

ORIENTAMENTI

NICOLA MADÌA

L'incidenza dell'emersione in campo amministrativo di "nuove" tipologie di persone giuridiche sull'estensione delle qualifiche soggettive nei reati contro la Pubblica amministrazione e sulla nozione di "ente pubblico" accolta in ambito penale

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Le nozioni di Organismo di Diritto Pubblico e di Impresa Pubblica. - 3. Breve intermezzo sulle definizioni generali di Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio dopo la riforma del 1990. - 4. Le qualifiche soggettive degli appartenenti agli Organismo di Diritto Pubblico e alle Imprese Pubbliche. - 5. L'Organismo di Diritto Pubblico *in parte qua* e i servizi assolti in regime di mercato dall'Impresa Pubblica: riflessi sulle qualifiche soggettive. - 6. Al bivio tra Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio. - 7. Prime conclusioni e impostazione del successivo sviluppo del lavoro sull'inquadramento della nozione di "ente pubblico" penalmente rilevante. - 8. La nozione "sostanziale" di "ente pubblico" rilevante penalmente nell'elaborazione "creativa" del recente diritto vivente. - 9. Il rapporto antinomico tra la concezione "sostanziale" di "ente pubblico" e il principio di legalità. - 10. Conclusioni.

1. La questione

Nel campo del diritto amministrativo sono emerse "nuove" tipologie di persone giuridiche le cui caratteristiche intrinseche, le prestazioni svolte e il cui *nomen iuris* impongono di appurare eventuali influenze, per un verso, sull'essenza delle qualifiche soggettive che investono le persone operanti al loro interno, per l'altro, sulla nozione di "ente pubblico" accolta in ambito penale. Alludiamo alle nozioni di Organismo di Diritto Pubblico e di Impresa Pubblica su cui soffermeremo l'attenzione nell'immediato proseguo, seppure nei ristretti limiti suggeriti da una ricerca di stampo penalistico.

Occorre premettere da subito, con enunciazioni destinate ad essere progressivamente ampliate ed affinate, come, dopo la ridefinizione in chiave oggettiva delle qualifiche di Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio conseguente alla riforma del 1990 (su cui torneremo brevemente *infra*), si tratti di due profili problematici distinti tra loro che, in quanto tali, non si implichino a vicenda.

Invero, un conto è accertare la ricorrenza in capo ad un determinato soggetto agente dei connotati distintivi l'esercizio di mansioni di pubblico rilievo, altro conto è discernere la natura pubblica o privato di un ente collettivo.

Sarebbe improprio e fuorviante sul terreno metodologico sovrapporre i due piani, dipendendo, il primo e per precisa scelta legislativa - come si dirà da

qui a poco-, da verifiche di tipo esclusivamente “sostanziale” volte ad appurare le caratteristiche intrinseche delle attività concretamente svolte dall’agente; il secondo, e nuovamente in ossequio a chiare direttive normative, da riscontri di matrice prettamente formale attinenti la natura giuridica di un dato organismo.

Questa indagine è finalizzata, dunque, a squarciare il velo fitto ed avvolgente calato sulla materia, tentando di mettere ordine in una situazione di confusione imperante ingenerata da taluni approdi raggiunti nella giurisprudenza di legittimità inclini a confondere questi aspetti, coinvolgendoli in un magma concettuale indistinto, idoneo ad annacquare le profonde differenze e i tratti maggiormente caratterizzanti.

In particolare, come osserveremo più ampiamente in seguito, la recente giurisprudenza, per il tramite di un approccio “funzionale” a quella che dovrebbe rimanere una verifica ispirata ad un rigido “formalismo”, ha allargato le maglie del concetto di “ente pubblico” valido in ambito penalistico, riconoscendo così ad alcune fattispecie edificate su questo elemento una funzione incriminatrice rispetto a situazioni altrimenti sottratte ai rigori del diritto penale.

Insomma, come si argomenterà nel corso della trattazione, l’impropria alterazione dei criteri rigorosamente formali apprestati per identificare un “ente pubblico” nel settore penale e la loro sostituzione con una metodologia di analisi sostanzialista, codificata, per contro, esclusivamente negli artt. 357 c.p. e 358 c.p. e ai soli fini dell’attribuzione delle qualifiche soggettive, ha permesso l’avanzamento della frontiera della punibilità, sconfinando, però, in una libera interpretazione in *malam partem*, a detrimento dei principi basilari su cui si erige il nostro edificio penalistico.

La stretta osservanza del principio di legalità, infatti, preclude all’interprete di abbandonare quel lido sicuro rappresentato dal reticolato della norma incriminatrice e dal suo significato semantico, per avventurarsi in mare aperto alla ricerca di profili in grado di denotare il disvalore dell’illecito oltre la circonferenza che conclude la stessa fattispecie astratta¹.

Nel nostro caso, attraverso l’eccessiva valorizzazione di parametri di valutazione sostanziali, insieme a quella che viene ritenuta essere la componente finalistica sottesa a date disposizioni criminose, si è assegnato al sintagma “ente pubblico” un carattere onnivoro ed omnicomprensivo, che assorbe persone giuridiche “formalmente” sfornite dei relativi requisiti, ancorché erogatrici di pubblici servizi essenziali.

¹ In questi termini, PAGLIARO, *Il reato*, Pt. Gen., Milano, 2007, 17 ss.

Per tale via, non distinguendo la tecnica di indagine sulle qualifiche soggettive da quella riguardante la personalità pubblica o privata di una struttura collettiva si è andati incontro al rischio di anteporre l'intenzione dell'interprete al dato letterale, con tutte le ricadute negative sulla certezza nell'applicazione del diritto penale che simile modo di procedere comporta².

2. Le nozioni di Organismo di Diritto Pubblico e di Impresa Pubblica

Nel Decreto Legislativo n. 50 del 2016³, contenente il c.d. Nuovo Codice degli appalti pubblici, così come, d'altronde, nel Decreto Legislativo n. 163 del 2006, contenente la pregressa disciplina di settore⁴, figurano le nozioni di Organismo di Diritto Pubblico e di Impresa Pubblica⁵.

² Per importanti indicazioni sul punto si veda il saggio del MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254. Peraltro, a p. 1268, l'A. non ha mancato di addebitare il rischio di interpretazioni tese a scavalcare il dato normativo alla scadente fattura dei prodotti normativi i quali risultano spesso formulati in termini oscuri, approssimativi o, comunque - soggiungiamo noi-, non rispondenti ai reali intenti legislativi così da scaricare sulle spalle dei giudici il peso delle decisioni. Sostanzialmente negli stessi termini si è espresso RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa, e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, 109 ss.

³ Di attuazione delle Direttive 2014/ 23/ UE, 2014/24/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

⁴ Rubricato con la dizione: "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/ 17/ CE e 2004/ 18/ CE*".

⁵ La nozione di organismo di diritto pubblico compare per la prima volta nella Direttiva lavori 89/ 440/ CEE; su tale nozione è poi intervenuta a più riprese la Corte di Giustizia che, con la propria attività pretoria, ne ha definito i limiti oggettivi e soggettivi. Tale nozione è stata implementata nell'ordinamento italiano con la legge n. 109 del 1994, all'art. 2, comma 7, lett. a) e poi, anche in ambito di servizi, con l'art. 2, comma 1, lett. b), del decreto legislativo n. 157 del 1995, in attuazione della direttiva 92/ 50/ CEE; con il decreto legislativo n. 358 del 1992, in materia di affidamento di pubbliche forniture; e, ancora, con il decreto legislativo n. 158 del 1995 per lavori, servizi e forniture nei c.d. servizi esclusi e, infine, con il decreto legislativo n. 190 del 2002 in materia di affidamento di realizzazione e gestione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale. La nozione è stata poi ripresa e confermata dalla direttiva unica appalti, nn. 2004/ 17/ CE e 2004/ 18/ CE a cui è stata data esecuzione nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 163 del 2006. Nell'allegato III al citato decreto si trova un elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari. Ora tale elenco si trova nell'allegato IV al Decreto Legislativo n. 50 del 2016. Su tale nozione sono di recente intervenute le Sezioni unite civili con la sentenza del 7 aprile 2010, n. 8225, Soc. Centro Agro Alimentare Napoli c. Soc. Iger costruz. e altro, in *Giust. civ. mass.*, 2010, IV, c. 503. Nella dottrina amministrativistica si sono occupati dell'"organismo di diritto pubblico", tra gli altri, FRANCHINI, *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Rabitti Bedogni-Barucci, Torino, 2010, t. II, 847; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 155 ss. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in *Diritto amministrativo, I, amministrativo, I*, a cura di Mazzaroli- Pericu- Romano- Roversi Monaco- Scoca, Bologna, 2005, 326 ss.; MAMELI, *Commento all'art. 2 della Ln. 109 del 1994*, in *La riforma dei lavori*

Le qualifiche in questione convergono tendenzialmente su organismi collettivi gestori di pubblici servizi per antonomasia coinvolti nel corso dell'ultimo scorcio del secolo passato in processi di "entificazione" e successiva trasformazione in soggetti dotati di personalità giuridica di diritto privato, il cui funzionamento rinviene pertanto la propria fonte regolamentare nel titolo II capo II del codice civile.

Secondo la disciplina attualmente in vigore l'Organismo di Diritto Pubblico è "amministrazione aggiudicatrice" - art. 3, co. 1, lett. a), Decreto Legislativo n. 50 del 2016- con il tendenziale obbligo quindi - art. 3, co. 1, lett. e) ed f) del medesimo articolato- di avvalersi di procedure a evidenza pubblica in materia di affidamento degli appalti. In questa definizione è compreso qualsiasi organismo, strutturato anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito oggettivo o anche finalistico o teleologico); b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo prevalente 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 di 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 (c.d. influenza o dominanza pubblica e requisito della soggettività).

Salvo ipotesi determinate⁶, gli organismi giuridici compresi in queste categorie, lungi dal potere scegliere il soggetto a cui affidare le commesse secondo il

pubblici, Tomo I, diretto da Angeletti, Torino, 2000, 30 ss.; LUCE, *I soggetti aggiudicatori: nozione e organizzazione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, Vol. I, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 190 ss. A sua volta la nozione di impresa pubblica compare nel nostro ordinamento con l'art. 2, co. 1, lett. b) del decreto legislativo n. 158 del 1995 di attuazione delle Direttive sugli appalti nei settori esclusi 90/ 531 e 93/ 38 CEE. Sulla nozione di impresa pubblica in materia di appalti, ZUFFANTI, *Le amministrazioni aggiudicatrici*, in *La disciplina delle opere pubbliche*, a cura di Crosetti, Santarcangelo di Romagna, 2007, 385 ss. Ha svolto uno studio congiunto su entrambe le nozioni, ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e proc. Anm.*, 2007, 387 ss. Nella dottrina penalistica si rinvia ai recenti lavori monografici di MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2010, 230 ss. e di MASSI, "pubblico" e "privato" nello statuto penale degli enti privatizzati, Napoli, 2011, 53 ss. e 58 ss. e anche 192 ss.

⁶ Ai sensi dell'art. 35 ss. del Decreto Legislativo n. 50 del 2016 questi enti sono esonerati dal ricorso alle tipologie di gare indicate solo per la stipula di contratti di valore inferiore alla c.d. soglia comunitaria e che non attengono ai servizi di interesse collettivo da essi erogati e che rappresentano, di solito, la loro attività unica o principale. In tema SANDULLI, *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I. *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, a cura di M.A. Sandulli- De Nictolis- Garofoli, Milano, 2008, 33 ss. Inoltre FERRARI- CHIMENTI, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato cit.*, Vol. I, 509

loro libero apprezzamento, sono tenuti, a mente dell'art. 1 del medesimo articolato, a predisporre una gara con le forme caratteristiche dei pubblici incanti o delle licitazioni private, ora rispettivamente denominate, nel Codice degli Appalti, in sintonia con la terminologia in voga nello spazio comunitario, procedure aperte e procedure ristrette⁷.

Sensibilmente diversa è la nozione di Impresa Pubblica⁸. Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t) del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, questa qualifica compete a quelle imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici, indicate nel comma 1, lett. a) del medesimo articolo, possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, vuoi perché ne sono proprietarie, vuoi perché vi hanno una partecipazione finanziaria, vuoi, infine, in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante si ritiene presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, alternativamente o cumulativamente: i) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto⁹; ii) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; iii) hanno diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa¹⁰.

A differenza dell'Organismo di Diritto Pubblico, dunque, ciò che rileva, ai fini della nozione in esame, non è il fine che l'ente persegue. Infatti, l'Impresa Pubblica, più che essere chiamata a soddisfare interessi diffusi, opera per rispondere proprio a esigenze aventi carattere industriale o commerciale, agen-

ss.; SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato cit.*, Vol. V. *I settori speciali. L'esecuzione*, 3145 ss.

⁷ Seppure non mancano delle variabili allo schema comune, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 e ora del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, in linea generale si può dire che, mentre ai pubblici incanti sono ammessi a partecipare tutti i soggetti interessati, alle licitazioni private questo diritto è riservato a quelle imprese fornite di specifici requisiti di idoneità tecnica ed economica, invitate a formulare un'offerta dall'amministrazione precedente. Per questo nel Decreto Legislativo n. 163 del 2006 e ora nel Decreto Legislativo n. 50 del 2016 tali procedure hanno mutato denominazione, venendo significativamente definite, rispettivamente, procedure aperte e procedure ristrette.

⁸ Sulla nozione di impresa pubblica in materia di appalti, ZUFFANTI, *Le amministrazioni*, cit., 385 ss.; MAMELI, *Commento*, cit., 38 ss.

⁹ È così, ad esempio, che, a mente dell'art. 113, lett. e), del decreto legislativo n. 267 del 2000, i servizi pubblici locali possono essere gestiti da società per azioni a partecipazione maggioritaria dell'ente periferico.

¹⁰ Si deve tenere presente, peraltro, come l'intera materia delle società a partecipazione pubblica sia stata innovata e ordinata per effetto dell'approvazione del Decreto Legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 contenente il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

do quindi anche secondo logiche competitive, caratterizzate dal rischio d'impresa e fondate sui criteri di economicità, efficienza e redditività¹¹.

Piuttosto, l'Impresa Pubblica si caratterizza per il collegamento con l'amministrazione che in essa occupa una posizione dominante¹².

Anche, l'Impresa Pubblica, ai sensi del comma 1, lett. e), del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, è inclusa nelle nozioni di "ente aggiudicatore" e di "soggetto aggiudicatore" ed è generalmente tenuta, come tale, specularmente all'Organismo di Diritto Pubblico, all'osservanza delle procedure a evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti.

L'Impresa Pubblica, così come, d'altronde, l'Organismo di Diritto Pubblico, risulta vincolata ad avvalersi di tali procedure solo per la stipula di contratti il cui valore sia pari o superiore alla c.d. soglia comunitaria.

D'altronde, proprio perché la stessa opera anche in mercati concorrenziali, assumendo su di sé il rischio d'impresa, l'obbligo di ricorrere a schemi di gara ad evidenza pubblica ricorre solo nei c.d. settori speciali (vale a dire energia termica, gas, elettricità, acqua, porti e aeroporti) e non con riferimento ai contratti da concludere nei settori ordinari, dove tali entità giuridiche non si trovano a beneficiare di diritti speciali o esclusivi, finalizzati a riservare solo a determinati operatori economici l'esercizio delle relative attività¹³.

Insomma, se l'Impresa Pubblica risulta assoggettata all'influenza dominante di un'amministrazione dello Stato, di un ente pubblico territoriale, di altri enti pubblici non economici, di Organismi di Diritto Pubblico, nonché di associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti enti (*id. est.*: da amministrazioni aggiudicatrici) e intende affidare in appalto particolari categorie di commesse diventa gravata dell'obbligo di adeguarsi alle procedure di gara di matrice pubblicistica.

E questo in quanto la legge tende a imporre alle persone giuridiche in questione, nei settori in cui le stesse diventano beneficiarie di determinati privilegi, l'applicazione di rigidi meccanismi concorrenziali per stipulare un contratto da cui derivi un'uscita, privandole praticamente di discrezionalità in ordine alle modalità di individuazione dei contraenti. Il tutto, al preciso scopo di avvicinare qualsiasi atto di disposizione delle loro sostanze a uno specifico e

¹¹ Così, ROVERSI MONACO, *Le figure*, cit., 401 ss.

¹² Così, LUCE, *I soggetti cit.*, 223; MARZARI, *Ambito soggettivo*, in *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Tomo I, a cura di Rota-Rusconi, Torino, 2005, 178, dove si è sottolineato che nulla esclude che un ente possa rivestire sia la qualità di impresa pubblica che quella di organismo di diritto pubblico. Dal canto suo, ROVERSI-MONACO, *Le figure cit.*, 396, ha specificato che la possibilità di cumulare le due qualifiche dipende dall'accettazione della figura dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* su cui ci intratteremo dopo.

¹³ Sul punto, MARZARI, *Ambito cit.*, 178; ROVERSI MONACO, *Le figure cit.*, 399.

predeterminato interesse: la ricerca dell'offerta migliore rispetto alla natura e all'oggetto del contratto.

Ciò detto, nell'ipotesi in cui ci si trovi al cospetto di un Organismo di Diritto Pubblico o di un'Impresa Pubblica, ancorché la loro denominazione tecnica e la qualità dei servizi da essi somministrati possano evocare la ricorrenza di soggetti intranei alla Pubblica Amministrazione, si è in realtà in presenza di persone giuridiche formalmente di diritto privato, estranee ai pubblici apparati.

Infatti, in questi casi, parliamo di società per azioni, ossia di soggettività giuridiche di diritto comune che, in quanto tali, reperiscono la loro disciplina giuridica nel codice civile, collocandosi così formalmente all'esterno della Pubblica Amministrazione¹⁴.

Nondimeno, ove un ente "privatizzato" rientri in dette definizioni, vuoi in ragione della consistenza delle prestazioni rese, integranti pubblici servizi per antonomasia, vuoi per il suo peculiare assetto societario, risulta condizionato da una serie di obblighi, finalizzati ad assicurare il perseguimento di interessi di matrice collettiva.

In primis, come visto, queste tipologie di persone giuridiche, nonostante – lo ripetiamo – siano formalmente assimilabili a normali "aziende private" e, quindi, in astratto totalmente libere di autodeterminarsi in ordine alle scelte strategiche, non sono esentate dal dovere di avvalersi di procedure a evidenza pubblica nella gestione del loro patrimonio.

In sostanza, il legislatore si è preoccupato di scongiurare il rischio che il mutamento genetico subito da organismi preposti all'erogazione di servizi pubblici essenziali, divenuti soggetti formalmente privati, potesse innescare delle pericolose reazioni a catena tali per cui, anche nei settori di operatività dove più viva si è mantenuta la connotazione pubblicistica della funzione svolta, l'ente fosse affrancato dall'obbligo di appagare le proprie necessità di matrice

¹⁴ In merito, sebbene segnali un avviso contrario emerso soprattutto nella giurisprudenza contabile, ROVERSI MONACO, *Le figure* cit., 411 ss. Sul tema, d'altro canto, sono intervenute le Sezioni unite civili, affermando che queste società sono soggetti di diritto privato, del tutto distinti dalla Pubblica Amministrazione: Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, Soc. Siena parcheggi c. Soc. D'Andrea costruzione e altro, in *Rass. Giur. Enel*, 1995, 815; Id., Sez. un., 27 marzo 1997, Trasp. Pubb. Terra D'Otranto c. Banca Napoli, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1997, 775. Nella giurisprudenza amministrativa si veda la recente presa di posizione del Consiglio di Stato in materia di impresa pubblica. Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 1574, in *Guida al dir.*, 2012, n. 15, 80, con nota di CORRADO, *Una società caratterizzata dallo scopo di lucro non può svolgere attività di tipo amministrativo*. Il Collegio ha enunciato il seguente principio di diritto: "La società Porto Antico di Genova, in ragione del tipo di attività svolta per la quale non è dimostrato il carattere non economico e per la presenza di uno scopo di lucro che può appartenere solo al modello societario, va considerata impresa pubblica e pertanto la controversia relativa a gara dalla stessa indetta rientra nella giurisdizione del giudice ordinario".

economico- finanziaria attraverso il ricorso a procedure a evidenza pubblica; procedure alle quali sono connaturate garanzie di trasparenza e rispetto della libertà di concorrenza¹⁵.

La legge tende a imporre a siffatte entità giuridiche di ricorrere a rigidi meccanismi concorrenziali per stipulare un contratto da cui derivi un'uscita, privandole sostanzialmente di discrezionalità in ordine alle modalità di individuazione dei contraenti. Il tutto, come già accennato, al precipuo fine di subordinare qualsiasi atto di disposizione patrimoniale a uno specifico e pre-determinato interesse: la ricerca dell'offerta migliore rispetto alla natura e all'oggetto del contratto.

Tratteggiate, in sintesi, le nozioni di Organismo di Diritto Pubblico e di Impresa Pubblica, è necessario, in primo luogo, acclarare se coloro i quali agiscono al servizio di siffatte entità - magari venendo adibiti a una funzione essenziale nell'ambito di una procedura di gara (come i preposti alla redazione del bando o allo svolgimento della contesa)-, assicurando le loro prestazioni a soggetti deputati al perseguimento di finalità pubbliche, risultino titolari di una delle qualifiche scolpite negli artt. 357 c.p. o 358 c.p.

3. Breve intermezzo sulle definizioni generali di Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio dopo la riforma del 1990

Senza voler affrontare *funditus* un tema che ci condurrebbe al di fuori dei limiti della nostra indagine, basti qui ricordare che la legge n. 86 del 1990 ha operato una ridefinizione in chiave oggettiva delle nozioni di Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio, intesa a ricollegare le qualifiche soggettive *de quibus* alle concrete attività svolte da ogni soggetto, a prescindere dalla personalità giuridica, pubblica o privata, dell'ente di appartenenza¹⁶.

¹⁵ Così, CARANTA, voce *Contratti pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg. III*, Torino, 2008, 250 ss.; CARINGELLA, *In particolare, gli organismi di diritto pubblico*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento, Vol. I*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 239; FERRARI-CHIMENTI, *Quadro cit.*, 516.

¹⁶ Come è risaputo sulle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio si sono fronteggiate, fino all'entrata in vigore della legge n. 86 del 1990, due concezioni: una c.d. soggettiva ed un'altra c.d. oggettiva. Nell'ambito delle teorie soggettive vanno annoverate quelle elaborazioni che adottavano come dato di qualificazione diretto o indiretto dei pubblici agenti il rapporto di dipendenza dallo Stato, ovvero da altro ente pubblico e, quindi, il carattere pubblico o privato della persona giuridica al cui servizio si operava. Le teorie oggettive, invece, attraverso il riconoscimento della possibilità non solo dell'esercizio privato di una pubblica funzione, ma anche dell'esercizio da parte di un soggetto pubblico di attività privata, pervenivano a svincolare completamente la qualifica personale dalle caratteristiche dell'ente e a ricostruire le figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio attraverso l'esclusivo riferimento ai connotati oggettivi dell'attività da essi svolta. Tale ultima concezione, come è a tutti noto, ha trovato definitiva consacrazione nel testo novellato degli artt. 357 e 358 c.p. che normativamente attribuiscono la qualità di pubblico agente dal concreto esercizio di una "attività" pubblica

Il legislatore, mediante una esplicita e consapevole presa di posizione ristretta a questo campo, ha imposto una accezione sostanziale e funzionale delle qualifiche in questione, tutta avviluppata intorno alla oggettiva tipologia degli specifici adempimenti di volta in volta assolti, anziché sul dato meramente formale collegato alla natura pubblica o privata del “datore di lavoro”.

Se è così, al fine di rintracciare negli uffici ricoperti da un soggetto i tratti caratteristici di una pubblica funzione occorre, ai sensi dei riformati artt. 357 e 358 c.p., reperire i connotati di un’attività disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi¹⁷.

Invero, il legislatore del 1990, accogliendo gli inviti della dottrina dominante, ha stabilito che il criterio distintivo per ascrivere un’attività all’area del pubblico piuttosto che a quella del privato dovesse fare riferimento alla matrice giuridica delle diverse disciplina di settore¹⁸.

Sebbene si tratti di un problema ancora aperto, sul quale non esiste uniformità di vedute in ordine alla identificazione di utili criteri distintivi per discernere una regolamentazione pubblicistica da una privatistica, è universalmente riconosciuto che nel nostro diritto positivo devono essere riportate nell’alveo del diritto pubblico quelle attività assoggettate dalla legge a precise direttive

indipendentemente dalla natura giuridica dell’ente di appartenenza. In dottrina, aderivano alla concezione soggettiva MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, Torino, 1950, 5; GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, 540; PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 349; DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1989, 1036. Si erano schierati in favore di una visione oggettiva SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, 20; MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell’interpretazione degli artt. 357- 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 507; GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico a proposito degli istituti di credito di diritto privato*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1951, I, 217; RAMACCI, *Prospettive dell’interpretazione dell’art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 861; GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1967, 3; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Pte Spec., I, Milano, 1983, 6; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Pt. Spec., Vol. I*, Bologna, 1988, 130. Inoltre, FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 1988, 498. Infine, sul punto, CASTELLANA, *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell’economia*, Padova, 1989, 137.

¹⁷ In argomento di recente, GAMBARDELLA, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in *Cass. pen.*, 2014, 4031.

¹⁸ GALLO, *Pubblico ufficiale cit.*, 336; MARINI, *Criterio soggettivo cit.*, 510; GUARINO, *Pubblico ufficiale cit.*, 7; SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti cit.*, 55. Tale ultima A. arriva all’ accoglimento del criterio di disciplina dopo aver passato in rassegna, ed analiticamente criticato, i criteri c.d. ontologici della *teoria degli interessi* e della *teoria della sovraordinazione*; CASTELLANA, *Profili di soggettività cit.*, 141. *Contra*, per tutti: PEDRAZZI, *Problemi e prospettive cit.*, 379. L’ A. ha sostenuto la necessità di fare leva su di un criterio distintivo che facesse valorizzare i profili organizzatori dell’ente.

guida e a penetranti controlli orientati a indirizzarle verso il perseguimento di interessi prestabiliti¹⁹.

E invero, nel nostro diritto positivo esiste un'incompatibilità logica tra tali vincoli e la nozione di attività privata. Questa trova la sua essenza nella libertà di iniziativa economica e negoziale, abiurando qualsiasi forma di limitazione finalizzata al raggiungimento di obiettivi predefiniti²⁰.

D'altronde, la verifica dell'esercizio di una pubblica funzione deve essere compiuta prendendo in considerazione le singole fasi dell'attività posta in essere dall'agente (i singoli atti da lui compiuti) e non già il complesso delle attribuzioni allo stesso conferite dalla legge, nel senso che uno stesso soggetto potrà risultare preposto sia all'assolvimento di funzioni regolate da norme di diritto pubblico sia allo svolgimento di attività private²¹.

Sul punto, la recente giurisprudenza ha per esempio operato un importante distinguo rispetto al trattamento da riconoscere ai dipendenti dell'ente Poste a seconda delle mansioni da loro concretamente assolte.

In particolare, ad avviso dei Supremi giudici, poiché la generale attività bancaria delle Poste- salvo, in linea con una recente presa di posizione della Cassazione, quella che si esplica nella specifica forma di raccolta del risparmio postale²²-, in ragione della sua disciplina di stampo civilistico, volta ad indirizzarla ad esclusive logiche concorrenziali, è attività di tipo privato, al pari di quella

¹⁹ In questo senso, seppur con riferimento a ipotesi diverse, sono condivisibili le note di MARINI, *Criterio soggettivo cit.*, 510. L'A. individua il carattere essenziale dell'attività pubblica nel suo esercizio coattivo che esclude ogni intrusione dell'arbitrio privato nella sua gestione, con conseguente indisponibilità del fine oggetto di essa; indisponibilità stabilita per legge e derivante dall'impossibilità per i privati di porla in essere. In tale prospettiva risulta altrettanto condivisibile la distinzione elaborata da GUARINO, *Pubblico ufficiale cit.*, 7. L'A. afferma che sono pubbliche le fattispecie di poteri e di atti- tipiche in regime di monopolio- per le quali siano competenti soltanto determinati soggetti (c.d. fattispecie a soggetto vincolato); private, al contrario, le fattispecie a soggetto indifferenziato che, potenzialmente, possono essere compiute da qualsiasi soggetto dell'ordinamento, come avviene quando un'attività è esercitabile in un mercato concorrenziale e non in regime di monopolio legale. In questo senso ancora CASTELLANA, *Profili di soggettività cit.*, 363 ss. e 381 ss.; SEGRETO- DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1995, 14 ss.; PINUCCI, *Le qualifiche soggettive*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di D'Avirro, Padova, 1999, 35.

²⁰ Ma già si era espressa in questa direzione nel tratteggiare gli elementi discretivi tra l'attività di impresa, ascrivibili all'area del diritto privato, e la pubblica funzione, CASTELLANA, *Profili di soggettività cit.*, 381.

²¹ In materia, di recente, GAMBARDELLA, *Corruzione cit.*, 4030.

²² Peraltro, molto di recente, si deve segnalare al riguardo una presa di posizione apparentemente contrastante della stessa Sesta Sezione della Cassazione che ha statuito che il dipendente di Poste Italiane S.p.a. che svolga attività di bancoposta afferente alla raccolta di risparmio postale riveste la qualità di persona incaricata di pubblico servizio (Cass., Sez. VI, 23 novembre 2016, in www.cortedicassazione.it). Qui la Cassazione ha osservato come il DPR n. 144 del 2001, recante il Regolamento sui servizi di bancoposta, preveda come le attività di Bancoposta comprendano una vasta gamma di funzioni, tra cui quella di raccolta di risparmio postale alla quale sono ascrivibili le stimate di un pubblico servizio.

delle banche, l'impiegato che svolge tali servizi non è né pubblico ufficiale né incaricato di pubblico servizio; viceversa, poiché l'attività di recapito postale, attesa la sua regolamentazione di rango pubblicistico, incline a finalizzarla al perseguimento dell'interesse generale alla raccolta e alla distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio nazionale, anche a costo di sopportare oneri antieconomici per il servizio in nome della sua universalità, l'impiegato dell'Ente, quando viene adibito a tali mansioni, assume le vesti di un pubblico agente²³.

Orbene, quanto illustrato, come si sperimenterà subito, concorre direttamente a delineare gli esatti contorni della qualifica da attribuire agli appartenenti agli Organismi di Diritto Pubblico e alle Imprese Pubbliche.

4. Le qualifiche soggettive degli appartenenti agli Organismo di Diritto Pubblico e alle Imprese Pubbliche

Ebbene, come detto, il Decreto Legislativo n. 50 del 2016 – come già il suo antenato diretto, ovvero il Decreto legislativo n. 163 del 2016- pretende che gli Organismi di Diritto Pubblico, così come, d'altronde, le Imprese Pubbliche – tranne in casi limitati- si impegnino a sostenere una spesa solo attraverso determinate procedure di scelta del contraente, al fine di centrare un risultato ritenuto di carattere strategico: la conclusione di un negozio a condizioni convenienti e vantaggiose in rapporto all'entità delle prestazioni richieste. A differenza di un ordinario operatore economico, questi organismi non possono assegnare le loro commesse a propria discrezione e piacimento, dovendo obbligatoriamente reclutare le controparti contrattuali in ossequio a rigidi meccanismi selettivi.

Le diverse fasi che scandiscono l'*iter* di gara danno quindi vita a una fattispecie a formazione progressiva vincolata nei fini da una disciplina che, per tale ragione, si colloca nell'ambito del diritto pubblico.

A conferma di ciò, l'insieme delle regole che sovrintendono alle procedura di identificazione dei contraenti con le aziende in questione conferiscono a esse un'impronta particolare, comunemente definita evidenza pubblica, che attribuisce ai pubblici agenti una posizione per certi versi sovraordinata rispetto ai privati concorrenti. A tale riguardo, è sufficiente riflettere su alcune potestà riconosciute dalla legge, come quella di escludere singoli offerenti²⁴ o di non affidare il lavoro, sia pure a date condizioni, a colui che se lo è aggiudicato²⁵.

²³ Così, Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 10124, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

²⁴ La normativa generale in tema di amministrazione del patrimonio statale, ossia il R.D. n. 827 del 1924, all'art. 68, comma due, già si era preoccupata di conferire ai pubblici poteri il diritto, pieno e insindacabile, di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso potesse reclamare indenni-

Sicché, sull'operato del personale di questi enti sono tendenzialmente riscontrabili quei requisiti indispensabili all'integrazione della nozione di pubblico agente fissata negli artt. 357 e 358 c.p., giacché si tratta di soggetti intranei ad entità costrette a sopportare una serie di *caveat* volti a influire sulla loro azione e a funzionalizzarle al raggiungimento di obiettivi di rilievo generale²⁶.

Se questo è vero in linea di massima, è altrettanto vero che, come si noterà nel prossimo paragrafo, proprio in adesione all'orientamento espresso dal Legislatore nel 1990, la qualità dei servizi statutariamente e principalmente offerti da questi soggetti giuridici non può inesorabilmente comportare l'iscrizione dei loro addetti nella classe dei Pubblici Ufficiali o degli Incaricati

tà di sorta, né pretendere che gli fossero spiegate le ragioni dell'esclusione. A sua volta il Nuovo Codice degli appalti pubblici, come il vecchio del resto, impone ai candidati il possesso di una serie di requisiti di ordine generale, di idoneità tecnica e professionale e di capacità economico-finanziaria così da garantire che il libero esplicarsi delle regole della concorrenza assicuri comunque la qualità delle prestazioni rese. Tali requisiti sono previsti a pena di esclusione. Sul punto si rinvia alle note del PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di Satta, Padova, 2008, 232. Qui, a dimostrazione della posizione di supremazia che queste norme attribuiscono alle stazioni appalti, si osserva che simili previsioni sono preordinate a comprimere posizioni di diritto soggettivo. A sua volta il LACAVA, *Capacità economica e tecnica dei fornitori*, in *Il nuovo codice cit.*, 364 sottolinea l'ampio potere discrezionale riconosciuto alle stazioni appalti in materia di servizi e forniture nelle valutazioni concernenti la capacità economico-finanziaria delle imprese concorrenti.

²⁵ Nel nuovo come nel vecchio Codice degli appalti si attribuisce alla Pubblica Amministrazione il potere di non affidare il contratto al soggetto che se lo è aggiudicato. Inoltre, si prevede che se la stipulazione del contratto non avviene entro il termine di cui all'art. 12, comma tre, del medesimo articolato, il soggetto aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. Tuttavia a lui non spetta alcun indennizzo. L'art. 33 prevede che l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto è soggetto all'approvazione dell'organo all'uopo nominato dalla pubblica amministrazione il quale quindi potrebbe non addivenire all'affidamento del lavoro al vincitore. In tema, ESPOSITO, *Gli appalti pubblici di lavori*, in *I contratti con la pubblica amministrazione, Tomo II*, a cura di Franchini, Torino, 2007, 853 ss. il quale sottolinea addirittura come ad avviso della prevalente giurisprudenza non sussisterebbe a carico dell'amministrazione che intendesse annullare l'aggiudicazione neppure un obbligo di comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento.

²⁶ Sembrano aderire a questa tesi, nella misura in cui trattano il problema dei rapporti tra il reato di cui all'art. 353, comma due, c.p. e i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione in guisa da dare quasi per scontato lo svolgimento di una pubblica funzione da parte del preposto, MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 112; DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Bondi- Di Martino- Fornasari, Torino, 2008, 433. Inoltre, seppur sotto l'impero di una diversa definizione delle qualifiche pubblicistiche e proprio in considerazione delle funzioni svolte dal preposto, LOMBARDI, voce *Incanti (turbata libertà degli)*, in *Enc. for.*, Vol. IV, Milano, 1959, 324; RANIERI, *Manuale di diritto penale, Pt. Spec.*, Vol. II, Padova, 319; RICCIO, voce *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. VIII, Torino, 1968, 494; G. RUGGIERO, voce *Incanti (Turbativa)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XX, Milano, 1970, 904; ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen.*, 1982, II., c. 442. Hanno operato dei distinguo senza però fornire spiegazioni di sorta, MANZINI, *Trattato cit.*, Vol. V, 588; PECCHIAI, voce *libertà degli incanti*, in *Enc. For.*, Vol. VII, Milano, 1962, 745. In senso contrario alla nostra tesi si è pronunciato SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Vol. II, Torino, 1962, 388.

di Pubblico Servizio, dovendosi sempre avere riguardo ai compiti effettivamente svolti e, in particolare, al loro collegamento con l'interesse pubblico alla cui cura è preposto l'ente.

5. L'Organismo di Diritto Pubblico *in parte qua* e i servizi assolti in regime di mercato dall'Impresa Pubblica: riflessi sulle qualifiche soggettive

Non è infrequente il caso di enti muniti di personalità giuridica di diritto comune e financo sottoposti all'influenza pubblica dominante, che svolgono molteplici funzioni, alcune delle quali soltanto volte al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale e/ o commerciale. In tali ipotesi, si è sottolineato nella dottrina amministrativa, la qualifica di Organismo di Diritto Pubblico non si estende a quei settori di attività non ammantati del carattere della pubblicità con la conseguenza, ad esempio, che l'affidamento di lavori, servizi o forniture relativi a queste branche operative non deve avvenire in ossequio alle prescrizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici²⁷.

Infatti, la qualifica in questione non può investire altre attività svolte dal medesimo soggetto giuridico in regime concorrenziale, quasi che la natura di Organismo di Diritto Pubblico di un ente debba comportare la pubblicizzazione di ogni suo settore operativo.

Siamo al cospetto di casi in cui si parla di Organismo di Diritto Pubblico *in parte qua*, figura giuridica la cui ammissibilità, se appare messa in dubbio dalla Corte di Giustizia europea²⁸, ha trovato talune conferme in Italia²⁹.

²⁷ ROVERSI MONACO, *Le figure cit.*, 401 ss. alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti.

²⁸ Corte Giustizia CE, 15 gennaio 1998, n. 44, in *Riv. Trim app.*, 1998, 715, con nota di CASTELLANETA, *L'interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti della Corte di giustizia delle Comunità europee*. Conseguenza di tale orientamento è che, una volta acclarata la qualifica di organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi dovuto il rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti, non solo in ordine ad attività svolte per soddisfare bisogni di interesse generale, ma anche per tutte le attività strumentali. Sempre sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE in tale materia, si rinvia alle note di CARINGELLA, *In particolare cit.*, 271 ss. Si è espresso in toni critici verso questo orientamento della Corte di Giustizia GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato cit.*, Vol. I, 572 ss.

²⁹ Peraltro, nella stessa giurisprudenza amministrativa ciò è tutt'altro che pacifico. Invero la figura del c.d. "Organismo di diritto pubblico *in parte qua*", mentre è stata ammessa in T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, in *Dir. Trasporti*, 2003, 1066, è stata disconosciuta dal Consiglio di Stato Sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 6450 che, con riferimento alla fondazione Enasarco, la ha estesa a ogni ramo di attività dell'ente, compresi quelli di chiara natura privatistica. A tale ultimo proposito si deve incidentalmente notare come la legge n. 201 del 2008, di conversione del decreto legge n. 162 del 2008, art. 1, comma 10-ter, abbia sottratto gli enti trasformati in associazioni o fondazioni (tra cui l'Enasarco) all'elenco degli Organismi di diritto pubblico. In dottrina, sul punto, MARZARI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Codice cit.*, 753 ss. In senso critico verso la giurisprudenza che tende a fornire una nozione onnicomprensiva di organismo di diritto pubblico, che prescinde da un'analisi dei caratteri intrinseci delle singole attività svolte, ROVERSI MONACO, *Le figure cit.*, 411 ss.

La tesi della inammissibilità dell'Organismo di Diritto Pubblico *in parte qua*, laddove afferma che, una volta accertata siffatta qualifica in capo ad una persona giuridica, la stessa debba definire non solo le attività di interesse generale ma anche quelle strumentali, a vocazione commerciale o industriale, appare confliggere, quantomeno in ambito penale, con lo spirito della riforma del 1990.

Con quella novella, infatti, come sopra sottolineato, il legislatore, con riferimento alle attività svolte da qualsiasi soggetto, pubblico o privato, ha introdotto la distinzione fra ambiti o fasi di esse.

Per effetto di tale impostazione non è più consentito negare la natura privatistica di una data attività, contraddistinta dalla produzione di un bene o dall'erogazione di un servizio secondo logiche di mercato, neppure se accessoria o complementare ad altra funzione pubblicistica³⁰.

Pertanto, il rifiuto della categoria dell'Organismo di Diritto Pubblico *in parte qua* rappresenta un'evidente deviazione dai principi introdotti con la novella del 1990 che, soprattutto con riferimento ad attività la cui finalizzazione all'interesse collettivo è maggiormente spiccata, ha normativamente escluso che la particolare rilevanza dei compiti assolti giustifichi la sottrazione dalla sfera civilistica di settori operativi che, per quanto connessi al servizio pubblico caratteristico dell'ente, restano affidati a modelli e schemi di diritto comune³¹.

Nella medesima prospettiva interpretativa, e con più specifico riferimento all'Impresa Pubblica, proprio perché, come abbiamo visto, la stessa agisce anche in mercati concorrenziali, assumendo su di sé il rischio d'impresa, è ovvio che al suo interno sono perfettamente distinguibili settori operativi asserviti a pure logiche di mercato, svincolati da qualsiasi obbligo funzionale al perseguimento di logiche pubbliche anziché puramente economiche.

Pertanto, soltanto gli addetti ai c.d. settori speciali (vale a dire energia termica, gas, elettricità, acqua, porti e aeroporti) saranno investiti di pubbliche mansioni, mentre resteranno fuori dall'area d'incidenza delle qualifiche pubblicistiche coloro i quali vengano dislocati nei settori d'impresa ordinari, dove queste aziende non si trovano a beneficiare di diritti speciali o esclusivi, idonei a riservare solo a determinati operatori economici l'esercizio delle relative attività³².

Exempla docent.

³⁰ Così, BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 177 ss. e 180 ss.

³¹ In questi termini, seppure in una prospettiva amministrativistica, GAROFOLI, *L'organismo cit.*, 572 ss.

³² Sul punto MARZARI, *Ambito cit.*, 178; ROVERSI MONACO, *Le figure cit.*, 399.

Con specifico riferimento agli Organismi di Diritto Pubblico, sebbene in giurisprudenza sia affiorato un indirizzo contrario alla “compartimentazione” delle diverse attività svolte dagli enti deputati alla gestione di forme obbligatorie di previdenza (pacificamente rientranti nella nozione di Organismi di Diritto Pubblico secondo l’Allegato IV al Decreto Legislativo n. 50 del 2016)³³, spesso gli stessi, oltre al pubblico servizio di erogazione delle prestazioni pensionistiche, sono impegnati in una serie di ulteriori ambiti operativi.

Ad esempio, l’Enasarco - Ente di Previdenza degli Agenti e Rappresentanti di Commercio-, al di là dell’attività istituzionale, di matrice previdenziale, risulta titolare di un ingente patrimonio immobiliare.

Al riguardo, si deve osservare che l’art. 4, lett. f) della legge 2 febbraio 1973, n. 12 - con cui sono stati definiti natura e compiti dell’Ente- afferma l’assoluta *libertà* nella gestione del patrimonio immobiliare dell’Enasarco, certificando la riconducibilità allo *ius privatorum* di questo ramo d’impresa.

A sua volta, l’art. 21, lett d) dello Statuto dell’Enasarco, in vigore fino all’anno 2015, ribadiva che i beni immobili acquisiti con l’investimento dei fondi sono *liberamente gestibili*.

Sia detto incidentalmente che la situazione è rimasta immutata anche con il nuovo il nuovo Statuto, entrato in vigore il 30 luglio 2015.

Infatti, poiché all’art. 36 di questo corpo regolamentare non si prevede, come nel precedente, una disciplina esaustiva della destinazione da imprimere alle risorse dell’Ente, si deve ritenere che valga la normativa generale, di rango primario, contenuta nella sopra indicata legge n. 12 del 1973, il cui art. 4, lett. ripete il contenuto dell’art. 21, lett. d) del vecchio Statuto.

Da questi disposti - art. 4, lett. d), legge n. 12 del 1973 e art. 21, lett. d), precedente Statuto- si può dunque arguire che l’attività di gestione del patrimonio immobiliare di Enasarco integra un’attività diversa da quella istituzionale (*id est*: da quella previdenziale), soggetta ad esclusive logiche di mercato e concorrenziali ed, in quanto tale, riconducibile all’area del diritto privato.

Tale attività, infatti, differisce sia da quella di previdenza (*id est*: da quella istituzionale), sia da quella, menzionata nella legge che disciplina il funzionamento dell’Ente - la legge n. 12 del 1973- e nello stesso art. 21 del previgente Statuto, di *investimento dei fondi liquidi dell’Enasarco*.

Mentre tale ultima attività è vincolata dalla legge, sostanziandosi nella trasformazione delle risorse finanziarie dell’Enasarco in patrimonio immobiliare

³³ Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Cass. Pen.*, 1998, 112. Questa pronuncia era relativa al Fondo Cariplo e, in particolare, all’attività di acquisto di immobile da parte di questo ente, ritenuta comunque commessa e afferente a quella principale, venendo perciò conglobata nel pubblico servizio reso.

(l'Enasarco è tenuto a indirizzare le sue risorse in investimenti tendenzialmente privi di rischi, come per l'appunto sono quelli immobiliari), la successiva opera di gestione degli immobili *già acquisiti* è libera da ogni vincolo (art. 4, lett. f) l.n. 12 del 1973).

Quanto dedotto dimostra che, nonostante l'Enasarco sia un Organismo di Diritto Pubblico, comunque tale qualifica compete solo alla sua attività istituzionale e non anche a quella, differente, di gestione del patrimonio immobiliare che si articola secondo logiche meramente privatistiche, con la conseguenza che i suoi addetti, in omaggio alla *ratio* istitutiva della riforma del 1990, non sono riportabili alle nozioni di Pubblici Ufficiali o Incaricati di Pubblico Servizio.

Applicare anche in queste ipotesi lo Statuto penale della Pubblica Amministrazione, riconoscendo la qualifica pubblicistica in capo ai preposti a queste attività, significa non considerare come le stesse rinviengano la loro collocazione normativa in quella parte del codice civile dedicata all'impresa, che regola l'agire economico, inteso come agire competitivo, avulso da condizionamenti e volto unicamente alla permanenza nel mercato. Si tratta di ambiti operativi agli antipodi dei pubblici servizi, i quali, viceversa, sono concepiti come protesi al soddisfacimento di interessi generali prestabiliti, cui sono congeniti l'imposizione di obblighi statutari che conducono anche alla sopportazione di oneri finanziari e "burocratici" incompatibili con l'esercizio in un regime concorrenziale (pensiamo solo alla necessità di affrontare le spese e le minuziose procedure per l'organizzazione e lo svolgimento di complessi procedimenti ad evidenza pubblica).

Occorre, pertanto, effettuare di volta in volta un vaglio accurato delle diverse discipline di settore, così da comprendere ogni funzione nella sua naturale sfera giuridica di appartenenza senza inglobare qualsiasi ramo di attività, soltanto perché connesso o collegato al *core business* di matrice pubblicistica dell'ente, nella nozione di pubblico servizio in aperta distonia con la finalità ispiratrice la riforma del 1990.

Al riguardo, peraltro, importanti novità - i cui riverberi sul terreno penale dovranno formare oggetto di future e approfondite riflessioni- potrebbero discendere dall'approvazione del Decreto Legislativo n. 175 del 2016, contenente il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, poiché l'art. 4 di questo articolato proibisce alle Pubbliche Amministrazioni di partecipare a società dedite allo svolgimento di compiti che non siano di rilievo collettivo.

Non potendo, dunque, queste entità cimentarsi in attività d'impresa, sarà difficile scorgere ambiti di operatività sottratti ad un regime disciplinare di matri-

ce pubblicistica. Malgrado ciò, crediamo, sarà sempre necessario verificare la sussistenza di comparti, per quanto di nicchia, collaterali e secondari, oltre che afferenti e accessori alle finalità istituzionali dell'ente, comunque da esse distinti e assoggettati ad una regolamentazione di diritto comune, con l'effetto che i preposti a questi settori non saranno investiti di qualifiche pubblicistiche.

E così, ad esempio, e a riprova che non è stato rifiutato *in toto* il concetto di impresa, il comma 3 dell'art. 4 del Testo Unico, prevede, seppure a titolo di eccezione alla regola, che al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

D'altronde, come è stato spiegato in dottrina, il rigore del Testo Unico trova dei temperamenti, non applicandosi, sempreché non sia espressamente previsto, per le società quotate (art. 1, comma 5)³⁴, per ragioni transitorie (come quella di aggregazioni) o permanenti (come l'esigenza di gestire determinati finanziamenti europei ai sensi dell'art. 26, comma 2)³⁵.

6. Al bivio tra Pubblico Ufficiale e Incaricato di Pubblico Servizio

Una volta associate le condizioni per affermare la ricorrenza di una qualifica pubblicistica in capo ad un soggetto inserito in un Organismo di Diritto Pubblico o in un'Impresa Pubblica - perché assegnato al disbrigo di compiti di pubblico interesse-, non resta che accertare, secondo la logica del caso per caso e in dipendenza delle funzioni concretamente assolte, se egli sia fornito di talune delle prerogative tipiche che, ai sensi del capoverso dell'art. 357 c.p., contrassegnano la pubblica funzione, oppure se egli resti solo un Incaricato di Pubblico Servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.

E questo, sebbene la questione rivesta un rilievo pratico modesto, poiché, nonostante, talvolta (come con l'art. 320 c.p. in tema di Corruzione), il legisla-

³⁴ MATTARELLA, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di Cerioni, Milano, 2017, XIII ss. L'Autore ha osservato come qui la deroga alla generale sfiducia del legislatore per il perseguimento di attività d'impresa da parte della Pubblica Amministrazione e con denaro dei contribuenti - attesi gli esempi di *mala gestio* che i pubblici poteri hanno fornito nel corso del tempo- si giustifica in ragione dei controlli che i mercati finanziari esercitano e che dovrebbero essere garanzia di corretta gestione. Inoltre, BONURA-FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica. Il Commento*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2016, 731.

³⁵ Sulla materia si rinvia alle considerazioni di BONURA-FONDERICO, *Il Testo cit.*, 725 ss.

tore abbia previsto riduzioni di pena per l'incaricato di pubblico servizio, in generale, il c.d. "Statuto Penale della Pubblica Amministrazione" si applica indifferentemente ad entrambe le figure³⁶.

Pensiamo, ad esempio, ai preposti alle procedure d'appalto.

Abbiamo osservato che sull'attività di affidamento di un contratto da parte degli Organismi di Diritto Pubblico e delle Imprese Pubbliche nonché, a cascata, sull'opera dei preposti a tali procedure sono riscontrabili quei requisiti indispensabili all'integrazione della nozione di pubblico agente³⁷.

Ciò posto, è plausibile ritenere, in considerazione dei criteri di delimitazione interna tra le due qualifiche indicati dalla legge, che gli addetti alla formazione del bando di gara e all'espletamento della stessa debbano essere annoverati nella categoria dei Pubblici Ufficiali³⁸.

Invero, costoro, ancorché non cooperino alla formazione e manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione (essendo gli Organismi di Diritto Pubblico e le Imprese Pubbliche soggetti privati formalmente estranei ai pubblici apparati come si dirà meglio *infra*) sembrerebbero risultare investiti, congiuntamente o disgiuntamente³⁹, di alcune delle prerogative tipiche che, ai

³⁶ Per meno di 3 anni, invece, e precisamente dal varo della legge 6 novembre 2012, n. 190, il delitto di concussione colpiva unicamente il pubblico ufficiale, dopo, in forza dell'art. 3, legge 27 maggio 2015, n. 69, è stato ripristinato il riferimento anche all'incaricato di pubblico servizio.

³⁷ Sono sembrati aderire a questa tesi, nel momento in cui hanno trattato il problema dei rapporti tra il reato di cui all'art. 353, comma 2, c.p. e i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dando quasi per scontato lo svolgimento di una pubblica funzione da parte del preposto, MORMANDO, *La tutela cit.*, 112; DI MARTINO, *I delitti cit.*, 442 ss. Dal canto suo DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in *Trattato di diritto penale, Pt. Spec., Vol. II*, a cura di Cadoppi-Canestrari- Manna- Papa, Torino, 2008, 802 ha affermato che la descrizione in chiave funzionale delle qualifiche soggettive determina che il preposto possiederà solitamente la qualifica pubblicistica. Anche PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Trattato cit., Pt. Spec., Vol. II*, 917 ha sostenuto che può definirsi pubblica funzione tutta la fase concernente la pubblica gara e non solo quella finale certificativa. Lo stesso A., a p. 918, ha sottolineato altresì come la procedura di gara si estrinsechi attraverso una serie di atti autoritativi. Era giunto a conclusioni analoghe, seppur sotto l'impero di una diversa definizione delle qualifiche pubblicistiche e proprio in considerazione delle funzioni svolte, LOMBARDI, voce *Incanti cit.*, 324 il quale, per questo, aveva escluso l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 9, c.p.; RANIERI, *Manuale cit., Pt. Spec., Vol. II*, 319; RICCIO, voce *Incanti cit.*, 494; RUGGIERO, voce *Incanti cit.*, 904; ROSSI, *Considerazioni cit.*, p. 442. Hanno operato dei distinguo senza però fornire spiegazioni di sorta, MANZINI, *Trattato cit., Vol. V*, p. 588; PECCHIALI, voce *Turbata cit.*, p. 745. In senso contrario alla nostra tesi si è pronunciato SANTORO, *Manuale cit., Vol. II*, 388.

³⁸ In materia, BENUSSI, *I delitti cit.*, 123 ss.

³⁹ Ricordiamo che, a seguito della legge n. 181 del 1992, è ormai certo che non è necessaria per ascrivere la qualifica in esame la presenza cumulativa dei tre poteri che connotano la pubblica funzione, così come indicati dall'art. 357 c.p. Per tutti, SEVERINO- DI BENEDETTO, voce *Pubblico ufficiale cit.*, 520.

sensi del capoverso dell'art. 357 c.p., contrassegnano la pubblica funzione e che valgono a distinguerla dal pubblico servizio⁴⁰.

I primi, infatti, allorquando provvedono alla stesura del bando e alla sua sottoscrizione esercitano con certezza poteri certificativi dal momento che attestano, da una parte, la volontà dell'ente di procedere a una gara per l'esecuzione di un dato lavoro; dall'altra, le condizioni poste dal medesimo organismo per prendere parte alla disputa.

Del pari, coloro che presiedono allo svolgimento della procedura dovrebbero essere titolari di potestà certificative (in ordine, per esempio, al contenuto delle offerte ammesse, alla data del loro ricevimento, alla genuinità dei verbali di gara *et similia*) e di poteri autoritativi, vuoi ammettendo o escludendo concorrenti, vuoi determinando il soggetto aggiudicatario del contratto.

Esemplificando ancora, pensiamo a colui il quale assume la veste di custode delle buste contenenti le offerte.

Costui risulta investito di poteri certificativi; poteri certificativi che ricorreranno nella misura in cui il custode risultasse tenuto a redigere un verbale onde asseverare, con valore *erga omnes*, il numero delle proposte a lui pervenute; la data della loro consegna; lo stato dei plichi all'atto della presa in carico; il numero e lo stato delle buste al momento della trasmissione alla commissione esaminatrice e così via dicendo.

7. Prime conclusioni e impostazione del successivo sviluppo del lavoro sull'inquadramento della nozione di "ente pubblico" penalmente rilevante

Dunque, come abbiamo visto, nell'ipotesi in cui ci si trovi al cospetto di un Organismo di Diritto Pubblico o di un'Impresa Pubblica, ancorché la loro denominazione tecnica e la qualità dei servizi da essi somministrati possano evocare la ricorrenza di soggetti intranei alla Pubblica Amministrazione, si è in realtà in presenza di persone giuridiche formalmente di diritto privato, estranee ai pubblici apparati.

Infatti, in questi casi, parliamo di società per azioni, ossia di soggettività giuridiche di diritto comune che, in quanto tali, reperiscono la loro disciplina giu-

⁴⁰ Così, PALMA, *Le qualifiche soggettive*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, diretto a C. Fiore, Torino, 2004, 21. Non si può dire, per contro, che costoro contribuiscono alla formazione o alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione poiché la loro attività si svolge per conto di una società per azioni, ossia di una soggettività giuridica di diritto comune che, in quanto tale, seppur con alcune deroghe, rinvia la propria disciplina giuridica nel codice civile. In merito, sebbene segnali un avviso contrario emerso soprattutto nella giurisprudenza contabile, ROVERSI-MONACO, *Le figure cit.*, 411 ss.

ridica nel codice civile, collocandosi così formalmente all'esterno della Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, in ragione della particolare connotazione pubblicistica delle prestazioni statutariamente erogate, ovvero del peculiare assetto societario, coinvolgente in posizione dominante o, comunque, di estrema influenza i pubblici poteri, i loro addetti, perlomeno allorché siano adibiti a mansioni afferenti servizi di interesse generale o svolti nei settori "protetti" - affidati alla competenza delle c.d. Imprese Pubbliche-, risultano investiti di una delle qualifiche definite negli artt. 357 c.p. e 358 c.p. a seconda delle concrete attività svolte.

Si tratta, infatti, in ossequio alle precise scelte legislative operate nel 1990, di valutazione interamente collegata a criteri di matrice oggettiva concernenti le caratteristiche intrinseche delle funzioni effettivamente ricoperte e che prescinde dalla formale collocazione del soggetto giuridico, in favore del quale si agisce, all'esterno del perimetro della Pubblica Amministrazione.

Un'indagine improntata, dunque, a valorizzare profili di natura sostanziale e contenutistica, al di là del dato formale inerente la natura pubblica o privata dell'ente di appartenenza.

Adesso, rivolgendo l'attenzione al secondo profilo problematico oggetto del presente lavoro, occorre verificare se gli Organismo di Diritto Pubblico e le Imprese Pubbliche siano inquadrabili nella nozione di "ente pubblico" rilevante in ambito penale.

In particolare, verificheremo se anche questa indagine debba alimentarsi con indici di valutazione di tipo funzionale, oppure se, a differenza delle definizioni afferenti le qualifiche soggettive, dove il legislatore, nel 1990, ha preso esplicitamente posizione in favore di una concezione sostanzialistica di quelle nozioni, si debba fondare solo su criteri di rilevazione di matrice formale.

La questione, lungi dal risolversi in una disquisizione puramente astratta, ha implicazioni pratiche notevoli poiché, in talune fattispecie criminose il concetto di "ente pubblico" assurge ad elemento costitutivo del tipo, in talaltre a polo gravitazionale intorno al quale è disegnata una circostanza aggravante, con l'effetto che circoscrivere con precisione questa nozione significa identificare gli esatti contorni dell'area d'incidenza di alcuni modelli legali.

Esempi emblematici di questo fenomeno sono, da un lato, l'art. 316- *bis* c.p., dove la nozione in disamina concorre a formare la figura base del delitto di malversazione a danno dello Stato; dall'altro, l'art. 640, co. 2, n. 1, c.p. dove si trova effigiata un'ipotesi aggravata di truffa.

In particolare, con il delitto di malversazione a danno dello Stato si colpiscono coloro i quali non destinano agli scopi di pubblico interesse per cui sono stati erogati finanziamenti legittimamente ottenuti dallo Stato o da un altro

“ente pubblico”; con l’art. 640, co. 2, n. 1, c.p. si prevede un inasprimento dei riflessi sanzionatori collegati al delitto di truffa laddove la condotta decettiva provochi un danno allo Stato o ad altro “ente pubblico”.

Con riferimento a tale ultima ipotesi la questione assume un significato ancora più pregnante poiché, mentre la fattispecie “ordinaria” di truffa non consente di procedere alla confisca “per equivalente” del provento del reato, quella aggravata lo permette ai sensi dell’art. 640- *quater* c.p.

8. La nozione “sostanziale” di “ente pubblico” rilevante penalmente nell’elaborazione “creativa” del recente diritto vivente

La Cassazione, con alcune recenti esplicite prese di posizione riferite proprio alle fattispecie sopra indicate, ha ritenuto, con un’operazione esegetica, come diremo dopo, alquanto discutibile e fortemente sospetta di disattendere il principio di legalità, di includere i finanziamenti accordati dagli Organismi di Diritto Pubblico e dalle Imprese Pubbliche nella categoria degli ausilii economici rilevanti ai fini del delitto di cui all’art. 316- *bis* c.p.⁴¹, così come di ascrivere queste entità alla nozione di “ente pubblico” enucleata nell’art. 640, co. 2, n. 1, c.p.⁴².

La Corte, discostandosi, peraltro, e come osserveremo dopo, da suoi precedenti indirizzi ormai evidentemente superati, e forse fuorviata dalla locuzione Organismo di Diritto *Pubblico*, ha assimilato tali persone giuridiche a un ente pubblico. In questo modo, nel “diritto vivente”, è stata avallata un’accezione “sostanziale” di Pubblica Amministrazione per la cui integrazione è sufficiente verificare, al di là della veste formale pubblica o privata di un soggetto collettivo e analogamente a quanto avviene in materia di qualifiche soggettive, i tratti caratteristici della sua *mission* statutaria e, più propriamente, la finalità di rilevanza generale che eventualmente la contraddistingue⁴³.

A queste conclusioni si perviene sulla base dell’ itinerario argomentativo qui schematizzato: i) nella prassi giudiziaria amministrativa tende ad affermarsi una nozione sostanziale o funzionale di Pubblica Amministrazione, sganciata da riferimenti formali, la cui area d’incidenza si estende a quegli enti coinvolti

⁴¹ Il riferimento è a Cass., Sez. VI, 3 giugno 2010, A.M., con nota di ZIRULIA, *Malversazione a danno dello Stato: un’interessante pronuncia della Cassazione sulla nozione di “ente pubblico” e sul dies a quo della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it; PICOTTI, *Le “nuove” definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1992, 276 ss.

⁴² Cass., Sez. II, 16 giugno 2015, Lo Grasso, in *Mass. Uff.*, n. 264233. Ma già, Id., Sez. VI, 29 gennaio 2013, Maroni, *ivi*, n. 256241; Id., Sez. II, 30 ottobre 2012, C.B., con nota di GRECO, *Sull’applicabilità dell’articolo 640, co. 2 n.) c.p. alle società miste*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³ Sul punto, MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, Milano, 2013, 422 ss.

nei processi di entificazione e successiva privatizzazione i quali, se addirittura destinatari di un provvedimento di concessione, si trasformano in “propaggini” della Pubblica Amministrazione⁴⁴; ii) la formula societaria non rappresenta un indice di riconoscimento significativo, essendo del tutto neutrale rispetto alla determinazione della natura giuridica del singolo soggetto; iii) a tal fine rilevano, invece, le finalità perseguite dall’ente e, più precisamente, la loro strumentalità pubblicistica e il connesso assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale.

In definitiva, appuntando l’attenzione sul dato sostanziale e a scampo della configurazione privatistica della struttura, nel diritto vivente si è attribuita la patente di “ente pubblico” penalmente rilevante a soggetti formalmente di diritto comune.

Per tale via, è stato ritenuto integrato il delitto di malversazione a danno dello Stato nell’ipotesi di *mala gestio* concernente erogazioni provenienti da Organismi di Diritto Pubblico o da Imprese Pubbliche, così come, d’altronde, è stata ritenuta perfezionata la fattispecie di truffa aggravata ai danno dello Stato.

9. Il rapporto antinomico tra la concezione “sostanziale” di ente pubblico e il principio di legalità

La concezione “funzionale” di ente pubblico sposata nella giurisprudenza sopra richiamata tiene in scarsa considerazione il dato alla stregua del quale queste persone giuridiche, al di là del *nomen iuris*, continuano a mantenersi formalmente estranee ai pubblici poteri, essendo assoggettate a una regolamentazione di diritto comune.

Di talché, in questo ambito, in carenza di apposite indicazioni normative – come invece avvenuto con le qualifiche soggettive delineate negli artt. 357 c.p. e 358 c.p.-, è giocoforza abiurare qualsiasi approccio di indole “teleologica”, basandosi su indici di riconoscimento esclusivamente formali.

In questo contesto, risulta impraticabile qualunque itinerario ermeneutico che, in aperto contrasto con il divieto di interpretazione analogica in sfavore del reo dominante in materia penale, pretenda di ampliare la portata della nozione di “ente pubblico” oltre i suoi confini letterali, includendovi, in ossequio ad un concetto “sostanziale” di Pubblica Amministrazione, soggetti privati, ancorché erogatori di pubblici servizi essenziali⁴⁵.

⁴⁴ Per importanti indicazioni sul tema nella dottrina amministrativistica, CARINGELLA- GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, 212 ss.

⁴⁵ In argomento sia consentito il rinvio a MADIA, *La tutela penale dei finanziamenti pubblici all’economia*, Roma, 2012, 49 ss.

Insomma, dopo la riforma del 1990 l'attribuzione di una qualifica pubblicistica e la qualità di "ente pubblico" non si implicano vicendevolmente, differendo profondamente tra loro: l'una è avvinata a criteri di accertamento di tipo sostanziale, l'altra di tipo formale.

Di talché, è ben possibile che un soggetto risulti insignito di pubbliche funzioni senza che la sua struttura di appartenenza sia riconducibile alla categoria degli enti pubblici.

In questo senso, l'Organismo di Diritto Pubblico e l'Impresa Pubblica, ancorché siano formazioni orientate all'appagamento di interessi collettivi, non sono equiparabili alle entità a cui fanno rinvio l'art. 316-*bis* c.p. e l'art. 640, co. 2, n. 1 c.p.

Infatti, entrambe queste disposizioni, come si è già notato in dottrina, prendono in considerazione "soggetti" - enti pubblici- e non "attività" - come le norme che definiscono le qualifiche pubblicistiche-, con l'effetto che, onde stabilire la ricorrenza di una struttura complessa facente parte dei pubblici apparati, a nulla rileva stabilire la finalità di interesse collettivo delle funzioni svolte quanto, piuttosto, la sua soggettività pubblica o privata⁴⁶.

Da questa angolatura (e il discorso vale soprattutto per l'Impresa Pubblica che si caratterizza principalmente per i suoi collegamenti societari con i pubblici poteri), il Decreto Legislativo n. 175 del 2016, contenente il Testo Unico in materia di partecipazioni pubbliche, non sembra dovere condurre a conclusioni innovative, giacché questo addentellato normativo - come accennato sopra- si occupa essenzialmente delle "attività" che possono svolgere le società a partecipazione pubblica e non tanto della loro "soggettività" giuridica, se è vero come è vero che il legislatore, in sintonia con le direttive dell'OCSE, ha individuato un numero assai ridotto di deroghe alla disciplina comune⁴⁷.

In simile contesto, come detto, è il principio di legalità vigente in sede penale a vietare in modo assoluto, in carenza di chiare clausole di recepimento introdotte dal legislatore - come gli artt. 357 c.p. e 358 c.p.- l'importazione di un'accezione lata di Pubblica Amministrazione, improntata a logiche funzionalistiche, asseritamente in voga nella prassi applicativa amministrativa⁴⁸.

⁴⁶ Così, pur in un'ottica favorevole ad attribuire la qualità di "ente pubblico" in base a criteri sostanzialistici, GRECO, *Sull'applicabilità cit.*, 3.

⁴⁷ In questi termini si sono espressi, CLARICH, MATTARELLA, *Prefazione*, in *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di Meo-Nuzzo, Bari, 2016, 11; BONURA, FONDERICO, *Il testo cit.*, 729 ss.

⁴⁸ Il condizionale è d'obbligo poiché, perlomeno, non si può parlare di indirizzo consolidato e monolitico. Infatti, il Consiglio Stato, Sez. V, 28 giugno 2012, n. 3820, in *Guida al dir.*, 2012, n. 31, p. 98 ha anche enunciato il seguente principio di diritto: "La costituzione e il riconoscimento di enti pubblici possono avvenire solo in forza di legge e la volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una

Nell'ordinamento penalistico la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici possono avvenire solo in forza di legge; pertanto il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico, formalmente antinomico al diritto comune, relativamente al suo funzionamento e alla sua organizzazione.

Non è, dunque, consentito introitare in ambito penale nozioni – quale quella di Pubblica Amministrazione in senso sostanziale- appartenenti ad altre branche del diritto – nel nostro caso il diritto amministrativo- idonee a vulnerare il principio cardine su cui è impostata la materia, quello di legalità formale: si tratta di un contro- limite invalicabile al recepimento di concetti provenienti da altri comparti dell'ordinamento giuridico⁴⁹

I *Tatbestandsmerkmale* – come la nozione di “ente pubblico” negli artt. 316-*bis* c.p. e 640, co. 2, n. 1, c.p.-, pur laddove alludano a istituti elaborati e affinati in settori diversi del nostro sistema, devono necessariamente ricevere legittimazione dalla legge, rifiutando qualsiasi logica “ sostanzialistica” o “ funzionalistica”.

Detto altrimenti, nel caso in cui una fattispecie incriminatrice sia totalmente o parzialmente costruita mediante il suo collegamento con normative ascrivibili ad altri rami dell'ordinamento, ovvero tramite la tecnica del c.d. rinvio *extra-settoriale*, il regime applicativo del modello legale *extrapenale* richiamato diventa quello del settore richiamante, il penale per l'appunto, con tutti principi costituzionali che ne regolano il funzionamento⁵⁰.

persona giuridica può essere esplicita anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente; pertanto il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico”.

⁴⁹ Per importanti considerazioni in tal senso nell'ambito di una ricerca sui rapporti tra diritto interno e fonti sovranazionali, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 51 ss. D'altronde, secondo GRECO, *Sull'applicabilità cit.*, 13 ss. la questione circa la riconducibilità della nozione di Organismo di diritto pubblico al concetto di ente pubblico enucleato nell'art. 640, co. 2, n. 1 c.p. attiene all'integrazione di un elemento costitutivo di fattispecie operato da una fonte comunitaria, quella che definisce questa tipologia di persone giuridiche.

⁵⁰ In questi termini, FROSALI, *Il sistema penale italiano. Prima parte. Diritto penale sostanziale, I*, Torino, 1958, 174. Come ha notato PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2000, 434, “ *Il termine tecnico proprio di altra branca del diritto porta celata in sé una componente teleologica che, trapiantata inavvertitamente nel diritto penale, può generare effetti strani o comunque non desiderabili*”. Nello stesso senso, seppure con specifico riferimento alla problematica relativa alla “disapplicabilità” dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale, GAMBAR-

Qui, il principio di legalità sbarra il passo all'ammissibilità di qualsiasi ipotesi di *analogia indiretta*, derivante dall'ingresso nel sistema penale di una terminologia tecnica emersa in parti dell'ordinamento dove risulta consentita simile metodologia interpretativa⁵¹.

In questa ottica, dobbiamo parlare, con riferimento al rinvio operato da alcune fattispecie penali alla nozione di "ente pubblico", di un rinvio c.d. trasformativo - o perlomeno parzialmente trasformativo⁵² - della definizione corrente nel diritto amministrativo, nel senso che nel nostro ambito non si può assumere il significato pieno del concetto convenzionalmente adoperato nel settore di provenienza, dovendosi espungere qualunque accezione "funzionale" dell'istituto.⁵³

In dottrina, rispetto a questi casi, si è parlato di un *rinvio apparente*, ovvero di ipotesi dove, in realtà, e al di là delle apparenze per l'appunto, non avviene il richiamo ad altre norme o nozioni, poiché la legge penale, in dipendenza dei suoi fini, apporta profonde trasformazioni alle corrispondenti definizioni disegnate nel settore di origine, di fatto non recependole⁵⁴.

In linea con questi assunti, si è osservato da parte di una condivisibile, anche se meno recente e ormai "marginalizzata" giurisprudenza, come non sia configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa in relazione ad una società per azioni incaricata del servizio di raccolta, smaltimento e gestione complessiva dei 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 c.p.⁵⁵. Invero, si è precisato, non vi è

DEALLA, voce, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. Giur. Trecc., Agg. Vol. XIII*, 2005, 10 ss.

⁵¹ Per fondamentali considerazioni sul tema, PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino 2004, 171 ss.

⁵² Secondo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, I*, Torino, 1981, 132 si deve parlare di ricezione parziale di nozione del diritto amministrativo allorché la legge penale, per i suoi fini, ne limiti l'estensione, come nel nostro caso accade con il concetto di "ente pubblico" al quale non si può attribuire l'ampiezza di cui gode in sede amministrativa dove se ne ammette anche una declinazione "sostanziale".

⁵³ Per importanti indicazioni in materia, PETRONE, *La costruzione cit.*, 183. Ma già, PAGLIARO, *Testo cit.*, 439.

⁵⁴ Ancora sul tema, PETRONE, *La costruzione cit.*, 183 e, inoltre, 180, alla nota 40 per ulteriori fondamentali indicazioni bibliografiche.

⁵⁵ Cass., Sez. II, 29 settembre 2009, Bilardello, in *Mass. Uff.*, n. 244943. Nello stesso senso, Id., Sez. V, 05 aprile 2005, Maggiore, *ivi*, n. 38071, secondo cui in tema di truffa in danno dell'ENEL, per effetto della trasformazione di questo da ente pubblico in società per azioni ad opera dell'art. 15 Decreto Legislativo 11 luglio 1992, n. 333, Convertito nella Legge 8 agosto 1992, n. 359, non è più configurabile

dubbio che tali società siano finalizzate alla realizzazione di un servizio pubblico. Nondimeno, ciò significa soltanto che le persone che amministrano tali società o che operano per le stesse rivestono la qualità di Pubblici Ufficiali o Incaricati di Pubblico Servizio, ai sensi degli artt. 357 c.p. e 358 c.p., ma non che tali organizzazioni, costituite nelle forme della società per azioni, siano enti pubblici ai sensi e per gli effetti dell'art. 640 c.p., co. 2, n. 1.

10. Conclusioni

Dall'indagine svolta si possono trarre le seguenti conclusioni riepilogabili in uno schema riassuntivo: i) gli Organismi di Diritto Pubblico e le Imprese Pubbliche sono persone giuridiche di diritto privato deputate a vario titolo e con assetti societari diversi all'erogazione di pubblici servizi; ii) i loro addetti, pertanto, perlomeno nei settori di attività strumentali al perseguimento di pubblici interessi, risultano investiti delle qualifiche soggettive di Pubblico Ufficiale oppure, in dipendenza dei criteri di delimitazione interna, di Incaricato di Pubblico Servizio; iii) al contrario delle nozioni di Pubblico Ufficiale o Incaricato di Pubblico Servizio, le quali attualmente si correlano alle specifiche mansioni di volta in volta assolte, essendo avvinte a indici di rilevazione "funzionali", la qualità di "ente pubblico", in assenza di definizioni legali, equipollenti a quelle effigiate negli artt. 357 c.p. e 358 c.p., volte ad attribuire un significato "sostanziale" a tale nozione "agli effetti penali", si connette a un dato puramente formale, identificabile nella soggettività giuridica pubblica dell'organismo collettivo di appartenenza dell'agente⁵⁶; iv) dunque, sempreché non si voglia addivenire a non consentite interpretazioni analogiche in *malam partem*, non si può equiparare una persona giuridica di diritto privato - come gli Organismi di Diritto Pubblico e le Imprese Pubbliche- ad un "ente pubblico", a prescindere dalla natura intrinseca dei servizi resi.

l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato, con la conseguenza che non può procedersi d'ufficio ma a querela di parte.

⁵⁶ In questa ottica, dobbiamo parlare, con riferimento al rinvio operato da alcune fattispecie penali alla nozione di "ente pubblico", di un rinvio c.d. trasformativo della definizione in voga nel diritto amministrativo, nel senso che in ambito penale si devono apportare delle modifiche rispetto al significato del concetto delineato nel settore di provenienza, espungendo qualunque accezione "funzionale" dell'istituto. Per importanti indicazioni in materia, PETRONE, *La costruzione cit.*, 183.

