

DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA

Corso integrativo

Docente. Paolo DE ANGELIS

Facoltà di Economia di Cagliari-

Laurea Specialistica Economia Manageriale

Cattedra di Diritto Fallimentare

A.A. 2019/2020

D.Lgs. 231/2001- Responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica

4 giugno 2020

IL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTES*

Nel moderno diritto penale, uno dei fenomeni caratterizzanti l'attività dell'impresa è quello della c.d. economia illegale.

Essa si contrappone rispetto all'economia legale e si distingue per il fatto che l'attività di impresa, ove effettuata al di fuori delle regole che la disciplinano, porta a comportamenti ed a flussi economici illegali

ATTIVITA' ILLEGALE D'IMPRESA

Il fenomeno si articola in maniera differenziata a seconda del settore e dell'attività al quale si riferisce.

Non esiste normativamente un'unica fattispecie di economia illegale, poiché ciascun comportamento illecito viene trattato e definito nell'ambito del contesto e dell'oggetto giuridico di riferimento (es. riciclaggio oppure appalti illeciti.)

TIPOLOGIE GENERALI DI ECONOMIA ILLECITA

In una prospettiva di studio unificato della tematica, occorre enucleare alcuni aspetti comuni alle diverse fattispecie.

Punti di riferimento di questa ricerca sono:

- 1. Mercato illecito (insieme di coloro che scambiano beni o servizi vietati dalla legge o con comportamenti illeciti; ad esempio, droga, contrabbando, armi, ecc.);**

SEGUE

- 2. Impresa illecita (svolgimento di attività produttive secondo moduli in tutto o in parte illeciti);**
- 3. La responsabilità penale degli enti (se, in un'impresa che faccia capo ad un ente collettivo, l'attività illecita comporti responsabilità in capo all'ente).**

LA RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

Nell'esercizio dell'attività illecita di impresa, il destinatario delle sanzioni della norma penale è la persona fisica che abbia la rappresentanza o la gestione dell'impresa o che comunque attui concretamente la condotta vietata.

Il problema, meno rilevante quando l'impresa è individuale (Trib. Roma, 30.05.03; Cass. 22.04.2004), si pone in termini ben più intensi quando l'impresa è esercitata in modo collettivo.

RESPONSABILITA' E ART. 27 COST.

Nei casi di economia illecita, realizzata attraverso condotte imprenditoriali da parte di enti collettivi (soprattutto se dotati di personalità giuridica), la punizione delle figure (apicali o meno) che abbiano agito per conto della società, non solo è spesso insufficiente come risposta del sistema penale ma è sovente sintomo di ineffettività nel contrasto all'uso imprenditoriale dei modelli illeciti, anche perché le persone fisiche hanno la caratteristica della illimitata sostituibilità, con conseguente potenziale serialità delle condotte illecite.

SEGUE

La conseguenza è la necessità di verificare se ed in quali termini la persona giuridica possa essere soggetto attivo di reato.

Secondo un orientamento, l'art. 27 della Costituzione, delineando il principio della responsabilità personale, costruisce un sistema di responsabilità penale per le sole persone fisiche.

Secondo altro orientamento, invece, l'art. 27 Cost. non avrebbe efficacia preclusiva per la sanzionabilità penale di comportamenti illeciti delle imprese.

SEGUE

Gli argomenti per l'una o l'altra tesi non mancano.

La tesi negativa sostiene che la personalità della responsabilità penale dell'art. 27 comporti la necessaria partecipazione psichica, non riscontrabile (anche ai fini di rieducazione della relativa pena) nelle persone giuridiche).

Inoltre, la punizione dell'ente determinerebbe conseguenze sfavorevoli in capo a coloro che, pur non avendo realizzato il reato, sono legati all'impresa (soci di minoranza; amministratori estranei ai fatti; dipendenti; fornitori; ecc.).

L'ELEMENTO PSICOLOGICO: LA COLPA COLLETTIVA

La tesi positiva invece sostiene che la moderna fenomenologia delinquenziale imponga di sanzionare i comportamenti illeciti delle imprese, proprio in quanto beneficiarie dei vantaggi illeciti delle condotte contrarie alle norme.

Il problema della mancanza di elemento psicologico va affrontato nell'ambito di una più ampia nozione di colpevolezza che ricomprensca anche la c.d. colpa collettiva, intesa come la somma delle volontà individuali delle persone fisiche che agiscono per l'ente.

LA RESPONSABILITA' CIVILE DEGLI ENTI

A parte il quadro costituzionale, il sistema penale positivo non prevede conseguenze penali dirette in capo alle persone giuridiche: l'art. 197 Cod. Pen., che disciplina la responsabilità civile di garanzia degli enti per le sanzioni pecuniarie irrogate ai rappresentanti, amministratori o dipendenti, delinea un quadro di responsabilità nel quale l'impresa, essendo responsabile civile, non risponde penalmente delle stesse condotte.

INSUFFICIENZA DELLA SANZIONE CIVILE

Il sistema delineato dalla norma comporta che la responsabilità civile di garanzia, di tipo sussidiario rispetto alle inadempienze delle persone fisiche, costituisca la sola conseguenza giuridica, a carico dell'ente, per la gestione illegale dell'impresa.

Questo principio, con l'evolversi dei mercati internazionali, in direzione della loro unificazione, ha manifestato la sua sempre maggiore inadeguatezza ed incapacità a fronteggiare fenomeni in cui il titolare dell'interesse a delinquere (l'ente) non viene, se non sussidiariamente ed in modo scarsamente afflittivo, sanzionato.

LE ESIGENZE DI TUTELA PENALE

Proprio la *globalizzazione* dei mercati e l'inevitabile comparazione tra sistemi giuridici diversi ed ormai sinergici porta ad evidenti disparità di trattamento tra ordinamenti nei quali le persone giuridiche sono destinatarie di forme di responsabilità penale diretta (ad es., Svezia, Olanda, Francia, per restare in Europa), ed ordinamenti in cui questa responsabilità non è prevista, con inevitabili differenze sui modi di esercizio dell'attività di impresa

LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI

Il tema ha avuto importante sviluppo in materia di corruzione.

A livello internazionale, due convenzioni hanno disciplinato il fenomeno: la Convenzione OCSE del 17.11.1997, lotta alla corruzione sui mercati internazionali; e la Convenzione Europea contro la corruzione dei funzionari UE e degli Stati membri.

L' Italia vi ha dato esecuzione con due diverse normative: la L. 300/2000 ha introdotto l'art. 322 *bis* Cod. Pen., ed ha inoltre conferito la delega al Governo per l'emanazione del principio di responsabilità degli enti.

IL DECRETO LEGISLATIVO 231/2001

In attuazione della delega, il Governo ha emanato il D.Lgs. 231/2001, che disciplina e regola la responsabilità da reato degli enti.

La normativa si fonda su un principio di fondo, in adesione all'interpretazione restrittiva dell'art. 27 Cost.: la responsabilità penale può configurarsi solo per le persone fisiche.

Per le persone giuridiche, è stata quindi configurata una responsabilità amministrativa, modellata però sui principi del diritto penale.

LA RESPONSABILITA' DA REATO

La novità della legge è quella di aver introdotto una responsabilità ***DIRETTA*** da reato degli enti.

Proprio perché la responsabilità, formalmente denominata come amministrativa, è in realtà costruita sui principi e sulle regole del diritto penale, essa viene vista come un *tertium genus* di responsabilità, qualificabile come responsabilità ***PARAPENALE***.

SEGUE

La natura giuridica della responsabilità costituisce oggetto di ampio dibattito dottrinale: la scelta della 231 lascia aperte tutte le soluzioni:

- 1. La tesi della responsabilità amministrativa si fonda, da un lato, sui principi costituzionali dell'art. 27; dall'altro sulla lettera della legge, che parla espressamente di “*responsabilità amministrativa*”;**
- 2. La tesi della responsabilità penale afferma che la terminologia utilizzata non vincola l'interprete, la cui analisi non può prescindere dal fatto che il sistema di responsabilità delineato dalla 231 si fonda su principi tipici del sistema penale (legalità, tassatività, riserva di legge, irretroattività ecc.).**

LA SCELTA NORMATIVA

Questa impostazione si fonda anche sulla circostanza che i progetti di riforma del Codice Penale hanno costruito la responsabilità degli enti proprio sui canoni ed i principi della responsabilità penale *tout court* (Commissione GROSSO): su tali basi, è stata emanata la 231, pur con il compromesso della denominazione in termini di *responsabilità amministrativa*.

LA TERZA VIA DELLA RESPONSABILITA'

Tra i due estremi, si colloca la tesi della responsabilità parapenale, ovvero una sorta di terza ipotesi, del tutto nuova nel panorama delle responsabilità e delle risposte dell'ordinamento (c.d. terzo binario).

Il punto di contrasto più forte tra le due teorie *estreme* risiede nel profilo di individuazione della responsabilità colpevole: nelle attività illecite dell'ente, può riscontrarsi la materialità delle condotte ma non l'elemento psicologico (che appartiene alle singole persone fisiche), talchè la responsabilità non può assumere i contorni ed i caratteri penali.

RESPONSABILITA' E COLPA

Proprio questo aspetto della colpevolezza è tuttavia affrontato e risolto dalla 231 (in linea con la dottrina favorevole alla soluzione della responsabilità penale degli enti e con le stesse conclusioni dei progetti di riforma) in termini originali e comunque conformi all'esigenza di raccordare la volontà colpevole alla responsabilità penale.

Come detto, l'osservazione teorica si basa sull'elaborazione del concetto di colpa collettiva, ovvero la somma delle volontà colpevoli dei soggetti, persone fisiche, che appartengono ed agiscono per l'ente: questa sommatoria costituisce il presupposto di imputazione di una volontà colpevole in capo all'ente.

LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE

In questa prospettiva, entra in gioco il profilo dell'organizzazione interna dell'ente: in tanto sussiste la sua responsabilità, in quanto l'assetto organizzativo non corrisponda ai modelli che impediscono ed evitano azioni illecite dei soggetti fisici che fanno parte dell'ente.

L'illecito viene quindi imputato all'ente, sul piano della colpevolezza, sulla base di una valutazione della *colpa di organizzazione*, basata su tre presupposti:

PRINCIPI

- 1. Politica aziendale impostata sulla realizzazione di attività e profitti illeciti;**
- 2. Colpa di organizzazione;**
- 3. Colpa per omessa direzione e vigilanza.**

La colpa deriva quindi dalla concreta rilevazione di indici di omessa vigilanza o di cattiva e/o mancante organizzazione, diretta a prevenire l'operato di coloro che commettano reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

DEVIAZIONI DALLO SCHEMA PENALE

Peraltro, il meccanismo di accertamento della responsabilità dell'ente si fonda su criteri non pienamente rispondenti ai principi del diritto penale: l'onere della prova spetta non all'accusa ma è attribuito all'ente, con inversione dei canoni probatori tipici della responsabilità penale.

L'ente infatti, in presenza dei requisiti di attribuzione della responsabilità (sussistenza di un reato; qualità soggettiva dell'autore; interesse e vantaggio della persona giuridica), dovrà dimostrare, per liberarsi della responsabilità, che le regole organizzative interne erano adeguate, al pari dei controlli e della vigilanza.

LA PROVA CONTRARIA

Quest' onere probatorio si fonda quindi sulla dimostrazione, da parte dell'ente, di aver adottato modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione dei reati; nonché di aver attuato i modelli organizzativi stessi, rendendo effettiva la vigilanza ed il controllo interni, a scopo di prevenzione: occorre quindi dimostrare che l'autore- persona fisica abbia eluso i controlli in modo fraudolento e tale da impedire l'attivazione delle procedure anti-reato.

LA PRESUNZIONE DI RESPONSABILITA' DELL'ENTE

Questa scelta legislativa consente quindi di ritenere che la responsabilità dell'ente si basi sulla rilevazione di dati oggettivi (reato; autore; vantaggio), confutabili solo con l'assolvimento di un onere probatorio di segno contrario; di fatto, una presunzione di colpevolezza, la cui configurazione appare in contrasto col principio dell'art. 27.

Ciò spiega la ragione della terminologia adottata, responsabilità amministrativa, proprio per evitare censure di costituzionalità.

LA GIURISPRUDENZA SULLA 231

La giurisprudenza ha inizialmente affrontato la questione in pochi casi concreti, anche per le difficoltà operative che hanno rallentato l'effettiva entrata in vigore di queste norme.

I temi trattati riguardano, più o meno direttamente, la questione della natura giuridica della responsabilità, che viene qualificata o come amministrativa o come parapenale.

SEGUE

Per la natura amministrativa *tout court*, si è pronunciato GIP Milano, 9 marzo 2004; il tema diretto della decisione era la questione della ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, nel processo penale a carico delle persone fisiche, nel cui ambito veniva trattata anche la posizione dell'ente.

Il GIP ha concluso affermando che “*essendo il fatto reato da addebitarsi alla sola persona fisica, l'ente risponde del relativo danno, ex art. 185, comma 2, Cod. Pen., non in via diretta ma solo quale responsabile civile, ex art. 83 c.p.p. e 2049 Cod. Civ.*”

LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

Accoglie invece la tesi della responsabilità para-penale, pur in modo implicito e con motivazione dubbia, Cass. 30 gennaio 2006, n. 3615: il tema trattato era quello dell'applicabilità della disciplina della 231 a reati in contratto, come la truffa, nei quali l'esecuzione (successiva all'entrata in vigore della legge) è frazionata e posticipata, rispetto al momento consumativo della stipula del contratto stesso, antecedente all'entrata in vigore della 231.

SEGUE

La sentenza afferma testualmente che la 231 costituisce *“la morte del dogma societas delinquere non potest”*, in quanto, nonostante il *nomen iuris* col quale la legge qualifica la responsabilità degli enti, essa introduce una tipologia di responsabilità di natura *“sostanzialmente penale”*, anche se, in un passaggio successivo, argomenta in modo meno netto *“la responsabilità creata dalla norma va considerata come tertium genus dall’ibridazione della responsabilità amministrativa con principi e concetti propri del diritto penale.”*

Principi generali della 231

1. **Ambito applicativo:** tutti gli enti, tranne stato, enti pubblici territoriali e non economici, anche se privi di personalità giuridica ([art. 1](#));
2. **Efficacia:** vigono gli stessi principi di legalità e retroattività del diritto penale ([artt. 2 e 3](#));
3. **Oggetto:** la responsabilità consegue a reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetti con funzioni apicali o soggetti sotto il controllo o vigilanza di essi ([art. 5](#));

SEGUE

4. **esclusioni: l'ente non risponde se il reato è commesso nell'esclusivo interesse dell'autore o di un terzo (ne risponde tuttavia se ne abbia comunque tratto oggettivo vantaggio), [art. 5, comma 2](#);**
5. **Modelli organizzativi: la dimostrata adozione di modelli, conformi ai criteri di legge, diretti ad impedire la commissione di reati (protocolli organizzativi) esclude la responsabilità, [art. 6](#) e [art. 7](#);**
6. **prescrizione: gli illeciti si prescrivono in 5 anni (l'apertura del procedimento ha effetto sospensivo sino alla sentenza)**

SEGUE

7. sanzioni: sono di tipo pecuniario e di tipo interdittivo (tra queste ultime, la revoca di autorizzazioni, esclusione da finanziamenti, divieti di pubblicizzare beni o servizi), [artt. 9-23](#);
8. reati: 316 *bis*, 316 *ter*, 640 cpv, 640 *ter*, 317 e ss. ([artt. 24-26](#)); 2621 e ss Cod. Civ. (art. [3](#), D.Lgs. 61/2002);
9. Norme di rito: codice procedura penale (anche per le misure cautelari), [artt. 34-85](#);

I SOGGETTI

La 231 individua, come persone fisiche autori di reato da cui consegue la responsabilità dell'ente, i seguenti soggetti ([art. 5](#)):

- 1. Coloro che abbiano funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua autonoma unità organizzativa ([art. 6](#));**
- 2. Coloro che esercitino di fatto le medesime funzioni;**
- 3. Coloro la cui attività sia diretta o controllata dai predetti ([art. 7](#)).**

PROBLEMI DI COORDINAMENTO

La disciplina dei reati societari contiene un diverso riferimento quanto alla responsabilità dell'ente: i soggetti citati quali persone fisiche autori di reato ai fini della responsabilità dell'ente) sono *amministratori, direttori generali, liquidatori e loro sottoposti.*

Poiché manca il riferimento alla figura dell'amministratore di fatto, si pone il problema dell'applicabilità delle 231 a questo tipo di soggetti (rischio di interpretazione analogica *in malam partem*): il criterio dell'art. 2639 Cod. Civ.