

OSSERVA

Con sentenza del 3 maggio 2010, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo ha dichiarato, all'esito della udienza preliminare, non luogo a procedere nei confronti di GUADAGNA Vincenzo, MILITELLO Andrea, COMANDE' Giuseppe GAROFALO Francesco, CORRADO Marco, CANCEMI Pietro, MANISCALCO Sergio, POLIZZOTTO Dario, LICARI Giuseppe, ROVETTO Salvatore, MATTALIANO Giuseppe, LO NANNO Francesco, SCALICI Salvatore, ALAIMO Giovanni, TUZZOLINO Antonio, TRIPI Carmelo, LA BARBERA Giuseppe e SCHILLACI Gaetano in ordine al reato di truffa aggravata a norma dell'art. 640, cpv. n. 1 cod. pen., perchè, esclusa l'aggravante, il reato non è procedibile per difetto di querela. Il Giudice preliminare ha in particolare rilevato che le truffe contestate erano state realizzate in danno della AMIA S.p.A., società che si occupa della raccolta di rifiuti per il Comune di Palermo, e della AMIA Essemme s.r.l., società che si occupa della spazzatura delle strade dello stesso Comune e che è dal medesimo controllata; soggetti, entrambi, che, a suo avviso, non rivestono la qualità di enti pubblici, con la conseguenza di rendere la aggravante contestata non sussistente nella specie, e per l'effetto non procedibile il reato per mancanza di querela.

Ha proposto appello, qualificato come ricorso dalla Corte territoriale, il pubblico ministero, il quale deduce la opposta tesi, rievocando giurisprudenza delle Sezioni Unite civili di questa Corte, alla luce della quale ritiene nella specie sussistente il presupposto della aggravante contestata, dal momento che il trasferimento di funzioni istituzionali al soggetto privato determinerebbe l'inserimento della società nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, e giustificerebbe l'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità, abilitando, per *cò* stesso - ed *a fortiori* - a configurare la contestata ipotesi di truffa aggravata per essere stato il reato commesso ai danni di un ente pubblico. Sarebbe poi comunque errato l'assunto, fatto proprio dal giudice *a quo*, secondo il quale nella specie andrebbe esclusa la qualità di persona offesa in capo al Comune di Palermo, posto che l'AMIA è deputata a soddisfare i bisogni di interesse generale agendo come *longa manus* dell'ente territoriale. In concreto, osserva il ricorrente, gli imputati con la loro condotta truffaldina avrebbero di fatto impedito al Comune di Palermo di perseguire una finalità pubblica attraverso il ricorso ad un privato cui era stato demandato l'esercizio di funzioni che, comunque, rimanevano proprie della pubblica amministrazione.

La tesi del ricorrente si fonda, dunque, su di un approccio di tipo "sostanzialistico" che, anzichè ricorrere a parametri di tipo soggettivistico formale, individui un criterio oggettivo di identificazione dell'ente che faccia leva, essenzialmente, sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate. Reputa infatti il ricorrente che attraverso la previsione per gli enti territoriali di provvedere alla gestione dei servizi pubblici tramite società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, sia stata attuato un trasferimento di

funzioni istituzionali dalla amministrazione al privato, in base al quale quest'ultimo è chiamato ad operare nei settori e con le attribuzioni che la legge ha inteso conferire. Diverrebbe dunque significativa, in tale prospettiva, la giurisprudenza delle Sezioni unite civili di questa Corte in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti, ove si afferma che «ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge n. 20 del 1994, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi del regolamento di contabilità dello Stato e tramite soggetti non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione o in un contratto di diritto privato: il baricentro per discriminare la giurisdizione contabile da quella ordinaria si è, infatti, spostato dalla qualità del soggetto, che può essere un privato o un ente pubblico non economico, alla natura del danno e degli scopi perseguiti» (Cass., Sez. un., n. 24672 del 2009; Cass., Sez. un., n. 19815 e n. 11654 del 2008, n. 14101 del 2006, n. 10073 del 2005).

L'orientamento del ricorrente si rivela del tutto in linea con una recente pronuncia di questa Sezione, nella quale si è affermato che, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen., rientrano nella categoria di enti pubblici tutti gli enti strumentali al perseguimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, posti in situazione di stretta dipendenza nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico in senso formale. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che costituisce ente pubblico, ai fini in questione, la Porto Imperia s.p.a., società per azioni partecipata da un ente pubblico - il Comune di Imperia - e concessionaria di opera pubblica su area demaniale). (Vedi Corte cost., sentenze n. 466 del 1993, n. 363 del 2003, n. 29 del 2006; vedi Cass. civ., Sez. un., sentenze n. 9940 del 2005, rv. 580687-8, n. 24722 del 2008, rv. 605300, n. 27092 del 2009, rv. 610699, n. 8225 del 2010, rv. 612507, n. 10068 del 2011, rv. 617006, n. 3692 del 2012, rv. 621677). (Sez. 2, n. 42408 del 21/09/2012 - dep. 30/10/2012, Caltagirone Bellavista, Rv. 254038).

L'articolato percorso argomentativo secondo il quale si è sviluppata la pronuncia, dopo aver focalizzato in chiave diacronica i diversi passaggi che hanno contrassegnato una tendenziale spinta "centrifuga" rispetto agli originari connotati "statalistici" che avevano caratterizzato la identificazione della pubblica amministrazione in genere e degli enti pubblici in specie, ed il successivo e sempre più marcato trasferimento anche a soggetti di diritto privato di compiti di natura pubblica, ha sottolineato come, accanto alla sostanziale impossibilità di individuare una nozione unitaria di ente pubblico, il dibattito si sia in particolare concentrato sulla configurabilità di enti pubblici a struttura societaria.

In tale prospettiva ha dunque rievocato la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale, agli effetti della individuazione della natura pubblica di un ente, più che alla struttura societaria, occorre prestare attenzione alle finalità che l'ente intende

perseguire e più in particolare alla «strumentalità pubblicistica e il conseguente assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale». Una configurazione, questa, a sua volta in linea con la giurisprudenza comunitaria, pure richiamata dalla Corte costituzionale, secondo la quale, per aversi un organismo di diritto pubblico, occorre avere riguardo al fatto che le decisioni dell'ente siano sotto l'influenza determinante di un soggetto pubblico e che l'ente sia stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Principi, questi, di cui vi è traccia applicativa in varie decisioni del giudice amministrativo e delle Sezioni Unite di questa Corte, anche – come si è già accennato – in sede di regolamento di giurisdizione, tanto tra giudice ordinario e giudice amministrativo che in tema di riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile.

In definitiva – osserva la pronuncia in questione – la nozione di ente pubblico rilevante ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui qui si tratta, può, nel sistema ordinamentale nel quale si inserisce, essere mutuata dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria recepita dal legislatore nazionale, reputata «certamente corrispondente all'originario intento del legislatore del codice penale di sanzionare tutte quelle condotte che incidono su soggetti-persone giuridiche strumentali al perseguimento di “bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” e, in tal senso, posti in situazione di stretta dipendenza nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico in senso formale».

Il passaggio da una disamina di tipo strutturale o ordinamentale, ai fini della individuazione della natura pubblica dell'ente, ad un approccio di tipo funzionale, concentrato sulla natura delle esigenze che l'ente è chiamato a soddisfare e sul carattere strumentale che tali funzioni presentano rispetto alla pubblica amministrazione in senso proprio, rappresenta un passaggio rispetto al quale si riscontrano numerosi precedenti in senso contrario.

In particolare, e quale precedente assolutamente sovrapponibile proprio alla vicenda oggetto del presente procedimento, può infatti evocarsi la decisione di questa stessa Sezione con la quale si è affermato che non è configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa in relazione ad una società per azioni incaricata del servizio di raccolta, smaltimento e gestione complessiva dei rifiuti a norma dell'art. 23, d.lgs. n. 22 del 1997, in quanto la natura pubblica del servizio prestato e delle funzioni svolte assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 cod. pen.. (Sez. 2, n. 41498 del 29/09/2009 - dep. 28/10/2009, Bilardello, Rv. 244943). In tale decisione, dopo aver sottolineato come non potesse essere revocato in dubbio che le società per azioni costituite ai sensi dell'art. 23 del d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 in tema di gestione dei rifiuti urbani siano finalizzate alla realizzazione di un servizio pubblico, dovesse tuttavia prevalere, ai fini della applicazione della aggravante di che trattasi, la natura dell'ente; con la conseguenza che, trattandosi di una società di diritto privato, pur con talune deroghe rispetto alla

comune disciplina, dovesse essere riconfermato il consolidato orientamento già espresso in materia dalla giurisprudenza di legittimità.

Ed in effetti, la giurisprudenza di questa Corte si è più volte espressa in questo senso, proprio in tema di privatizzazioni e di società chiamate a svolgere servizi di interesse per la collettività. Così, ad esempio, a proposito dell'ENEL dopo la sua trasformazione in società per azioni, si è affermato che, proprio per effetto della trasformazione di questo da ente pubblico in società per azioni ad opera dell'art. 15 d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359, non è più configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato, con la conseguenza che non può procedersi d'ufficio ma a querela di parte. (Fattispecie nella quale la Corte, d'ufficio, ha rilevato la mancanza di querela ed ha annullato senza rinvio il capo concernente la condanna per il reato di truffa, eliminando la relativa pena). (Sez. 5, n. 38071 del 05/04/2005 - dep. 19/10/2005, Maggiore, Rv. 233073). Allo stesso modo, per le Ferrovie dello Stato: si è ritenuto, infatti, che il delitto di truffa in danno delle Ferrovie dello Stato è punibile a querela, non potendosi configurare, in ragione della natura privatistica (società per azioni) del soggetto passivo, l'aggravante di cui all'art. 640 cpv. n. 1 cod. pen. (Sez. 2, n. 5028 del 17/03/1999 - dep. 20/04/1999, De Mase, Rv. 213154). In senso analogo è stato affermato che con la trasformazione dell'ente pubblico economico "Poste Italiane" in società per azioni, non è più configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa, in quanto la natura eventualmente pubblica del servizio prestato assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 cod. pen. (Sez. 2, n. 8797 del 11/02/2003 - dep. 24/02/2003, Catalfano, Rv. 223664). Nel medesimo senso si è ritenuto che con la trasformazione dell'ente pubblico economico "Azienda Torinese Mobilità" in società per azioni non è più configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa, in quanto la natura eventualmente pubblica del servizio prestato assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 cod. pen. (Sez. 2, n. 35603 del 23/06/2004 - dep. 27/08/2004, P.G. in proc. Finotti, Rv. 229728. V. anche Sez. 2 n. 7226 del 2006, Rv. 233158). Analogamente, si è detto che, in tema di truffa, non è configurabile l'aggravante di cui all'art. 640 n.1) cod. pen. allorché il reato sia commesso ai danni di una "società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, partecipata o costituita dall'ente titolare del pubblico servizio" (art. 22 Legge n. 142 del 1990) incaricata di gestire il servizio. (La Corte ha precisato che non valgono a mettere in dubbio la natura privatistica della società i vincoli ad essa imposti dall'Ente pubblico in materia di gestione del servizio, del personale e delle somme introitate). (Sez. 2, n. 8771 del 28/01/2005 - dep. 07/03/2005, P.G. in proc. Foa', Rv. 231155).

In epoca più risalente, si è affermato che le società controllate dall'istituto per la ricostruzione industriale (I.R.I.), sia che tale controllo si espliciti mediante una partecipazione diretta di tale istituto al capitale sociale sia che, invece, si svolga indirettamente mediante società finanziarie sussidiarie, di cui l'istituto medesimo

possegga una partecipazione di controllo, hanno natura giuridica di enti di diritto privato, sì che una truffa a danni di tali società non può ritenersi aggravata ai sensi del cpv. n. 1 dell'art. 640 cod. pen. (fattispecie concernente la società "autostrade - concessioni e costruzioni autostrade s.p.a.). (Sez. 1, n. 949 del 23/03/1987 - dep. 23/06/1987, Lucarelli, Rv. 176224).

Non sembrano porsi in contrasto con tale orientamento neppure due pronunce nelle quali si è affermato che, in tema di truffa, è configurabile l'aggravante di cui all'art. 640, comma 1, n. 1 cod. pen. allorché il reato sia commesso ai danni di una delle aziende speciali istituite dai comuni per la gestione dei servizi pubblici (art. 22 e 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successive modifiche), le quali rivestono natura di enti pubblici economici, posto che l'art. 640 succitato, ai fini della configurabilità dell'aggravante, non opera alcuna distinzione nell'ambito degli enti pubblici. (Sez. 2, n. 31424 del 03/07/2003 - dep. 24/07/2003, Mozzone, Rv. 226537. V. anche, stesso estensore, Sez. 2, n. 9875 del 2000, Rv. 217701). Si è infatti sottolineato, al riguardo, che le "aziende speciali" di cui all'art. 23 della legge sulle autonomie locali integrano un ente strumentale dell'ente locale, che conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali. La strumentalità rispetto alla gestione dei servizi pubblici da parte dell'ente locale è testualmente affermata dalla norma, sicché la natura di ente pubblico economico - si è osservato - si desume, quindi da questa particolare posizione della Azienda, la quale, da un lato, ha "l'obbligo di pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi" (art. 23, comma 4) e, dall'altro, è sottoposta ai penetranti controlli di cui all'art. 23, comma 6, tanto invasivi da determinare per l'ente locale l'obbligo della copertura dei "costi sociali".

Ancora una volta, dunque, ci si muove, a quanto sembra, nell'ambito di una disamina di tipo "strutturale" dell'ente, e del suo nesso di intima strumentalità rispetto alla amministrazione, senza privilegiare il tipo di "servizio" o funzione che l'ente stesso è chiamato a svolgere.

Il segnalato contrasto sembra tuttavia coinvolgere profili di indagine che vanno al di là della soluzione del quesito di specie che evoca il ricorso del ricorrente, giacché i diversi "principi" o, se si vuole, i variegati indici di riconoscimento della natura pubblica dell'ente distillati dai diversificati apporti giurisprudenziali diffusamente passati in rassegna dalla sentenza Caltagirone, paiono risentire non poco delle specifiche "finalità" che le diverse pronunce sono state chiamate a soddisfare nei rispettivi ambiti di giurisdizione (costituzionale, ordinaria, contabile, comunitaria). Non v'è dubbio, infatti - per stare ai principi enunciati dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 466 del 1993 - che la individuazione della natura di un ente come pubblico presenti delle peculiarità ove si tratti di stabilire se lo stesso sia o meno assoggettabile al controllo della Corte dei conti, con l'ovvia conseguenza che quei principi non necessariamente assumono valenza dirimente ove la natura dell'ente debba essere riguardata ad altri fini. Lo stesso è a dirsi per ciò che riguarda la

giurisprudenza formatasi in tema di riparto di giurisdizione agli effetti della responsabilità contabile, o quella comunitaria in tema di persone giuridiche pubbliche.

Il problema è che, evidentemente, agitando la questione sul terreno del diritto penale sostanziale, la nozione di “ente pubblico”, agli effetti che qui interessano, non può che essere ragguagliata ai paradigmi della tassatività e determinatezza che trovano nell’art. 25, secondo comma, Cost., la relativa copertura costituzionale, e che rinvencono diretta menzione nell’esplicito enunciato dell’art. 1 cod. pen., ove è appunto stabilito che “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto dalla legge come reato, nè con pene che non siano da essa stabilite”. E’ noto, d’altra parte, che i due obiettivi fondamentali che stanno al fondo del principio di determinatezza consistono, «per un verso, nell’evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penale della propria condotta» (Corte cost., sentenza n. 327 del 2008).

D’altra parte, anche a norma dell’art. 7 della CEDU, per come costantemente interpretato dalla Corte di Strasburgo, il reato (e le relative circostanze) debbono rispondere ai criteri di «chiarezza, accessibilità e prevedibilità»; condizioni, queste, che possono ritenersi soddisfatte «quando la persona sottoposta a processo abbia modo di conoscere, a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, attraverso l’interpretazione datane dai giudici, le azioni ed omissioni per le quali è penalmente perseguibile e la pena che sarà pronunciata per l’azione commessa e/o per l’omissione [...]. Per di più la prevedibilità della legge non impedisce alla persona interessata di essere portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, in misura ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze derivanti da una determinata azione» (v., fra le altre, Del Rio Prada c. Spagna, del 10 luglio 2012; Sud Fondi s.r.l. c. Italia, del 10 maggio 2012).

E’ ben vero che l’aggravante della truffa commessa ai danni dello Stato o di un “altro” ente pubblico (l’aggettivo parrebbe evocare un ente “altro” rispetto allo Stato, ma allo stesso “ragguagliabile” sul versante delle relative connotazioni pubblicistiche) dall’art. 640, secondo comma, n. 1 del codice penale vigente (l’art. 413 del codice Zanardelli, prevedeva analoga aggravante per la truffa commessa «a danno di un’amministrazione pubblica o di un istituto di pubblica beneficenza»), presuppone esigenze di “adattamento” storico, essendo evidente il modificarsi subito nel tempo dei criteri identificativi e degli aspetti funzionali che caratterizzano gli apparati amministrativi e ordinamentali in cui può articolarsi l’*agere* della pubblica amministrazione; non senza sottolineare come sia ormai unanimemente riconosciuta la sostanziale impossibilità (e per taluni, la stessa superfluità) di pervenire ad un risultato definitorio “unificante” di come qualifichi un ente come “pubblico”.

Ma è altrettanto vero, a parere di questo Collegio, che – proprio in ragione dei mutamenti di cui si è detto – appaia ormai indispensabile, agli effetti della aggravante

della truffa, una puntualizzazione che fornisca con chiarezza gli indici di "riconoscibilità esterna" dell'ente, al di là dell'approccio casistico sin qui seguito, prima della innovativa sentenza Caltagirone di cui si è detto.

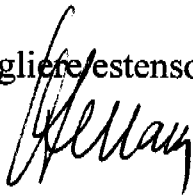
Non può, da ultimo, ritenersi fondato l'assunto del ricorrente secondo il quale nella specie anche il Comune di Palermo avrebbe rivestito la qualità di offeso dal reato, in quanto le società truffate sono società di capitali, dotate di autonoma personalità giuridica e rappresentano le uniche soggettività offese dal reato di truffa; solo a queste spetta, dunque, l'esercizio del diritto di querela da parte dei relativi organi rappresentativi, non potendosi tale "qualità" attribuire alle persone o agli enti titolari delle relative quote o azioni.

Tenuto conto dell'indicato contrasto e per evitare l'insorgenza di futuri ulteriori contrasti di giurisprudenza, avuto riguardo anche alla necessità che, sul più generale tema della individuazione dei criteri in base ai quali poter qualificare un ente come pubblico agli effetti della aggravante menzionata, intervenga una pronuncia chiarificatrice da parte del Collegio allargato, si reputa opportuno rimettere il ricorso alle Sezioni Unite.

P. Q. M.

Visto l'ar. 618 cod. proc. pen.
Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.
Così deciso in Roma, il 15 marzo 2013

Il Consigliere estensore



Il Presidente

