

CONVEGNI

ADELMO MANNA

“Costanti” e “variabili” della responsabilità da reato degli enti nell’era della globalizzazione*

SOMMARIO: 1. Le costanti e le variabili. - 2. La *ratio* dell’inversione dell’onere della prova nel caso di reato commesso dagli organi apicali. - 3. La funzione della responsabilità da reato dell’ente e la distinzione tra dolo e colpa. - 4. Il valore dei codici di comportamento, tra economia e diritto. - 5. La natura giuridica della responsabilità da reato dell’ente. - 6. Le vicende relative alla fusione e/o alla trasformazione dell’azienda e la necessità della conoscenza del reato commesso dal dipendente o dal dirigente da parte della società acquirente, affinché venga ad essa imputato. - 7. Conclusioni.

1. Le costanti e le variabili.

Bisogna riconoscere al collega Antonio Fiorella di avere, non solo nell’ambito di questo Convegno, ma già in precedenza in due cospicui volumi¹, e negli atti di un altro interessante, ma precedente Congresso², assieme all’altro collega Alfonso Stile, di avere sviluppato una ricerca comparatistica “a tappeto” sulle diverse legislazioni, europee ed extraeuropee, in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, compresi, in quest’ultimo caso, i Paesi dell’area balcanica, con particolare riguardo all’Albania, mutuando come metodo che accomuna tali ricerche il modello utilizzato già da tempo e con successo dal *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia nella Repubblica Federale tedesca.

Sia il Fiorella che lo Stile, che anche il sottoscritto, oltre tanti altri colleghi ed amici, vi hanno passato gli anni della giovinezza e, quindi, della crescita scientifica, per cui è stato introiettato un “metodo” che ora ritroviamo con profitto utilizzato in questa sede.

Dalle Relazioni che hanno preceduto questa “Tavola Rotonda”, è, infatti, emerso, nell’epoca della globalizzazione, un sorprendente avvicinamento delle legislazioni dei diversi Paesi che hanno introdotto una responsabilità *diretta*

* Testo rivisto, ampliato e con l’aggiunta delle note dell’Intervento alla Tavola Rotonda del Convegno su: “La responsabilità dell’ente da reato nella prospettiva del diritto penale “globalizzato”, Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Giurisprudenza, 4-5 aprile 2014.

¹ FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and compliance programs*, I, *Liability “ex-crimine” of legal entities in Member State*; II, *Towards a common model in the European Union*, Napoli, 2012.

² Cfr. FIORELLA, STILE, *Corporate criminal liability and compliance programs - First colloquium*, Napoli, 2012; v. anche STILE, MONGILLO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001 - Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013.

anche dell'ente dal reato commesso dal dirigente o dal dipendente dell'ente medesimo.

Per fare un solo esempio, basti pensare ai c.d. *compliance programs* che, sorti negli USA prima come “codici etici”, *ergo* non vincolanti e, successivamente, trasformati in strumenti più cogenti, come gli attuali³, si sono poi irradiati, seppure in varia guisa, nei diversi sistemi giuridici, sino ad assurgere al rango di “costante” di tale tipo di responsabilità da reato.

Altra “costante” è, a nostro avviso, rappresentato dalla c.d. “colpa di organizzazione”, elaborata da un penalista dell'economia del calibro di Klaus Tiedemann⁴, proprio per superare i meccanismi tipici della responsabilità oggettiva, come la responsabilità “*par ricochet*” francese⁵, oppure l'*identification theory* anglosassone⁶.

Tanto ciò è vero che in Francia il c.d. diritto vivente, cioè a dire la giurisprudenza ha progressivamente “sostituito” la responsabilità di “rimbalzo” con una vera e proprio “colpa di organizzazione”⁷.

Certo, residuano differenze, legate in particolare alla natura giuridica della responsabilità diretta dell'ente, penale in Francia, amministrativa in Germania ed appartenente ad una sorta di “*tertium genus*” da noi, come è affermato nella Relazione che accompagna il d.lgs n. 231 del 2001⁸.

Accanto alle “costanti” che si comprendono meglio se inserite nella prospettiva di un'economia “globalizzata” che, infatti, progressivamente si afferma, seppure a tinte chiaroscurali, dopo il crollo del muro di Berlino e, conseguentemente, la caduta dell'economica marxista – ormai rimasta solo in alcuni

³ Sul passaggio dai codici etici ai codici di comportamento, cfr. in particolare DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

⁴ TIEDEMANN, *Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1169 ss.

⁵ Cfr., da ultimo, TRICOT, *Corporate Criminal Liability in France*, in Fiorella, *Corporate Criminal Liability and compliance programs*, I, *Liability “ex-crimine” of legal entities in Member State*; II, *Towards a common model in the European Union*, cit., 132 ss.

⁶ TRAPASSO, *Corporate Criminal Liability in the United Kingdom*, in *Corporate Criminal Liability and compliance programs*, a cura di Fiorella, I, *Liability “ex-crimine” of legal entities in Member State*, II, *Towards a common model in the European Union*, cit., 244 ss. e 252 ss.

⁷ In argomento ROBERT, *La responsabilità penale degli enti in Francia*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2008, 269 ss.; in argomento v. anche, nella letteratura italiana, DE SIMONE, *Il codice penale francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, 189 ss.

⁸ Sulla storia della riforma 231 del 2001 e sulle ragioni per le quali nella Relazione che accompagna il d.lgs in oggetto si è preferito qualificare la responsabilità da reato degli enti come *tertium genus*, sia consentito il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Padova, 2010, 41 ss. e spec. 45 ss., con gli ulteriori, ampi, riferimenti bibliografici cui, per eventuali approfondimenti, anche si rinvia.

Paesi e sovente soltanto in una visione “di facciata” come in Cina⁹, sussistono, però, ancora le “variabili” o, meglio, i nodi irrisolti o critici che qui ci accingiamo ad approfondire, con particolare riguardo alla situazione normativa italiana.

2. La *ratio* dell’inversione dell’onere della prova nel caso di reato commesso dagli organi apicali.

È, in primo luogo, necessario rispondere alle critiche argute avanzate in questa sede dalla Dott.ssa Valenzano¹⁰, con riguardo a quella norma della 231 che comporta un’inversione dell’*onus probandi*, che si verifica laddove l’autore del reato appartenga al ramo dirigenziale dell’impresa

Certo le critiche sono comprensibili pur se, per certi versi, unilaterali, perché rinviano soltanto ad un possibile contrasto con l’art. 27, co. 2, Cost., ovvero con la “presunzione d’innocenza”¹¹, sul presupposto, però, non da tutti accettato, che la responsabilità da reato dell’ente sia, anche da noi, una vera responsabilità “penale”¹². Bisogna, invece, almeno a nostro avviso, tener conto di ulteriori fattori che spiegano tale apparentemente “anomala” inversione della prova, cioè in primo luogo che, laddove fosse stata espressamente qualificata come “penale” tale responsabilità, sussisteva il fondato rischio che il modello non sarebbe passato al vaglio parlamentare, perché si sarebbero mosse le intuibili obiezioni di un contrasto con l’art. 27, co. 1 e 3, visti però in un’ottica tradizionale e dunque eccessivamente “antropomorfa”¹³.

In particolare, sarebbe stata altamente prevedibile la tradizionale obiezione per cui la responsabilità da reato dell’ente si estenderebbe anche a soggetti innocenti, come i lavoratori, oppure i soci di minoranza.

⁹ In argomento cfr. COMPAGNA, *Cina*, in *La responsabilità dell’ente da reato nella prospettiva del diritto penale “globalizzato”*, cit., in corso di pubblicazione.

¹⁰ Cfr. FIORELLA, VALENZANO, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell’U.E.*, in *La responsabilità dell’ente da reato nella prospettiva del diritto penale “globalizzato”*, cit.

¹¹ In argomento sia consentito di nuovo il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, cit., 56 ss.

¹² In tale ultimo senso ad esempio, MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Dir. e giust.*, 2001, 8 ss., che infatti definisce la classificazione legislativa della responsabilità, di carattere amministrativo, da reato dell’ente una “truffa delle etichette”; *contra*, tuttavia, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, 394 ss.

¹³ In particolare sui profili di costituzionalità in questione, cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008; nonché, volendo, anche MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 45 ss. Il De Vero, infatti, come, del resto, anche lo scrivente, critica l’interpretazione eccessivamente «antropomorfa», perché datata e, quindi, anacronistica, delle norme costituzionali su menzionate.

Tale obiezione, tuttavia, com'è stato giustamente rilevato, “prova troppo”¹⁴, perché, a ben riflettere, anche la pena irrogata alla persona fisica estende i suoi effetti nocivi su soggetti innocenti, come i familiari del condannato, che, il più delle volte, nulla hanno a che vedere con il reato commesso, e, ciò nonostante, ne subiscono le conseguenze anch'essi, sia a livello economico, che reputazionale. A ciò va aggiunta la “Storia” della normativa in oggetto perché sul punto la Commissione ministeriale si era, per un certo tempo, letteralmente divisa in due, nel senso che una corrente utilizzava per il dirigente il criterio civilistico dell'agire “in nome e per conto” dell'impresa, così però, non solo dando luogo ad una criticabile e sorpassata forma di “responsabilità oggettiva”, ma non tenendo nel dovuto conto che l'amministratore può risultare un soggetto “criminale” ma l'impresa può, a sua volta, essere ancora “sana” come nei casi, ben noti, del Corriere della Sera, quando a guidarlo erano personaggi della caratura di Bruno Tassan Din e Angelo Rizzoli, all'epoca esponenti della P2 e, più di recente, la Parmalat in rapporto a Calisto Tanzi¹⁵. Altra diversa corrente formatasi in seno alla Commissione, reputando invece che non fosse giusto punire anche l'ente per i reati commessi “eludendo fraudolentemente i controlli” da parte dell'amministratore infedele, ha escogitato non solo l'inversione dell'onere della prova, che dimostra come di regola il reato del *management* impegna penalmente anche l'ente, ma, per fondare l'eccezione, è ricorsa altresì alla necessità che l'ente abbia adottato un “organismo di controllo”, idoneo a vigilare sull'operato del vertice dell'impresa, la cui eventuale condotta criminosa non potrà estendersi all'ente, ma solo a condizione che sia dimostrata una “elusione fraudolenta” dei controlli medesimi, in precedenza, però, risultati efficaci. In tale modo l'inversione dell'*onus probandi*, serve così sia ad evitare una forma “oggettiva” e, dunque, “presuntiva” della responsabilità dell'ente, ma anche di far “riemergere” la c.d. colpa dell'organizzazione come criterio distintivo fra responsabilità della persona fisica e quella della persona giuridica¹⁶. In tal modo, quindi, i due modelli di responsabilità non “stanno e cadono insieme”, bensì si mostrano in modo salutare distinti.

¹⁴ In argomento sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, II, Padova, 2012, 145 ss.

¹⁵ Sia di nuovo consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 56 ss. e spec. 57 ss.

¹⁶ In generale, da ultimo, ove viene analizzato anche tale problema, cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato - Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; nonché TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale - Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale d'impresa*, Bologna, 2013, spec. 440 ss.

3. La funzione della responsabilità da reato dell'ente e la distinzione tra dolo e colpa.

In secondo luogo è, invece, da accogliere con favore l'impostazione generale data alla responsabilità dell'ente dal Catenacci¹⁷, che, infatti, giustamente ne coglie l'effetto "etico", ma certo non nel senso di un diritto "ancella della morale", bensì nel senso, assai diverso e che affonda le sue radici, a nostro avviso, nell'art. 27, co. 3, Cost.¹⁸, per cui la responsabilità e, quindi, la sanzione da irrogare all'ente per un fatto di reato svolgono la funzione di riportare *in bonis* l'impresa. Ciò nel senso che, soprattutto con l'adozione, anche postuma, dei "codici di comportamento", l'ente inevitabilmente, attraverso *stages*, corsi e quant'altro, viene "indotto", tramite i suoi organi, a non commettere più reati e ciò spiega perché il concetto di "rieducazione", di cui alla norma costituzionale su richiamata, esplica i suoi effetti in maniera più profonda ed efficace nel caso della persona giuridica, rispetto alla persona fisica e ciò potrebbe costituire un "paradosso", solo, però, se continuassimo a fornire dell'art. 27, co. 3, Cost. una visione ancora eccessivamente antropomorfa e, comunque, ormai superata¹⁹.

Ove, tuttavia, divergiamo parzialmente dalla, peraltro brillante, impostazione del Catenacci, è in rapporto all'elemento soggettivo che dovrebbe sorreggere la responsabilità da reato dell'ente. Egli giustamente privilegia la c.d. colpa di organizzazione, dato che, essendo la colpa essenzialmente di carattere normativo, si adatterebbe meglio alla persona giuridica. Sembra, invece, mostrare perplessità in rapporto al dolo, proprio perché in tale forma di colpevolezza prevale l'elemento psicologico, ritenuto evidentemente poco adatto per la *societas*. Questo punto di vista lascia, tuttavia, perplessi, almeno nella misura in cui, ad esempio, una delibera del consiglio di amministrazione non può non esprimere la "volontà" dell'ente, per cui sarebbe possibile, magari in chiave di riforma, utilizzare anche il dolo, non solo perché subisce da tempo un processo di progressiva normativizzazione²⁰, come era, peraltro, già avvenuto per la colpa, ma anche perché, se ci si astraie da una visione eccessivamente "antropomorfa" degli istituti giuridici, ciò può diventare possibile.

¹⁷ CATENACCI, *Prospettive internazionali della responsabilità dell'ente da reato nell'ottica dei risultati della ricerca Waseda*, cit.

¹⁸ Nella prospettiva indicata nel testo cfr., in particolare, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit.

¹⁹ Per tali critiche cfr. anche DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit.

²⁰ Cfr., da ultimo, in argomento, sia pure con precipuo riferimento alla figura di confine del dolo eventuale, ma con considerazioni di ben più ampia portata, DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2014, 1, 1 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori, ricchi, approfondimenti bibliografici.

4. Il valore dei codici di comportamento, tra economia e diritto.

Altro profilo di discussione riguarda i “codici di comportamento”, che posseggono un’importante funzione non solo in chiave sanzionatoria, ma anche per rendere la stessa sanzione funzionale alla rimessione *in bonis* dell’impresa e, dunque, alla sua “risocializzazione”²¹.

L’adozione di tali *compliance programs* risulta, tuttavia, assai costosa per le imprese, che devono investire spesso notevoli somme di denaro per retribuire i “tecnici” deputati ad elaborare detti codici.

Ecco perché, ad esempio, il collega Fiorella si mostra alfiere di una tendenza ad un “ridimensionamento” del ruolo di tali istituti, si potrebbe sostenere, utilizzando l’“analisi economica del diritto”²².

Di recente, tuttavia, la Corte di cassazione nel caso Impregilo²³ si è mostrata, a nostro avviso giustamente, contraria a detto tipo di “ridimensionamento”, non solo perché nei vari Stati che adottano la responsabilità da reato degli enti essi svolgono un ruolo centrale in chiave sanzionatoria, ma appaiono, come già accennato, funzionali alla sanzione per l’ente orientata all’attuazione, anche in tale nuovo settore, dell’art. 27, co. 3, Cost., ovviamente se non interpretata in chiave rigidamente e oramai anacronisticamente “antropomorfa”²⁴.

5. La natura giuridica della responsabilità da reato dell’ente.

Alcune riflessioni merita anche la discussa questione della natura giuridica della responsabilità da reato dell’ente. La qualificazione in primo luogo come

²¹ In tal senso, in particolare, DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit. nonché DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit.

²² Cfr. FIORELLA, VALENZANO, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell’U.E.*, cit.; del Calabresi, principale sostenitore, assieme a Possner, dell’analisi economica del diritto, cfr. in particolare CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

²³ Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, in *Mass. Uff.*, n. 4677, che ha affermato come nell’ambito della responsabilità da reato degli enti il modello organizzativo debba in ogni caso essere adeguato e quindi non può ridursi ad un mero documento di carattere “cartolare”. La sentenza trovasi pubblicata in *Foro it.*, 2014, n. 2, 47 ss.

²⁴ Per altro verso ci si rende conto delle ragioni economiche che spingono le imprese, ove possibile, a risparmiare sui costi di gestione di non poco momento, relativi all’adozione dei codici di comportamento e addirittura all’adozione dell’organo sovraordinato di gestione, di cui si fa, evidentemente, interprete il collega Fiorella e naturalmente tali problemi si acuiscono in un periodo come quello attuale, caratterizzato da una profonda e grave crisi economica che ha investito anche il mondo delle imprese. Il “ridimensionamento” dei *compliance programs* tuttavia, come già riferito nel testo, rischierebbe di indebolire l’impalcatura della disciplina della responsabilità da reato degli enti, soprattutto mettendo in pericolo la funzione degli stessi codici di comportamento che è, per l’appunto, quella di rimettere in *bonis* l’impresa, ove il dipendente o il dirigente hanno commesso reato.

“amministrativa” è stata, com’è noto, da noi funzionale ad evitare perplessità di ordine costituzionale, in sede parlamentare, se fosse stata espressamente qualificata come “penale”²⁵ e che l’ulteriore qualifica di *tertium genus*, che si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 231 del 2001 non persuade, perché, più in generale, il ricorso a tale formula in sede ermeneutica nasconde sovente l’incapacità di una precisa presa di posizione fra due alternative, per cui ha il sapore dell’*escamotage*.

Riteniamo, al contrario, con Nicola Selvaggi²⁶, che, così si è espresso anche in questa sede, che trattasi, anche da noi, come in Francia ed altri Paesi, di una vera e propria responsabilità “penale”, sia perché i criteri di imputazione sono di carattere penale, le sanzioni derivano dall’armamentario penalistico e, da ultimo, anche il processo segue le sorti di quello penale, relativo al reato commesso dalla persona fisica, dirigente o dipendente dell’impresa, anzi si assiste ad una sorta “fusione” in un unico, *simultaneus processus*. La riprova di quanto stiamo sin qui osservando, la ricaviamo, paradossalmente, proprio dai colleghi amministrativisti, ai quali, quando viene posto un quesito sulla responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche, sovente non sanno orientarsi, proprio perché la considerano una materia loro estranea.

6. Le vicende relative alla fusione e/o alla trasformazione dell’azienda e la necessità della conoscenza del reato commesso dal dipendente o dal dirigente da parte della società acquirente, affinché venga ad essa imputato.

Da ultimo, siano consentiti taluni rilievi critici in rapporto alla posizione assunta in questa sede dal collega Masucci²⁷, in rapporto al settore di diritto societario contenuto nel c.d. “mini-codice” o, volendo, “sottosistema”, rappresentato dalla 231 del 2001. Egli, se non si è male inteso, è favorevole solo in parte all’irrelevanza dei meccanismi di fusione, incorporazione *aut similia*, perché osserva che, se tale irrilevanza è funzionale a facili “aggiramenti” della stessa 231, resterebbero però scoperti profili di carattere garantista.

Ci permettiamo di dissentire dal chiaro Autore, rilevando che nel meccanismo della 231 è anche prevista una sorta di “clausola di salvaguardia”, nel senso che l’acquirente dell’azienda, o di un suo ramo, ad esempio, risponderà del reato commesso dal dirigente o dal dipendente della stessa, solo se il rea-

²⁵ Sia consentito in argomento di nuovo il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 45 ss.

²⁶ SELVAGGI, *India*, in *La responsabilità dell’ente da reato nella prospettiva del diritto penale “globalizzato”*, cit.

²⁷ MASUCCI, *Intervento alla Tavola Rotonda*, cit.

to risulta iscritto nei libri sociali e, quindi, l'acquirente ne abbia preso conoscenza con l'acquisto medesimo.

Tale "clausola di salvaguardia" serve, per l'appunto, a "bilanciare" il trasferimento all'acquirente della responsabilità da reato dell'ente, che deve a sua volta evitare facili *escamotages*, che tuttavia non risulta automatico, bensì subordinato alla consapevolezza, da parte dell'acquirente medesimo, della sussistenza di un reato in capo all'ente che si acquista, "oggettivizzata" dalle risultanze dei libri sociali.

7. Conclusioni.

In conclusione, bisogna nuovamente dare atto al collega Fiorella di aver sviluppato un'assai interessante prospettiva comparatistica in tema di responsabilità da reato degli enti, perché solo apprendendo ciò che avviene negli altri sistemi, europei ed extraeuropei, sul tema, sarà possibile costruire nel modo migliore quello che sempre più rappresenta il settore del diritto penale che riguarda il futuro.