

Invero, nello svolgimento dell'attività d'impresa di un privato concessionario, permangono sicuramente alcuni ambiti regolati dalla disciplina pubblicistica (si veda, sul punto, l'art. 14 co. 4 *bis* d.l. 333/92 che riserva agli enti pubblici privatizzati *"le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità e di urgenza, già spettanti agli enti originari"*), ma la loro qualifica non può prescindere da una verifica della relativa regolamentazione secondo norme di diritto pubblico e dall'esistenza di potestà pubblicistiche che vadano oltre l'esistenza di un atto autoritativo di investitura di un pubblico servizio.¹⁷⁸

Seguendo la suddetta impostazione, recentemente la giurisprudenza ha riconosciuto la qualifica di incaricati di un pubblico servizio in capo ai dipendenti di una società concessionaria del servizio di erogazione di energia elettrica, in

¹⁷⁶ Cass. pen., 2 dicembre 2012, n. 7370.

¹⁷⁷ PERRICCIUOLO N., *I criteri di attribuzione della qualifica pubblicistica al privato concessionario*, in *Giur. merito*, 1/2010, 465 ss. L'Autrice analizza criticamente una sentenza della Corte che individua gli indici sintomatici della pubblicità della funzione nell'articolarsi di un'attività sussidiaria e strumentale al soddisfacimento di fini pubblici, nell'esercizio di diritti esclusivi in condizioni monopolistiche e nella sottoposizione a regime concessorio. Per un approfondimento in tema di attività svolte da soggetti privati in base ad un rapporto concessorio con un soggetto pubblico vedi FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 179; VALLINI A., *La nozione di "incaricato di un pubblico servizio" e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2011; CIALDELLA M.F., *La natura delle società di capitali a partecipazione pubblica e concessionarie di opere pubbliche*, osservazioni a S.U., 24 ottobre 2013, n. 6773, in *Cass. pen.*, 9/2014, 2860 ss.; MANGIONE A., *Società concessionarie di pubblico servizio e qualifiche pubblicistiche fra "nuovi" e "vecchi" paradigmi giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1997, 1015 ss.

¹⁷⁸ BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit, 104.

ordine ad attività inerenti alla formazione del bando e all'espletamento di una gara d'appalto indetta dal comune concedente. Trattandosi di società partecipata interamente dal Comune, la stessa è inquadrata nella nozione di "impresa pubblica" ai sensi dell'art. 3, comma 28 del D.lgs. 163/2006¹⁷⁹ e, per ciò stesso, vincolata a precise procedure di aggiudicazione. Di conseguenza, essa non è libera di scegliere i propri dipendenti attraverso una contrattazione privata ma è obbligata, secondo il predetto decreto legislativo, a predisporre gare ad evidenza pubblica, quali pubblici incanti o licitazioni private.

Sulla base della predetta motivazione, la Corte, pur distinguendo tra addetti alla formazione del bando di gara e coloro che presiedono all'espletamento della procedura, procede a inquadrare tutti i responsabili della procedura nella categoria degli incaricati di un pubblico servizio a norma dell'art. 358 c.p., ritenendo che le diverse fasi della gara rientrino in un'unica fattispecie a formazione progressiva disciplinata secondo norme di diritto pubblico.

Tuttavia, compiendo un'indagine sui compiti effettivamente espletati dai due gruppi di dipendenti, emerge che, mentre il primo gruppo risulta essere pacificamente impegnato nell'esercizio di un pubblico servizio, il secondo risulta investito di talune delle prerogative tipiche della pubblica funzione *ex art. 357 c.p.* Difatti, quest'ultimo era stato incaricato dall'ente di verificare la sussistenza in capo ai candidati dei requisiti pretesi dal bando, ammettendo o escludendo determinati concorrenti, e dimostrando, quindi, di possedere poteri autoritativi in ordine all'aggiudicazione.¹⁸⁰

Pertanto, ai fini penalistici, la qualifica pubblicistica non può dipendere esclusivamente dall'esistenza di un "provvedimento concessorio" emanato dalla Pubblica Amministrazione, né dalla qualifica di "ente pubblico" del relativo datore di lavoro, trattandosi di verificare i connotati pubblicistici della mansione concretamente svolta.¹⁸¹ A tal proposito è stato correttamente affermato che

¹⁷⁹ "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE".

¹⁸⁰ Cass. pen., 14 aprile 2008, n. 15506, in *Cass. pen.*, 4/2009, 1530, con nota di MADIA N., *Considerazioni sulla turbativa d'asta e sulla sussistenza della qualità di incaricati di un pubblico servizio in capo ai preposti a una gara indetta da una s.p.a. concessionaria del comune*, 1531 ss.

¹⁸¹ Sul punto, SATTA F., *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Foro it.*, 1992, 326, sottolinea come la Pubblica Amministrazione esaurisca il relativo potere pubblicistico

“soltanto laddove i privati esercitino funzioni identiche a quelle tradizionalmente svolte dall’autorità pubblica e attraverso le medesime prerogative, allora, il nucleo fondamentale del regime amministrativo è utilmente applicabile...(...)” come per l’*“espressa attribuzione di poteri espropriativi strumentali alla costruzione e gestione di opere infrastrutturali”*.¹⁸²

In tal senso, è opportuno distinguere le attività in cui il concessionario opera come “sostituto” o “organo indiretto” dell’amministrazione concedente, individuando in tal caso gli estremi della pubblica funzione o del pubblico servizio, dalle attività in cui lo stesso opera secondo la disciplina privatistica.¹⁸³

A livello pratico, ciò è avvenuto con l’attribuzione ai dipendenti di società concessionarie di opere pubbliche della qualifica di incaricati di un pubblico servizio, nei casi in cui essi si pongano quali “sostituti” della Pubblica Amministrazione concedente.¹⁸⁴

Restando nel settore della concessione di opere pubbliche, la giurisprudenza si è spinta a distinguere l’oggetto immediato della concessione dal patrimonio privato e funzionale al perseguimento del fine per il quale il concessionario è stato incaricato, specificando che solo con riguardo al primo si può individuare quel rapporto di sostituzione del privato alla Pubblica Amministrazione concedente, con la conseguenza che l’opera realizzata sarà acquisita al patrimonio della Pubblica Amministrazione.¹⁸⁵ Viceversa, l’impiego

nel momento in cui, dopo la scelta del contraente, conceda ad un terzo di realizzare un’opera pubblica per suo conto.

¹⁸² NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 190.

¹⁸³ MASSI S., *‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 101, cita il caso dei componenti del consiglio di amministrazione di una società privata, incaricata della costruzione di un’opera pubblica (in particolare si trattava della Metropolitana Milanese S.p.a., incaricata dell’omonima opera in forza di una convenzione stipulata con la regione Lombardia e con il comune di Milano), i quali sono stati qualificati incaricati di un pubblico servizio perché l’atto concessorio avrebbe trasferito in capo al concessionario le facoltà e i poteri propri dell’ente concedente, quali la progettazione dell’opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l’espletamento delle eventuali procedure espropriative, la stipulazione di contratti d’appalto con terzi (Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1998, n. 7240, in *Riv. pen.*, 1998, 665).

¹⁸⁴ Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. 11902, in *Cass. pen.*, 9/2006, 2851; conf. Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 1996, n. 4383, in *Cass. pen.*, 1997, 723; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 1995, n. 1653, in *Giust. pen.*, 1996, 505.

¹⁸⁵ Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2004, n. 26057, in *Cass. pen.*, 11/2005, 3368, secondo cui *“nel settore della concessione di costruzione di opere pubbliche deve distinguersi tra le attività per le quali il concessionario assume la veste di “sostituto” della Pubblica Amministrazione concedente, e attività in cui il concessionario opera come privato. Rispetto alle prime, regolate da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, i soggetti ad esse preposti possono essere qualificati come incaricati di pubblico servizio; rispetto alle seconde, invece, la qualifica pubblicistica non può*

di risorse private per la realizzazione dell'opera pubblica e, quindi, per il perseguimento di un interesse pubblico, non permette di imputare la stessa alla Pubblica Amministrazione concedente.¹⁸⁶

In definitiva, anche in caso di concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche e di pubblici servizi, lo statuto penale della Pubblica Amministrazione sarà applicato quando il privato operi in veste di sostituto della Pubblica Amministrazione, essendo la relativa attività regolamentata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi.¹⁸⁷

Alla luce delle suddette considerazioni, la giurisprudenza più recente si è avvicinata ad un criterio di tipo funzionale-oggettivo, riconoscendo che *“riveste la qualità di incaricato di un pubblico servizio il dipendente di società avente in appalto o concessione la gestione di un parcheggio comunale, il quale provvede alla riscossione dei pedaggi ed alla verifica della sussistenza di eventuali cause di esonero dall'obbligo di corrispondere gli stessi, in quanto si tratta di attività svolta nell'interesse dell'ente pubblico comunale, e quale diretta promanazione della volontà dello stesso”*.¹⁸⁸ In applicazione del principio, la Corte ha ravvisato la sussistenza del delitto di peculato con riferimento alla condotta di una guardia giurata dipendente di una società appaltatrice del servizio di vigilanza, gestione e riscossione di un parcheggio comunale a pagamento che, nello svolgimento dei compiti indicati, si era appropriato di somme versate dai conducenti di automezzi fruitori del parcheggio.

La qualifica di incaricato di un pubblico servizio è stata, quindi, attribuita in considerazione dell'attività oggettivamente espletata dal dipendente, trattandosi

essere riconosciuta”. (Nella fattispecie la Corte ha riconosciuto la qualifica in capo all'imputato, dipendente di una società di costruzioni e direttore della concessione per la realizzazione dell'opera, atteso l'accertato trasferimento alla concessionaria di compiti spettanti alla p.a. concedente).

¹⁸⁶ FIORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, cit., 567 ss.

¹⁸⁷ MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 103.

¹⁸⁸ Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2013, n. 36176, in *Cass. pen.*, 1/2015, 166, con osservazioni di ZACCHIA A., 171 ss. *Contra*, Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 1998, n. 9880, in *Cass. pen.*, 1/2000, 77, la quale ha statuito che l'addetto a un servizio di riscossione del pedaggio per la sosta di autovetture in un parcheggio automatizzato di un'azienda comunale, svolgendo semplici mansioni d'ordine, implicanti elementari nozioni tecniche e interamente predefinite (riscontro dell'importo del pedaggio indicato dal computer e relativa riscossione), non riveste la funzione di incaricato di pubblico servizio.

di mansione che oltre alla mera riscossione dell'importo del pedaggio si estendeva alla verifica dell'obbligo di corrispondere il ticket e all'eventuale concessione della fruizione gratuita del servizio a coloro che fossero esentati dal pagamento.¹⁸⁹

Da ultimo, sempre con riferimento alle società concessionarie di servizi pubblici, assume particolare rilievo la posizione dei dipendenti di Poste italiane S.p.a., a seconda del ruolo dagli stessi assunto all'interno della Società a seguito dell'intervenuta privatizzazione.

Come noto, l'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni è stata dapprima trasformata in ente pubblico economico con il decreto 1 dicembre 1993, n. 487, convertito con modificazioni in legge 29 gennaio 1994, n. 71 e successivamente in società per azioni con delibera del Cipe del 18 dicembre 1997, n. 244. Nonostante la privatizzazione dell'ente, la società Poste italiane mantiene profili pubblicistici in relazione alla gestione del servizio pubblico strettamente inteso. A conferma di ciò, l'art. 18 del d.lgs. 261/1999 prevede che *“le persone addette ai servizi postali, da chiunque gestiti, sono considerate incaricate di pubblico servizio in conformità all'art. 358 del codice penale”*.

Ciò premesso, la giurisprudenza più recente ritiene che il “ripartitore”, ovvero l'addetto allo smistamento della corrispondenza, non assuma la qualifica di incaricato di pubblico servizio, trattandosi di soggetto titolare di semplici mansioni d'ordine, vale a dire *“mansioni meramente esecutive, prive di qualsivoglia carattere di discrezionalità e di autonomia discrezionale”*.¹⁹⁰

¹⁸⁹ In applicazione del medesimo principio, vedi Cass. pen., 7 maggio 2015, n. 34869, secondo la quale *“non integra il delitto di peculato l'azione appropriativa della guardia giurata compiuta senza correlazione alle attività di custodia e vigilanza, in quanto tale soggetto non riveste la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico quando pone in essere condotte al di fuori delle proprie attribuzioni istituzionali”*. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha qualificato come appropriazione indebita aggravata, ai sensi dell'art. 61, n. 11 cod. pen., l'appropriazione da parte di una guardia campestre di benzina spillata dall'autoveicolo di servizio.

¹⁹⁰ Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 2012, n. 46245, la quale ha annullato la sentenza con la quale un addetto allo smistamento della corrispondenza delle Poste Italiane S.p.a., ritenuto incaricato di pubblico servizio, era stato condannato per il reato di peculato per essersi appropriato di nove missive contenenti altrettanti assegni circolari di importi variabili tra 360 e 4.650 euro. In senso contrario vedi Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1998, n. 10138, la quale ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio *“all'impiegato postale addetto alla selezione ed allo smistamento della corrispondenza”*, ritenendo che tale ruolo potesse essere desunto genericamente dalla rilevanza pubblica della funzione di raccolta e di distruzione della corrispondenza, ovvero dall'esigenza di garantire i valori costituzionali della libertà e della segretezza delle comunicazioni, di cui all'art. 15 Cost.

La Corte coglie l'occasione con questa sentenza per specificare come la qualifica di incaricato di pubblico servizio *“sia stata correttamente riconosciuta alle figure di dipendenti dell'ente Poste italiane laddove le loro attività siano caratterizzate in concreto dall'esercizio di funzioni di certificazione, dunque non esplicative di semplici mansioni d'ordine”*, riportando alcuni esempi. Primo tra tutti, il caso di un impiegato dell'ente Poste italiane S.p.a. addetto alla regolarizzazione, mediante affrancatura, dei bollettini dei pacchi da restituire al mittente, e alla tenuta di un apposito registro nel quale annotare i dati identificativi di ciascuna operazione, di attività di natura non meramente applicativa od esecutiva.¹⁹¹

In secondo luogo, il Collegio riconosce come il portalettere commetta il delitto di peculato nell'impossessarsi di un vaglia postale di cui abbia la disponibilità per ragioni del suo servizio, riscuotendone successivamente l'importo, atteso che lo stesso assume quella qualifica soggettiva di incaricato di un pubblico servizio in ragione dei compiti di certificazione della consegna e della ricezione della specifica tipologia di corrispondenza in oggetto.¹⁹² La suddetta decisione trae fondamento dal principio consacrato dalle Sezioni Unite secondo cui la qualifica di pubblico ufficiale *“deve essere riconosciuta a quei soggetti che, pubblici dipendenti o semplici “privati”, quale che sia la loro posizione soggettiva, possono e debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, disgiuntamente e non cumulativamente considerati”*.¹⁹³ Principio che, secondo la Corte, può essere riferito anche all'incaricato di un pubblico servizio.

Infine, rientra nella qualifica pubblicistica il dipendente dell'ente Poste Italiane S.p.a. che svolga mansioni di “cedolista”, in quanto tale attività comporta non solo mansioni d'ordine o prestazioni materiali come il trasporto dei dispacci, ma anche significativi compiti accessori quali quelli di apposizione di firma

¹⁹¹ Cass. pen., sez. VI, 2 novembre 2010, n. 39591.

¹⁹² Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 2012, n. 27981. L'esistenza di poteri certificativi qualifica come incaricato di un pubblico servizio anche il dipendente di un'impresa subappaltatrice del servizio di consegna pacchi per conto di Poste Italiane S.p.a. (vedi Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2013, n. 26098).

¹⁹³ Cass. pen., S.U.,S.U. 27 marzo 1992, n. 7958.

liberatoria di quanto ricevuto in consegna delle ditte accollatane della corrispondenza speciale.¹⁹⁴

In conclusione, sia in ambito di concessione sia in ambito di privatizzazione, è emerso come gli spazi di commistione tra regolamentazione pubblicistica e privatistica dell'attività all'interno del medesimo ente rendano maggiormente complicata l'individuazione dei parametri da utilizzare nell'individuazione della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

Sicché, ancora oggi, la giurisprudenza tende ad ancorare le definizioni di cui agli articoli 357 e 358 c.p. a differenti indici sintomatici rivelatori della pubblicità che si distaccano dalla concezione funzionale-oggettivo individuata dal legislatore, perseguendo obiettivi di politica criminale non pienamente condivisibili, stante la sostanziale differenza tra le ragioni alla base del controllo penale degli enti pubblici e quelle che presiedono il controllo penale dell'attività d'impresa.

8. Prime conclusioni in materia di qualifiche pubblicistiche.

Dopo aver analizzato, da una parte, le criticità inerenti i principali criteri giurisprudenziali utilizzati in tema di qualifica pubblicistica dei soggetti operanti in enti pubblici privatizzati e, dall'altra, le sentenze che hanno correttamente applicato il criterio oggettivo-funzionale della riforma del 1990, è possibile stilare un elenco di linee guida da seguire nell'interpretazione degli articoli 357 e 358 del codice penale.

Ebbene, la giurisprudenza c.d. "virtuosa"¹⁹⁵, nel rilevare ai fini penalistici la qualifica pubblicistica:

- a) esclude che le mansioni esercitate dal pubblico agente possano essere considerate nel loro complesso;
- b) distingue, invece, tra attività private ed attività pubbliche, a prescindere

¹⁹⁴ Cass. pen., sez. V, 21 marzo 2003, n. 22018.

¹⁹⁵ L'aggettivo è utilizzato da MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 165.

- dalla natura dell'ente cui appartiene il soggetto agente;
- c) fa dipendere la qualifica pubblicistica dall'analisi della singola attività concretamente svolta;
 - d) di conseguenza, esclude che da un'attività di natura privatistica possa discendere una qualifica pubblicistica del soggetto agente sulla base di criteri fuorvianti appartenenti alla oramai abbandonata concezione soggettiva.¹⁹⁶

Si ritiene che i suddetti criteri rappresentino il risultato di una profonda opera di interpretazione e di rinnovazione del diritto messa in atto dalla giurisprudenza a seguito della riforma, alla costante ricerca di un principio meritevole di generale applicazione nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione.

¹⁹⁶ MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 182 ss.

CAPITOLO TERZO

LA QUALIFICA DI “ENTE PUBBLICO” E I MODELLI DI TUTELA ALTERNATIVI ALLO STATUTO PENALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Premessa.

Una volta individuato un principio di generale applicazione nell’ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, non resta che affrontare le problematiche connesse alla questione delle qualifiche soggettive pubblicistiche, le quali, da una parte, influenzano, dall’altra, compensano le soluzioni finora adottate dalla Corte, in una continua opera di rinnovamento e di supplenza del diritto tra le innumerevoli lacune del sistema.

Una prima riflessione riguarda l’individuazione dei tratti caratteristici di un ente pubblico, tra concezione soggettiva e criterio oggettivo. Come vedremo, la nozione estensiva e “funzionale” adottata per gli organismi di diritto pubblico a livello comunitario, ha generato forti ripercussioni nel nostro sistema penale, soprattutto per quanto riguarda l’ipotesi aggravata del reato di truffa ai danni di un ente pubblico.

Sotto un differente profilo, si propone un’analisi dei modelli di tutela che si offrono come alternativi allo statuto penale della Pubblica Amministrazione, nel caso in cui permangano ambiti di indeterminatezza nel riconoscimento di qualifiche pubblicistiche con riferimento a enti pubblici privatizzati.

SEZIONE I

LA QUALIFICA DI “ENTE PUBBLICO” ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA

2. Gli indici identificativi di un ente pubblico.

Come anticipato, nell'ultima parte del presente lavoro si ritiene opportuno fare un breve cenno ad una problematica ampiamente legata alla questione della qualifica pubblicistica dei soggetti operanti in un ente pubblico privatizzato: si tratta dell'individuazione, ai fini penalistici, degli indici identificativi di un “ente pubblico” nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di evidenza pubblica.¹⁹⁷

Anche in questo frangente, si distinguono gli orientamenti a favore di una concezione formale-soggettiva e quelli a favore dell'opposta concezione funzionale-oggettiva.

In particolare, fino ad epoca assai recente, l'indirizzo maggioritario tendeva ad utilizzare un criterio di tipo formale-soggettivo: in tale ottica, veniva esclusa la qualifica pubblica delle società per azioni, restando irrilevante sia l'eventuale svolgimento di attività qualificabile come pubblico servizio, sia la partecipazione pubblica nella titolarità delle azioni, sia il fatto che la forma societaria fosse assunta a seguito di trasformazione di un ente pubblico economico.¹⁹⁸

Il problema esegetico si impuntava sull'assenza tanto di una definizione normativa quanto di un consolidato diritto vivente circa gli indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente.

¹⁹⁷ Per un approfondimento in merito alla relazione tra la questione dei soggetti “protagonisti” di pubblici appalti e qualifiche soggettive pubblicistiche nel diritto penale vedi BORSARI R., *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova, 2012, 37 ss.

¹⁹⁸ Inizialmente, il processo di privatizzazione di molti enti pubblici in società per azioni ha determinato l'esclusione della relativa veste pubblicistica sulla base della struttura formale dell'ente. A titolo esemplificativo vedi Cass. pen., 5 aprile 2005, n. 38071 che, in tema di truffa ai danni dell'Enel, ha stabilito che a seguito della trasformazione dell'ente pubblico in società per azioni, non è più configurabile l'aggravante inerente la natura pubblica della persona offesa dal reato (art. 640, co. 2 n. 1 c.p.), ritenendo così necessaria, ai fini della procedibilità, la querela di parte.

Ebbene, di fronte al variegato panorama di soggettività giuridiche presenti negli ordinamenti comunitari, al fine di evitare l'elusione della normativa in materia di appalti pubblici e di garantire un regolare sviluppo della concorrenza nel mercato comune, il legislatore comunitario ha introdotto il concetto di "organismo di diritto pubblico".

In particolare, dapprima con la Direttiva 93/37/CEE, ha imposto il ricorso al procedimento di aggiudicazione ad evidenza pubblica in relazione a tutti i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice. Ha, inoltre, stabilito che per amministrazione aggiudicatrice, l'art 1 lett. b) della citata direttiva intende lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Tale provvedimento è stato abrogato dalla successiva direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro, forniture e servizi. L'art. 1 n. 9 comma 2, della più recente Direttiva, recepito dal legislatore nazionale all'art. 3, comma 26, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), stabilisce che l'organismo di diritto pubblico è qualsiasi ente, 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.

L'organismo di diritto pubblico deve, quindi, svolgere la relativa attività in un contesto non concorrenziale, deve essere dotato di personalità giuridica, e si deve trovare in un relazione di sostanziale strumentalità con lo Stato o altro ente

pubblico.¹⁹⁹

Senonché, *prima facie*, la nozione individuata a livello comunitario risulta più ampia rispetto a quella determinata nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, ricomprendendo qualsiasi ente pubblico autarchico, ma non qualunque "impresa pubblica" (ente pubblico economico o società a partecipazione pubblica).²⁰⁰ L'impresa pubblica, in particolare, assume la veste formale di una impresa privata ma è funzionalmente volta al perseguimento di un interesse pubblico generale.

Ma vediamo nel dettaglio quali ripercussioni derivano dall'applicazione del suddetto principio comunitario nel nostro sistema penale.

3. La natura giuridica dell'ente fieristico.

Un'applicazione pratica del principio sopra individuato può essere rappresentata dalla determinazione della natura giuridica dell'ente fieristico, trasformato in società per azioni a partecipazione pubblica, al fine di stabilire se esso sia assoggettato alla normativa sull'affidamento degli appalti pubblici.

Ebbene, sul punto si è espressa la Corte di Giustizia C.E., 10 maggio 2001, procedimenti riuniti C-233/99 e C-260/99, individuando i caratteri tipici dell'ente Fiera di Milano, il quale: a) ha ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe; b) non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di

¹⁹⁹ In ordine al mutamento giurisprudenziale, vedi Cass. pen., 3 giugno 2010, n. 40830, la quale, per la prima volta, ai fini della sussistenza del delitto di malversazione ai danni dello Stato (art. 316 *ter* c.p.), afferma che l'ente pubblico erogatore dei fondi distratti dalla loro destinazione si identifica con l'organismo di diritto pubblico di cui all'art. 3, co. 26, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

²⁰⁰ GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, 839, ricomprende all'interno dell'impresa pubblica ogni figura qualificabile come ente pubblico economico, azienda pubblica ovvero società per azioni a prevalente capitale pubblico, ovvero tutte quelle società che svolgono l'attività d'impresa attraverso strumenti privatistici ma che sono riconducibili, quanto a proprietà od organizzazione, ad un altro soggetto pubblico; MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 57, riporta alcune sentenze della Corte di Giustizia che, applicando il criterio funzionalistico del perseguimento di un pubblico interesse, escludono la qualifica di organismo di diritto pubblico in capo ad enti che, pur non avendo scopi lucrativi, vengano gestiti secondo "criteri di rendimento, di efficacia e di redditività", operando in un ambiente concorrenziale.

efficacia e di redditività; c) opera in un ambiente concorrenziale.²⁰¹

Sulla base dei caratteri sopra individuati, in mancanza del primo requisito (perseguimento di un interesse generale, non di carattere commerciale o industriale), la Corte ha escluso che si tratti di un organismo di diritto pubblico.²⁰² Ne deriva che, la presenza o meno del rischio d'impresa in capo all'ente assume valore dirimente in ordine alla qualificazione dello stesso come organismo di diritto pubblico.²⁰³

Ad una prima analisi, parrebbe emergere una sostanziale differenza rispetto all'individuazione delle qualifiche pubblicistiche dei soggetti operanti negli enti pubblici privatizzati: difatti, non rileva tanto la distinzione tra ente pubblico ed ente privato, quanto la "funzionalizzazione" dell'attività concreta svolta dal soggetto all'interesse generale. Con la conseguenza che l'esclusione del carattere commerciale o industriale del fine perseguito non qualifica l'attività esercitata, bensì l'interesse pubblico cui la stessa è finalizzata.²⁰⁴

A tal proposito, si ritiene necessario esaminare l'orientamento della giurisprudenza nazionale.

L'*occasio iuris* che ha determinato l'intervento dei Giudici nazionali sulla presente questione è rappresentata dall'affidamento da parte dell'Ente Fiera di Milano del servizio di brokeraggio assicurativo, per il triennio 1997-1998, mediante trattativa privata.

Il Tar Lombardia ha riconosciuto all'Ente Fiera la qualifica di organismo di diritto pubblico, con conseguente regolamentazione dell'affidamento del servizio secondo la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.²⁰⁵

Successivamente, il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado, mutando il proprio precedente orientamento e stabilendo che "*l'ente in questione ha come scopo (...) di provvedere all'attuazione di mostre campionarie*

²⁰¹ Corte di Giustizia C.E., 10 maggio 2001, procedimenti riuniti C-233/99 e C-260/99, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 981 ss., con nota di MAMELI B., *La Corte di Giustizia conferma l'estraneità dell'Ente Fiera dalla nozione di organismo di diritto pubblico*.

²⁰² MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 57.

²⁰³ ZACCHEO M., *Le condizioni per l'attribuibilità della natura di ente pubblico ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 c.p.*, in *Cass. pen.*, 3/2014, 937.

²⁰⁴ COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 275.

²⁰⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1 aprile 1998, 674.

e temporanee, in prosecuzione dell'iniziativa fin qui esistente denominata Fiera di Milano...". Pertanto, "il fine così individuato, sebbene inerente ad un bisogno collettivo degli operatori economici, in specie alle esigenze di promozione commerciale dei vari settori della produzione dei beni e servizi, non assurge al carattere non commerciale richiesto dalla norma comunitaria per la qualificazione di organismo di diritto pubblico". Il Giudice di secondo grado ha, quindi, escluso che tale fine potesse essere configurato come "non industriale o commerciale", con conseguente venir meno di uno dei requisiti imprescindibili per il riconoscimento della natura di "organismo di diritto pubblico".²⁰⁶

L'orientamento del Consiglio di Stato è stato poi confermato anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, adite per motivi attinenti alla giurisdizione in merito alla medesima vicenda relativa all'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio da parte dell'Ente Fiera di Milano.²⁰⁷

In primo luogo, la Corte ha ricondotto gli enti fieristici alla categoria degli enti pubblici economici, dal momento che *"il ridetto ente ... ha lo scopo di svolgere e di sostenere ogni attività diretta all'organizzazione di manifestazioni fieristiche, attività congressuali e di ogni altra iniziativa che, favorendo l'interscambio, promuova la presentazione della produzione di beni e servizi ed eventualmente la loro vendita"*. In tal senso, esso opera nel settore della produzione o scambio di beni o servizi mediante un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi della relativa attività.

In secondo luogo, con riferimento ai requisiti dell'organismo di diritto pubblico, la Suprema Corte ha attestato la sussistenza in capo all'Ente Fiera di Milano della personalità giuridica e dell'influenza pubblica, arrestandosi successivamente ad analizzare il fine perseguito. A tal proposito, una volta riconosciuto che *"l'Ente Fiera ... è stato costituito per la soddisfazione di bisogni di interesse generale"*, essa ha affermato che *"non sussiste, per contro, l'ulteriore*

²⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267.

²⁰⁷ Cass. civ., S.U., 4 aprile 2000, n. 97, in *Guida al diritto*, 18/2000, 40 ss., con nota di MEZZACAPO S., *Con lo svolgimento di un'attività commerciale cade la qualifica di "organismo di diritto pubblico"*, 48 ss.; in *Giorn. dir. amm.*, 6/2000, 552 ss., con nota di CASSESE S., *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*; e in *Foro it.*, 1/2001, 612 ss., con nota di PERUGGIA P., *Le sezioni unite decidono sulla natura degli enti fieristici*, 614 ss.

requisito negativo [carattere non commerciale e industriale dell'interesse generale] ... I bisogni di interesse generale che l'Ente Fiera di Milano persegue, secondo il suo statuto, attengono infatti alla sfera dell'economia ed in particolare alla promozione ed allo sviluppo degli scambi commerciali nazionali ed internazionali, ed alla loro realizzazione l'ente provvede mediante lo svolgimento di una attività avente natura intrinsecamente commerciale, qual è la locazione dietro corrispettivo agli operatori commerciali degli spazi per l'esposizione e l'eventuale vendita dei beni e servizi ivi offerti”.

In conclusione, le Sezioni Unite hanno confermato che l'Ente Fiera di Milano non rientra tra le “amministrazioni aggiudicatrici” ai fini dell'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente negli appalti di servizi di rilevanza comunitaria. E l'orientamento giurisprudenziale di cui è espressione la presente sentenza, è rimasto immutato sino ai giorni nostri.²⁰⁸

Alla luce del predetto *excursus* giurisprudenziale, si rileva che il diverso approccio nel ricercare la natura giuridica dell'ente pubblico rispetto a quello utilizzato per individuare la qualifica del soggetto attivo al suo interno comporta che, quand'anche l'ente fosse identificato come soggetto privato, potrebbe comunque essere affermata la qualifica pubblicistica dei soggetti in esso operanti, sulla base di indici sintomatici, quali il perseguimento di un interesse pubblico anche in via strumentale, allontanandosi così dal criterio funzionale-oggettivo consacrato dalla riforma.²⁰⁹

²⁰⁸ Sul punto vedi TAR Veneto, I, 21 gennaio 2002, 194; Consiglio di Stato, VI, 9 giugno 2008, 2764; Tar Emilia Romagna – Parma, I, 16 novembre 2009, 732.

²⁰⁹ Cass. pen., 18 giugno 2007, n. 23753, ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al responsabile dell'ufficio ragioneria di un ente fiera, il quale è stato condannato per il reato di peculato (art. 314 c.p.) per essersi appropriato di una ingente somma di denaro di cui aveva la disponibilità in ragione del suo ufficio. Nel caso specifico, la Corte, al fine di fornire una soluzione coerente e non contraddittoria, ha riconosciuto la pubblicità sia dell'ente sia del soggetto in esso operante: la Fiera rappresenterebbe un ente istituzionale di livello regionale, che non persegue fine di lucro e che presenta una serie di indici sintomatici di pubblicità quali la circostanza che “l'Ente sia sottoposto al controllo della Regione e che questa partecipi alla formazione del capitale di fondazione; inoltre, secondo le norme statutarie è sempre la Regione (Consiglio regionale) a nominare i vertici dell'Ente; infine, il personale dell'Ente Fiera è equiparato, per quanto riguarda il trattamento giuridico ed economico, al personale regionale»; l'imputato rientrerebbe, invece, tra gli incaricati di pubblico servizio per l'esercizio di «un'attività direttamente funzionale alla provvista e alla gestione dei mezzi finanziari occorrenti per lo stesso svolgimento delle finalità pubbliche dell'Ente”.

4. L'individuazione della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata ai sensi dell'art. 640 co. 2 n. 1) c.p.

Rimanendo nell'ambito dell'individuazione degli indici identificativi di un ente pubblico, si rileva come la qualifica pubblicistica dell'ente produca i suoi effetti anche al di fuori dello statuto penale della Pubblica Amministrazione.

In particolare, si tratta di stabilire se, con riguardo alla fattispecie di truffa, sussista l'aggravante dell'art. 640 co. 2 n. 1) c.p., il quale prevede un aumento della pena qualora il fatto sia commesso in danno dello Stato o di un altro ente pubblico.²¹⁰

Come già anticipato, si rileva che, nell'ambito della definizione di "ente pubblico", è apparso consolidato, fino ad epoca assai recente, l'indirizzo volto ad utilizzare un criterio di tipo "formale-soggettivo", che conferisce rilievo esclusivo alla natura soggettiva dell'ente medesimo: in tale ottica, si afferma la natura privatistica delle società per azioni, restando irrilevante sia l'eventuale svolgimento di attività qualificabile come pubblico servizio, sia la partecipazione pubblica nella titolarità delle azioni, sia il fatto che la forma societaria sia stata assunta a seguito di trasformazione di un ente pubblico economico.²¹¹

Il suddetto indirizzo, peraltro, rispecchia l'orientamento che, all'inizio degli anni novanta, nel determinare l'applicazione degli articoli 357 e 358 c.p., ha fatto riferimento alla natura dell'ente, indipendentemente dalla qualifica pubblica del servizio prestato dall'ente privatizzato.

Con specifico riferimento al profilo della truffa aggravata, si offre un approfondimento della nozione di ente pubblico, vagliando dapprima le teorie amministrativistiche che si sono avvicinate sulla questione, fino a giungere ai

²¹⁰ In ordine alle circostanze aggravanti del reato di truffa, vedi LA CUTE G., voce *Truffa*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 271 ss., il quale specifica che il bene giuridico tutelato è rappresentato dalla tutela del patrimonio pubblico ma anche del buon andamento della Pubblica Amministrazione, difatti, il patrimonio pubblico è vincolato al perseguimento di scopi pubblicistici, sicché una perdita patrimoniale ostacola l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa.

²¹¹ Cass. pen., 22 settembre 1987, n. 4631, in *Riv. pen.*, 1988, 845; più recentemente Cass. pen., 5 febbraio 2004, n. 8694, in *Riv. pen.*, 2/2004, 704 che, con riferimento all'ente Poste Italiane, ha ritenuto inapplicabile la qualifica pubblicistica a seguito della relativa trasformazione in società per azioni, essendo irrilevante – se non ai diversi fini delle qualifiche soggettive dei dipendenti – la natura eventualmente pubblica del servizio prestato; Cass. pen., 17 marzo 1999, De Mase, che, sulla base dello stesso principio, ha escluso il carattere aggravato della truffa ai danni dell'ente Ferrovie dello Stato privatizzato.

recenti arresti giurisprudenziali che valorizzano le nozioni di “organismo di diritto pubblico”, individuata dalla legislazione comunitaria, e di “organo indiretto della Pubblica Amministrazione”.²¹²

4.1. Le teorie “amministrativistiche” in ordine alla nozione di Pubblica Amministrazione.

L’ente pubblico è convenzionalmente definito come una persona giuridica pubblica che persegue, per legge, finalità rilevanti per l’ordinamento.²¹³

L’art. 4 della legge 20 marzo 1970, n. 70, stabilisce che l’ente pubblico può essere qualificato espressamente come tale solo dalla legge.

Ciò precisato, la dottrina amministrativistica ha individuato alcuni criteri di identificazione della pubblicità dell’ente, in assenza di un’espressa previsione legislativa, che inducono a ricondurlo alla sfera amministrativa:

- a) fase costitutiva dell’ente riservata all’iniziativa pubblica;
- b) fase funzionale connotata dal perseguimento di un interesse pubblico;
- c) fase organizzativa retta dal finanziamento pubblico istituzionale e dal potere di controllo e di ingerenza dello Stato o di altra p.a. nella gestione dell’ente.²¹⁴

L’utilizzo di indici sintomatici della pubblicità dell’ente si è rivelato ancora più utile con l’avvento della privatizzazione e, quindi, a seguito della trasformazione degli enti pubblici in società per azioni: ci si è allontanati dal criterio puramente formale della veste giuridica assunta dall’ente, favorendo il profilo funzionale rispetto all’interesse pubblico e l’esistenza di forme di controllo pubblicistico sull’attività dell’ente stesso.²¹⁵

²¹² Si allude a Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2012, n. 42408, che verrà analizzata nel prosieguo del presente paragrafo.

²¹³ In materia di enti pubblici, tra gli altri: CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 796 ss.; CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 104 ss.; NAPOLITANO G., voce *Enti Pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., vol. III, Milano, 2006, 2223 ss.

²¹⁴ In ordine agli indici sintomatici della qualifica pubblicistica vedi NAPOLITANO G., voce *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 2223.

²¹⁵ Sul punto, CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, cit., 798 ss. Non sempre, però, gli indici di riconoscimento dell’ente pubblico si sono rivelati dirimenti, impedendo, di fatto, una soluzione univoca ed immediata. A titolo esemplificativo si riporta il caso Rai relativo alla individuazione del giudice destinato a conoscere la controversia inerente la contestazione degli atti

Infine, con il contributo del diritto comunitario, si è affermata la “frammentazione” della nozione di ente pubblico, secondo la quale un ente può essere considerato pubblico solo settorialmente, in relazione a determinati ambiti disciplinatori, pur essendo sottoposto alla disciplina privatistica nell’esercizio della relativa attività.²¹⁶

Ciò premesso, si intende distinguere il criterio c.d. “formale”, basato sulla valorizzazione della veste giuridica dell’ente, dal criterio c.d. “sostanziale”, adottato dalla più recente giurisprudenza.²¹⁷

Il criterio formale fa esclusivo riferimento alla qualifica che la legge esprime in ordine alla natura dell’ente considerato.

A sostegno dell’utilizzo del suddetto indirizzo si fa valere l’interpretazione letterale dell’art. 640 co. 2 n. 1) c.p., secondo il quale non vi è alcun riferimento all’attività concretamente svolta ma, piuttosto, alla natura del soggetto danneggiato.²¹⁸ Peraltro, l’uso del criterio formale consentirebbe un’interpretazione coerente e uniforme delle fattispecie coinvolte senza che di volta in volta debba essere vagliata la funzione effettivamente posta in essere

adottati dalla Rai Spa in seno alla procedura di selezione di giornalisti professionisti. Il Consiglio di Stato, con ordinanza 24 novembre 2010, n. 5379, assimila detta società ad un’amministrazione pubblica. Viceversa, Cass. pen., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28329, statuisce che i pur presenti aspetti speciali che connotano la Rai S.p.a. non sono sufficienti ad equipararla ad una Pubblica Amministrazione.

²¹⁶ Sulle coordinate imposte dalla scienza amministrativistica vedi MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, in *Cass. pen.*, 10/2014, 3584 ss. L’Autore pone particolare attenzione sulla questione inerente la possibilità di ritenere pubblico un ente avente una veste giuridica societaria, specificando che secondo un primo orientamento (tesi c.d. commercialistica), il perseguimento di un interesse pubblico tipico dell’ente pubblico sarebbe incompatibile con lo scopo di lucro cui è funzionale il modello societario, mentre un diverso orientamento (tesi c.d. pubblicistica) riterrebbe la partecipazione pubblica insita nella struttura organizzativa dell’ente pubblico, senza che ciò influenzi la nozione qualifica pubblicistica dell’ente.

²¹⁷ Per un approfondimento in merito agli orientamenti adottati dalla giurisprudenza nella definizione di ente pubblico, MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3584 ss.; ZACCHEO M., *Le condizioni per l’attribuibilità della natura di ente pubblico ai fini dell’applicazione dell’aggravante di cui all’art. 640, comma 2, n. 1 c.p.*, cit., 934 ss.

²¹⁸ A conferma dell’irrelevanza della natura pubblica del servizio espletato dalla società, vedi Cass. pen., sez. II, 29 settembre 2009, n. 41498, la quale ha escluso la configurabilità dell’aggravante in relazione ad una società per azioni incaricata del servizio di raccolta, smaltimento e gestione rifiuti, “in quanto la natura pubblica del servizio prestato e delle funzioni svolte assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 cod. pen.”. Sulla matrice soggettivistica dell’art. 640 co. 2 n. 1) vedi GRECO E., *Sull’applicabilità dell’art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013, 206, la quale sostiene che l’attribuzione della qualifica pubblicistica può avvenire sulla base della titolarità formale dell’ente stesso o delle finalità perseguite.

dall'ente stesso.²¹⁹ Tanto più che, come sostenuto dalla giurisprudenza, il perseguimento dell'interesse pubblico può essere realizzato sia attraverso un'attività privatistica sia con strumenti di natura pubblicistica.²²⁰

Tuttavia, vi sono alcune considerazioni che impongono di superare la suddetta concezione, a favore di un'interpretazione sostanziale della nozione di ente pubblico.

In primo luogo, sostenendo che l'attività funzionale al perseguimento di un interesse pubblico possa essere svolta indifferentemente secondo una disciplina privatistica o pubblicistica, rimarrebbe insoluto il problema dell'utilizzo di finanziamenti pubblici in danno dell'ente considerato, con la conseguenza che l'utilizzo del criterio formale *“potrebbe essere veicolo di condotte elusive delle più grandi 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”*.²²¹

Inoltre, il perseguimento di un interesse pubblico non può essere considerato irrilevante al fine di qualificare la natura dell'ente, rappresentando un indice sintomatico della pubblicità che, unito ad altri criteri, può portare alla valorizzazione della qualifica pubblicistica dell'ente stesso, in spregio alla veste giuridica dallo stesso assunta.²²²

Del resto, nemmeno l'assenza di qualsivoglia riferimento all'attività svolta dall'ente pubblico nell'art. 640 co. 2 n. 1) c.p. preclude l'utilizzo di un indirizzo sostanziale, posto che lo stesso è pur sempre riconducibile ad un criterio di tipo normativo nel rispetto del principio di tassatività e di determinatezza della fattispecie.²²³

²¹⁹ Sul rispetto del principio di determinatezza in applicazione del suddetto criterio vedi Cass. pen., sez. II, 7 febbraio 2006, n. 7226.

²²⁰ Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2009, n. 8392.

²²¹ Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2012, n. 42408 cit..

²²² Sul punto vedi la pronuncia della Corte Costituzionale, la quale ha riconosciuto il perdurante controllo da parte della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni. Difatti, secondo la Consulta, la circostanza che gli enti in questione abbiano assunto una veste giuridica privatistica non implica il venir meno del controllo contabile nei loro confronti, stante la presenza di un apporto da parte dello Stato al patrimonio dell'ente (Corte Cost., 17 dicembre 1993, n. 466, cit.). Conformemente alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, si è sviluppato un indirizzo che valorizza alcuni indici sintomatici della pubblicità dell'ente, a prescindere dalla veste giuridica adottata dallo stesso.

²²³ MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3592. Sul punto vedi anche MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale*,

Alla luce dei profili critici inerenti il criterio c.d. formale, si ritiene opportuno vagliare se il criterio c.d. “sostanziale” si riveli più appropriato nell’individuare una definizione di ente pubblico generalmente applicabile alle ipotesi di truffa aggravata.

In tal senso, la giurisprudenza più recente ha valorizzato la natura degli scopi perseguiti dall’ente societario, nonché l’influenza pubblica determinata sulla relativa gestione e attività, utilizzando il concetto di “organismo di diritto pubblico” – già richiamato al paragrafo precedente in rapporto alla qualificazione dell’ente fiera – previsto all’art. 3, co. 26, del D.lg. 163/2006.²²⁴

Riprendendo la definizione sopra accennata, l’organismo di diritto pubblico è qualsiasi ente, 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.²²⁵

L’interesse generale contraddistingue i bisogni di un numero elevato e indeterminato di persone. Il carattere non industriale o commerciale, poi, esclude le attività di produzione o di scambio di beni e servizi a favore di una indifferenziata platea di operatori economici, consumatori o utenti.

Quanto alla personalità giuridica, essa può essere sia pubblica sia privata.

cit., 150 ss, il quale sostiene che la figura di ente pubblico dovrà essere esclusa ogniqualvolta la disciplina dell’attività dallo stesso esercitata, e nel cui ambito avviene il fatto criminoso, sia informata ai principi del libero mercato concorrenziale, senza alcuna previsione di speciali prerogative in favore dello Stato.

²²⁴ La nozione comunitaria è stata seguita anche da Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 17343, in un’ipotesi di malversazione di cui all’art. 316 *bis* c.p., chiarendo che l’ente pubblico erogatore dei fondi distratti dalla loro destinazione si identifica con l’organismo di diritto pubblico di cui all’art. 3 D.lgs. n. 163/2006.

²²⁵ In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le tre condizioni devono sussistere cumulativamente, sicché in assenza anche di una sola delle tre, l’ente non sarà assoggettato alla normativa europea in materia di contratti pubblici.

Infine, devono sussistere indici sintomatici dell'influenza pubblica sull'organismo, quali il finanziamento pubblico maggioritario, il controllo pubblico sulla gestione imprenditoriale dell'ente oppure il controllo pubblico sulle nomine degli organi amministrativi, sindacali, direttivi.²²⁶

Ciò premesso, si precisano le ragioni in base alle quali la giurisprudenza maggioritaria riprende la definizione comunitaria di organismo di diritto pubblico nel qualificare l'ente pubblico ai fini penalistici e, nello specifico, allo scopo di applicare l'ipotesi aggravata di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c.p. Esse sono ampiamente riportate nella pronuncia della Suprema Corte (c.d. "sentenza Bellavista – Caltagirone") che, in un'ipotesi di truffa in danno di una società per azioni a partecipazione pubblico-privata titolare della concessione per la costruzione e lo sfruttamento di un'opera pubblica, si è discostata dalla consolidata interpretazione "formale" ed ha ritenuto configurabile l'aggravante accedendo ad una nozione "sostanziale" di Pubblica Amministrazione.²²⁷

²²⁶ MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3593. Per un ulteriore approfondimento in ordine alle caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico si rinvia a LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1201; CHITI S., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di stato e Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209; MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003; MARRAMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di "organismo di diritto pubblico"*, in *Dir. amm.*, 2000, 585; SANDULLI M.A. – DE NICTOLIS R. – GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 3155.

²²⁷ Cass. pen., 30 ottobre 2012, n. 42408, cit., di cui si riporta la contestazione per intero: "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 C. B.F. 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 B.C.F. (amministratore di fatto di ACQUAMARE s.r.l.) e di G.L. A., dopo aver stipulato, in data 12.02.2007 precisamente tra le persone di CA.Gi. e G.D. per Porto di Imperia s.p.a. e M.D. per ACQUAMARE, due contratti in cui si prevedeva che il corrispettivo spettante ad ACQUAMARE - fissato in Euro 160.000.000 - fosse contestualmente permutato nel 70% delle costruende opere, nel falso presupposto della congruità di tale permuta, corrispettivo poi lievitato in Euro 209.000.000 con ulteriori contratti stipulati il 30.04.2009 tra CO.Ca. per Porto di Imperia s.p.a. e D.S. 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 CA.II. - in violazione del D.M. 14 aprile 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 B.C.F. 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,

Ebbene, le motivazioni addotte sono principalmente due: la prima ritiene sussistenti i requisiti individuati dal legislatore comunitario in tema di “organismo di diritto pubblico”; la seconda, facendo leva sul provvedimento di concessione di opera pubblica sul demanio, riconosce nell’ente concessionario il ruolo di “organo indiretto” della Pubblica Amministrazione.

Quanto al primo motivo, la Corte di legittimità afferma che la nozione comunitaria è 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

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 Euro 444.707.000,00) 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”.

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".*²²⁸

Ne deriva l'applicabilità dell'ipotesi aggravata di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c.p.²²⁹

Quanto al secondo ordine di ragioni, la nozione di "organo indiretto" della Pubblica Amministrazione trova il suo fondamento nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 29 settembre 1990, n. 12221, intervenuta a dirimere una questione di giurisdizione sugli atti dei concessionari pubblici.²³⁰ La Suprema Corte definisce organo indiretto della p.a. un soggetto privato che esercita una funzione pubblica per effetto di una concessione traslativa della p.a. stessa.²³¹ In tal senso, gli atti posti in essere dall'ente concessionario sarebbero sia oggettivamente amministrativi, per essere espressione della pubblica funzione dell'ente pubblico concedente, sia soggettivamente amministrativi, essendo l'ente concessionario un soggetto che esercita, sulla base di un provvedimento traslativo, un potere di cui rimane titolare la Pubblica Amministrazione.

²²⁸ Punto 12 della pronuncia.

²²⁹ Sulla scia della sentenza Bellavista Caltagirone, anche Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2013, n. 39837, ha ritenuto di superare l'orientamento tradizionale, osservando tra l'altro che quest'ultimo "sembra tuttavia non tener conto, privilegiando l'aspetto formale rispetto a quello contenutistico-sostanziale, della "ratio" dell'aggravante, formulata in epoca anteriore alla normativa sulle privatizzazioni. Tale "ratio" è ravvisabile nell'esigenza di maggior tutela del patrimonio dello Stato e degli enti pubblici, che non viene meno solo perché un ente a partecipazione pubblica esercente un servizio pubblico, che mette quindi in gioco risorse della collettività, è strutturato nelle forme del diritto privato, inidonee ad influire sull'aspetto funzionale della gestione di un servizio pubblico o di pubblico interesse, nella specie tra l'altro di primaria importanza (la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani in numerosi comuni della Campania)". Alla stregua delle suddette motivazioni la Corte ha ritenuto la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c.p., dovendosi attribuire la qualifica di "organismo di diritto pubblico" alla ECO4 S.p.a., società a prevalente partecipazione pubblica (consorzio di comuni del casertano, titolare del 51%) svolgente in regime di monopolio il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

²³⁰ Cass. pen., S.U., 29 dicembre 1990, n. 12221.

²³¹ Sulla nozione di organo indiretto della p.a. si rinvia ad AZZARITI G., *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384; AZZARITI G., *La giurisdizione delle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 526; CARINGELLA F., *Il riparto di giurisdizione*, a cura di CARINGELLA F. – GAROFOLI R., *Trattato di giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 2008, 651 ss.; CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 111 ss.

Di conseguenza, l'ente concessionario Porto Imperia S.p.a. deve ritenersi organo indiretto della Pubblica Amministrazione in quanto destinatario di un provvedimento concessorio di opera pubblica su area demaniale.

Orbene, entrambe le motivazioni sono criticabili sotto diversi profili.²³²

In primo luogo, l'ipotesi aggravata di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c.p. tutela il patrimonio pubblico e, in via indiretta, il buon andamento della Pubblica Amministrazione, mentre nessun riferimento vi è ai "bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale" cui, invece, rimanda la sentenza della Corte. Invero, la norma è posta a presidio degli interessi di un soggetto pubblico contro eventuali fatti illeciti perpetrati da soggetti privati e non a tutela delle imprese concorrenti, ovvero dei soggetti privati, contro i possibili abusi della Pubblica Amministrazione, così come prevede la disposizione inerente la contrattazione pubblica.²³³

In secondo luogo, attraverso il provvedimento concessorio la Pubblica Amministrazione non trasferisce i poteri pubblici all'ente concessionario, ma semplicemente consente allo stesso l'esercizio di quei poteri di cui essa rimane comunque titolare.²³⁴

Peraltro, riprendendo una delle critiche mosse all'indirizzo c.d. formale, l'utilizzo della nozione di organo indiretto non incide sul finanziamento pubblico all'ente societario, allontanandosi dal bene giuridico tutelato dalla norma in questione. Senza contare che l'espressione in questione è stata creata in un contesto del tutto differente (questione di giurisdizione in materia di appalti pubblici) e in un momento nel quale il legislatore italiano non aveva ancora recepito la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, con la

²³² In ordine alle critiche emerse in relazione alla concezione c.d. formale e a quella c.d. sostanziale, vedi MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3595 ss.; GRECO E., *Sull'applicabilità dell'art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, cit., 211 ss.

²³³ MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3596.

²³⁴ CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 352. Scettici in relazione alla teoria dell'organo indiretto della Pubblica Amministrazione, sono: AZZARITI G., *La giurisdizione delle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, cit., 533; GRECO E., *Sull'applicabilità dell'art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, cit., 214; MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 125 ss.

conseguenza che la suddetta nozione non può che essere ritenuta anacronistica e priva di utilità.²³⁵

In conclusione, quanto alle teorie amministrativistiche sopra esposte, se da una parte il criterio di tipo formale sembra valere solo nel caso in cui venga in considerazione un'amministrazione statale o territoriale o in relazione ad enti parastatali, dall'altra il criterio sostanziale non coglie a fondo il significato della nozione di ente pubblico ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante del danno allo stesso.²³⁶

4.2. La teoria “autonomista” dell'ente pubblico alla luce dei principi di tassatività e di offensività.

Dopo aver individuato i limiti che caratterizzano le teorie amministrativistiche, si rende opportuno fare un breve cenno alla possibilità di aderire ad una teoria “autonomista” dell'ente pubblico, valorizzando i principi fondamentali del diritto penale e la *ratio* dell'aggravante prevista all'art. 640 co. 2 n. 1) c.p. Invero, in altri ambiti del diritto penale, alcuni istituti civilistici sono rielaborati secondo una concezione autonoma: si pensi, ad esempio, alle nozioni di profitto e di possesso, le quali sono interpretate alla luce del bene giuridico protetto, ben potendo non coincidere con le definizioni proprie della loro originaria disciplina.²³⁷

Nella pratica, il suddetto percorso permette di allontanarsi dalle categorie concettuali individuate nell'ambito di altri settori dell'ordinamento giuridico,

²³⁵ MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3597; GRECO E., *Sull'applicabilità dell'art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, cit., 215. Sembra invece concordare con la ricostruzione giurisprudenziale CIALDELLA M.F., *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e concessionarie di opere pubbliche*, cit., 2868.

²³⁶ MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3598.

²³⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale I*, cit., 282, definisce il profitto nei delitti patrimoniali sia come vantaggio economico tratto dall'illecito, sia come “*qualunque soddisfazione o piacere che l'agente si riprometta dalla sua azione criminosa*”, sempre che rispettivamente lo stesso non sia in alcun modo tutelato dall'ordinamento giuridico o si ponga in contrasto con lo stesso. Per quanto riguarda la nozione di possesso nel diritto penale, l'Autore spiega che lo stesso consiste nella “*relazione tra la persona e la cosa, che consente alla prima di disporre della cosa in modo autonomo, e che la disponibilità (o signoria) è autonoma quando si svolge all'infuori della diretta vigilanza di una persona che abbia sulla cosa un potere giuridico maggiore*”.

determinando una nozione di ente pubblico più coerente e conforme ai principi di tassatività e di offensività sui quali si fonda il nostro attuale sistema penale.²³⁸

Innanzitutto, nel rispetto del principio di tassatività, si rende necessario individuare il carattere fondamentale dell'ente pubblico, il quale consiste nel perseguimento di un interesse pubblico.

L'interesse pubblico si differenzia dall'interesse generale, riconducibile ad un numero indeterminato di destinatari, per essere qualificato come tale da una legge o da un provvedimento amministrativo.

In secondo luogo, in ossequio al principio di offensività, la nozione di ente pubblico non può prescindere dall'analisi del bene giuridico tutelato con la fattispecie aggravata. Come anticipato, l'aggravamento di pena coincide con la violazione del patrimonio pubblico e, quindi, sussiste qualora l'ente, nella sua veste giuridica pubblica o privata, si avvalga di risorse pubbliche per l'espletamento della sua attività.

A tal fine è necessario altresì che il finanziamento pubblico:

- non preveda un eventuale controprestazione contrattuale a carico del beneficiario;
- sia caratterizzato dalla continuità, sicché nel caso di un finanziamento occasionale non si configurerebbe l'ipotesi aggravata;
- sia pregiudicato in modo considerevole, dal momento che non rileverebbe una violazione esigua della relativa consistenza.

Alla luce dei suddetti rilievi, “valorizzando un'interpretazione costituzionalmente orientata, basata sui principi di tassatività e di offensività (art. 25, comma 2, Cost.), può ritenersi ente pubblico qualsiasi soggetto che, sebbene avente veste giuridica privata, sia preposto alla cura di un interesse pubblico

²³⁸ Sulla lettura “autonomista” della nozione di ente pubblico, vedi MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3598 ss.; ZACCHEO M., *Le condizioni per l'attribuibilità della natura di ente pubblico ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 c.p.*, cit., 939. Inoltre, sull'insufficienza del solo criterio oggettivo-funzionale e sulla necessità di un parametro integrativo, vedi PRETE F., *Servizi pubblici e qualifiche soggettive nei reati contro la P.A.*, in *Riv. pen.*, 2006, 501 ss.

individuato dalla legge o da un provvedimento amministrativo e riceva finanziamenti pubblici, in modo continuativo”.²³⁹

Sulla base della suddetta ricostruzione, si ritiene che sussista la natura pubblica dell'ente nelle ipotesi di società *in house*, ovvero quelle società caratterizzate da: 1) la natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.²⁴⁰

Al di fuori della suddetta ipotesi, dovrà essere vagliato, caso per caso, se la società sia stata creata come mera formula organizzativa e se il relativo patrimonio conservi i connotati pubblicistici.²⁴¹

In via generale, secondo i canoni precedentemente esposti, la dottrina ritiene che sia auspicabile un intervento del legislatore che, nel definire la nozione di ente pubblico ai fini penalistici, stabilisca in via indiretta i casi in cui è configurabile l'ipotesi di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640 co. 2 n. 1) c.p.²⁴²

Per il momento, si intende qui rilevare che i giudici di legittimità hanno già rimesso alle Sezioni Unite la questione oggetto del presente dibattito: “*se, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen., debba riconoscersi natura pubblica o privata ad una società per azioni partecipata da un ente pubblico e concessionaria di opera pubblica*”.²⁴³ Tuttavia, il giudizio è stato definito con una declaratoria di

²³⁹ In tal senso, MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3605.

²⁴⁰ In questo caso, come vedremo nel prossimo capitolo, la giurisprudenza di legittimità ammette la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alla responsabilità dei pubblici dipendenti che abbiano causato un danno alle casse dello Stato (Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283). A tal proposito, si consideri l'esempio delle Etruria Trasporti e Mobilità S.p.a.: è stata costituita dal comune di Civitavecchia il quale ne è l'unico socio e le cui azioni non possono essere, neppure parzialmente, alienate a terzi; ha per oggetto l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale e di altri servizi inerenti alla modalità urbana ed extraurbana; la parte più importante della sua attività è svolta a favore del Comune partecipante; il Comune esercita sulla medesima un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Alla luce di suddetti elementi sintomatici, ETM S.p.a. è parte integrante dell'ente pubblico che ne dispone.

²⁴¹ Cass. pen., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, la quale si è pronunciata sulla natura di Anas S.p.a., riconoscendone i connotati pubblicistici.

²⁴² MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, cit., 3607; GRECO E., *Sull'applicabilità dell'art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, cit., 217, ipotizza oltre ad una riforma legislativa, anche una razionalizzazione, sotto forma di interpretazione evolutiva, dei parametri già esistenti.

²⁴³ Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013, n. 6773, con commento di FALCINELLI D., *Il Soggetto Pubblico, tracce di una nozione penale “per funzione”*, in *Arch. pen.*, 1/2014, 1 ss.

inammissibilità del ricorso, senza che la Corte, come emerge dall'informazione provvisoria, si sia pronunciata sulla questione.

SEZIONE II

PROFILI APPLICATIVI DEL DIRITTO PENALE D'IMPRESA

5. *Mala gestio* degli amministratori di una società a partecipazione pubblica: giurisdizione ordinaria o giurisdizione contabile?

L'utilizzo di un criterio "funzionale-oggettivo" da parte della più recente giurisprudenza penale nella definizione delle qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio – a prescindere dalla forma giuridica dell'ente, dall'eventuale sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico e dalla tipologia di rapporto di lavoro con l'ente stesso – si scontra ancora una volta con l'orientamento adottato in sede civile nell'individuazione dei confini tra pubblico e privato.²⁴⁴

A tal proposito, la Corte di legittimità, con riferimento ad atti di "*mala gestio*" compiuti da amministratori e dipendenti di una società a partecipazione pubblica, coglie l'occasione per distinguere i casi in cui sussista la giurisdizione della Corte dei Conti dalle ipotesi in cui sussista la giurisdizione del giudice ordinario, favorendo un criterio di tipo "formale-soggettivo".

In particolare, le Sezioni Unite del 2009 risolvono la questione se agli amministratori e dipendenti di una s.p.a. "in mano pubblica" si applichino le norme di diritto societario o se dalla presenza di capitali pubblici consegua, invece, l'assoggettamento di questi soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti.

In ordine ai limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti, giova premettere un rapido *excursus* storico e normativo.

Come noto, il fondamento normativo del potere giurisdizionale della Corte

²⁴⁴ SALCUNI G., *I "circuiti" ed i "cortocircuiti" nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, 844 ss.

dei Conti, è rappresentato dall'art. 103, comma 2, della Costituzione, secondo cui *“la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”*.

Al di fuori delle materie di contabilità pubblica, il riferimento legislativo è fornito dall'art. 13 R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, a mente del quale la Corte giudica sulla responsabilità per danni arrecata all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni.

Parallelamente al dato normativo, per lungo tempo, in ragione del carattere imprenditoriale e privatistico dell'attività svolta nell'ambito di enti pubblici economici e di società a partecipazione pubblica, la Suprema Corte ha negato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti.²⁴⁵

Senonché, in linea con l'ampliamento della Pubblica Amministrazione, la legge 14 gennaio 1990, n. 20, ha allargato i limiti della giurisdizione della Corte dei conti, estendendo il relativo giudizio alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza (art. 1). Difatti, l'indeterminatezza dei confini tra pubblico e privato ha indotto il legislatore a seguire un approccio più sostanzialistico, che facesse leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse a tal fine adoperate.

Anche la giurisprudenza si è adattata al criterio oggettivo, mutando il predetto orientamento e ritenendo, quindi, integrato il danno all'erario qualora tra il soggetto di diritto privato e la Pubblica Amministrazione sussistesse un rapporto funzionale, che consentisse al primo di compartecipare alla pubblica funzione nel perseguimento degli interessi dettati dall'ordinamento.²⁴⁶

²⁴⁵ Per un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di giurisdizione contabile, vedi DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società “in house” che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Il Foro Amm.*, 10/2014, 2498 ss.; SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Foro Amm.*, 1/2010, 77 ss.

²⁴⁶ Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667, la quale ha ritenuto spettare alla Corte dei conti la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità di privati funzionari di enti pubblici economici anche per danni conseguenti allo svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e non soltanto per quelli cagionati nell'espletamento di funzioni pubbliche o comunque di poteri pubblicistici; secondo Cass. civ., S.U., 25 maggio 2005, n. 10973, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso

Successivamente, in relazione alla medesima problematica, è intervenuto l'art. 16 *bis* del D.L. n. 248/2007, convertito con L. n. 31/2008, il quale prevede che “*per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*” Tuttavia, l'articolo in commento nulla dispone in ordine alle società a partecipazione maggioritaria o totalitaria pubblica, quotate o non quotate in borsa, lasciando irrisolta la questione in ordine alla relativa giurisdizione.

Nella lacuna legislativa e nell'incertezza giurisprudenziale, si inserisce la citata sentenza del 2009 con la quale la Suprema Corte stabilisce il principio secondo il quale spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti.²⁴⁷ Sussiste, invece, la giurisdizione di quest'ultimo organo giurisdizionale quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, comprometta la ragione stessa della partecipazione sociale all'ente pubblico, oppure tenga una condotta potenzialmente idonea a recare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo.²⁴⁸

In mancanza di una disposizione normativa applicabile al caso concreto,

verificatosi a carico di una Pubblica Amministrazione e non più dal quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno.

²⁴⁷ In tal senso, Cass. civ., S.U., 25 marzo 2013, n. 7374; C. Conti, sez. III, 11 novembre 2012, n. 707; Cass. civ., S.U., 1 febbraio 2012, n. 1419; Cass. civ., S.U., 12 ottobre 2011, n. 20940.

²⁴⁸ Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Società*, 3/2010, 306. La vicenda trae origine dall'azione di responsabilità avviata dal procuratore contabile nei confronti degli organi sociali di una società di trasporto pubblico locale partecipata integralmente da un Comune.

tale principio riconduce ad unità i diversi orientamenti giurisprudenziali che si erano fino ad allora susseguiti in ordine alla sussistenza della giurisdizione del giudice contabile nei confronti di soggetti formalmente privati.

In particolare, essa limita la giurisdizione del giudice contabile, stabilendo che, in base alla distinzione tra la personalità giuridica delle società di capitali e quella dei singoli soci e in ragione della perfetta autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri, nel caso di danno al patrimonio della società causato dalla condotta degli amministratori e dei dipendenti non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti, salva la possibilità di esperire l'azione di responsabilità amministrativa nei casi in cui dalla *mala gestio* sia derivato un danno al patrimonio del socio pubblico. Difatti, *“la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli (né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati artt. 2395 e 2476, sesto comma, poiché l'una e l'altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato)”*.²⁴⁹

Tipico esempio della suddetta situazione, prosegue la Corte, è il danno all'immagine dell'ente pubblico che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata.²⁵⁰ Peraltro, quanto sopra esposto, trova conferma all'art. 17 comma 30 *ter* D.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102,²⁵¹ che disciplina e limita le modalità dell'azione della magistratura

²⁴⁹ Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.. Nel codice civile, la responsabilità per i danni direttamente inferti al patrimonio del socio o del terzo è regolata dagli articoli 2395 e 2476, sesto comma, richiamati nella sentenza, mentre quella per i danni arrecati al patrimonio della società segue la disciplina prevista dagli articoli 2393 e 2476, primo, terzo, quarto e quinto comma.

²⁵⁰ Sul punto vedi Cass. civ., S.U., 20 giugno 2007, n. 14297.

²⁵¹ Art. 30 *ter*: *“Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di*

contabile proprio in caso di danno all'immagine, nelle ipotesi previste dalla legge 27 marzo 2001, n. 97, art. 7 (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. 27 marzo 2001, n. 103, convertito nella legge 3 ottobre 2009, n. 141).²⁵²

L'azione del procuratore contabile appare configurabile anche nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione.²⁵³

Non rientra, invece, nel danno all'immagine dell'ente pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio della società, il quale è e rimane privato e può, come vedremo, essere fatto valere con l'azione sociale di responsabilità.²⁵⁴

Alla suddetta statuizione si conformano altresì le Sezioni Unite succedutesi nel 2013 e nel 2014, le quali, da una parte, individuano le eccezioni alla regola generale sopra stabilita²⁵⁵, dall'altra, definiscono un ulteriore principio

conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta”.

²⁵² In tema di danno all'erario vedi BALDANZA A., *La responsabilità per danno all'erario*, a cura di MATTARELLA B. G., *La Legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 281 ss. L'Autore individua gli elementi costitutivi del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, secondo quanto previsto dalla l. 20/1994: a) un fatto di reato accertato con sentenza passata in giudicato; b) il potenziale discredito pubblico sotteso alla condotta mantenuta dal dipendente o dal soggetto comunque legato da un rapporto di servizio; c) un pregiudizio pari presuntivamente al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita.

²⁵³ Ciò che ben può accadere quando il socio pubblico, in presenza di atti di *mala gestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione.

²⁵⁴ Del resto, è pacifico in giurisprudenza che dei danni prodotti direttamente alla sfera giuridico-patrimoniale del socio, che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; diversamente, solo la società può chiedere il risarcimento dei danni sociali, coprendo altresì il danno cagionato indirettamente al socio (Cass. civ., 5 agosto 2008, n. 21130; Cass. civ., 3 aprile 2007, n. 8359; Cass. civ., 27 giugno 1998, n. 6364; Cass. civ., 28 febbraio 1998, n. 2251).

²⁵⁵ Cass. civ., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594: la vicenda trae origine dall'azione di responsabilità avviata dal procuratore contabile nei confronti degli organi sociali di una società di trasporto pubblico locale partecipata integralmente da un Comune. In particolare, si contestava al direttore generale, ad un sindaco effettivo e all'amministratore di aver distolto le risorse destinate al servizio pubblico comunale per impiegarle nello svolgimento, da parte della medesima società pubblica, del servizio di trasporto merci conto terzi e di aver stipulato a tale fine un contratto con una società, costituita e gestita da due dei medesimi soggetti, e pagato commissioni alla stessa per attività mai svolta.

generalmente applicabile alle società *in house*²⁵⁶.

Quanto al primo profilo, la Corte coglie l'occasione per individuare le ipotesi che rientrano nella giurisdizione contabile, le quali sono rappresentate dai casi:

- Rai S.p.a., nei confronti della quale è stata riconosciuta la qualifica di ente pubblico sulla base delle seguenti caratteristiche: la designazione *ex lege* della società quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale; la sottoposizione a incisivi poteri di vigilanza da parte di apposita commissione parlamentare; l'essere destinataria di un canone di abbonamento, avente natura di imposta; la sottoposizione al controllo della Corte dei conti, quale ente cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; l'assoggettamento all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, in quanto organismo di diritto pubblico.²⁵⁷
- Enav S.p.a., alla quale è stata ritenuta applicabile la giurisdizione contabile pur in assenza di una espressa qualifica pubblicistica con riferimento ai seguenti indici sintomatici di pubblicità: la partecipazione azionaria totale pubblica; lo svolgimento di numerose attività sulla base di specifica previsione di legge con oneri totalmente a carico dello Stato; la predisposizione della società ad un servizio pubblico; l'assoggettamento della stessa sia al controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei conti sia ad alcune norme di contabilità pubblica²⁵⁸.
- Anas S.p.a., anch'essa ritenuta ente pubblico secondo peculiari caratteristiche: la costituzione della società per legge, l'approvazione dello statuto e delle relative modifiche con decreto ministeriale, la determinazione del capitale sociale con decreto ministeriale, l'attribuzione per legge del capitale sociale al Ministero dell'Economia e l'esercizio dei diritti del socio di concerto con il Ministero delle Infrastrutture,

²⁵⁶ Cass. civ., 25 novembre 2013, n. 26283. Il concetto di società "*in house*" trova la sua origine nella giurisprudenza comunitaria, riferendosi a quei soggetti che, per quanto abbiano natura formale di società di capitali, siano invece legati da vincoli talmente stringenti alle amministrazioni socie da costituire una sorta di "braccio operativo" dell'amministrazione.

²⁵⁷ Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2009, n. 27092.

²⁵⁸ Cass. civ., S.U., 3 marzo 2010, n. 5032.

l'attribuzione all'Anas delle entrate derivante dall'utilizzazione di beni demaniali relativamente ai quali la società esercita i diritti del proprietario, l'attribuzione di funzioni di natura pubblica inerenti alle strade statali, la sottoposizione della società al controllo della Corte di conti.²⁵⁹

Con riguardo al secondo profilo, la Corte di legittimità afferma che nei rapporti tra ente pubblico e società *in house* “*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”. Di conseguenza, nel caso di società *in house* che gestiscono servizi pubblici, la giurisdizione per i danni causati dagli amministratori e dagli organi sociali al patrimonio delle società stesse appartiene alla Corte dei Conti.²⁶⁰

In definitiva, le società a partecipazione pubblica sono pur sempre società di capitali assoggettate alle regole del codice civile, quindi, persone giuridiche autonome rispetto al socio pubblico e al relativo patrimonio, salvo le eccezioni giurisprudenziali sopra individuate (Rai S.p.a.; Enav S.p.a.; Anas S.p.a. e le società *in house*), di conseguenza, il danno causato dagli organi della società al patrimonio sociale può essere fatto valere, sotto il profilo civilistico, con l'azione sociale di responsabilità ed eventualmente con quella dei creditori sociali.

6. Applicabilità della disciplina in materia di reati societari.

Una volta specificato che le società in mano pubblica restano assoggettate alla disciplina privatistica, si rileva che sarà ad esse applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale, anche nella parte relativa alla responsabilità verso la società.

In tale contesto, l'art. 2392 c.c. statuisce che “*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o*

²⁵⁹ Cass. civ., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, cit.

²⁶⁰ Cass. civ., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”.

Il danno causato al patrimonio sociale dagli amministratori potrà essere fatto valere con l'azione sociale di responsabilità a norma dell'articolo 2393 c.c., il quale prevede che essa sia promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. La *causa petendi* deve comprendere l'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto sociale.²⁶¹

Diversamente, l'art. 2393 *bis* c.c. consente l'esercizio dell'azione anche da parte dei soci che rappresentino un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.

Da ultimo, con riguardo ai profili civilistici, si rileva che i presupposti della responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.) consistono nell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale per i creditori (costituito dall'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le rispettive ragioni di credito), la condotta illegittima degli amministratori, nonché un rapporto di causalità tra il pregiudizio e la condotta.²⁶²

Passando al profilo penalistico, stante la soggezione alla normativa che disciplina le società per azioni, si renderanno altresì configurabili le ipotesi di reato previste agli articoli 2621 e seguenti del codice civile (c.d. reati societari) nei confronti degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, dei sindaci e liquidatori che cagionino un danno all'impresa a cui sono preposti.²⁶³

A tal proposito, giova rilevare che la normativa in materia di reati societari è stata di recente riformata con la legge 27 maggio 2015, n. 69, la quale ha ristabilito la natura di delitto con riferimento al reato di falso in bilancio (art. 2621 c.c.), prevedendone la pena della reclusione da uno a cinque anni (in sostituzione dell'arresto fino a due anni).²⁶⁴

La condotta del reato di false comunicazioni sociali ha ad oggetto i bilanci,

²⁶¹ Cass. civ., 27 ottobre 2006, n. 23180.

²⁶² Cass. civ., 6 dicembre 2000, n. 15487.

²⁶³ SCHIAVANO G., *Gli amministratori delle società per azioni in mano pubblica: profili penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2005, 937 ss. La responsabilità per i reati societari, secondo quanto previsto dall'art. 2639 c.c., è estesa anche ai soggetti non formalmente investiti delle qualifiche previste.

²⁶⁴ Art. 9, L. 27 maggio 2015, n. 69, in G.U. n. 121 del 30 maggio 2015.

le relazioni e le altre comunicazioni sociali, e si sostanzia:

- a) nell'esposizione di fatti materiali "rilevanti"²⁶⁵;
- b) nell'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge, sulla situazione "economica, patrimoniale e finanziaria" della società o del gruppo.

Ebbene, con la riforma il legislatore ha eliminato le soglie di punibilità quantitative precedentemente previste, restituendo *"piena ed esaustiva centralità al profilo dell'informazione societaria, nella quale assume un ruolo decisivo la nozione di comunicazione intesa come trasferimento di conoscenza al destinatario (in ordine alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria), inscindibilmente legata al paradigma della idoneità decettiva, che diviene il parametro essenziale per valutare la tipicità della esposizione difforme dal vero o della omissione penalmente rilevante"*.²⁶⁶

Il medesimo intervento legislativo ha coinvolto anche la fattispecie di cui all'art. 2622 c.c. (false comunicazioni sociali delle società quotate).

Per l'affinità con i reati contro la Pubblica Amministrazione, giova rilevare che la legge n. 90/2012 ha inciso sulla disciplina dell'art. 2635 c.c. (corruzione tra privati)²⁶⁷ posta a tutela del corretto funzionamento del meccanismo di concorrenza tra imprese. Tuttavia, la fattispecie non è stata ulteriormente inasprita

²⁶⁵ L'aggettivo "rilevanti" ha sostituito la dizione "non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni", di fatto escludendo l'ipotesi di reato nel contesto in cui è più facile realizzare il vizio di informazione, ovvero nell'ambito della valutazioni (in particolare, si trattava dei criteri di valutazione dell'art. 2426 co. 1 c.c. per la redazione del bilancio).

²⁶⁶ MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015, 8. L'Autore rileva come il legislatore abbia voluto porre in evidenza la componente ingannatoria della condotta, prevedendo altresì che la stessa sia "concretamente" idonea ad indurre gli altri in errore.

²⁶⁷ Art. 2635 c.c.: "1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 2. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. 3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. 4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni. 5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi."

dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, la quale, invece, nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, ha introdotto un trattamento più severo per la realizzazione dei reati di corruzione e concussione.²⁶⁸

7. Assoggettabilità dell'autore della condotta allo statuto penale del fallimento.

Una volta confermata l'applicabilità della normativa in materia di reati societari, resta da definire se le società in mano pubblica siano sottoposte anche alla disciplina del fallimento.

Secondo gli articoli 2221 c.c.²⁶⁹ e 1 della legge fallimentare²⁷⁰, le disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo si applicano agli imprenditori che esercitano un'attività commerciale.

La disciplina non è, invece, estendibile anche agli enti pubblici al fine di evitare, da una parte, l'ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'ambito dell'attività

²⁶⁸ Sulle novità più rilevanti introdotte dal legislatore con la legge 27 maggio 2015, n. 69, vedi i seguenti articoli:

- artt. 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater* c.p., per quanto riguarda l'inasprimento sanzionatorio;
- art. 165 co. 4 c.p., in tema di sospensione condizionale: *“Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno”*.
- Art. 322 *quater* c.p., in materia di confisca: *“Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno”*.
- Art. 444 co. 1 *ter* c.p.p., per l'applicabilità del patteggiamento: *“Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato”*.

²⁶⁹ Art. 2221 c.c.: *“Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti in caso di insolvenza alle procedure di fallimento e del concordato preventivo salve le disposizioni delle leggi speciali”*.

²⁷⁰ Art. 1 l.f.: *“Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”*.

amministrativa, dall'altra, l'interruzione di un pubblico servizio erogato dall'ente stesso.²⁷¹ Per tali enti il legislatore ha previsto una disciplina *ad hoc*, c.d. liquidazione coatta amministrativa, la quale determina, al pari del fallimento, la liquidazione dei beni dell'imprenditore e il riparto del ricavato tra i creditori nel rispetto del principio della *par condicio*, ma se ne differenzia per il fine perseguito, ovvero quello di rimuovere dal mercato i soggetti il cui disordine economico o amministrativo rischia di compromettere l'interesse dello Stato a una sana economia.

Ciò premesso, in tema di società in mano pubblica, di recente si sono diffusi nella giurisprudenza di merito due opposti orientamenti, volti a negare l'assoggettabilità di questo tipo di società alle procedure concorsuali²⁷²: il metodo c.d. "tipologico", il quale esclude l'applicabilità dello statuto fallimentare in base al principio dell'attività effettivamente svolta dall'ente indipendentemente dalla struttura societaria assunta, qualora la stessa sia connotata da indici rivelatori di pubblicità,²⁷³ e il metodo c.d. "funzionale", che riconosce la qualifica pubblicistica in presenza del perseguimento di un interesse pubblico da parte della società partecipata²⁷⁴.

Tuttavia, la Suprema Corte ha di recente adottato un differente criterio, il quale sostiene che la partecipazione pubblica in una società per azioni non vale a mutarne la qualifica privatistica, concludendo per la relativa fallibilità stante che *"le società costituite nelle forme del codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento"*.²⁷⁵

²⁷¹ CODAZZI E., *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1/2015, 74 ss.

²⁷² Per un approfondimento sulla fallibilità del soggetto in mano pubblica, si veda: DI RUSSO D., *Le società partecipate da enti pubblici e le procedure concorsuali*, in *Manuale della società pubbliche, profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2015, 511; D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Società*, 5/2014, 493 ss.; FIMMANÒ F., *Il fallimento delle società pubbliche*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2013, 1212.

²⁷³ Vedi Tribunale di Catania, 26 marzo 2010 e Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013 Sennonché, come sostenuto in ordine alla qualifica pubblicistica della persona fisica operante all'interno dell'ente, la presenza di indici rivelatori di pubblicità non può incidere, di per sé stessa, sulla struttura dell'ente, la quale è e rimane privatistica.

²⁷⁴ Trib. Napoli, 31 ottobre 2012; Corte App., 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 691 ss., che qualifica ente privato, ai fini dell'applicazione della normativa concorsuale, il consorzio tra enti pubblici, sia perché la relativa gestione si ispira a criteri di imprenditorialità ed economicità, sia perché dotato di autonomia gestionale, finanziaria, contabile e patrimoniale rispetto agli enti partecipanti.

²⁷⁵ Cass. civ., 6 dicembre 2012, n. 21991. Difatti, prosegue la Corte, tali società acquistano la qualità di imprenditore commerciale al momento della loro costituzione, non dal momento del

Né alla suddetta tesi può essere opposto che l'attivazione della procedura di fallimento comporterebbe l'interruzione del pubblico servizio erogato dalla società partecipata, posto che la stessa non è titolare del servizio stesso, ma solo della gestione della relativa attività e, pertanto, l'ente pubblico ben potrebbe provvedere alla gestione del servizio in altra forma o alla rassegnazione dello stesso ad altro soggetto.²⁷⁶

Senonché, il perseguimento di un interesse pubblico da parte di società per azioni attraverso strumenti privatistici, comporta anche *“che queste ultime assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità”*.²⁷⁷

Ebbene, l'impostazione da ultimo adottata dalla Corte di legittimità trova conferma nell'art. 4, comma 13, D.l. n. 95/2012, il quale precisa che *“Le disposizioni del presente articolo o le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di*

concreto esercizio dell'attività d'impresa, come diversamente avviene per l'imprenditore individuale. Conf. Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22209. Tale orientamento segue la massima stabilita da Cass. Civ., 10 gennaio 1978, n. 159: Una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio.

²⁷⁶ CODAZZI E., *Società in mano pubblica e fallimento*, cit., 74 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., 10 gennaio 2011, n. 234, precisa come il fallimento delle società pubbliche cui sia affidata l'erogazione di servizi pubblici non presenterebbe alcuna interferenza con la titolarità del servizio, perché anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico non è mai titolare di quel servizio ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico affidante e, pertanto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, ivi compresa la dichiarazione di fallimento, non determina alcuna ingerenza dell'Autorità Giudiziaria nell'attività della Pubblica Amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività.

²⁷⁷ Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

società di capitali”.²⁷⁸

Di conseguenza, stante l’applicazione delle norme di diritto societario, qualora intervenga il fallimento della società o venga attivata una diversa procedura concorsuale, resta altresì ferma l’applicabilità dei reati fallimentari.²⁷⁹

Ci si riferisce, in particolare, agli articoli 223 e 224 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. “legge fallimentare), i quali applicano i reati di bancarotta fraudolenta (art. 216 l.f.) e di bancarotta semplice (art. 217 l.f.), anche “*agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite*”.

E, come noto, i reati fallimentari applicano pene ben maggiori a chi si renda responsabile di una delle normativamente previste, rispetto ad alcuni dei reati contro la Pubblica Amministrazione.²⁸⁰

Né vale obiettare che lo statuto penale del fallimento offra una soluzione esclusivamente *ex post*, ovvero a fatti già compiuti, visto che l’azione penale potrebbe essere esercitata dal pubblico ministero anche prima del fallimento, chiedendone la declaratoria ai sensi degli articoli 7 e 238 della legge fallimentare.²⁸¹

Da ultimo, con riferimento all’azione di responsabilità nel fallimento, si specifica che per effetto del fallimento di una società di capitali, le fattispecie di responsabilità degli amministratori di cui agli articoli 2392 e 2394 c.c. confluiscono in un’unica azione, dal carattere unitario ed inscindibile,

²⁷⁸ D.l. 6 luglio 2012, n. 95, in G.U., 14 agosto 2012 n. 189, recante “Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini”.

²⁷⁹ SALCUNI G., *I “circuiti” ed i “cortocircuiti” nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato*, cit., 855. L’Autore fa riferimento a Cass. civ., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, secondo la quale una società per azioni il cui statuto non evidenzia poteri speciali di influenza ed ingerenza, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto societario, dell’azionista pubblico ed il cui oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività d’impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile - per il fatto che essa, partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest’ultimo (in applicazione del suddetto principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza che aveva attribuito la qualifica di impresa commerciale alla società mista, nel cui oggetto erano ricomprese, tra l’altro, attività quali la realizzazione di parcheggi, la gestione di servizi portuali, turistici e di trasporto, la gestione di mense, l’effettuazione di lavori di manutenzione e giardinaggio, a tale qualificazione non ostando la riscossione da parte sua, di una tariffa per il servizio svolto).

²⁸⁰ A titolo esemplificativo, il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216 l.f.) prevede la pena della reclusione da tre a dieci anni, nonché una serie di pene accessorie che rischiano di paralizzare l’attività commerciale dell’amministratore che si sia reso responsabile dell’illecito.

²⁸¹ SALCUNI G., *I “circuiti” ed i “cortocircuiti” nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato*, cit., 856.

all'esercizio della quale è legittimato, in via esclusiva, il curatore del fallimento, che può, conseguentemente, formulare istanze risarcitorie verso gli amministratori tanto con riferimento ai presupposti della responsabilità (contrattuale) di questi verso la società (art. 2392 c.c.) quanto a quelli della responsabilità (extracontrattuale) verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.).²⁸²

8. La disciplina del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

8.1. Cenni sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti.

Le società operanti nell'ambito della disciplina privatistica sono assoggettate alla responsabilità degli enti da reato disciplinata dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

A tal proposito, si premette che nel sistema penale italiano vige tradizionalmente il principio *societas delinquere non potest*, il quale trae il proprio fondamento nell'art. 27 della Costituzione, secondo il quale “*la responsabilità penale è personale*”. Ebbene, il suddetto principio è stato messo in crisi dal diffondersi di quella criminalità che vede sostanzialmente come soggetto attivo l'ente (si pensi ai reati tributari, societari, fallimentari e ambientali) e nelle quali, invece, la persona fisica riveste ruoli marginali (pur rimanendo destinataria delle sanzioni penali in quanto rappresentante formalmente o di fatto l'ente)²⁸³.

L'art. 5 chiarisce che la commissione del reato comporta la responsabilità dell'ente solo se questo sia realizzato “*nel suo interesse o a suo vantaggio*”²⁸⁴ da soggetti che rivestono un ruolo di gestione o di controllo (“*soggetti apicali*” e “*soggetti sottoposti all'altrui direzione*”) all'interno della sua organizzazione. L'interesse o il vantaggio vengono intesi sia come un “profitto” (a carattere principalmente economico), ma anche in termini di utilità per l'operatività

²⁸² Cass. civ., 22 ottobre 1998, n. 10488; conf. Cass. civ., 24 marzo 1999, n. 2772.

²⁸³ Per un'analisi delle ragioni che hanno condotto ad un allontanamento dal principio della responsabilità personale, vedi AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 45.

²⁸⁴ Art. 5, comma 1, D.lgs. 231/2001 - Responsabilità dell'ente.

dell'ente che discendano direttamente dalla commissione dell'illecito²⁸⁵.

Tali benefici devono essere riferiti all'ente in quanto tale, tanto che ne è esclusa la responsabilità qualora colui che abbia commesso il reato presupposto abbia agito unicamente per un suo scopo personale²⁸⁶. Tuttavia, l'eventuale compresenza di finalità comuni, tra persona fisica ed ente, non esclude la responsabilità di quest'ultimo²⁸⁷.

Di contro, è previsto un minor carico sanzionatorio nei confronti dell'ente, qualora l'autore del reato commetta *“il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo”*²⁸⁸.

Al fine di prevenire la commissione di illeciti, l'ente deve predisporre ed attuare efficaci modelli organizzativi e di gestione²⁸⁹. Questi sono costruiti sulla base di una “mappatura” dell'attività della persona giuridica, individuando gli ambiti nei quali sia presente un rischio di commissione di determinati fatti illeciti. L'attuazione del modello dovrebbe, dunque, consentire l'applicazione dei presidi necessari a scongiurare il pericolo di verifica dei suddetti reati, escludendo la responsabilità dell'ente qualora si verifichi una fattispecie che rientri tra quelle previste.

Segue che, la colpevolezza dell'ente non deriva dalla generica inosservanza di un dovere di controllo o di vigilanza ma, piuttosto, dalla violazione di un dovere previsto dalla legge stessa, rappresentato dall'adozione di

²⁸⁵ ROSSI A., *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 125-126. L'Autore precisa che l'interesse deve preesistere al reato e deve, perciò, essere valutato *ex ante*; diversamente, il vantaggio implica il conseguimento di un risultato, da verificarsi *ex post*. Nella definizione di vantaggio è compreso anche il mancato esborso derivante da un risparmio di spesa.

²⁸⁶ Art. 5, comma 2, D.lgs. 231/2001.

²⁸⁷ La giurisprudenza ha ribadito tale orientamento in più occasioni: si veda Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 24559: *“La responsabilità della persona giuridica non è affatto esclusa laddove l'ente abbia avuto un interesse concorrente a quello dell'agente o degli agenti che in posizione qualificata nella sua organizzazione abbiano commesso il reato presupposto”*; e ancora, Cass. pen., Sez. V, 4 marzo 2014, n. 10265: *“L'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente, ma la responsabilità dello stesso sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l'agente obiettivamente realizza anche quello dell'ente. Infatti, perché possa ascriversi all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore di quest'ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse del medesimo”*.

²⁸⁸ Art. 12, comma 1, D.lgs. 231/2001.

²⁸⁹ Art. 6 D.lgs. 231/2001.

specifici ed effettivi Modelli organizzativi.

La realizzazione del reato deve, quindi, essere collocata all'interno di una "specificata" strategia aziendale, che renda palese l'interesse e il vantaggio derivante alla società dalla commissione dell'illecito²⁹⁰. A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità giustifica la responsabilità dell'ente derivante da reato sulla base di un "rapporto di immedesimazione organica"²⁹¹ fra il soggetto che ha commesso l'illecito, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e la persona giuridica stessa. Di contro, a prescindere dal suddetto legame, la disciplina contempla l'ipotesi in cui non sia possibile identificare il soggetto attivo del reato²⁹², prevedendo che *"la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è punibile"*²⁹³.

Il decreto sanziona l'illecito attraverso sanzioni pecuniarie e interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza²⁹⁴. Le sanzioni pecuniarie sono definite in termini di quote²⁹⁵, date dalla moltiplicazione di un "parametro" per un valore numerico significativo in relazione al patrimonio dell'ente. Le sanzioni interdittive, invece, prevedono la sospensione temporanea dell'attività, la revoca di licenze ed autorizzazioni, il divieto temporaneo di contrattare con la Pubblica Amministrazione e l'interdizione dall'esercizio dell'attività²⁹⁶.

Dal 2001 ad oggi il legislatore ha disciplinato l'ambito della responsabilità amministrativa dell'ente, riconducendolo ai reati previsti dall'art 24 all'art. 25-*duodecies* (sono attualmente esclusi i reati tributari disciplinati dal D.lgs. 74/2000).

²⁹⁰ ROSSI A., *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.lgs. 231 del 2001 ed autorinciclaggio*, cit., 126.

²⁹¹ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343.

²⁹² La stessa Relazione ministeriale al decreto afferma che "quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato e un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità di impresa".

²⁹³ Art. 8 D.lgs. 231/2001.

²⁹⁴ Art. 9 D.lgs. 231/2001.

²⁹⁵ Art. 10 D.lgs. 231/2001 - Sanzione amministrativa pecuniaria "1. Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria. 2. La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. 3. L'importo di una quota va da un minimo di lire cinquecentomila ad un massimo di lire tre milioni. 4. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta".

²⁹⁶ Art. 14 D.lgs. 231/2001.

8.2. *La responsabilità amministrativa da reato degli “enti pubblici economici”.*

A seguito della breve analisi dei tratti caratterizzanti il D.lgs. 231/2001, ai fini della presente ricerca giova soffermarsi sugli enti destinatari della disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato.

L'art. 1, comma 2, del decreto, nel determinare l'ambito di applicazione delle normative, fa esplicito riferimento “*agli enti forniti di personalità giuridica e alle associazioni e società anche prive di personalità giuridica*”. Il comma 3, diversamente, esclude dall'ambito di applicazione quattro categorie di soggetti: lo Stato, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Si rileva che la formulazione utilizzata dal decreto è diversa rispetto a quanto previsto nella legge delega, ove si precisava che per persone giuridiche “si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”. Secondo tale impostazione, non sarebbero rientrati nella categoria dei soggetti che esercitano pubblici poteri, quindi, esonerati da responsabilità, non solo gli enti pubblici economici, ma anche gli enti pubblici che erogano un pubblico servizio, tra cui le Istituzioni di assistenza e, soprattutto, le aziende ospedaliere, le scuole e le Università pubbliche.

Ebbene, il legislatore delegato, pur eliminando il riferimento all'esercizio di pubblici poteri, ha confermato di aver comunque rispettato lo spirito della legge delega, la quale impone di reprimere i comportamenti illeciti nello svolgimento di attività assistite “da fini di profitto”, escludendo, invece, dalla responsabilità gli enti pubblici che perseguono interessi pubblici a prescindere da finalità lucrative.²⁹⁷

Tuttavia, se lo Stato, gli enti territoriali (Regioni, Province, Comuni) e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (Camera dei Deputati, Senato, Corte Costituzionale, il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, il

²⁹⁷ *Contra*, PAVANELLO E., *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011, 289, secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto guardare alla natura dei poteri attribuiti all'ente pubblico e non alla concreta funzione dallo stesso svolta.

Csm, il Cnel) non creano particolari problemi interpretativi²⁹⁸, trovando esplicito fondamento normativo nel disposto costituzionale, al contrario la classe degli “enti pubblici non economici” non appare di immediata identificazione.

Come noto, l’ente pubblico economico è generalmente inteso come quel soggetto dotato di personalità giuridica, di un proprio patrimonio e di relativo personale dipendente, sottoposto al rapporto d’impiego di diritto privato.²⁹⁹ Trattandosi di ente separato dall’apparato burocratico della Pubblica Amministrazione, il quale ha ad oggetto esclusivo o principale l’esercizio di un’impresa commerciale, lo stesso viene ricondotto ai soggetti che agiscono *iure privatorum*.³⁰⁰

In tale contesto, si rende necessario stabilire se le società miste³⁰¹, a partecipazione pubblico-privata, siano riconducibili alla nozione di ente pubblico non economico.

Con la conseguenza che, l’incerta delimitazione dei confini tra pubblico e privato, tema finora affrontato nella prospettiva dell’ambito di applicazione dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, viene a coinvolgere anche il settore della responsabilità dell’ente.

Per quanto riguarda gli orientamenti dottrinali, taluni autori hanno incluso le società miste nel campo applicativo del d.lgs. 231/2001. Tale orientamento si baserebbe su un’interpretazione di tipo letterale: l’art. 1 del decreto si riferisce genericamente alle “società”, senza distinguere tra le diverse forme societarie, quindi, includendo implicitamente anche le società miste nell’ambito di operatività del decreto. La legge 24 novembre 2003, n. 326, poi, avvalorata

²⁹⁸ AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell’impresa*, cit., 51 ss., sostengono che l’esonero dalla responsabilità di stato ed enti pubblici territoriali sia coerente con l’art. 197 c.p. che li vede esclusi da ogni responsabilità solidale di natura civilistica per il pagamento della multa o dell’ammenda. Quanto agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, secondo lo spirito della Relazione ministeriale, rientrerebbero anche i partiti politici ed i sindacati (questi ultimi sguarniti di personalità giuridica vista la mancata attuazione dell’art. 39 Cost.), onde evitare le conseguenze irreparabili che comporterebbe l’applicazione di sanzioni interdittive nei confronti di questi soggetti.

²⁹⁹ Ai sensi dell’art. 2201 c.c., gli enti pubblici economici “hanno per oggetto esclusivo o principale un’attività commerciale” ed operano, pertanto, in regime di diritto privato.

³⁰⁰ Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001: “enti a soggettività pubblica, e tuttavia privi di pubblici poteri, sono i c.d. enti pubblici economici, i quali agiscono *iure privatorum* e che, per questa ragione, meritano una equiparazione agli enti a soggettività privata anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa derivante da reato”.

³⁰¹ Nelle società miste, alla costituzione del capitale sociale concorrono sia il soggetto pubblico sia il soggetto privato e il relativo oggetto riguarda l’esercizio di attività pubbliche.

suddetta tesi proponendo una distinzione tra servizi pubblici privi e servizi pubblici muniti di una rilevanza economica, così da ricondurre al secondo caso anche la società mista erogatrice di un tale servizio nel novero degli enti di carattere privato da ascrivere al campo applicativo del decreto.³⁰²

Altra parte della dottrina ha invece criticato tale soluzione interpretativa, ritenendo che l'esclusione delle società miste dall'applicazione del d.lgs. 231/2001 trovi fondamento, oltre che nella natura di ente pubblico di tale soggetto giuridico, anche nei vincoli imposti al funzionamento di questo tipo di società.³⁰³

Ciò premesso, in ambito giurisprudenziale, si ritiene opportuno procedere con l'analisi di due recenti pronunce della Suprema Corte, le quali affermano l'applicabilità della disciplina del d.lgs. 231/2001 anche alle società miste.³⁰⁴

Nel primo caso, la Corte ha riconosciuto la qualifica privatistica di un ente ospedaliero (nello specifico, trattasi di un ospedale interregionale che opera in forma di società per azioni "mista", partecipato al 51% da capitale pubblico), valorizzando il criterio della struttura societaria: difatti, secondo la Corte, la costituzione nella forma di società per azioni comporterebbe automaticamente l'esercizio di attività economica con scopo di lucro e, quindi, l'applicazione della disciplina in materia di responsabilità dell'ente³⁰⁵. In particolare, nella

³⁰² ZANALDA G. - BARCELLONA M., *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, Torino, 2002, 8; CADOPPI P. – GARUTI G. – VENEZIANI A., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 86.

³⁰³ MANACORDA C., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006, 161 ss.

³⁰⁴ Per un'indagine più approfondita vedi RIONDATO S., *Responsabilità penale degli enti che esercitano pubblici poteri e degli enti pubblici economici (e non), tra tipo criminologico e tipo normativo di autore*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2011, 505 ss.; PISTORELLI L., *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2011, 875 ss. Così facendo la Corte si è allontanata dalla diversa tesi, prevalente in diritto amministrativo, che utilizza il criterio dell'autodeterminazione o etero-determinazione della finalità perseguita, stabilendo che solo nel secondo caso la società debba essere considerata ente pubblico non economico (MANACORDA C., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, cit., 161 ss.).

³⁰⁵ Cass. pen., 9 luglio 2010, n. 28699, in *Cass. pen.*, 5/2011, 1888 ss., con nota di DI GIOVINE V., *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, 1909 ss. il quale evidenzia che la sentenza richiamata si limita a rilevare la presenza di un'attività economica per dedurne, *iuris et de iure*, l'inclusione nel campo applicativo del decreto. Peraltro, la Corte, senza pronunciarsi sulla qualifica privatistica dell'ente, si concentra sul diverso aspetto delle funzioni di rilievo costituzionale, statuendo che "ciò che deve escludersi con riguardo a mere attività di impresa, pur operanti nel settore sanitario, non potendosi confondere il valore, di spessore costituzionale, della tutela della salute con il rilievo costituzionale dell'ente o della relativa funzione. Del resto diversamente opinando, si arriverebbe alla conclusione secondo cui, per l'esonero dalla responsabilità ex d.lg. n. 231 del 2001,

motivazione si rileva che *“ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati. Ciò assorbe ogni altra considerazione sull'effettiva natura delle società “miste”, su cui, per altro, le Sezioni Unite civili di questa S.C. si sono pronunciate (cfr. sentenze 26.8.98 n. 8454 e 6.5.95 n. 4989) ravvisando natura privatistica nelle società costituite L. n. 142 del 1990, ex art. 22, per la gestione di servizi pubblici attraverso società partecipate da capitale pubblico”*.

Ne deriva che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, per esonerarlo dalla responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001, dovendo altresì concorrere la condizione che lo stesso non svolga attività economica.

Similmente, nel secondo caso (riguardante una società per azioni costituita per svolgere funzioni in materia di smaltimento rifiuti, alla stessa trasferite da un ente pubblico territoriale), la Corte ha ritenuto applicabile la normativa in materia di responsabilità degli enti, affermando che l'esercizio dell'attività economica, a prescindere dalla natura pubblicistica dell'ente, evidenzia la finalità lucrativa perseguita.³⁰⁶ Difatti, la società *“si caratterizza per una attività e per un servizio che, per statuto, sono impostati su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata ed integrale del ciclo dei rifiuti”*.

basterebbe la mera rilevanza costituzionale di uno dei "valori" più o meno coinvolti nella funzione dell'ente: conclusione che porterebbe, in modo aberrante, a escludere dalla portata applicativa della disciplina “de qua” un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma anche in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico ecc., per il solo fatto che si tratta di enti che si occupano di “valori” di rango costituzionale, pur non svolgendo “funzioni” costituzionali”.

³⁰⁶ Cass. pen., 26 ottobre 2010, n. 234, in Cass. Pen., 5/2011, 1907 ss., con nota di CUGINI A., *Le società miste al confine della responsabilità da reato degli enti*. La Corte riprende le motivazioni della sentenza precedente in tema di funzioni di rilievo costituzionale, specificando che il diritto alla salute e all'ambiente non assumono alcuna rilevanza al fine della qualifica pubblicistica della società, rilevanza che, se fosse riconosciuta, determinerebbe un'inammissibile estensione dell'esonero da responsabilità dell'ente in tutti i casi in cui indirettamente siano tutelati anche il diritto all'informazione, alla sicurezza antinfortunistica, all'igiene del lavoro, alla tutela del patrimonio storico e artistico, all'istruzione e alla ricerca scientifica.

Il criterio dirimente appare, ancora una volta, quello soggettivo e formale della struttura dell'ente rispetto a quello oggettivo dei beni o interessi tutelati dall'ente.³⁰⁷

De iure condendo, sembra quindi auspicabile un intervento riformatore del legislatore, che condivida uno degli orientamenti sopra affermati, o che, diversamente, accolga una concezione oggettiva della qualifica dell'ente pubblico economico.

Seguendo l'interpretazione della Relazione ministeriale, ne deriverebbe l'esclusione dal campo applicativo del decreto per gli enti, anche a capitale misto, purché a soggettività pubblica, che erogino un pubblico servizio.

Laddove, invece, si volesse imporre maggiore rigidità e trasparenza anche alle società miste, a soggettività pubblica, si dovrebbe far rientrare la specifica nozione nell'ambito dell'art. 1 del D.lgs. 231/2001, dando così concretezza alla formula poco chiara qual è quella degli enti pubblici non economici.³⁰⁸

Da ultimo, si rileva che gli articoli 14 e 15 del decreto legislativo sembrano optare per un'interpretazione in chiave funzionalistica della qualifica degli enti.³⁰⁹

L'art. 14 D.lgs. 231/2001, difatti, limita l'applicazione delle sanzioni interdittive alla specifica attività alla quale si riferisce l'illecito realizzato nell'interesse dell'ente medesimo. Tale disposizione, quindi, coglie la necessità di distinguere le varie attività realizzate dall'ente e di sanzionare esclusivamente il comparto produttivo in relazione al quale l'illecito si è verificato, in ossequio al principio di "economicità e proporzione"³¹⁰.

³⁰⁷ AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 53.

³⁰⁸ CUGINI A., *Le società miste al confine della responsabilità da reato degli enti*, cit., 1923-1924.

³⁰⁹ MASSI S., *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 254.

³¹⁰ Relazione ministeriale al decreto. In giurisprudenza vedi Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2011, n. 43108, secondo la quale *"Il giudice, in base a quanto previsto dall'art. 14 D.lgs. 231/01, deve attenersi al principio della cd. frazionabilità delle sanzioni interdittive, secondo cui tali sanzioni devono, ove possibile, adattarsi alla specifica attività dell'ente che è stata causa dell'illecito. Ciò si giustifica sia per neutralizzare il luogo in cui si è originato l'illecito, sia per applicare la sanzione valorizzandone l'adeguatezza e proporzionalità, in ossequio al criterio dell'extrema ratio"*. (Nel caso di specie, si è evidenziato che, nonostante il commissariamento della società ricorrente fosse stato deciso in sede di riesame, il Tribunale doveva comunque indicare i compiti ed i poteri del commissario, tenuto conto della specifica attività svolta dall'ente e della situazione in cui si trovava il vertice della predetta società, con il conseguente

La relazione governativa al decreto specifica che *“solo quando l’illecito costituisce espressione di una generale propensione al conseguimento di illeciti profitti, ricavabile da prassi criminose ormai consolidate che coinvolgono i vertici dell’ente, sarà inevitabile un’applicazione indivisa della sanzione”*, restando altrimenti ferma la regola della frazionabilità della sanzione.³¹¹

Con la conseguenza, che se il criterio funzionale viene adottato nella fase sanzionatoria, esso dovrà, a maggior ragione, essere utilizzato nel riconoscimento del soggetto a cui l’illecito è attribuibile.³¹²

Passando all’analisi dell’art. 15 del decreto, il quale prevede l’ipotesi in cui una società che svolga un servizio pubblico o di pubblica necessità sia sanzionata per un reato realizzato nell’interesse della società medesima, potendo in tal caso il giudice nominare un commissario *ad hoc* che prosegua l’attività dell’ente per tutto il periodo nel quale si sarebbe dovuta applicare la sanzione.

La Relazione ministeriale, in questo caso, specifica che *“con la sentenza di condanna, il giudice indica i compiti e i poteri del commissario, tenendo conto del ramo di attività e del settore in cui è stato consumato l’illecito. Ne deriva, pertanto, che il giudice calibrerà l’intensità della sostituzione gestoria sulle caratteristiche dell’illecito, con particolare riguardo alle attività in cui lo stesso si è verificato”*³¹³.

Il commissariamento impedisce che il potere giudiziario possa ingerire in quello della Pubblica Amministrazione, garantendo un servizio primario alla collettività.³¹⁴

Ebbene, entrambe le disposizioni sopra analizzate propendono per una concezione funzionalistica dell’ambito soggettivo della responsabilità degli enti,

annullamento dell’ordinanza impugnata limitatamente alla mancata definizione dei poteri del commissario giudiziale e rinvio al giudice delle indagini preliminari cui, in applicazione della norma generale di cui all’art. 47 del citato D.lgs., deve riconoscersi una competenza permanente in materia di provvedimenti cautelari assunti nella fase delle indagini).

³¹¹ Relazione ministeriale al decreto.

³¹² MASSI S., *‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 255, valorizza in tal senso anche l’art. 69 del medesimo decreto, secondo cui *“in caso di applicazione delle sanzioni interdittive la sentenza deve indicare l’attività o le strutture oggetto della sanzione”*.

³¹³ Relazione ministeriale al decreto.

³¹⁴ MASSI S., *‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale della Pubblica Amministrazione*, cit., 256. Il pubblico servizio, in questo caso, va inteso secondo la più ampia accezione amministrativa che ricomprende ogni servizio che persegua un interesse pubblico, indipendentemente dalla qualifica pubblicistica o privatistica dell’ente.

avvicinandosi al criterio oggettivo adottato dalla più recente giurisprudenza, come visto nel capitolo precedente, nell'ambito dello statuto penale della Pubblica Amministrazione.

Conclusioni

L'indagine compiuta conduce a conclusioni cui è necessario porre particolare attenzione.

Lo statuto penale della Pubblica Amministrazione, pur se modificato dal susseguirsi di riforme non solo in merito alle qualifiche soggettive pubblicistiche, ma anche con riferimento ai singoli reati in esso contenuti, allo stato, non è in grado di fornire una tutela a trecentosessanta gradi delle innumerevoli fattispecie che concretamente possono verificarsi nella gestione delle imprese pubbliche.

La questione, come abbiamo visto, emerge con evidenza nelle ipotesi di enti pubblici privatizzati, nei quali la commistione tra pubblico e privato rende necessaria un'analisi dell'attività esercitata dal soggetto agente, al fine di valutarne la relativa responsabilità penale.

In tale contesto, le definizioni normative adottate dal legislatore della riforma, in ossequio alla concezione oggettiva della qualifica pubblicistica, non sono state sufficienti a determinare con precisione l'ambito di operatività degli articoli 357 e 358 del codice penale, costringendo i giudici penali, di volta in volta, ad intraprendere un'opera di supplenza giurisprudenziale, peraltro, non sempre coerente con gli obiettivi della riforma.

Difatti, la tendenza dimostrata dalla giurisprudenza penale è stata, fin dall'inizio, quella di estendere la qualifica pubblicistica anche nei casi in cui l'attività svolta dal singolo agente non fosse espressione di poteri e correlati doveri pubblicistici. In particolare, i c.d. "criteri rivelatori di pubblicità" si sono dimostrati, per lungo tempo, dirimenti nell'individuazione della qualifica soggettiva pubblicistica, tralasciando l'analisi della specifica mansione svolta dal soggetto agente.

La proliferazione dei canoni definitivi rappresenta uno dei sintomi della difficoltà di giungere ad una concezione autonoma delle qualifiche pubblicistiche, la cui indagine richiederebbe, da una parte, di verificare se l'assunzione della veste giuridica di società per azioni abbia inciso sulla regolamentazione dell'attività medesima e, dall'altra, di selezionare le attività che effettivamente

siano connotate pubblicisticamente rispetto alle altre, proprio perché esercitate sul presupposto di precisi poteri e doveri di natura pubblicistica.

Tuttavia, si è rilevato come, nell'incertezza generale, vi sia stata anche una giurisprudenza "virtuosa", in materia di attività bancaria e di cartellini segnatempo, che ha seguito il suddetto percorso argomentativo, segnando i primi passi verso un generale riconoscimento, anche a livello giurisprudenziale, della concezione oggettiva delle qualifiche soggettive, già condivisa dal testo normativo.

Inoltre, alla luce dei più recenti approdi interpretativi, si è assistito ad un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale sopra esposto a favore dell'adozione di un criterio funzionale oggettivo imperniato sul tenore testuale delle disposizioni del codice penale: in particolare, ad oggi, l'attività svolta da un soggetto deve ritenersi pubblica, ai sensi e per gli effetti degli articoli 357 (pubblica funzione) e 358 c.p. (pubblico servizio) se disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, restando irrilevante la forma giuridica dell'ente, la sua eventuale costituzione secondo le norme del diritto pubblico, la tipologia di rapporto di lavoro con l'ente stesso.

Ebbene, per una maggiore efficacia ed effettività della tutela penale della Pubblica Amministrazione, si ritiene che l'unico valido criterio definitorio per identificare, ai fini penalistici, la titolarità di qualifiche pubblicistiche sia proprio quello che valorizza la natura della specifica mansione svolta dal soggetto agente, nel rispetto dei requisiti indicati dal legislatore della riforma, senza prescindere da una diretta riferibilità dell'attività stessa alla Pubblica Amministrazione.

Ma non è tutto.

Analizzando la connessa questione degli indici identificativi di un ente pubblico, si è giunti ad esaminare ulteriori risvolti pratici del tema affrontato.

Difatti, ad una sommaria analisi, emerge una sostanziale differenza rispetto all'individuazione delle qualifiche pubblicistiche dei soggetti operanti negli enti pubblici privatizzati, in quanto, in questo caso, non rileva tanto la distinzione tra ente pubblico ed ente privato, quanto la "funzionalizzazione" dell'attività concreta svolta dal soggetto all'interesse generale. Con la conseguenza che l'esclusione del carattere commerciale o industriale del fine

perseguito non qualifica l'attività esercitata, bensì l'interesse pubblico cui la stessa è finalizzata.

Ciò detto, il diverso approccio nel ricercare la natura giuridica dell'ente pubblico rispetto a quello utilizzato per individuare la qualifica del soggetto operante al suo interno implica che, quand'anche l'ente sia identificato come soggetto pubblico, tramite un'indagine sulla concreta attività svolta, la persona fisica possa comunque assumere qualifica privatistica ed essere esonerata da responsabilità penale.

Alla luce delle suddette considerazioni, si ritiene che una riforma degli articoli 357 e 358 c.p. non sarebbe sufficiente a coprire definitivamente gli ambiti di indeterminatezza creati dalla precedente disciplina legislativa: difatti, la staticità delle definizioni delle qualifiche soggettive pubblicistiche mal si adatta alla dinamicità del sistema economico nell'ambito del quale operano gli enti pubblici privatizzati, senza contare che anche le forme nelle quali si manifesta il potere pubblico sono sottoposte ad una continua evoluzione.

Pertanto, in ossequio al principio dell'*in dubio pro reo*, si ritiene che qualora permangano ambiti di incertezza nell'applicazione della qualifica pubblicistica, la stessa debba necessariamente ritenersi esclusa. Difatti, le corrispondenti lacune possono essere colmate, sotto il profilo penale, attraverso l'utilizzo di modelli di tutela alternativi allo statuto penale della Pubblica Amministrazione, rappresentati dalla contestazione di reati societari, reati fallimentari e, non per ultimo, dalla previsione della responsabilità amministrativa dell'ente da reato. Peraltro, proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, l'adozione di un criterio funzionale nella delimitazione del carattere di "economicità" degli enti sottoposti alla disciplina del D.lgs. 231/2001, si è rivelato ancora una volta il più appropriato nel fornire una soluzione coerente con il sistema.

Infine, sul versante dei rimedi extra-penali, un'adeguata sanzione amministrativa o disciplinare, sia nei confronti dell'ente sia della persona fisica in esso operante, potrebbe agire con funzione deterrente nei confronti dei comportamenti privi di rilievo penalistico, andando a completare il quadro delle garanzie offerte dal legislatore in materia di illeciti contro il buon andamento e l'efficienza della Pubblica Amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale I e II*, Milano, 2003.

AZZARITI G., *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990.

AZZARITI G., *La giurisdizione delle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991.

BALDANZA A., *La responsabilità per danno all'erario*, a cura di MATTARELLA B. G., *La Legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, I, Padova, 2001.

BETTIOL R., *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991.

BERTOLINI G.B., *Sulla qualifica penalistica degli addetti ai servizi bancoposta: problemi vecchi e nuovi nella giurisprudenza sull'esercizio dell'attività bancaria*, in *Cass. pen.*, 5/2005.

BONDI A., *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in BONDI A. – DI MARTINO A. – FORNASARI G., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008.

BONELLI F. – ROLI M., *Privatizzazioni*, in *Enc. Dir.*, ed. IV, Milano, 2000.

BORSARI R., *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova, 2012.

BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982.

BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988.

CADOPPI P. – GARUTI G. – VENEZIANI A., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010.

CAGLI S., *Peculato e malversazione*, in *Digesto Disc. Pen.*, IX, 1995.

CALDERONE R., *Il servizio del credito alla luce della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1982.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

CARINGELLA F., *Il riparto di giurisdizione*, a cura di CARINGELLA F. – GAROFOLI R., *Trattato di giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 2008.

CASALE E., *Uno strumento diretto di controllo governativo sulle privatizzazioni: le golden shares*, in *Pol. Dir.*, 1/1988.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

CASSESE S., *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2000.

CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, 1989.

CASTELLANETA M., *Genericità e imprecisione sui poteri dello stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida al diritto*, 15/2009.

CERQUA L.D., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., Padova, *sub artt. 357 e 358*, 2014.

CHITI S., *Privatizzazioni: tipologia, razionalità economica, principali esperienze*, in *Banca D'Italia, Contributi all'analisi economica*, 5/1989.

CHITI S., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di stato e Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999.

CIALDELLA M.F., *La natura delle società di capitali a partecipazione pubblica e concessionarie di opere pubbliche*, in *Cass. pen.*, 9/2014.

CIANCI S., *La responsabilità penale degli operatori bancari: evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1989.

CODAZZI E., *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1/2015.

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004.

COMINO A., *Golden power per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza*

nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 5/2014.

CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1992.

COSTA S., *Studio sulle nozioni di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, esercenti servizio di pubblica necessità e sue applicazioni*, Torino, 1933.

CUGINI A., *Le società miste al confine della responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. Pen.*, 5/2011.

D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Società*, 5/2014.

DEL CORSO S., *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1989.

DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995.

DI GIOVINE V., *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 5/2011.

DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società "in house" che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Il Foro Amm.*, 10/2014.

DI RUSSO D., *Le società partecipate da enti pubblici e le procedure concorsuali*, in *Manuale della società pubbliche, profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2015.

FALCINELLI D., *Il Soggetto Pubblico, tracce di una nozione penale “per funzione”*, in *Arch. pen.*, 1/2014.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1997.

FIMMANÒ F., *Il fallimento delle società pubbliche*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2013.

IORELLA A., *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992.

FLICK G.M., *Diritto penale e credito: problemi attuali e prospettive di soluzione*, Milano, 1990.

FRACCHIA F., voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., vol. I, Milano, 2006.

GALLO M., *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente di un servizio di pubblica necessità nel nuovo codice penale*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1963-64.

GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000.

GRECO E., *Sull'applicabilità dell'art. 640 co. 2 n. 1) alle società miste*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013.

GROSSO C.F., *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla camera dei deputati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

GUARINO G., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

GUIDI D., *Il delitto di peculato*, Milano, 2007.

JAEGER P.G., *Privatizzazioni, I) Profili generali*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995.

LA CUTE G., voce *Truffa*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992.

LEPERA M., *Brevi osservazioni in tema di falsa attestazione da parte del dipendente pubblico nella sua presenza in servizio mediante timbratura del cartellino marcatempo*, in *Cass. pen.*, 6/2004.

LEPERA M., *Non commette falso ideologico (art. 479 c.p.) il dipendente pubblico che attesta il falso nei fogli di presenza o nei cartellini marcatempo*, in *Cass. pen.*, 9/2006.

LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008.

LONGOBARDO C., *Indagini difensive e difensore come pubblico ufficiale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 ottobre 2013.

LOSAPPIO G., *I soggetti dei reati bancari, oggi. L'art. 135 TULB tra passato e presente, crisi e riforme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2010.

MADIA N., *Considerazioni sulla turbativa d'asta e sulla sussistenza della qualità di incaricati di un pubblico servizio in capo ai preposti a una gara indetta da una s.p.a. concessionaria del comune*, in *Cass. pen.*, 4/2009.

MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951.

MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Noviss. Dig. ital.*, vol. XIV, 1967.

MAMELI B., *La Corte di Giustizia conferma l'estraneità dell'Ente Fiera dalla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2001.

MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003.

MANACORDA C., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006.

MANES V., *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2001.

MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2010.

MANGIONE A., *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nelle "particolari operazioni di credito" del Testo Unico bancario: il nuovo credito agrario innanzi agli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999.

MANGIONE A., *Società concessionarie di pubblico servizio e qualifiche pubblicistiche fra “nuovi” e “vecchi” paradigmi giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1997.

MANDUCHI C., *La sentenza Eni – Sai: la Cassazione ritorna ad una concezione soggettiva della qualifica pubblicistica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000.

MANNA A., *Introduzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA A., *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 2008.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982.

MARRA G., *Corruzione: norma a più fattispecie o disposizione di legge a più norme?*, in *Cass. pen.*, 1/1998.

MARRAMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di “organismo di diritto pubblico”*, in *Dir. amm.*, 2000.

MASSI S., *‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli, 2011.

MEDAGLIA V., *Contributo per una ricostruzione unitaria della nozione di ente pubblico nella truffa aggravata*, in *Cass. pen.*, 10/2014.

MEZZACAPO S., *Con lo svolgimento di un'attività commerciale cade la qualifica di “organismo di diritto pubblico”*, in *Guida al diritto*, 18/2000.

MORLACCHINI F., *Osservazioni a Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2002, n. 12789*, in *Cass. pen.*, 6/2004.

MUCCIARELLI F., *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 18 giugno 2015.

NAPOLITANO G., voce *Enti Pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., vol. III, Milano, 2006.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NUVOLONE P., *Banche private e pubblico servizio*, in *Ind. pen.*, 1981.

PAGLIARO A., *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Ind. Pen.*, 1989.

PAGLIARO A., *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2000.

PALAZZO F., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1990.

PALIERO C.E., *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è ‘comune’ la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987.

PATALANO R., *Il dirigente statale privatizzato può conservare la qualità di pubblico ufficiale*, in *Guida al diritto*, 20/1997.

PAVANELLO E., *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011.

PEDRAZZI C., *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1993.

PELISSERO M., *Commento alla l. n. 300/2000*, in *Legisl. Pen.*, 2001.

PERRICCIUOLO N., *I criteri di attribuzione della qualifica pubblicistica al privato concessionario*, in *Giur. merito*, 1/2010.

PERUGGIA P., *Le sezioni unite decidono sulla natura degli enti fieristici*, in *Foro it.*, 1/2001.

PICCARDI M., *Sulla natura giuridica del cartellino marcatempo e del foglio di presenza nel pubblico impiego*, in *Cass. pen.*, 6/2007.

PICOTTI L., *Le “nuove” definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/1992.

PISA P., *Le lenzuola d'oro delle Ff. ss., amministratori e funzionari sono pubblici ufficiali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/1996.

PISTORELLI L., *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2011.

PLANTAMURA V., *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., in *Trattato di diritto penale, Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008.

PRETE F., *Servizi pubblici e qualifiche soggettive nei reati contro la P.A.*, in *Riv. pen.*, 2006.

PUGLIATTI S., voce “*Diritto pubblico e privato*”, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1959.

RAMACCI F., *Norme interpretative e definizioni; la nozione di “pubblico ufficiale”*, in *Studi La tagliata*, 1993.

RAMPIONI R., *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l’art. 319 c.p. quale disposizione a più norme!*, in *Cass. pen.*, 7-8/1998.

RAVAGNAN L., *Difensore pubblico ufficiale? “Il difensore non è mai un p.u. quando raccoglie la prova”*, in *Riv. pen.*, 2006.

RIONDATO S., *Responsabilità penale degli enti che esercitano pubblici poteri e degli enti pubblici economici (e non), tra tipo criminologico e tipo normativo di autore*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2011.

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche, artt. 336 – 360 cod. pen.*, in *Commentario sistematico*, Milano, 2006.

ROSINI B., *Il pubblico ufficiale, l’incaricato di un pubblico servizio e l’esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giur. pen.*, Padova, 1998.

ROSSI A., *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

SALCUNI G., *I “circuiti” ed i “cortocircuiti” nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014.

SANDULLI M.A. – DE NICTOLIS R. – GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

SANTORIELLO C., in RONCO M. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, sub artt. 357 e 358, Torino, 2012.

SATTA F., *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Foro it.*, 1992.

SCHIAVANO G., *Gli amministratori delle società per azioni in mano pubblica: profili penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2005.

SEGRETO A. – DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, III ed., Torino, 1999.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Commentario agli artt. 17 e 18 L. 26.4.1990 n. 86*, in *Legisl. Pen.*, 1990.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357-358 c.p.*, in *Studi La tagliata*, 1993.

SEVERINO DI BENEDETTO P., voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995.

SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Foro Amm.*, 1/2010.

TAGLIARINI F., *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973.

VALLINI A., *La nozione di “incaricato di un pubblico servizio” e l’odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2011.

VESSICHELLI M., *Investigazioni difensive e falsità*, in *Cass. pen.*, 12/2006.

VITTA C., voce *Concessioni* (diritto amministrativo) in *Nss. D.I.*, vol. III, 1959.

ZACCHEO M., *Le condizioni per l’attribuibilità della natura di ente pubblico ai fini dell’applicazione dell’aggravante di cui all’art. 640, comma 2, n. 1 c.p.*, in *Cass. pen.*, 3/2014.

ZACCHIA A., *Osservazioni a Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2013, n. 36176*, in *Cass. pen.*, 1/2015.

ZANALDA G. - BARCELLONA M., *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, Torino, 2002.