



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Incontro di studio sul tema: “Tecniche d’indagine e standards probatori in tema di reati contro la pubblica Amministrazione”.

Roma 26 – 28 settembre 2001

L’attività diretta e indiretta di rilievo pubblico e la responsabilità dell’ente derivante da reato. Le problematiche applicative poste dal d. lgs. n. 231/2001

1. Quello dell’individuazione dei soggetti della responsabilità amministrativa da reato è profilo che nei primi anni dell’applicazione del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 ha conosciuto scarso approfondimento nelle trattazioni dottrinarie e pressoché nessun riscontro nella produzione giurisprudenziale. Per un verso la definizione normativa della *line up* dei destinatari del nuovo modello di responsabilità era apparsa sufficientemente univoca, per l’altro l’originaria povertà e monotematicità dei cataloghi dei reati presupposto aveva fatto sì che protagonisti dell’illecito da reato fossero più che altro società commerciali, certamente iscrivibili in tale definizione.

Il vorticoso ampliamento dei summenzionati cataloghi e la progressiva maggior attenzione riservata dagli uffici giudiziari alla responsabilità degli enti hanno invece pia piano fatto emergere i problemi interpretativi che l’intrinseca genericità delle scelte linguistiche operate dal legislatore per identificare gli autori dell’illecito da reato nascondeva e che nell’ultimo anno alcuni arresti dei giudici di legittimità hanno evidenziato e reso attuali.

L’art. 1 comma primo d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 stabilisce che i destinatari del nuovo modello di responsabilità sono gli “enti”. Termine la cui evanescenza lessicale, in assenza di una nozione normativa, potrebbe farne ritenere una sorta di neutralità definitoria.

In realtà la volontà del legislatore è stata quella di configurare la responsabilità da reato nei confronti di una vasta platea di soggetti individuati per la comune vocazione ad imporsi come centri autonomi di imputazione degli atti compiuti dalla persona fisica che abbia agito nel loro interesse o a loro vantaggio e con la quale, dunque, non possano essere identificati. Ed in tal senso la scelta del vocabolo è dovuta proprio alla genericità del suo significato, scarsamente impegnativo sul piano definitorio - e dunque in grado di evitare commistioni terminologiche con istituti ben definiti del panorama normativo che avrebbero ridotto l’ambito di applicazione delle nuove disposizioni -, ma

al tempo stesso idoneo a fornire un'adeguata sintesi delle eterogenee categorie di soggetti iscritti nell'ambito di applicazione del d.lg. n. 231/2001¹.

I commi secondo e terzo del citato art. 1 definiscono poi l'effettivo ambito di applicazione soggettiva della nuova disciplina. Il primo dei due commi menzionati stabilisce, infatti, che non solo gli enti forniti di personalità giuridica sono responsabili dei reati commessi nel proprio interesse o vantaggio, ma anche le società e le associazioni che di tale personalità risultano prive. La disposizione recepisce sul punto le indicazioni contenute nella l. n. 300/2000, che aveva in questo modo ampliato gli orizzonti del progetto Grosso, dove era stata configurata esclusivamente la responsabilità delle "persone giuridiche".

Destinatario della normativa sono dunque innanzi tutto tutte le persone giuridiche private in senso proprio e cioè le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato che non hanno per scopo lo svolgimento di attività economica e che acquistano personalità giuridica ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2001 n. 361, nonché le società di capitali e cooperative; ma altresì tutti gli enti privati sprovvisti di personalità giuridica e quindi certamente le società a base personale (comprese le società "di fatto" e più in generale quelle "irregolari") e le associazioni non riconosciute (art. 36 c.c.)².

Va peraltro sottolineato, con riguardo all'identificazione dei soggetti diversi dalle persone giuridiche, come nella legge-delega vi fosse un generico riferimento agli "enti privi di personalità giuridica". Il legislatore delegato, come emerge dalla Relazione al decreto, si è in proposito preoccupato dell'eccessiva potenzialità espansiva della disciplina, mancando una definizione positiva del concetto di "ente". Il rischio è, infatti, quello di vedere estesa la disciplina del d.lg. n. 231/2001 a realtà assai disomogenee e dunque anche a quelle caratterizzate da un minimo coefficiente di organizzazione, che solo in apparentemente trascendono la singola persona fisica³.

In tal senso la formula utilizzata nel comma secondo dell'art. 1 ("società e associazioni anche prive di personalità giuridica") sembra dunque indirizzare l'interprete verso la selezione di quegli "enti" che, ancorché privi di personalità, comunque potrebbero ottenerla e che comunque risultano dotati di una apprezzabile complessità organizzativa in grado di differenziarli dalla persona fisica che commette il reato e ciò a prescindere dal fatto che gli stessi perseguano o meno una finalità lucrativa⁴.

Ispirandosi a questa impostazione la dottrina ha così affermato, ad esempio, l'inclusione dei "comitati" disciplinati dagli artt. 39 ss. c.c. nel novero dei destinatari della normativa in commento⁵, escludendo per converso che possa rientrarvi l'imprenditore individuale, quand'anche operi per il tramite di institori e con ampi supporti materiali⁶.

Conclusioni quest'ultime avvallate anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha per l'appunto escluso l'applicabilità del d.lg. n. 231/2001 alle imprese individuali, osservando come la disciplina

¹ V. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano 2006, 82.

² V. GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano 2001, 15; PECORELLA in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 69.

³ V. DI GIOVINE in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, LATTANZI (a cura di), Milano 2005, 33.

⁴ V. DI GIOVINE, *op. cit.*, 34.

⁵ V. PECORELLA, *op. cit.*, 71, GENNAI-TRAVERSI, *op. loc.ult.cit.*

⁶ V. DI GIOVINE, *op. loc.ult.cit.*; CERQUA, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, RASE 2006, 1, 181.

del d.lg. n. 231/2001 sia «riferita unicamente agli "enti", termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali»⁷.

E sempre in dottrina, evidenziando per l'appunto come si tratti di strutture sostanzialmente individuali in quanto non costituite per svolgere un'attività propria, giuridicamente distinta, cioè, da quelle dei singoli soggetti componenti, vengono escluse dal novero dei destinatari delle disposizioni del d.lg. n. 231/2001 i consorzi di gestione, i fondi patrimoniali tra coniugi, i condomini, le imprese familiari, le associazioni in partecipazione e le associazioni temporanee di imprese⁸.

D'altra parte ulteriore argomento a sostegno di una interpretazione restrittiva del concetto di "ente" può infine ritrarsi dalla disciplina della responsabilità patrimoniale contenuta nell'art. 27 del decreto. Infatti, la norma menzionata dispone che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria irrogata a seguito dell'accertamento della sua responsabilità risponda esclusivamente l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune. La previsione, se da un lato evita opportunamente il rischio che la persona fisica autrice del reato possa essere sostanzialmente sanzionata due volte per il medesimo fatto, dall'altro certamente consente la punizione anche degli enti ad autonomia patrimoniale "imperfetta" come quelli non dotati di personalità giuridica, seppure, per l'appunto, spezzando il cordone della responsabilità solidale delle persone fisiche che hanno agito in nome o per conto dell'ente⁹. Ma è indubbio che in tal modo il legislatore sembra aver voluto suggerire altresì che "ente", ai fini del d.lg. n. 231/2001, è una realtà identificabile rispetto alla persona fisica anche in ragione di una - seppur limitata - autonomia patrimoniale.

In definitiva scopo del d.lg. n. 231/2001 è quello di configurare un modello di responsabilità il cui destinatario naturale è l'organizzazione pluripersonale, a prescindere dallo schermo formale che la qualifica, ma comunque identificabile come entità distinta dalla persona fisica autrice del reato ed in quanto tale autonomamente individuabile come centro d'imputazione della scelta criminosa¹⁰

2. L'art. 1 comma terzo definisce ulteriormente i confini soggettivi della responsabilità da reato escludendo che lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli altri enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale possano essere considerati destinatari delle disposizioni del d.lg. n. 231/2001. Esclusione che, per i primi, trova la sua *ratio* nell'esigenza di evitare il trasferimento dei costi relativi all'applicazione delle eventuali sanzioni sulla collettività (il tradizionale principio per cui lo Stato non può pagare a sé stesso)¹¹ e per i secondi in quella di evitare l'interferenza del nuovo sistema sanzionatorio con l'esercizio di attività che, per quanto eventualmente esercitate anche da enti privati (si pensi ai sindacati ed ai partiti), risultano essenziali nel delicato equilibrio degli assetti costituzionali.

Il legislatore ha dunque escluso l'applicabilità del decreto a tutti gli enti pubblici iscrivibili nelle nozioni contenute nel comma primo dello stesso art. 1, con l'eccezione in buona sostanza degli "enti pubblici economici".

Categoria quest'ultima che tendenzialmente identifica l'area dell'impresa soggettivamente pubblica¹² e alla quale è estesa la disciplina codicistica dell'impresa ai sensi degli artt. 2093 e 2201

⁷ Cass. VI 3 marzo 2004, p.m. in proc. Ribera, CED 228833, in *Cass. Pen.* 2004, 4047.

⁸ V. CERQUA, *op. cit.*, 180; BRUNELLI-RIVERDITI in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova 2008, 77.

⁹ V. PECORELLA, *op. cit.*, 70.

¹⁰ V. BRUNELLI-RIVERDITI, *op. cit.*, 75.

¹¹ V. BASSI-EPIDENDIO, *op. cit.*, 77.

¹² Ancorchè tale identificazione non sia mai stata assoluta, come l'esperienza delle aziende autonome insegna.

c.c., ma che è divenuta oramai anacronistica all'esito del processo innescato dalla l. n. 352/1992 che ne ha sostanzialmente decretato l'estinzione.

A ben vedere, peraltro, il d. lgs. n. 231/2001 non cita gli enti pubblici economici, ma esclude dalla responsabilità da reato gli "enti pubblici non economici", con la quale, seguendo le indicazioni contenute nella Relazione al decreto, il legislatore delegato sembrerebbe aver voluto individuare quegli enti che nell'erogare un servizio pubblico non finalizzano la propria attività a scopi di profitto o di lucro, come, ad esempio, le aziende ospedaliere o le università pubbliche.

In ultima analisi il fenomeno cui il legislatore si è indirettamente rivolto, per includerlo nell'area di operatività del d. lgs. n. 231/2001, è quello del perseguimento di finalità pubblicistiche mediante l'esercizio in via principale od esclusiva di un'attività economica mediante gli strumenti del diritto privato e che lo stesso codice civile assoggetta allo statuto dell'impresa (v. ad es. artt. 2093 e 2201). Operando *iure privatorum* tali enti vengono dunque equiparati ai fini della responsabilità da reato alle società commerciali, atteso che la loro sottrazione al nuovo sistema sanzionatorio sarebbe parso discutibile una volta che, come le società commerciali (e in alcuni casi addirittura in competizione con quest'ultime), tali enti esercitano attività d'impresa ispirandosi quantomeno al criterio della correlazione tra costi e ricavi¹³.

La radicale esclusione degli enti pubblici "non economici" dall'area di operatività del decreto non era peraltro imposta dalla legge delega, che, infatti, espressamente menzionava esclusivamente lo Stato e gli altri enti pubblici esercenti pubblici poteri (art. 11 comma secondo)¹⁴. Il legislatore delegato - per come si legge ancora nella Relazione al decreto - ha ritenuto di dover estendere il senso della direttiva nel senso sopra ricordato, rilevando come l'inclusione del variegato catalogo degli enti pubblici non economici che non esercitano pubblici poteri (categoria a cui sono riconducibili sia gli enti pubblici associativi - come gli ordini professionali, l'ACI, la CRI, il CAI ecc. - sia gli enti pubblici che perseguono fini e interessi propri dello Stato - come l'INPS, l'ISTAT, il CNR, l'ENEA, ecc. - o, ancora, gli enti che erogano pubblici servizi) avrebbe comportato più problemi che altro, mentre l'eventuale irrogazione delle sanzioni interdittive avrebbe finito per ripercuotersi più che altro sui cittadini. E l'elezione del movente economico a criterio di selezione dei soggetti destinatari della normativa ha indubbiamente consentito al legislatore delegato di attribuire maggiore razionalità e coerenza al sistema¹⁵, sebbene la scelta susciti il legittimo sospetto di un eccesso di delega.

In definitiva può anche sostenersi che il legislatore, sottraendo gli enti pubblici "non" economici alla responsabilità da reato, abbia inteso includervi invece qualsiasi manifestazione di impresa pubblica¹⁶, indipendentemente dalla sua riconducibilità alla nozione, peraltro atipica, di ente pubblico economico. Ciò si coglie soprattutto guardando al rapporto regola-eccezione che intercorre tra il secondo e il terzo comma dell'art. 1 del decreto: nel primo comma viene affermata la vocazione di tutti gli enti, personificati e non, ad essere destinatari delle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001, nell'altro viene configurata l'eccezione, individuandosi tassativamente gli enti che pur in astratto assoggettabili alla regola, per volontà normativa ne vengono esentati. Ne discende che

¹³ Cfr. D'ARCANGELO, *Le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in RASE 2010, 4, 185.

¹⁴ V. FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in Cass. pen., 2010, 4080.

¹⁵ GENNAI-TRAVERSI, *op. cit.*, 20.

¹⁶ E dunque tanto l'impresa pubblica formale (gestita direttamente dalla persona giuridica di diritto pubblico), che quella sostanziale (costituita nelle forme del codice civile, ma controllata dal soggetto pubblico): cfr. GOISIS, *Imprese pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, IV, Milano, 2006, 2691.

qualsiasi altro soggetto non direttamente identificabile con quelli presi in considerazione dall'eccezione, rimane sottoposto alla regola, a prescindere dalla sua effettiva ulteriore catalogazione.

3. Come si è già accennato, peraltro, è la stessa categoria degli enti pubblici economici ad essere entrata in crisi¹⁷, tant'è che il conflitto interpretativo si è oramai concentrato sulla soggettività *ex d. lgs. n. 231/2001* delle società a partecipazione pubblica e di quelle a capitale misto in particolare.

Come noto già prima della “campagna” di liquidazione degli enti pubblici economici avviata nell'ultimo decennio del secolo scorso si dubitava che perfino tali enti conservassero ancora salienti tratti pubblicistici, giungendosi a negare che la radice soggettivamente pubblica degli stessi fosse sufficiente a rendere funzione pubblica (intesa come carattere invariante della pubblica amministrazione) la sua attività¹⁸. Ed a maggior ragione alle società partecipate (pur nella loro multiforme forma di manifestazione) si negava la qualifica di soggetti di pubblica amministrazione, «a meno di non voler estendere l'ambito di applicazione del concetto ad un campo così vasto da perdere lo *specificum* giuridico»¹⁹.

Con riguardo alla classificazione delle imprese pubbliche gestite in forma societaria la giurisprudenza amministrativa ha invece spesso seguito, anche di recente, un approccio oggettivo e “sostanzialistico” teso a relegare a mero dato formale la qualificazione privatistica del modello organizzativo adottato, ipotizzando una sorta di continuità funzionale tra l'ente titolare della partecipazione e la società partecipata, fino a considerare, quantomeno in alcuni casi, le società a partecipazione pubblica «veri e propri enti pubblici in forma societaria»²⁰. I limiti della presente relazione non lo consentono, ma in realtà tale orientamento andrebbe contestualizzato alle peculiari fattispecie, le cui variabili dipendono dal contenuto della eventuale specifica regolamentazione positiva di tali società e dall'eventuale previsione normativa di forme di controllo od influenza sulla gestione da parte dell'ente pubblico derogatori rispetto ai moduli civilistici, ovvero dalla necessità di stabilire l'applicazione a tali soggetti di norme di diritto pubblico o di affermare per taluni aspetti della loro attività la giurisdizione del giudice amministrativo (si pensi ad esempio all'art. 3, commi 26 e 28, del d. lgs. 163/2006 in materia di appalti), nonché dalla diversa intensità della partecipazione pubblica nell'ente societario.

Ad ogni buon conto, anche con particolare riferimento alle società a capitale misto²¹ la giurisprudenza amministrativa sembra aver consolidato un orientamento teso ad affermarne la natura pubblicistica, mentre quella civile di legittimità ha manifestato – pur con qualche oscillazione – maggior favore per la qualificazione privatistica²².

Ed è in tal senso che un orientamento dottrinale avanza più di qualche dubbio sull'assoggettabilità delle società a capitale misto al d. lgs. n. 231/2001, evidenziando in proposito

¹⁷ V. FIDELBO, *op. cit.*, 4081.

¹⁸ Per una rassegna del dibattito sul punto v. PICOZZA, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, I, Padova, 1990, 315 e ss.

¹⁹ PICOZZA, *op. cit.*, 341.

²⁰ D'ARCANGELO, *op. cit.*, 189, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

²¹ E cioè le società alla costituzione del cui capitale sociale concorrono il soggetto pubblico (cui spetta il monopolio dell'iniziativa di costituzione) e quello privato e il cui oggetto riguarda l'esercizio di attività pubbliche: v. *amplius* LEVIS-MANACORDA-GROMIS DI TRANA, *Le società miste*, Milano, 2005.

²² V. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, 1896 e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, RASE 2006, 1, 157 e D'ARCANGELO, *op. loc. ult. cit.*

come il metodo per la ricerca dei soci (sostanzialmente la procedura ad evidenza pubblica), le limitazioni imposte normativamente all'oggetto sociale, la disciplina della composizione dell'organo deputato al controllo interno, nonché la sottoposizione di tali soggetti al controllo esterno della Corte dei Conti sarebbero tutti indici che effettivamente confermerebbero la natura pubblica delle società medesime, da cui discenderebbe una sorta di incompatibilità con la responsabilità da reato delle stesse, evidenziato tra l'altro dalla presunta inapplicabilità di alcune delle disposizioni del citato decreto come quelle in materia di sanzioni interdittive o di vicende modificative dell'ente²³.

4. In realtà non sembrano sussistere, *de iure condito*, argomenti decisivi che consentano di avvalorare l'esonero ipotizzato dalla dottrina menzionata.

Si è in tal senso sostenuto che alle società a partecipazione pubblica non può attribuirsi natura di ente pubblico e dunque escludere che le stesse abbiano soggettività tipica ai fini della configurabilità della responsabilità da reato risulterebbe il frutto di una ingiustificata estensione analogica del dato normativo²⁴. In altri termini l'esercizio in forma societaria dell'impresa soggettivamente (anche) pubblica automaticamente impedirebbe comunque di invocare il terzo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 231/2001, atteso che le società di diritto privato sono in ogni caso assoggettate, senza eccezioni, alla responsabilità da reato per volontà del secondo comma del medesimo articolo. E l'argomento a questo punto andrebbe esteso a qualsiasi società a partecipazione pubblica (anche integrale), atteso che l'elezione del modulo societario per perseguire le finalità pubbliche comunque impedirebbe l'attribuzione della qualifica di ente pubblico.

Tali conclusioni solo apparentemente risultano inconciliabili con quelle cui approda la già illustrata giurisprudenza amministrativa in merito alla natura delle società a partecipazione pubblica.

Innanzitutto va ricordato che nemmeno tale giurisprudenza si spinge fino ad escludere che le stesse perseguano ai sensi dell'art. 2247 c.c. il fine lucrativo tipico di qualsiasi società, ritenendo anzi quest'ultimo compatibile con lo scopo pubblico che ne ha comunque determinato la costituzione. Insomma la giurisprudenza in questione non nega che si tratti a tutti gli effetti di società tipiche, ma riconosce a determinati effetti la loro soggettività di diritto pubblico.

In secondo luogo l'orientamento che vuole le stesse destinatarie della responsabilità da reato imposta correttamente la questione prendendo le mosse dalla ricostruzione dell'autonomo contenuto precettivo delle disposizioni contenute nell'art. 1 del d. lgs. n. 231/2001. Quest'ultimo effettivamente assoggetta alla responsabilità da reato tutte le società, senza distinguere in ordine alla qualifica dei soci o alle finalità pubbliche che ne caratterizzano l'oggetto.

In tal senso il legislatore non sembrerebbe dunque aver voluto prendere posizione sulla natura delle società a partecipazione pubblica (siano esse miste o meno), ma più semplicemente stabilire che per il solo fatto di essere riconducibili al *genus* societario – e dunque come detto di perseguire anche fini lucrativi – risultano destinatarie delle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001, atteso che per l'applicazione di queste ultime l'eventuale ibridazione pubblicistica del modello legale privatistico rimane un fatto neutro. Del resto, come già accennato, apparirebbe difficilmente giustificabile la

²³ V. MANACORDA, *op. cit.*, 159 e ss..

²⁴ V. IELO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, RASE 2009, 2, 111; FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, 2201.

sottrazione alla responsabilità da reato quantomeno di quelle società “pubbliche” che competono sul mercato con enti privati soggetti invece alle medesime disposizioni.

L’obiezione per cui a tali società risulterebbero inapplicabili alcune delle norme del decreto menzionato risulta invece inconsistente. In realtà non vi è ragione alcuna per cui alle stesse non dovrebbero essere applicate le sanzioni interdittive, atteso che le stesse possono essere sostituite dal commissariamento dell’ente, misura la cui disposizione, ai sensi dell’art. 15, ha per presupposto proprio l’ipotesi che quest’ultimo renda un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità²⁵. Non di meno anche le disposizioni che regolano la responsabilità dell’ente in caso di sua modificazione non sono di per sé incompatibili con il profilo strutturale e funzionale delle società di cui si tratta, fermo restando che particolari norme di legge deputate a definirne la disciplina ben possono eventualmente derogare, in quanto speciali, a quanto disposto dal d. lgs. n. 231/2001.

Altra semmai è l’obiezione che si potrebbe sollevare e riguarda per l’appunto il significato del terzo comma dell’art. 1 del d. lgs. n. 231/2001 e dell’implicito riferimento che lo stesso sembra compiere, come si è detto, agli enti pubblici economici.

Come si è già sottolineato, però, la disposizione citata si premura di estendere l’esonero dalla responsabilità da reato a tutti quegli enti pubblici anche non esercenti pubblici poteri la cui attività non sia caratterizzata dal movente economico. Il che certamente consegna al d. lgs. n. 231/2001 eventuali enti pubblici economici, se ancora ce ne fossero. In proposito va peraltro evidenziato, per un verso, che all’epoca dell’emanazione del decreto l’opera di “privatizzazione” degli stessi non si era ancora completamente conclusa e per l’altro che lo stesso decreto contiene lo statuto generale della responsabilità degli enti e dunque la disposizione di cui si tratta non necessariamente perde assolutamente di valore perché in un determinato periodo storico gli enti pubblici economici hanno cessato di esistere (così come, ad esempio, gli artt. 2093 o 2201 c.c.)²⁶. Comunque la formula legislativa non implica una scelta di campo in ordine alla natura delle società a partecipazione pubblica e sarebbe in ogni caso idonea ad attrarle nella sfera della responsabilità da reato qualora le stesse dovessero essere qualificate come enti pubblici economici.

Si è peraltro osservato²⁷ che la scelta organizzativa di perseguire l’interesse pubblico attraverso strumenti formalmente privatistici non necessariamente viene ispirata (anche) allo scopo lucrativo. L’obiezione ovviamente evoca la complessità e farraginosità del panorama normativo cui deve guardarsi per ricostruire la disciplina delle diverse tipologie di enti creati dal legislatore quando non addirittura dei singoli soggetti e a cui già si è fatto cenno.

In proposito deve ammettersi che l’eventuale espressa esclusione di tale scopo dall’orizzonte della società ovvero la configurazione dell’oggetto sociale in maniera del tutto incompatibile con il suo perseguimento costituirebbero sintomi di una pervasiva pubblicizzazione dell’ente, tale da suscitare dubbi sulla sua classificazione ai fini dell’applicazione del d.lgs. n. 231/2001. Ma ciò in quanto deve a questo punto dubitarsi perfino che tale “società” possa effettivamente identificarsi con il tipo richiamato nel secondo comma dell’art. 1 del decreto.

In realtà oggi le stesse limitazioni alla responsabilità degli enti pubblici configurate dal terzo comma dell’art. 1 del decreto sono sempre più spesso messe in discussione, atteso che

²⁵ Lo stesso Autore di cui si critica l’opinione sembra aver successivamente mutato opinione, riconoscendo proprio il ricorso all’istituto del commissariamento nei confronti delle società “pubbliche”: v. MANACORDA, *Le nuove frontiere del decreto 231: l’attività economica pubblica*, in *RASE* 2011, 3, 35.

²⁶ Cfr. DI GIOVINE, *op.ult. cit.*, 1892.

²⁷ V. DI GIOVINE, *op.ult. cit.*, 1897.

l'ampliamento dei cataloghi dei reati presupposto soprattutto ai reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro e di ambiente rende sempre più difficilmente giustificabile la sottrazione di alcuni soggetti pubblici al d. lgs. n. 231/2001²⁸, talchè appaiono ancora meno comprensibili i tentativi di fornire interpretazioni viepiù estensive della norma citata.

5. Le conclusioni fin qui rassegnate in qualche modo si riflettono in due recenti pronunzie di legittimità, che hanno per l'appunto riconosciuto come soggetti tipici della responsabilità da reato, rispettivamente, le società a capitale misto²⁹ e le società d'ambito (a totale partecipazione pubblica)³⁰, rilevando come la loro attività sia ispirata al principio di economicità, inteso come perseguimento quantomeno della remunerazione dei costi attraverso la gestione dell'oggetto sociale.

Nella prima pronunzia la Corte si è volutamente astenuta dal pronunciarsi sulla natura più o meno pubblica delle società miste (pur ricordando come le Sezioni Unite Civile ne abbiano affermato la natura privatistica in passato), ma ha evidenziato come in ogni caso l'elezione del modulo societario per svolgere un'attività economica denuncia la finalità anche lucrativa della stessa e dunque la sussistenza, per l'appunto, di un movente economico in ogni caso sufficiente ad escludere l'operatività della clausola di esenzione prevista dal terzo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 231/2001 e ciò a prescindere dalla destinazione degli utili generati dalla medesima attività.

Con la seconda pronunzia i giudici di legittimità hanno ribadito i medesimi concetti, affermando altresì l'irrelevanza del fatto che alle società d'ambito sia stata trasferita d'imperio e per volontà legislativa un'attività (la gestione del ciclo dei rifiuti nel territorio siciliano) in precedenza attribuita agli enti pubblici territoriali, soggetti certamente esentati dalla responsabilità da reato. In tal senso la sentenza sottolinea come sia proprio l'affidamento dell'attività ad un ente per il quale la realizzazione di un utile economico è tratto caratterizzante la sua stessa costituzione a segnare la differenza, ribadendo dunque come la clausola di esonero abbia un fondamento eminentemente soggettivo. Né l'originaria assegnazione all'ente territoriale di una attività certamente attinente valori costituzionali trasforma l'ente che l'eredita sol per questo in ente di rilievo costituzionale, atteso che per l'appunto non va confuso il valore costituzionale coinvolto con il rango costituzionale del soggetto deputato a realizzarlo o tutelarlo, in quanto è ente di rilievo costituzionale solo quello che sia quantomeno menzionato nella carta fondamentale (principi analoghi sono affermati anche nell'altra pronunzia).

Le due pronunzie non affermano chiaramente che società miste e d'ambito sono soggette alla responsabilità da reato in quanto, per l'appunto, società, né si sbilanciano sul versante opposto nel catalogarle come enti pubblici economici nel senso di cui agli artt. 2093 e 2201 c.c., limitandosi a riconoscere che il movente economico comunque non le sottrae al d. lgs. n. 231/2001 in forza dei limiti esegetici della clausola di esenzione prevista dal terzo comma dell'art. 1 del medesimo. In realtà nell'indugiare ripetutamente sull'essenzialità di tale movente al modulo formale prescelto per

²⁸ Cfr. FIDELBO, *op. cit.*, 4081; DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 1903.

²⁹ Cass. II 9 luglio 2010, p.m. in proc. Vielmi, CED 247669: « *Gli enti pubblici che svolgono attività economica e le società commerciali a capitale "misto", pubblico e privato, che svolgono servizi pubblici rispondono dei reati commessi nel loro interesse o vantaggio ai sensi delle disposizioni del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*». Nel caso di specie la società gestiva un ospedale.

³⁰ Cass. II 26 ottobre 2010, p.m. in proc. Enna, CED 248795; « *Le società per azioni costituite per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti, trasferite alle stesse da un ente pubblico territoriale (cosiddette società d'ambito), sono soggette alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti*».

la loro costituzione finiscono però entrambe per riconoscere che si tratta di soggetti destinatari delle disposizioni del decreto proprio in quanto società di diritto privato, ammettendo l'irrelevanza ai fini qui di interesse dell'ibridazione pubblicistica della disciplina specificamente dedicata alle stesse (e che nel caso delle società d'ambito risulta particolarmente pronunziata).

Il criterio del movente economico permette infine di ritenere che la clausola di esenzione del comma terzo dell'art. 1 non possa mai riguardare quegli enti a soggettività privata che svolgono un pubblico servizio (ad esempio in regime di concessione), giacché anche in tali casi la finalità di natura pubblicistica si somma a quella lucrativa, tanto più che la previsione nella stessa legge delega delle peculiari sanzioni interdittive dedicate proprio a questi soggetti sembra imporre una siffatta interpretazione³¹.

³¹ DI GIOVINE, *op. cit.*, 37.