

# Sull'applicabilità dell'articolo 640 co. 2 n. 1) c. p. alle società miste

*Brevi considerazioni a margine di Cass., Sez. II pen., 30 ottobre 2012,  
n. 42408, rel. Fiandanese, ric. Caltagirone Bellavista*

## SOMMARIO

1. IL TEMA OGGETTO DELLA SENTENZA. INTRODUZIONE. – 1.1. DECISIONE DELLA CORTE. RATIO E CRITERI. – 1.2. L'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.: CONTINUITÀ E FRATTURE NELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE. – 2. PROBLEMI CONNESSI ALLA QUAESTIO IURIS. IL CONCETTO DI "SOCIETÀ MISTA". GENESI E NATURA GIURIDICA. – 3. PRIME CONSIDERAZIONI DI SINTESI. – 3.1. PRIMA QUESTIONE. PUÒ LA NOZIONE DI "ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO" ESSERE UTILIZZATA COME CHIAVE DI LETTURA DELL'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.? – 3.2. SECONDA QUESTIONE. SULLA CONDIVISIBILITÀ DELLA TEORIA DELL'ORGANO INDIRETTO. CRITICA. – 4. OGGETTIVISMO E SOGGETTIVISMO. DAVVERO RAGIONEVOLE UTILIZZARE CRITERI DIVERSI? – 5. CONCLUSIONI.

## 1

### IL TEMA OGGETTO DELLA SENTENZA. INTRODUZIONE

Il lavoro che qui si propone ha lo scopo d'indagare – sinteticamente, e prendendo le mosse dalle trame concettuali sottese alla sentenza in epigrafe – la natura giuridica e lo statuto dogmatico delle società di capitali a partecipazione pubblica, e a dedurne, più precipuamente, l'eventuale compatibilità/incompatibilità con l'aggravante di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c. p.

Il tema – che è certamente magmatico – può essere, per brevità e chiarezza, riassunto nel seguente interrogativo: «*può una società per azioni a partecipazione mista esser qualificabile come ente pubblico e, dunque, integrare l'aggravante in esame<sup>1</sup>?*».

La risposta al quesito è, secondo la Corte di Cassazione, affermativa<sup>2</sup>.

1. Preme segnalare che la questione è stata oggetto di una recentissima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (ordinanza n. 30718/2013), la cui decisione era prevista per l'udienza dello scorso 24 ottobre.

La questione non è stata, tuttavia, esaminata, per inammissibilità del ricorso. Il testo dell'ordinanza di rimessione è consultabile sul sito [www.cortedicasazione.it](http://www.cortedicasazione.it), nella sezione "servizio novità".

2. Brevemente: la decisione in esame sottopone a vaglio critico proprio lo statuto dogmatico dei modelli societari a partecipazione pubblico – privata, delineandone, per l'appunto, il perimetro definitorio – operativo. Avendo ad oggetto la decisione in ordine al ricorso proposto da Francesco Bellavista Caltagirone, avverso l'ordinanza del G.I.P. di Genova (poi confermata dal Tribunale) che disponeva l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, per i reati ascritti all'indagato (ed invero, i delitti di cui agli artt. 110, 81 cpv., 40 co. 2, 61 nn. 7 e 9, 640 co. 2 n. 1 c. p.), la sentenza fornisce un certo apporto contenutistico rispetto alla configurabilità della qualifica di ente pubblico con riferimento ad una S.P.A. mista e, di conseguenza, disegna in modo netto la sfera di significatività concettuale dell'aggravante di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c. p. Tralasciando la disamina degli ulteriori motivi, di natura certamente marginale, riteniamo meritevole d'attenzione l'iter logico – sistematico che ha condotto all'esito della decisione e che si snoda, per l'appunto, sull'atteggiarsi dei parametri descrittivi rispetto alla nozione di ente pubblico agli effetti della legge penale: questione, questa, cui si fornisce, nel caso oggetto d'analisi – come specificato – una risposta affermativa. Molteplici le argomentazioni presenti in sentenza: 1) la società in danno della quale si era perpetrata la condotta dell'indagato è da inquadrare come ente strumentale alla P. A. e, di conseguenza, in base al criterio della c. d. *strumentalità pubblica*, è da considerare come avente natura non privatistica; 2) sarebbero integrati i requisiti richiesti dal legislatore comunitario rispetto alla nozione di "organismo di diritto pubblico"; 3) trattasi di società partecipata al 48% da comune di Imperia: ergo, la presenza pubblicistica inciderebbe sulla natura del modello societario; 4) l'ente di cui si discorre è destinatario di un provvedimento di concessione di opera pubblica sul demanio ed il concessionario è da considerare – si legge nella pronuncia – organo indiretto della P. A.

I due principali motivi sono, però, quello *sub 2*) e quello *sub 4*).

La pronuncia, difatti, inarca gran parte dell'argomentazione proprio sui requisiti che integrano la nozione di "organismo di diritto pubblico".

Per linearità concettuale, procediamo sin d'ora ad una elencazione dei suddetti indici, limitandoci a segnalare che, secondo la giurisprudenza comunitaria, sono parametri di "pubblicità": 1) il perseguimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale; 2) il requisito della personalità giuridica; 3) il finanziamento dell'attività dell'ente «riconducibile in modo maggioritario allo Stato».

## 1.1

### DECISIONE DELLA CORTE. RATIO E CRITERI

Molto sintetizzando, i motivi addotti sono, in buona sostanza, due.

Dopo un ampio *excursus* “storiografico” sull’evoluzione che ha caratterizzato le forme di gestione del servizio pubblico, l’attenzione si focalizza, in primo luogo, sulla circostanza secondo cui sarebbero integrati i requisiti richiesti dal legislatore comunitario rispetto alla nozione di “organismo di diritto pubblico” (con specifico riferimento al profilo teleologico del perseguimento di *interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale*); in secondo luogo, si sottolinea il fatto in base al quale l’ente in questione, destinatario di un provvedimento di concessione di opera pubblica sul demanio, sia, per questo, da considerarsi organo indiretto della P. A.

Per chiarezza espositiva va, però, detto che lo snodo argomentativo fondamentale della pronuncia è rappresentato, per l’appunto, dalla “presa d’atto” dei criteri sostanzialistici, elaborati dalla Corte di Lussemburgo, in ordine agli indici sintomatici di “pubblicità” degli enti: si legge, infatti, nella sentenza che «*la nozione di ente pubblico rilevante ai fini dell’applicazione dell’aggravante di cui si discute può, nel nuovo sistema ordinamentale nel quale s’inserisce, essere mutuata dalla giurisprudenza comunitaria, recepita nella legislazione italiana, certamente corrispondente all’originario intento del legislatore del codice penale*<sup>3</sup> (...)».

La sentenza – che a *quei* criteri presta grande attenzione – chiarisce, infatti, che il momento discrezionale fondamentale nella definizione di un organismo come “ente pubblico” è la circostanza in base alla quale i processi decisionali all’interno dell’ente stesso avvengano in forza di una pregnante influenza pubblicistica, nonché alla stregua di modalità che si discostano da quelle peculiarmente riferibili alle “comuni” formule societarie.

Si aggiunge, poi, che l’eventuale “curvatura” in senso difforme dell’inquadramento giuridico della società di cui trattasi è da ritenere non condivisibile, per due motivi: da un lato, difatti, ogni soluzione di segno contrario sarebbe inarcata su inattuali elaborazioni formali; dall’altro, perché un diverso risultato ermeneutico si tradurrebbe in un «veicolo di condotte elusive delle più gravi sanzioni penali, mediante l’utilizzo dello schermo societario<sup>4</sup>».

Parimenti non condivisibile sarebbe, secondo la sentenza, il rilievo del ricorrente, che fa leva sulla indeterminatezza della fattispecie aggravata, conseguente alla classificazione in termini di ente pubblico della predetta società: le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia sarebbero, per converso, precise, tassative ed attente al dato funzionale<sup>5</sup>.

Ne deriva, dunque, la piena configurabilità dell’aggravante di cui all’art. 640 co. 2 n. 1) c. p.<sup>6</sup>

Queste le conclusioni della sentenza in esame.

Il problema sotteso a *quella* pronuncia, è, però, un problema (fondamentale) di teoria giuridica, e merita, quindi, talune preliminari specificazioni, nello sforzo di verificare la condivisibilità della soluzione prescelta.

## 1.2

### L’ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.: CONTINUITÀ E FRATTURE NELL’INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Partiamo, quindi, con una breve disamina dell’ipotesi normativa che, più da vicino, ci interessa.

La fattispecie ascritta all’indagato – e confermata dalla sentenza in epigrafe – è, per l’appunto, quella di truffa aggravata a danno di un ente pubblico.

Il fondamento concettuale sotteso all’aggravante in esame è di matrice squisitamente soggettivistica: detto in altri termini, l’art. 640 “guarda” ai soggetti, non alle attività.

3. Punto 12 della pronuncia.

4. Punto 12 della pronuncia in epigrafe, *ult. cpv.*

5. Sempre punto 12 della pronuncia.

6. Si vedano i punti 13, 14, 15 della pronuncia in esame.

Contrariamente, cioè, a quanto previsto in tema di qualifiche soggettive pubblicistiche agli effetti della legge penale (ove il legislatore ha adottato un criterio identificativo di tipo funzionale – oggettivo<sup>7</sup>), nella geografia dell'art. 640 c. p., non ha – almeno formalmente – alcun peso il tipo di disciplina preposta alla regolamentazione dell'attività svolta, né l'attività stessa.

Di conseguenza, l'applicabilità o meno dell'aggravante dipende, in buona sostanza, o dalla titolarità formale dell'ente stesso (criterio soggettivo “forte”); ovvero dalle finalità perseguite (criterio soggettivo “debole”<sup>8</sup>).

Ciò premesso, veniamo ad una sintetica analisi dei precedenti giurisprudenziali sul tema, in modo, per un verso, da inquadrare il contesto in cui la pronuncia in commento si innesta e, per altro verso, al fine di comprendere la tipologia di effetti che l'impostazione normativa di stampo soggettivistico, a livello interpretativo, produce.

Orbene, partiamo col dire che, almeno in via di prima approssimazione, l'orientamento maggioritario propende per il venir meno dell'aggravante nelle ipotesi in cui il soggetto danneggiato sia una società mista, sulla scorta del rilievo in base al quale «la natura eventualmente pubblica del servizio prestato» incide esclusivamente sulla configurabilità della «qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358<sup>9</sup>».

Detto in altri termini: l'adozione dello schema societario determina, secondo quest'orientamento, l'automatica esclusione dal perimetro applicativo della fattispecie aggravata di tutti quegli enti costituiti in forma di società commerciali, anche quando l'attività svolta sia di tipo marcatamente pubblicistico (quando, cioè, pubblicistiche sono le norme che la governano o pubblica è la finalità che si persegue): un ente *non* connotato dal requisito dello scopo di lucro verrebbe esentato dall'applicazione dell'aggravante, per il semplice fatto di presentarsi nella forma di società per azioni (o altra società commerciale), con tutto il corredo di effetti – soprattutto in tema di disparità di trattamento e disomogeneità sanzionatoria – che ne derivano.

Orbene, la sentenza in epigrafe si scolla dall'assetto concettuale sedimentato in giurisprudenza, utilizzando, per sciogliere l'*impasse*, una nozione “sostanziale” di pubblica amministrazione, più prossima ai parametri del legislatore comunitario.

L'impianto argomentativo della pronuncia, infatti, postula il carattere neutrale dello schema organizzativo, per accedere, poi, ad una compiuta analisi del tipo di attività e degli scopi perseguiti.

Anticipiamo, dunque, sin d'ora che – condivisibile o meno l'esito dell'argomentazione – la sentenza ha certamente il merito di tentare un approccio antiformalistico, che

---

7. Si vedano, sul tema delle qualifiche soggettive pubblicistiche: ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati – le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Giuffrè, 2002, 235; VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, 2008; VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Esi, 2011, 745; ID., *La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, n. 12/ 2012, 4293; SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio* (Voce), in *Digesto delle discipline penali*, X, Utet, 1995, 511; DI GIOVINE, *Pubblico Ufficiale* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 4783; MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010; BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Giappichelli, 2008; DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alle trasformazioni dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1036; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli, 2012, 171; SEVERI, *Funzione pubblica* (Voce), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 70; SCORDAMAGLIA, *Le qualifiche soggettive degli amministratori di società miste tra principio di tassatività ed esigenze di tutela della corretta gestione delle imprese con finalità pubbliche*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2012.

8. Sulla distinzione tra criterio soggettivo in senso debole e criterio soggettivo in senso forte: DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.* 5/2011, 1889.

9. Cass. Sez. VI, 5 febbraio 2009 (dep. 25 febbraio 2009) n. 8392; in senso conforme: Cass. Sez. II, 29 settembre 2009 (dep. 28 ottobre 2009) n. 41498; nello stesso senso, ma con riferimento all'ipotesi di trasformazione dell'ente pubblico in società per azioni: Cass. Sez. II, 24 febbraio 2003 n.8797 ha ritenuto l'aggravante inapplicabile all'ente pubblico economico “Poste Italiane”; analogamente, Cass. Sez. VI, 27 agosto 2004 n. 35603 e Cass. Sez. II 27 febbraio 2006 n. 7226 hanno ritenuto l'aggravante inapplicabile, rispettivamente, all'“Azienda Trasporti Milano” (ente pubblico economico trasformato in società per azioni) e all'“Azienda Torinese Mobilità” (anch'essa ente pubblico economico trasformato in società per azioni).

Si ritiene, invece, che l'aggravante sia integrata quando il soggetto danneggiato sia un ente pubblico economico, «stante il riferimento della circostanza agli enti pubblici in genere, senza distinzione alcuna tra enti pubblici economici ed altri enti pubblici». Così Cass. Sez. II, 21 maggio 1995, n. 5870.

abbia attinenza alla “sostanza” e si concentri su indici diversi dal mero riferimento alla formula gestoria.

## 2

### PROBLEMI CONNESSI ALLA QUAESTIO IURIS. IL CONCETTO DI “SOCIETÀ MISTA”. GENESI E NATURA GIURIDICA

Quale che sia, però, la soluzione prescelta dall’interprete nell’analisi della questione, i “nodi” dogmatici cui la sentenza rimanda concernono, *in primis*, la natura giuridica di una S. P. A. mista<sup>10</sup>, con i conseguenti riverberi di disciplina e i problemi relativi alla scelta dei criteri risolutivi degli eventuali conflitti di statuto applicabile.

Ripercorriamone brevemente i tratti essenziali.

Orbene, è ormai acquisizione nota il ritenere che l’origine della partecipazione statale nelle società commerciali sia da ricondursi alla Germania degli anni Venti, nella forma di una «collettivizzazione dei servizi pubblici essenziali<sup>11</sup>».

Il successo del modello ne legittimò l’esportazione<sup>12</sup>.

In Italia, il primo fenomeno di ibridismo gestorio si ha con la fondazione dell’IRI nel 1933, cui fanno seguito, secondo una parabola normativa scandita da fasi precise, innovazioni legislative<sup>13</sup> che conducono ad un sistema sempre più incline all’utilizzo delle

10. La bibliografia sulle società a partecipazione pubblica è certamente copiosa. Si vedano, tra gli altri: GOISIS, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 5601; ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; ROSSI, *Società con partecipazione pubblica* (Voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1 – 17; ID., *Le società per azioni con partecipazione pubblica*, in ROTONDI (a cura di), *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, II, Padova, 1976, 1604 ss.; DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Ipsoa, 2001; CAMMELLI – DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2000; MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, 1990; IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003, 159 ss.; GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.* 1958, 227; CASSESE, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in MINERVINI (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972; VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell’esperienza italiana*, Milano, 1975; RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393; PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 – 2003*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 372; DOMINICHELLI (a cura di), *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; CHITI, *Le carenze di disciplina delle società miste e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2009, 1115; BOSCHETTI, *I confini della nozione di società mista*, in *Urb. app.*, 2/2011, 182; LONGHI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la L. 148 del 2011 (c. d. “decreto di Ferragosto”) ed il d. l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2012, 267; TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, 7–8 /2010, 2733; VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. St., Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1), in *Giust. amm.*, 1/2009, 486; MATTIA – PAOLINI, *Società miste e affidamento diretto di servizi pubblici*, in *Studi e materiali*, 2/2008, 926; BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb. app.*, 6/2005, 640; SCOCA, *Il punto sulle c. d. società pubbliche*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2005, 239; MAIORANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell’“affidamento in house”*, in *Diritto e formazione* 2/2004, 266; BERLUCCHI, *Rilevanza della partecipazione dell’ente locale e indirizzi di gestione nella società per azioni mista: prime considerazioni*, in *Giust. civ.*, 4/2002, 1097.

11. Sul punto, ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 2.

12. Va sottolineato che «l’acquisto da parte di determinati enti pubblici di partecipazioni in società private svolgenti attività commerciale fu nel nostro paese un comportamento in larga misura necessitato, reso cioè obbligato dalla soluzione che si ritenne di adottare per risolvere la particolare situazione economica che si determinò, tra il 1920 e il 1929, in conseguenza della crisi di conversione post – bellica che colpì le principali imprese industriali e coinvolse anche le banche che possedevano partecipazioni di controllo di dette industrie (...), e, in un secondo tempo, e cioè dal 1930 in poi, a seguito della grande crisi mondiale, che investì tutta l’industria nazionale e conseguentemente le maggiori banche: Banca commerciale, Credito Italiano e Banco di Roma». Sul punto, sempre ROSSI, *op. ult. cit.*, 2.

Per quel che attiene alla ragione della scelta del modello “società per azioni”, si rileva che optare per una formula siffatta trovò fondamento nell’esigenza di «assicurare alla propria gestione (delle imprese) maggiore snellezza di forma e nuove possibilità realizzatrici». Così ancora ROSSI, *op. ult. cit.*, 2.

13. Le principali evoluzioni normative sul tema sono state le seguenti: L. 22 dicembre 1956 n. 1589; d.p.r. 7 maggio 1958 nn. 574, 575 576; L. 29 luglio 1957 n. 634; d. p. r. 14 giugno 1967 n. 554; L. 22 marzo 1971 n. 184; L. 6 ottobre 1971 n. 853; L. 12 agosto 1977 n. 675. Per quanto riguarda le novità legislative meno risalenti: L. 8 giugno 1990 n. 142, che postula la possibilità per gli enti pubblici di affidare a società a prevalente partecipazione publicistica la gestione di servizi pubblici locali; L. n. 498/1992; L. n. 95/1995; d. p.r., 533/1996; L. n. 127/1997; d. lgs. n. 80/1998; d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, e successive modifiche. Da ultimo, L. 148/2011 e d. l. 1/2012.

Uno sguardo diacronico al «sistema degli enti pubblici» (e al suo dispiegarsi lungo una «amministrazione parallela» a quella statuale) conduce, dal punto di vista diacronico, a suddividere la storia evolutiva della nozione stessa di “ente pubblico” in *tre fasi*, che, per mezzo delle peculiarità che ad esse afferiscono, consentono di addivenire ad una maggiore consapevolezza dell’attuale assetto del sistema in sé.

Orbene, la prima fase, che va dall’inizio del Novecento agli anni Trenta, vede l’istituzione di alcuni enti «per gestire un servizio pubblico o un’attività di interesse collettivo con tecniche imprenditoriali», mentre la seconda – che si colloca dagli anni Trenta alla Seconda Guerra Mondiale – registra una ingente crescita degli stessi, dovuta «all’esigenza del regime fascista di evitare la burocrazia statale formatasi nello stato liberale, avvalendosi invece di corpi professionali appositamente selezionati», per culminare, poi, nell’ultima fase – quella repubblicana – che vede una singolare moltiplicazione degli enti pubblici, per i motivi più disparati: dalle esigenze di provvista finanziaria per le politiche di programmazione e sviluppo, all’adozione di misure di nazionalizzazione, al rafforzamento dell’autonomia di imprese pubbliche e ai disegni di progressiva tecnicizzazione della disciplina dei mercati sensibili.

Tale proliferazione ha – com’era, del resto, prevedibile – generato l’esigenza di misure di «riordino e riassetto», che hanno condotto a risultati differenti, con differenti metodologie.

società di capitali come forme di gestione dei servizi pubblici locali.

Procedendo per gradi, partiamo col dire che, quando si discorre di “società a partecipazione pubblica”, si fa riferimento ad una tipologia assai disomogenea e, perlopiù, insuscettibile di essere incanalata in una categoria davvero unitaria<sup>14</sup>.

Bisogna, difatti, ritenere rientranti nel *genus* una straordinaria varietà di forme, il cui unico elemento comune è il tratto peculiare della presenza di un ente pubblico nell'azionariato.

Già dal punto di vista definitorio, quindi – e prima ancora di venire ai profili inerenti alla natura giuridica ed al relativo statuto dogmatico – si evidenzia quella che è una “eccentricità” connaturata al modello: una sorta di frammentazione di forme – ed impossibilità di *reductio ad unum* – la quale genera quel “nomadismo interpretativo” che, da sempre, le ha caratterizzate, impedendone un'esegesi omogenea, e la (conseguente) risoluzione dei problemi connessi alla disciplina applicabile<sup>15</sup>.

---

In quest'ottica, allora, può comprendersi quella che è la *ratio* dei processi di *privatizzazione*, *esternalizzazione*, *razionalizzazione*, *ristrutturazione*, *personificazione* degli enti pubblici, ed è, difatti, in un tale contesto sistematico che si colloca l'ascesa della figura tipologica delle *società di capitali a partecipazione pubblica* (compagini societarie, cioè, partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici in misura minoritaria, maggioritaria o totalitaria) nella gestione dei servizi.

E, in questo quadro contestuale, non può, quindi, certamente dirsi sussistente (almeno da un punto di vista “formalistico”) l'antica contrapposizione tra enti pubblici e società per azioni, dal momento che le seconde tendono ad esercitare, per grandi linee, attività che sarebbero (tradizionalmente) appannaggio dei primi: motivo, questo, che ha legittimato la nota affermazione di Giorgio Oppo, secondo cui occorrerebbe classificare la relativa disciplina non più come “diritto delle società per azioni”, ma come “diritto azionario”.

Un dato, a questo punto, sembra emergere in maniera piuttosto evidente.

L'interesse pubblico, cioè, abbandona la sede sua propria, per dislocarsi in “luoghi” diversi.

Sul punto: NAPOLITANO, *Enti Pubblici* (Voce), in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, *cit.*, 2223, ove si sottolinea, a proposito dei caratteri connotativi degli enti pubblici, che «con il termine ente pubblico si indica convenzionalmente una persona giuridica pubblica, che persegue fini rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, sulla base di una missione affidata direttamente dalla legge ed eventualmente concretizzata con successivi atti amministrativi. Di norma, un ente pubblico può essere istituito soltanto per legge; ed è la stessa legge ad esplicitare quando il soggetto in questione ha personalità giuridica di diritto pubblico». Quando, invece, la legge nulla dispone in merito, intervengono gli “indici sintomatici” elaborati dalla giurisprudenza. Il tema – che funge da *prius* logico al prosieguo della trattazione – può essere riassunto, in vista di una celere sintesi ricognitiva, nel seguente interrogativo: «quando può un ente definirsi pubblico?», o, più tecnicamente: «esiste una semiologia connotativa ascrivibile al concetto di ente pubblico?»: dalla risposta al quesito dipende l'orientamento e l'eventuale riduzione (nel senso di una piegatura verso uno specifico campo di significanze) della polivalenza semantica che ha sempre contraddistinto la nozione; e, se tale avversità definitoria è storia nota, per supplire alle ingentissime difficoltà descrittive, la giurisprudenza ha coniato, nel tempo, alcuni indici sintomatici che, laddove integrati, contribuiscono a delinearne il carattere pubblicistico: dall'istituzione da parte dello Stato, al perseguimento di interessi generali, unitamente al finanziamento, alla nomina degli amministratori e al controllo da parte dello Stato o di altro soggetto pubblico, ed alla “necessarietà” dell'ente, nel senso dell'impossibilità di autoscioglimento.

Per una panoramica di più ampio respiro, si vedano, sul punto: IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003, 145 ss., ove si crea una distinzione tra “il diritto di ieri” e il “diritto di oggi” [i caratteri rinvenibili nel c. d. “diritto di ieri” e del tutto assenti nel “diritto di oggi” sono i seguenti: a) negazione della neutralità dell'economia; b) individuazione dei luoghi dell'interesse pubblico; c) duplicità del “volto” statale; d) rottura del diritto privato comune ed eterogeneità dei soggetti economici; e) dimensione verticale dell'iniziativa economica privata.]; OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 1993, 179; GUARNIERI, *Battaglie economiche fra le due guerre*, Bologna, 1988, 405 ss.

14. Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico e definitorio, la nozione dischiude orizzonti interpretativi plurimi, che problematizzano fortemente l'approccio al tema.

Anzitutto – come specificazione preliminare –, va detto che le società miste costituiscono un'articolazione della macrocategoria “società pubblica”, frantumata, oggi, in varianti tipologiche assai numerose. «Già dal punto di vista definitorio, come noto, la categoria delle “società pubbliche” risulta tanto eterogenea e problematica da rendere difficile e necessariamente sommaria una tematizzazione unitaria da parte della dottrina specializzata». I profili di problematicità non si avvertono, però, solo in relazione al versante definitorio, ma anche (e soprattutto) dal punto di vista della disciplina applicabile, dal momento che l'unico elemento trasversale ai “tipi” societari di cui si discorre «deriverebbe dalla presenza di un ente pubblico (primario o derivato) nel capitale sociale, e semmai dalla conseguente influenza sull'attività svolta dalla società partecipata che di fatto risulterebbe strumentale alla realizzazione di finalità di interesse generale in ragione – appunto – della partecipazione pubblica (qualificata o meno)». Così MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, *cit.*, 220.

15. Storicamente, la regolamentazione dei rapporti tra il socio pubblico e il contratto sociale (o, più propriamente: *dei rapporti tra l'interesse pubblico e la finalità lucrativa*, immanente al contratto di società) ha visto contrapporsi almeno due diversi orientamenti. Da un lato, difatti, la dottrina commercialistica più longeva ha tendenzialmente negato la qualificazione in termini di ente pubblico di una S. P. A. a partecipazione mista, sulla scorta del rilievo secondo cui la P. A. «allorché assume la veste di socio, non può perseguire nell'ambito della società l'interesse pubblico, in quanto tale interesse rappresenta un fine estraneo alla causa contrattuale» (in questo senso: ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1958, 43; ID., *Sulla legittimità costituzionale e sull'interpretazione dell'art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 85; LIBONATI, *Holding and investment trust*, Milano, 1964; ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967); dall'altro, la dottrina pubblicistica – più incline alla valorizzazione di una reale compenetrazione nella formula societaria dell'interesse pubblico – ha sostenuto, per converso, l'inquadramento di quest'ultimo come componente particolaristica dell'interesse sociale, con la naturale conseguenza che lo scopo di lucro sarebbe comunque perseguibile, ma solo nella misura in cui non confligga, appunto, con l'interesse pubblico (In questo senso, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960; FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1971, 300).



Molto semplificando, si può dire, poi, che la dibattuta natura giuridica di siffatte società è stata argomentata in maniera differente dalla dottrina e dalla giurisprudenza e che, anche in seno a quest'ultima, il conflitto non è stato univocamente risolto.

Procedendo per grandi linee, le tesi che propendono per un inquadramento in termini di enti privatistici si radicano (parafrasando gli orientamenti inaugurati dalla già citata dottrina commercialistica degli anni Sessanta<sup>16</sup>) ancora prevalentemente sul *pro-filo causale* (*id est*: sulla causa contrattuale) e, dunque, sull'irriducibilità del contrasto tra natura pubblicistica e scopo di lucro, previsto come elemento costitutivo del contratto di società (in modo suggestivo, taluna dottrina discorre, difatti, di «contrasto ontologico<sup>17</sup>» immanente a questo genere di società); per converso, le tesi pubblicistiche tendono a classificare le società a partecipazione pubblica come costituenti «un'articolazione organizzativa» dell'ente pubblico stesso (tale assunto, del resto, non sarebbe, secondo quest'impostazione, contraddetto dal fine lucrativo<sup>18</sup>), e – in una tale prospettiva – la formula societaria avrebbe «valenza neutrale» rispetto alla natura dell'ente, dovendosi privilegiare indici valorizzativi degli scopi perseguiti, con specifico riferimento alla c. d. *strumentalità pubblica*<sup>19</sup>.

Gli snodi argomentativi su cui si fondano queste ultime tesi sono fondamentalmente tre: in primo luogo, la neutralizzazione dello scopo di lucro e la riduzione della società a mero schema organizzatorio (tesi rafforzata dalla mancata previsione, quale causa di nullità del contratto, della carenza dello scopo di lucro stesso); in secondo luogo (e di conseguenza) la prevalenza dell'interesse pubblico su quello lucrativo; infine, la «destinazione funzionale<sup>20</sup>» della società.

E, se si provasse ad effettuare una valutazione, per così dire, «statistica<sup>21</sup>», si osserverebbe che le pronunce della giurisprudenza civile prediligono una classificazione più incline ad enfatizzare le peculiarità strutturali, a carattere negoziale, dell'ente<sup>22</sup> (propendendo, dunque, per un inquadramento in termini di organismi di diritto privato), mentre la giurisprudenza penale giunge ad approdi ermeneutici di segno contrario, che

---

All'interno di questo filone ermeneutico, poi, si sono nel tempo distinte talune sottotesi che, pur in linea con gli approdi della dottrina di diritto pubblico, postulavano percorsi risolutivi differenti.

Secondo un primo orientamento, infatti, la finalità pubblicistica – essendo comunque definibile come interesse particolare del socio pubblico – potrebbe «tuttavia imporsi alla società ogni qual volta possa trarsi da una norma, anche in via indiretta, la volontà del legislatore di imporre tale soluzione».

Da altra prospettiva, invece, si offre una modulazione differente della questione.

L'interesse pubblico, cioè, penetra nell'interesse sociale, legittimandone un'interpretazione flessibile, nel senso che esso (l'interesse sociale, appunto) non può più intendersi esclusivamente come finalità comune che tende al perseguimento del maggior lucro possibile, ma come piattaforma di incontro tra scopi plurimi, tra cui il soddisfacimento dell'interesse pubblico stesso. In questi termini, COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. Giur.*, 1965; ID., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976; SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.* 1973, I, 150; Rossi, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1971, 292.

Taluna dottrina ha descritto, infatti, il fenomeno della partecipazione pubblica nella compagine societaria come conseguenza dell'«appannamento» – o, se si voglia, del tramonto – «dello scopo di lucro» nelle società di capitali. *Infra*, nota 18.

16. Si veda nota 15.

17. In questo senso GOISIS, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit.

18. Discorre di «tramonto» dello scopo di lucro SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, cit.; di «appannamento» GALGANO, *Società per azioni*, III, Bologna, 1976, 159 (Cfr. SANTINI, *op. ult. cit.*).

19. Vedasi, sul tema, il punto n. 8 della sentenza di cui si argomenta, ove si afferma che «alla formula societaria viene riconosciuta valenza neutrale rispetto alla determinazione della natura giuridica del singolo soggetto, rilevando, a tal fine, le finalità che con esso si intendono perseguire, e più in particolare la c.d. strumentalità pubblicistica e il conseguente assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale».

20. Goisis, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5601.

21. A fronte di impostazioni che prediligono la natura pubblicistica, sono, tuttavia, ravvisabili tendenze dogmatiche che postulano, all'interno della stessa giurisprudenza penalistica, esiti argomentativi differenti, facendo leva sulle peculiarità di tale modello societario, che «sembra discostarsi da quello privatistico puro»: l'alternanza di pronunce che enfatizzano il dato formale della veste societaria, con impostazioni di tipo antipodico, inclini, invece, alla valorizzazione dei profili sostanzialistico – funzionali dell'attività svolta, produce un andamento ondivago, che non consente di ridurre il potenziale contrasto tra lo scopo di lucro e il perseguimento di un interesse che possa qualificarsi come pubblico. La plurivocità di orientamenti – a più livelli comunque individuabili, e che fanno, peraltro, leva su argomentazioni assolutamente non trascurabili – è, però, un dato inconfutabile. Ancorchè, dunque, vi possa essere un indirizzo giurisprudenziale che prevale sull'altro, le incongruenze sistematiche sono (e restano) assai copiose, con conseguenti ricadute di disciplina (concettualmente diseguale) a fronte di violazioni più o meno assimilabili.

22. Si veda, ad esempio, Cass. civ., SS. UU., n. 7799/2005, in *Dir. Giust.*, 2005, n. 21, 28 ss.

conducono ad una nozione di *società mista* più prossima alle caratteristiche proprie degli enti pubblici: essa tende, cioè – così come, del resto, quella amministrativa<sup>23</sup> – ad una soluzione volta ad attribuire rilievo al profilo sostanziale dell'attività svolta, a scapito della «particolare configurazione» delle società miste «sul piano strutturale e di disciplina<sup>24</sup>».

### 3

#### PRIME CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Proviamo, ora, a formulare, sulla base di quanto affermato nei paragrafi precedenti, qualche breve considerazione di sintesi sulle due principali questioni attorno alle quali si edifica l'impianto argomentativo della sentenza in commento: l'idoneità del concetto di "organismo di diritto pubblico" a fungere da parametro interpretativo dell'art. 640 co. 2 n. 1) c. p.; l'efficienza esplicativa riferibile alla teoria dell'organo indiretto.

### 3.1

#### PRIMA QUESTIONE. PUÒ LA NOZIONE DI "ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO" ESSERE UTILIZZATA COME CHIAVE DI LETTURA DELL'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.?

Per introdurci alla disamina della prima questione, è necessario richiamare sinteticamente il contenuto della nozione di "organismo di diritto pubblico". Essa designa, testualmente, quel tipo di enti: a) «istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»; b) «dotati di personalità giuridica»; c) «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, o 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<sup>25</sup>».

Com'è evidente, dunque, il concetto comunitario s'innesta su una piattaforma ermeneutica composita, frammista di singolari interconnessioni tra il criterio teleologico (riferimento alle *esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*), il criterio soggettivo in senso forte (*finanziamento maggioritario da parte dello Stato o di altro ente pubblico*) e quello – antitetico – di natura oggettiva<sup>26</sup>.

23. Tra le altre, Cons. St., sez. VI, n. 498/1995, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, 1135, con nota di CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*.

Sulla stessa linea teorica, il Consiglio di Stato ha affermato che «dai principi comunitari e dalle scelte del legislatore nazionale discende che ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto, la forma societaria ha carattere neutro. Ne discende che, in caso di S. p. a. a partecipazione pubblica quasi totale, siamo al cospetto dell'articolazione organizzativa di un ente pubblico, senza che il perseguimento di uno scopo pubblico possa essere contraddetto dal fine lucrativo». Cons. St., sez. IV, n. 1885/2000. Nello stesso senso, Cons. St. n. 1206/2011, così come Cons. St., sez. VI, n. 1303/2002, ove si sottolinea che «è possibile riconoscere alle società per azioni, qualora ricorrano determinate condizioni, natura di ente pubblico. A conforto della tesi possibilistica vi è, del resto, un preciso e attuale dato normativo: si fa riferimento all'art. 18 L. fin. 22 dicembre 1984, n. 887, che, nel prevedere la costituzione della *Age Control S. p. a.*, espressamente l'ha definita S. p. a. con personalità giuridica di diritto pubblico». Di conseguenza, si argomenta nel senso di ritenere la «astratta compatibilità tra struttura societaria e natura pubblica dell'ente». Così Cons. St., sez. VI, n. 1303/2002, *cit.*

24. Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 128 ss.

25. Vedasi, a tal proposito, l'art. 3 comma 26 del d. lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), che recepisce le direttive recanti disposizioni sul tema.

26. Preme, quindi, esaminare (brevemente, e per quanto possibile in questa sede) l'accezione secondo la quale vadano intesi i requisiti sopra enucleati, al fine di permettere una compiuta acquisizione di significato relativamente al concetto di "organismo di diritto pubblico".

Partiamo, quindi, col dire che l'elemento più controverso – e che, sul piano interpretativo, ha creato le incertezze maggiori – è il primo.

È stato necessario, infatti, al fine di chiarirne la portata, un costante lavoro della Corte di Lussemburgo, che ha consentito, attraverso la sedimentazione dei vari principi di diritto enucleati nelle diverse pronunce, di "costruire" un quadro di condizioni in presenza delle quali il requisito risulta integrato.

Fermo restando che i tre elementi devono sussistere cumulativamente (di tal che, in assenza anche di uno solo di essi, un organismo non potrà essere considerato di diritto pubblico), va rilevato quanto segue.

Anzitutto, l'area di significanza della locuzione "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale" si estende anche a quei bisogni che potrebbero essere parimenti soddisfatti da imprese private.

In secondo luogo, la "generalità" va considerata come riferibilità dell'interesse ad un ingente numero di persone (*id est*: alla collettività, latamente intesa).

Va, poi, precisato che il carattere "non industriale o commerciale" non viene meno allorché l'attività posta in essere abbia rilevanza economica, né contrasta col fatto che l'ente svolga – oltre al soddisfacimento di interessi non industriali o commerciali – attività ulteriori, che non integrino il requisito; a riprova di ciò, infatti, per considerare realizzata tale condizione, non è necessario che l'ente sia stato istituito con la primaria finalità di soddisfare un interesse pubblico, ma è sufficiente che tale soddisfacimento intervenga quale conseguenza accessoria, naturalmente correlata agli scopi principali.

Infine, l'inserimento in un mercato concorrenziale rappresenta, secondo principi ormai tratteggiati nella giurisprudenza di Lussemburgo, una circostanza di "sbarramento" per l'inquadramento dell'ente come organismo di diritto pubblico.

Ciò premesso, proviamo a vagliare l'idoneità della nozione a fungere da chiave di lettura della fattispecie aggravata in esame.

Partiamo, anzitutto, con un rilievo preliminare, che servirà a dare avvio al prosieguo dell'argomentazione: scarsamente esplicativa ci appare l'operazione sillogistica – di cui si è detto<sup>27</sup> – che inquadra la formula societaria come significativa, *de plano*, della presenza di un fine lucrativo, laddove, invece, la dottrina di settore più risalente aveva già discorso di «tramonto» dello scopo di lucro nelle società di capitali, o di suo «appannamento»<sup>28</sup>.

Essa si fonda, difatti, su un assunto tipicamente formalistico e assolutamente controvertibile: dedurre, in via del tutto automatica, la natura dello scopo dalla forma organizzativa significa incorrere in una duplice aporia: di natura normativa, prima; e di natura pratica, poi.

La concezione sostanziale di pubblica amministrazione – di concerto col dato positivo di cui all'art. 1 comma 1 *bis* L. 241/1990 – postula che la P. A. possa, senza mutare veste, agire *iure privatorum*: l'operazione formalistico – deduttiva che inferisce la natura privatistica dalla mera organizzazione in forma societaria risulta essere, allora, difficilmente attendibile e facilmente opinabile, dal momento che l'uso dello strumento negoziale (contratto di società *ex art.* 2247 c. c.) rappresenta una delle modalità attraverso cui l'azione amministrativa può dispiegarsi.

In secondo luogo, questo tipo d'impostazione entra in rotta di collisione (perché, in buona sostanza, ne fornisce una visione assolutamente semplicistica) con la realtà – invece, assai complessa – delle forme di gestione del servizio pubblico<sup>29</sup>.

---

Questi, dunque, i principali vettori ermeneutici attraverso i quali il primo requisito viene normalmente “decifrato”; per quanto attiene, invece, agli altri due, non si pongono particolari problemi interpretativi.

Va, però, precisato che, in relazione alla personalità giuridica, l'esegesi fornita dalla Corte di Giustizia muove nel senso di ritenere indifferente la circostanza che si tratti di personalità giuridica pubblica o privata, con la conseguenza che anche gli enti costituiti in forma societaria potrebbero rientrare nel perimetro della nozione. Sul concetto di “organismo di diritto pubblico”: SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 357; LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1201; CHITI, *Organismo di diritto pubblico* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4014; ID., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003; ID., *Le S.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve i nodi interpretativi* (nota a C. Giust. Ce, 10 novembre 1998 C – 360/96), in *Giur. It.*, 1999, 394; MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di “organismo di diritto pubblico”*, in *Dir. amm.* 2000, 585; GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1284; SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 3155.

27. *Supra*, § 1. 2.

28. *Supra*, § 2 (note 15 e 18). E' innegabile la qualificazione dello scopo di lucro quale causa del contratto di società *ex art.* 2247 c. c. La “fissità” di quella previsione, tuttavia, viene messa in crisi dall'evoluzione fenomenologica in ordine alle sempre più frequenti ipotesi di partenariato pubblico – privato. La perdita di centralità dello scopo di lucro viene, peraltro, sottolineata dalla circostanza secondo cui la carenza dello stesso non è annoverata tra le cause d'invalidità contrattuale.

29. Sul tema, si vedano: REDANÒ, *Servizio pubblico* (Voce), in D'AMELIO (a cura di), *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1940, XVIII, 231 – 234; NAPOLITANO, *Servizi pubblici* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5517; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; ID., *Regole del mercato e servizi pubblici*, Bologna, 2005; MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit.; VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, 493; ID., *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; ID., *Servizi pubblici locali* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5527; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; FRESA, *Servizio pubblico* (Voce), in *Diz. dir. amm.*, a cura di GUARINO, Milano, 1983, 1343; SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. comunit.*, 1997, 51; DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; LONGHI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la L. 148 del 2011 (c. d. “decreto di Ferragosto”) ed il d. l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, cit.; TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, cit.; VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. St., Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1), cit.; MATTIA – PAOLINI, *Società miste e affidamento diretto di servizi pubblici*, in *Sudi e materiali*, 2/2008, cit.; BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb. app.*, 6/2005, cit.; SCOCA, *Il punto sulle c. d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2005, cit.; MAIORANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell'“affidamento in house”*, in *Diritto e formazione* 2/2004, cit.; BERLUCCHI, *Rilevanza della partecipazione dell'ente locale e indirizzi di gestione nella società per azioni mista: prime considerazioni*, in *Giust. civ.*, 4/2002, cit.

Una tematica assai controversa relativa proprio all'estensione del concetto di “servizio pubblico” riguarda i cc. dd. “settori speciali”. Non è questa la sede per approfondire tale tematica, ma ci preme segnalarne la assoluta rilevanza. Sul punto, nello specifico, si vedano: SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 3132 ss.; CARULLO – IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009 113 ss.; MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 238 ss.; FRANCO, *Trasparenza e pubblicità nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta più vantaggiosa*, in *Urb. app.*, 2/2009, 137 ss. Sulla portata del principio di pubblicità, si vedano: CIERVO, *I contratti di rilevanza comunitaria*, in SANDULLI – DE NICTOLIS



Orbene, ragionando in una dimensione *de iure condito*, le alternative realmente possibili ci sembrano essere *due*: o si segue un criterio *formale* e valorizzativo della *littera legis* nell'individuazione dello spettro applicativo dell'aggravante (con gli effetti di dissimmetria prima indicati<sup>30</sup>); o, preferibilmente, si sceglie di optare per un criterio *sostanziale*, che tenti un'interpretazione evolutiva della previsione normativa, e che giunga, quindi, a postularne l'estensione a tutti quegli enti che, pur presentandosi nella forma di società commerciali, svolgano nondimeno funzioni pubblicistiche: operazione, questa, che potrebbe – perché no – essere svolta utilizzando come parametro descrittivo proprio la nozione di “organismo di diritto pubblico”: il concetto comunitario, difatti, fungendo – come già accennato – da “compromesso” tra le logiche soggettivistiche e quelle improntate al criterio oggettivo, non contraddirebbe la lettera della legge, ma, semplicemente, ne fornirebbe un'esegesi più vicina alla finalità sua propria, evitando, tra l'altro, un incontrollabile straripamento della prassi.

In questo modo, non si eccederebbero, da un lato, i confini “criteriologici” fissati dal legislatore (circostanza che, certamente, si verificherebbe se si adottasse un criterio squisitamente oggettivo, o funzionale – oggettivo), e, dall'altro, si mitigerebbero le disparità di trattamento più vistose (disparità che potrebbero neutralizzarsi in radice mediante un'evoluzione normativa sul tema).

Ci si potrebbe domandare – certo – fino a che punto tale lettura sia compatibile con il limite dell'interpretazione conforme produttiva di effetti *in malam partem*<sup>31</sup>.

L'ipotesi è, evidentemente, quella dell'integrazione di un elemento normativo di fattispecie operata da una fonte comunitaria.

Il problema e la sua eventuale soluzione potrebbero analizzarsi mediante i parametri interni che normalmente regolano il rapporto legge/ fonte subordinata. Sarebbe utile, allora, chiedersi se al concetto di “organismo di diritto pubblico” sia da riconoscersi capacità integratrice del precetto (poiché, ragionevolmente, solo in questo caso avrebbe senso l'operatività del limite), oppure no. Orbene, che la disposizione utilizzata concorra davvero alla descrizione della fattispecie tipica e sia in grado di “approfondirne” il significato di disvalore non è affatto pacifico. Più verosimilmente, essa si limita ad una funzione di specificazione, in senso meramente tecnico<sup>32</sup>.

Se, dunque, un esito ampliativo della fattispecie risulta incerto, un altro dato sembra essere indubbio: il coefficiente di tassatività e determinatezza riferibile all'ipotesi normativa in questione risulta, a seguito dell'eterointegrazione, decisamente potenziato: circostanza, questa, non trascurabile, e tale da poter incentivare – almeno per il momento – l'utilizzo della nozione comunitaria come chiave di lettura della norma interna.

Laddove, però, un'interpretazione con esiti *in malam partem* dovesse effettivamente, poi, ravvisarsi, resterebbe sempre fermo il divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale più sfavorevole<sup>33</sup>.

---

– GAROFOLI, *Trattato*, cit., VIII, 534; GAROFOLI – FERRARI (a cura di) *Il nuovo regolamento degli appalti pubblici*, Roma, 2011, I, 481; GIOVAGNOLI (a cura di), *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011; CARINGELLA – PROTO (a cura di), *Codice e regolamento dei contratti pubblici*, Roma, 2011; DE NICTOLIS, *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2/2011, 136 ss.

Per quanto attiene alla giurisprudenza: Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, in *Foro amm. Cds* 2011, 7 – 8, 2305; anche in *Foro It.*, 2012, 1, III, 12 con nota di D'ANGELO; così come in *Guida al Diritto*, 2011, 36 98, con commento di MEZZACAPO, *Una fase essenziale per l'esito della procedura da presidiare a tutela di interessi privati*; ancora, in *Urb. app.*, n. 11/2011, 1314, con commento di VALLETTI; Cons. St. Sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006, in *Foro amm. Cds.*, 2010, 1259; Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939, id., 1868; Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 388, in *Foro It.*, rep. 2005, voce *Contratti della P. A.*, n. 348. Sul punto, vedasi, più ampiamente, *Le conseguenze delle Adunanze Plenarie 13/11 e 31/12: un falso caso di overruling*, in *Urb. app.*, n. 4/2013, 417 ss., con commento di NICOTRA.

30. *Supra*, § 1. 2.

31. Sul punto, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 53 ss., e Id., *L'incidenza delle decisioni – quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, n. 3/2006, 1150.

32. La tematica è certamente vasta e complessa. Non è possibile approfondirne, in questa sede, tutti i profili di criticità. Sul punto, ampiamente, MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 52, nota 147.

33. Sempre MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.

## 3.2

### SECONDA QUESTIONE. SULLA CONDIVISIBILITÀ DELLA TEORIA DELL'ORGANO INDIRETTO. CRITICA

Venendo, invece, alla seconda problematica di cui si è detto, preme sottolineare che, a nostro sommo parere, il punto “debole” della pronuncia in commento risiede proprio nel tentativo di radicare la natura pubblicistica della società sul suo qualificarsi come “organo indiretto della P. A.”.

Per comprendere i profili di criticità di una siffatta elaborazione, proviamo a ripercorrerne sinteticamente la genesi.

Orbene, va anzitutto rilevato come la paternità della tesi<sup>34</sup> si debba alla sentenza n. 12221/1990<sup>35</sup>, ove le Sezioni Unite civili affermarono la competenza del giudice amministrativo «a conoscere degli atti di una gara posta in essere da un concessionario privato<sup>36</sup>». E ciò, per una ragione fondamentale: quest'ultimo, in buona sostanza, pone in essere la sua attività di concessionario perché «investito di poteri e facoltà propri dell'ente concedente», trasferiti in capo a lui attraverso il provvedimento di concessione: nel momento in cui procede ad attuare finalità riconducibili alla P. A., opera, cioè, in veste di suo «organo indiretto», esercitando una funzione definibile come amministrativa.

La tesi della Cassazione, tuttavia, non fu unanimemente accolta e, anzi, generò un certo scetticismo tra i commentatori.

Le critiche più aspre, invero, trovarono fondamento nell'assunto che postulava la natura privatistica del concessionario e l'assenza del trasferimento in capo a lui della funzione pubblica; in secondo luogo, la sentenza si prestava ad una certa “diffidenza” concettuale da parte di chi riteneva che la scelta dell'appaltatore fosse procedura di carattere neutro, e che si connotasse «in termini pubblicistici se svolta dall'amministrazione, in termini privatistici se svolta dal concessionario privato<sup>37</sup>».

In definitiva, siffatta teoria consentì alla Cassazione di affermare la necessaria sottoposizione del soggetto privato (concessionario) alle norme «dell'evidenza pubblica, e riconoscere la competenza giurisdizionale del giudice degli interessi<sup>38</sup>». Ma con una peculiarità metodologica.

Si trattò, cioè – almeno in prima battuta –, di una elaborazione volta a non avversare i dettami del legislatore sovranazionale in materia di appalti, ma attraverso una costruzione di enunciati intesa ad un utilizzo singolare e, se si voglia, arbitrario, di *quei* dettami. Una sorta di *escamotage* per conseguire, quindi, le finalità della sottoposizione alle procedure di evidenza pubblica, mediante un “adattamento” delle categorie autoctone, nel precipuo intento di evitare, così, una compiuta trasposizione delle nozioni comunitarie nell'ordinamento interno.

Il risultato fu un apparato categoriale in cui si avvertiva – certamente – l'eco del

34. Sul punto, si veda, ampiamente: ALPA – CARULLO – CLARIZIA (a cura di), *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998, 39 ss.; ANCORA, *Il concessionario come organo indiretto della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito* 1990, III, 1128 ss.; AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384; ID., *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 526; ID., *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della p. a.*, in *Giur. costit.*, 1991, 2441 ss.; CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Foro it.* 1991, III, 255 ss.; ID., *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929; CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in CARINGELLA – GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 651 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 111 ss.; DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e provvedimenti di soggetti privati*, in MORBIDELLI (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa – nuove e vecchie questioni*, Torino, Giappichelli, 2000, 61 ss.; GIACCHETTI, *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur. oo.pp.* 1991, 2394 ss.; GRECO, *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, 1066 ss.; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, 72 ss.; MARRAMA, *Natura giuridica degli atti del concessionario privato di sola costruzione*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1991, 505 ss.; SATTÀ, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1991, I, 321; SCOCA, *La s.p.a. mista tra soggetto privato ed organismo pubblico*, in AA. VV., *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli 1997; ID., *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in ROVERSI MONACO, *Le concessioni di servizi*, 1988, 28 ss.; VOLPE, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto, abbandono temporaneo o definitivo?*, in *Riv. trim. appalti* 1995, 215 ss.; SCOTTI – CAMUZZI, *Giurisdizione in materia di gare per appalti e privati concessionari della costruzione di opere pubbliche*, in *Contr. e impr.*, 1990, 470, ss.

35. Cass., SS. UU. civili, 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giur. it.*, 1992, I.

36. Sul punto, MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 72 ss.

37. Vedasi CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, cit., ove pure si sottolinea che la teoria dell'organo indiretto era «stata sottoposta a revisione critica dopo l'entrata in vigore della l. Merloni», che aveva vietato la «concessione di committenza con cui vengono trasferiti al concessionario compiti e poteri propri della stazione appaltante, quali quelli di direzione dei lavori, espropriazioni, ecc.»; sul punto anche AZZARITI, *Il limite soggettivo*, cit., 2441 ss.

38. Sempre AZZARITI, *op. ult. cit.*

concetto europeo di “organismo di diritto pubblico”, ma non se ne postulava – almeno a livello di partizione tipologica – la “precettività” (nel senso della capacità “classificatoria” di *quel* concetto).

Attraverso un *iter* ricco di flessibilità interpretative plurime<sup>39</sup>, si giunse, poi, ad affermare la valenza pubblicistica dell’attività del concessionario, prescindendo, stavolta, dalla natura del provvedimento di concessione: l’attenzione si spostò, cioè, dal fenomeno del “trasferimento dei poteri” (ritenuto immanente alla concessione stessa), alla funzionalizzazione degli atti del concessionario rispetto al soddisfacimento di un interesse pubblico (con la conseguente dilatazione del concetto di “soggetto pubblico”).

Orbene, se ciò è vero, e quale che sia il risultato esegetico rispetto alla qualificazione del concessionario, la teoria dell’organo indiretto appare, da un lato, *anacronistica* nell’attuale momento storico, sì da non poterne fruire quale parametro identificativo della natura di un soggetto (l’evoluzione ermeneutica relativa all’“organismo di diritto pubblico” non lascia, a nostro sommosso avviso, spazio per articolazioni ulteriori, a pena di inutili e sovrabbondanti tautologie: la nozione comunitaria, cioè, è in grado di ricomprendere al suo interno quelli che la giurisprudenza degli anni Novanta aveva definito “organi indiretti della P. A.”); dall’altro (già *ab origine*, e sempre a nostro sommosso parere) *non divisibile*, perché fondata – in buona sostanza – su un’interpretazione estensiva degli effetti del provvedimento concessorio, inteso come traslativo di poteri pubblicistici. In realtà, la concessione è, rispetto al privato, sì traslativa (o, addirittura, costitutiva) di situazioni giuridiche e *status* di cui non era precedentemente titolare, ma, come Scoca e Casetta sostengono, assolutamente iperbolica è la tesi del “trasferimento di poteri”: il soggetto pubblico, cioè, consente al privato stesso *l’esercizio* di quei poteri di cui egli (il soggetto pubblico, appunto) è (e resta) *titolare*<sup>40</sup>. Nel momento in cui sia la

---

39. Per un’analisi dell’evoluzione della teoria, vedasi MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, cit., 73 ss., ove si afferma che «Quando l’influenza del diritto comunitario degli appalti cominciò a farsi più pregnante, e si impose l’obbligo di adottare le procedure ad evidenza pubblica anche a soggetti non riconducibili nella nozione formale di pubblica amministrazione, né in quella di concessionario, quali le S.p.a. miste o i consorzi, la teoria dell’organo indiretto, che non è suscettibile di applicazioni estensive nei confronti di soggetti privati sprovvisti di un provvedimento traslativo assimilabile all’istituto concessorio, ricevette un’applicazione “a rovescio”. Orbene, tale applicazione “a rovescio” postulò che «da un atto di autonomia privata non può sorgere, in alcun modo, un ente pubblico o un organo di un ente pubblico, ma unicamente una figura di diritto privato», con la conseguenza che, laddove il privato sia configurabile come concessionario, i suoi atti hanno valenza pubblicistica; in carenza di siffatto provvedimento, la natura del soggetto è (e resta) privatistica. L’esito più clamoroso di questa teoria fu il caso *Siena parcheggi S. p. a.* (Cass. SS. UU. civ., 6 maggio 1995, n. 4989), ove si anticipò «l’assunto poi specificato nella giurisprudenza successiva secondo cui una eventuale qualificazione come amministrazione aggiudicatrice di alcuni soggetti di diritto interno, imposta dalle direttive comunitarie e recepita dal nostro legislatore, non può mutare in pubblica la natura privatistica di un soggetto, né può incidere sulla questione di giurisdizione (...)».

Diversamente da quanto affermato dalla Cassazione, invece, il Consiglio di Stato concentra l’attenzione sul profilo oggettivo dell’attività posta in essere (con un mutamento di prospettiva, quindi, rispetto alla giurisprudenza della Suprema Corte, che aveva condotto un tipo di ragionamento operante sul piano soggettivo), sulla scorta del rilievo secondo cui la disciplina comunitaria «si è emancipata dalla nozione formale di ente pubblico accolta nei singoli ordinamenti nazionali per accedere ad un concetto sostanziale di organismo di diritto pubblico (...)». Sul punto, sempre MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, cit., 77. Il Consiglio di Stato, quindi, incardina la questione sulla “funzionalizzazione” degli atti posti in essere dal soggetto rispetto ad un interesse pubblico, ritenendo pressoché irrilevante lo schema organizzatorio prescelto. Si vedano, in questo senso: Cons. St., Sez. V, 21 ottobre 1991 n. 1250, con nota di CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. It.*, 1992, III, 256 ss.; Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 1995 n. 353; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498, in *Dir. proc. amm.*, 1996 147, con nota di POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione*. Cfr. Cons. St., Sez. II, 19 giugno 1991 n. 570, in *Foro it.*, 1994, III, 66; Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478 e Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1513, in *Urb. e app.*, 1999, 71 ss., con nota di E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*. Per completezza di esposizione, va, poi, sottolineato come, a fronte della presa di posizione del Consiglio di Stato, anche la Cassazione abbia poi effettuato – ancorché con sporadiche pronunce in senso contrario – un *revirement*, affermando la giurisdizione esclusiva del G. A., in relazione alle controversie aventi ad oggetto le gare d’appalto bandite da azienda speciale e da ente pubblico economico, indipendentemente dalla presenza o meno del provvedimento di concessione.

In questo senso, si vedano, tra le altre, Cass. civ., n. 24/1999, n. 64/1999, n. 332/1999 e n. 393/1999.

40. Vedasi CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2010, 352 ss., ove si afferma, anzitutto, che il provvedimento concessorio ha «l’effetto di attribuire al destinatario status e situazioni giuridiche (diritti) che esulavano dalla sua sfera giuridica in quanto precedentemente egli non ne era titolare»; di seguito, si precisa che «Non è invece trasmissibile o suscettibile di essere costituito mediante atto il potere, sicché non è corretto affermare che l’amministrazione trasferisce un potere al privato: il soggetto pubblico può soltanto consentirne l’esercizio al concessionario». Vedasi, sul punto, anche SCOCA, *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, cit., 28, ove si afferma che, rispetto alla concessione «si fa riferimento non ad un tipo provvedimentale, ma ad una intera categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente soltanto per il fatto che l’Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti.»; Cfr., MAMELI, *L’organismo di*

legge ad attribuire un potere al privato, si esula, difatti, dalla fattispecie concessoria<sup>41</sup>.

Provando, dunque, a tirare le fila del discorso, riteniamo che – laddove s'intenda propendere per la natura pubblicistica del concessionario<sup>42</sup> – sia doveroso ancorare l'opzione ermeneutica non alla teoria dell'organo indiretto, bensì ad elementi ulteriori, quali – ad esempio, e come si è detto – la definizione comunitaria di “organismo di diritto pubblico”, ed i relativi corollari.

## 4

### OGGETTIVISMO E SOGGETTIVISMO. DAVVERO RAGIONEVOLE UTILIZZARE CRITERI DIVERSI?

Veniamo, ora, ad un'altra questione di diritto cui l'impianto argomentativo della sentenza, in via deduttiva, rimanda.

Gli schemi societari a partecipazione mista possono, cioè, radicare – come, in effetti, radicano – problemi di diverso tipo: in primo luogo – e per ciò che attiene al profilo definitorio – resta *in fieri* (come già sottolineato) e privo di approdi definitivi il dibattito sulla loro *natura giuridica*; in secondo luogo, e conseguentemente, l'incertezza dell'inquadramento dogmatico del “tipo” genera problemi di *normativa applicabile*; infine (questione, questa, che dà luogo alle asimmetrie ermeneutiche più ingenti), il terzo problema attiene alle modalità di soluzione dei primi due: si tratta, cioè, di una forma tipologica che innesta conflitti di statuto disciplinare volta a volta affidati a *criteri risolutivi non omogenei: soggettivistici*, per quel che concerne l'area di applicabilità del decreto 231/2001<sup>43</sup> e l'ipotesi (che qui ci interessa) di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c.p.); *oggettivistici*, rispetto allo statuto penale della P. A.: criteri a cui si sostituiscono spesso, con tutto il loro carico di ambiguità, quelli *teleologici e/ o ontologici*<sup>44</sup>.

E ciò, onde evitare che il tutto sconfini nell'anarchia interpretativa (e nella dispersione teleologica dei principali referenti di contenuto), richiederebbe la ricerca – almeno nei tratti generali – di “punti fermi” cui ancorare la costruzione di “corrispondenze” tra il modello e lo statuto disciplinare ad esso applicabile.

Orbene, questi eventuali approdi “razionalizzanti” – che avrebbero la funzione di produrre una (seppur infinitesimale) riduzione delle incongruenze sistematiche – potrebbero avere diverso contenuto.

Ragionando in una prospettiva, per così dire, “ideale”, ci permettiamo di ipotizzare

---

*diritto pubblico, cit.*, 101 – 102, ove, invece, si afferma che «Nel diritto nazionale la concessione, come si è visto, è intesa come provvedimento traslativo capace di trasferire poteri pubblici dall'amministrazione al soggetto privato, il quale, proprio in virtù dell'esercizio di potestà autoritative, gestisce attività sottratte al libero mercato».

41. Sul punto, sempre, CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 352 ss., ove si adduce l'esempio dei poteri certificativi che la legge attribuisce direttamente al notaio: «in questo caso ricorre un'ipotesi di sostituzione».

42. Propende per l'inquadramento in termini privatistici CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 134, ove si sottolinea che non è corretto affermare «i concessionari o i gestori privati sono soggetti pubblici: essi, infatti, nascono con una vocazione differente rispetto a quella che connota gli enti pubblici istituiti o riconosciuti in relazione al perseguimento di interessi pubblici; non vi è piena coincidenza tra lo scopo del soggetto pubblico che ha assunto il servizio o ha previsto la realizzazione dell'opera e lo scopo del concessionario; questi resta privato in tutto e per tutto, dunque potendo ad esempio cessare l'attività e “disporre della propria esistenza”, anche se, in forza della concessione o dell'affidamento – e per la sola durata di questi – è tenuto a svolgere un servizio o a realizzare un'opera con le caratteristiche e secondo gli indirizzi determinati dall'ente pubblico concedente».

43. Sul punto, BERNASCONI – PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013; ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti: problemi e prospettive*, in *Rivista* 231, n. 3/2011, 7 ss.; TRESOLDI – LUNGARO, *L'applicazione del d. lgs. 231/2001 nel settore pubblico: opportunità normative e best practice*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2012, 19 ss.; FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.* 12/2012, 4079; CUGINI, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.* 5/2011, 1909; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Resp. Amm. Soc.*, n. 1/2006, 153 ss.; ID., *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *Rivista* 231, n. 3/2011, 33 ss.; ID., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Rivista* 231 n. 1/2006, 153; DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato, cit.*, 1889; speciale della rivista *Le Società*, Ipsoa, 2012, dal titolo *D. Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, pp. 5 – 74, e, in particolare, il contributo di A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D. Lgs. 231?*, *ivi*, 23 – 35.

Tra la giurisprudenza più recente, si veda anche la sentenza *Cass. pen.*, Sez. II, 11 gennaio 2011, n. 234, secondo cui il regime della responsabilità da reato delle persone giuridiche sarebbe applicabile anche alle società partecipate da un ente pubblico.

44. Esiste, difatti, un corposo filone giurisprudenziale che segna la «pervicace resistenza di criteri teleologici o ontologici, fondati sulla massima valorizzazione dell'interesse pubblico volta a volta ravvisato come finalità perseguita o come finalità “immanente”, e affermati soprattutto come strumento mediante il quale “nullificare”, sotto il profilo delle qualifiche penalistiche, la natura privatistica dell'ente societario volta a volta in rilievo – natura originaria ovvero, il più delle volte, sopravvenuta all'esito del processo di privatizzazione (in particolare, relativo a trasformazione di enti pubblici in società per azioni a partecipazione pubblica)». Così MANES, *Servizi pubblici e diritto penale, cit.*, 95.

che il primo “punto fermo” potrebbe consistere nella negazione di capacità euristica esclusiva al profilo della titolarità formale e, dunque, alla presenza pubblicistica nella compagine sociale come indicativa di uno specifico statuto dogmatico, mediante un ravvedimento legislativo rispetto alle categorie predisposte (specularmente, andrebbe ripensato l’automatismo in forza del quale, il più delle volte, si fa discendere la natura privatistica dell’ente dalla sua organizzazione in forma societaria); il secondo potrebbe attenersi, invece, in mancanza di una evoluzione normativa, ad una certa razionalizzazione ermeneutica, che scardini tutte quelle operazioni di interpretazione iperbolica della partecipazione pubblica – e della sua eventuale influenza sulla *governance* – per fondare la natura giuridica non privatistica della società.

Si potrebbe, semmai, come è stato proposto, distinguere i casi in cui la presenza pubblicistica sia un mero «tramite per un generico perseguimento di interessi pubblici», da quelli in cui sia, invece, il «veicolo di situazioni distorsive per il mercato<sup>45</sup>».

Sarà, dunque, necessario scindere le ipotesi in cui le società operino in *regime concorrenziale*, da quelle in cui, invece, la presenza pubblica determini un condizionamento di quella dimensione<sup>46</sup>, nel solco dell’interpretazione che la Corte di Giustizia ha fornito, in ordine alla nozione di “organismo di diritto pubblico<sup>47</sup>”.

Il risultato cui si potrebbe giungere è, allora, verosimilmente, il reperimento di un criterio che, volta a volta, possa veicolare una più coerente “sistematizzazione” delle opzioni ermeneutiche, evitandone la caotica sedimentazione.

## 5 CONCLUSIONI

Si è, nei paragrafi precedenti, descritto brevemente l’impianto argomentativo della pronuncia in epigrafe e se ne sono ripercorse le continuità/discontinuità con i relativi precedenti; si è, poi, cercato di “sondare” la genesi normativa e l’attuale modo di atteggiarsi del modello “società mista”, utilizzato sempre più spesso come forma di gestione dei servizi pubblici locali; sulla base di siffatte considerazioni, ci si è, di seguito, soffermati sulla conciliabilità tra l’art. 640 co. 2 n. 1) c. p. e la nozione di “organismo di diritto pubblico” (soluzione, questa, individuata dalla Suprema Corte nella sentenza in commento), e sull’adeguatezza/ inadeguatezza della teoria dell’organo indiretto ad inquadrare la natura giuridica del concessionario; in ultima battuta, si è brevemente accennato alle criticità inerenti ad una tematica cui la pronuncia, trasversalmente, rimanda: la predisposizione, cioè, da parte del legislatore, di criteri diversi per risolvere i conflitti di statuto che il *genus* “società mista” innesta, e sulla ragionevolezza di tale disparità.

Le conclusioni cui si è addivenuti sulle singole questioni possono essere così sintetizzate: anzitutto, la nozione di “organismo di diritto pubblico” è, come già rilevato, a nostro avviso, utilizzabile come chiave interpretativa dell’aggravante in esame (e, anzi, ne fornisce una lettura molto più aderente alla “realtà dei servizi pubblici”). La soluzione scelta dalla Suprema Corte è, quindi, pienamente condivisibile sotto questo profilo; più problematico appare, invece, il raccordo con la teoria dell’organo indiretto, ma sulle criticità che una siffatta tesi può generare ci si è già ampiamente soffermati<sup>48</sup>; quanto, infine, alle distonie intrasistemiche che la nozione genera (di cui pure si è detto<sup>49</sup>), ribadiamo che sarebbe opportuna una revisione legislativa tale da offrire una soluzione ai conflitti di statuto che il modello può, nei vari contesti normativi, generare; o, in mancanza, una razionalizzazione, nel senso di una interpretazione evolutiva, dei parametri esistenti.

Concludendo, dunque, si può affermare quanto segue.

45. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 227.

46. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 227.

47. Cfr. VALLINI, *La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l’odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, n. 12/ 2012, 4293.

48. *Supra*, § 3. 2.

49. *Supra*, § 4.



Nella nebulosa concettuale del diritto interno – intriso di contraddizioni che, come abbiamo visto, ne minano la coerenza e determinano un'imbarazzante disomogeneità applicativa, unitamente ad ingenti disparità di statuto – il concetto di “organismo di diritto pubblico” sembra potersi offrire come utile *passé partout*, che consenta – attraverso una diversa, più razionale sistematizzazione dei criteri autoctoni (e attraverso lo scardinamento di tesi tautologiche, quale è quella dell’“organo indiretto”) – di livellare quelle asimmetrie che la precedente fase legislativa aveva prodotto.

E ciò, non in un modo che sia foriero di ulteriori conflitti di sistema, ma nel senso di consentire sì una rivoluzione esegetica, ma in maniera tacita: un'operazione, cioè, che non implica uno sconvolgimento eccessivo della normativa preesistente, essendo la nozione comunitaria ipotesi a mezza via tra le istanze oggettivistiche e quelle di matrice soggettiva, il cui unico effetto sarebbe non quello di eliderle, ma di armonizzarne la compresenza.