

## LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE AUTORITÀ D'AMBITO E LA TUTELA DI INTERESSI DIFFUSI

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

*Le A.T.O. costituite nella forma di società per azioni in quanto soggetti pubblici economici soggiacciono alla normativa di cui al d.lgs. dell'8.6.2001, n. 231, indipendentemente dal fatto che siano costituite o assegnatarie di funzioni pubbliche affidate da enti, centrali o territoriali*

Gli enti pubblici economici soggiacciono alla normativa di cui al d. lgs. dell'8.6.2001, n. 231 *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della l. 29.9.2000, n. 300”*.

Questa la conclusione della Seconda Sezione della Corte di cassazione che, con la sentenza n. 234 del 10.1.2011 analizza, in particolare, il sistema delle società per azioni costituite o assegnatarie di funzioni pubbliche affidate da enti, centrali o territoriali.

Si parla, in questo caso, di *“autorità d'ambito”*, strutture con personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione di determinati servizi pubblici integrati: ad esempio, quello idrico e quello dei rifiuti. Ambito Territoriale Ottimale (A.T.O.) è quello in cui, con legge regionale, vengono organizzati detti servizi. Secondo la l. n. 42/2010, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 2/2010, gli A.T.O. dovrebbero essere aboliti entro marzo 2011 e le funzioni dovrebbero essere riattribuite dalle regioni. La tematica è tuttavia connessa ai prossimi referendum abrogativi 2011, riguardanti, tra l'altro, l'acqua (ed in generale i Servizi Pubblici): la normativa sul tema, pertanto, potrebbe evolvere.

Alle autorità d'ambito possiamo considerare morfologicamente affini i consorzi di comuni, che nascono, appunto, per la gestione integrata di servizi.

Il quesito cui si propone di rispondere la sentenza che si segnala è se dette figure siano soggette alla responsabilità da reato degli enti disciplinata dal d. lgs. n. 231/2001, responsabilità cui non soggiacciono, ai sensi dell'art. 1, co. 3, di detto decreto, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti

pubblici non economici. Si vuole appurare, in altre parole, se le società d'ambito, costituite nella forma di società per azioni, per espletare secondo criteri di economicità le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali, siano inquadrabili nel novero dei soggetti esclusi.

Nel processo de quo, è il pubblico ministero a ricorrere, e lamenta la linea adottata dal Tribunale di prime cure: questi, pur riconoscendo alla Società per azioni coinvolta la natura di ente pubblico economico, ha ritenuto la stessa non soggetta al d. lgs. n. 231/2001.

Ciò, sulla scorta di una interpretazione dell'art 1, co. 3, del decreto che il ricorrente ritiene erronea e per la quale il trasferimento da parte dei Comuni della provincia delle loro funzioni all'A.T.O. in questione, che svolge conseguentemente funzioni pubbliche proprie degli enti territoriali, la solleverebbe da responsabilità.

L'interpretazione del Tribunale amplia il novero dei soggetti esclusi dall'applicazione del citato d. lgs. n. 231/01, e produce, a cascata, una disapplicazione e, sostanzialmente, una violazione tanto dell'art. 15, co. 1 lett. a)<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> L'articolo è intitolato al Commissario giudiziale e recita che, *“se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. 2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giu-*

quanto dell'art. 45, co. 3 del predetto decreto<sup>2</sup>.

Il primo disciplina la nomina di un commissario straordinario in sostituzione di una sanzione interdittiva e per un tempo corrispondente alla durata della medesima, quando, tra l'altro, la stessa sia suscettibile di determinare una interruzione di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità con grave pregiudizio per la collettività.

Il secondo prevede l'applicabilità dello strumento di cui all'art. 15 (con gli stessi presupposti, evidentemente) quando il pubblico ministero ritenga ricorrere l'esigenza di una misura cautelare<sup>3</sup>.

*dice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui e' stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente. 3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice. 4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato. 5. La prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.*

<sup>2</sup> Art. 45. Applicazione delle misure cautelari: "Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, co. 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. 2. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, in cui indica anche le modalità applicative della misura. Si osservano le disposizioni dell'articolo 292 del codice di procedura penale. 3. In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'art. 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata.

<sup>3</sup> Sul tema cautelare si è espressa ampiamente la giurisprudenza. Secondo la Suprema Corte (Cass. Pen., Sez. II, 16.4.2009, n. 20506, Soc. Impregilo; ma già Id., Sez. Un., 27.3.2008, n. 26654, Soc. Fisio Italimpianti), ad esempio, in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, il profitto del reato oggetto del provvedimento ablativo è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal dan-

neggiato dal reato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente. Inoltre (Cass. Pen., Sez. VI, 25.1.2010, n. 20560, Soc. Impr. Ferrara), quanto alla "estensione" della misura cautelare interdittiva o del potere del commissario giudiziale, il giudice, quando dispone una misura o procede alla nomina, deve limitare, ove possibile, l'efficacia del provvedimento alla specifica attività della persona giuridica alla quale si riferisce l'illecito. Il principio rimane valido anche nel caso in cui l'ente svolga una sola attività, ma la misura possa essere limitata ad una parte della stessa. Sempre in materia di commissario giudiziale, poi, il Consiglio di Stato ha sostenuto che la mera pendenza di un procedimento penale non è ostativa alla partecipazione alle procedure di gara e, non sussistendo previsioni specifiche che impediscano a un'impresa soggetta alla misura interdittiva del commissariamento ex art. 15 d.leg. n. 231/2001, si deve ritenere illegittimo il mancato invito dell'impresa a una trattativa privata (CdS, V, 13.7.2006, n. 4415, Soc. coop. La Fiorita c. Asl 1, Brindisi). In tema, inoltre, si sono espressi anche i giudici di merito (G.i.p. T. Salerno, 28.3.2003, Soc. Ivam), quando hanno sostenuto, ad esempio, che la misura cautelare interdittiva della revoca dei finanziamenti non è applicabile nei confronti di un ente che se ne sia reso cessionario da un ente pubblico non economico, ancorché in forza di uno schema contrattuale illegittimo. Ove irrogabile - ricorrendo i presupposti dell'art. 13 del d.lgs. n. 231/01 - la più grave misura cautelare interdittiva, si è riconosciuto che il giudice può discrezionalmente disporre ex art. 45, 3° comma, la sostituzione con la nomina del commissario giudiziale (art. 15) onde recuperare una situazione di legalità organizzativa dell'ente ed impedire sue condotte recidivanti. Ancora, non può applicarsi la misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la p.a., ma deve nominarsi un commissario giudiziale nei confronti di un ente che lavori prevalentemente nel settore degli appalti pubblici, poiché l'interruzione dell'attività avrebbe ripercussioni negative sull'occupazione (G.i.p. T. Roma, 4.4.2003, Soc. Finspa). È stato, ancora, ammesso che, in caso di gravi, consistenti e attuali esigenze cautelari di commissione di reati di corruzione e truffa aggravata nei confronti della p.a., è possibile applicare agli enti la misura dell'interdizione dall'esercizio dell'attività per la durata di un anno ai sensi dell'art. 9, co. 2, lett. a), d. lgs. 231/2001; nella fattispecie concreta, tuttavia, in considerazione dell'elevato numero di dipendenti degli enti interessati dai reati e in considerazione del fatto che i dipendenti delle società, svolgono un servizio di pubblica necessità la cui interruzione potrebbe provocare un evidente grave pregiudizio alla collettività, può disporsi, ai sensi dell'art. 15 d. lgs. n. 231/2001, la prosecuzione dell'attività degli enti da parte di un commissario giudiziale per un periodo di un anno (G.i.p. T. Milano, 20.9.2004, Soc. vigil. città Milano). Quanto agli atti che può compiere detto commissario, si è detto che può compiere atti di ordinaria e, se autorizzato, di straordinaria amministrazione, per la prosecuzione temporanea dell'attività, ma non è tenuto a curare l'adozione

In base al dato normativo, correttamente interpretato e letto, della disciplina concernente la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, secondo la Corte di cassazione possono essere esonerati dall'applicazione del d. lgs. n. 231/2001 soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici (art. 1, ultimo comma).

La natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, e però non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione; deve necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo. Nel caso in questione, ad esempio è apparso pacifico lo svolgimento dell'attività economica da parte della società per azioni "imputata". Anzi, proprio la sua struttura societaria evidenzia la presenza di una tale caratteristica, da cui deriva l'applicabilità dell'art. 2201 c.c. in tema di obbligatoria iscrizione nel registro delle imprese per gli enti di qual si voglia natura che abbiano per oggetto esclusivo o, comunque, principale, lo svolgimento di un'attività commerciale.

Detta normativa trova applicazione nel caso in analisi perché, già secondo il Tribunale del riesame, deve informare, tra l'altro, la propria attività a criteri di economicità consentendo la totale copertura dei costi della gestione integrata e integrale del ciclo dei rifiu-

---

e l'efficace attuazione di modelli penal-preventivi, presupponendo tale onere l'intervenuta sentenza di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente (G.i.p. T. Bari, 18.4.2005, Soc. coop. La Fiorita). Si è poi sostenuto che, nel corso di un procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo ai sensi del Decreto in parola, non è applicabile nei confronti dell'ente una misura cautelare interdittiva più gravosa di quella richiesta dal p.m. (G.i.p. T. Salerno, 28.3.2003, Soc. Ivam: nella specie, il giudice rigettava l'istanza della difesa dell'ente, di nominare un commissario giudiziale in luogo della misura cautelare richiesta dall'accusa della revoca dei finanziamenti già concessi, sul presupposto che la nomina del commissario è consentita solo in conseguenza delle più gravi misure interdittive che determinano l'interruzione dell'attività dell'ente)

ti<sup>4</sup>.

Il Tribunale, per escludere l'applicabilità della disciplina di cui al d. lgs. n. 231/2001, ha portato il dato dell'avvenuto trasferimento di funzioni dall'ente territoriale comune alla società d'ambito costituita in forma di società per azioni - a seguito del commissariamento emergenziale della regione in materia di rifiuti, come imposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della protezione civile -. Questo dato è irrilevante o, in ogni caso, insufficiente secondo il Giudice di legittimità. La corretta interpretazione, pertanto, è quella che porta ad escludere dall'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal d. lgs. n. 231/2001 gli enti che siano non solo pubblici, ma che svolgano, pure, funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto il profilo dell'assetto costituzionale dello Stato-amministrazione.

In questo caso, infatti, vengono in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese.

Proprio dal trasferimento delle funzioni dall'ente territoriale alla Società d'ambito sarebbe dovuta derivare, secondo il Tribunale, l'impossibilità di applicare la disciplina del d. lgs. n. 231/2001 nel caso in esame. A nulla è servito, però, agli occhi della Corte, lo svolgimento di un'attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti, quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), perché è emersa la esclusiva o, comunque, preminente attività di impresa della Società interessata, che innanzitutto è impo-

---

<sup>4</sup> Il Giudice di legittimità sul punto si era già espresso: sia riconoscendo, in generale, che 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. n. 231/2001 (Cass. Pen., Sez. II, 9.7.2010, n. 28699, Vielmi); sia, nello specifico delle società d'ambito, che sono soggette alla normativa in parola 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 (Cass. Pen., Sez. II, 26.10.2010, n. 234, E.).

stata, per statuto, su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata ed integrale del ciclo dei rifiuti.

La Suprema Corte dichiara di non voler avallare apoditticamente un criterio “*formale*” di applicazione della norma, ma di individuare saggiamente, attraverso una lettura strutturale della norma medesima, il suo corretto ambito applicativo, che però emerge, ovviamente, anche dal dato letterale.

Il principio reso dalla Corte di cassazione è che l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come pure i comuni, non possono essere riconosciute *tout court* a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico è, comunque, un dato caratterizzante la loro costituzione. Una conclusione

diversa porterebbe all'inaccettabile conclusione, sicuramente al di fuori sia della volontà del legislatore delegante che del legislatore delegato, di escludere dall'ambito di applicazione della disciplina in esame un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore dello smaltimento dei rifiuti, e quindi con attività in cui viene in rilievo, come interesse diffuso, il diritto alla salute e all'ambiente, ma anche là dove viene in rilievo quello all'informazione, alla sicurezza antinfortunistica, all'igiene del lavoro, alla tutela del patrimonio storico e artistico, all'istruzione e alla ricerca scientifica; in sostanziale sintesi, in tutti i casi in cui vengono ad essere coinvolti, seppur indirettamente, dall'attività degli enti interessati, i valori costituzionali di cui alla parte prima della Costituzione<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Si veda anche Cass. Pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, C.E.D.

«.....GA.....»