

GIOVANNI FLORA

L'ATTUALITÀ DEL PRINCIPIO
“ SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST ”.

1. Il principio *societas delinquere non potest* da un po' di tempo non dorme più sonni tranquilli: un po' come tutti quelli che, a torto o a ragione, si sentono in colpa.

E gli incubi che agitano i sonni del nostro principio non, trovano certo origine nell'attuale ordinamento positivo italiano, saldamente incentrato sulla esclusiva responsabilità penale delle persone fisiche; non certo scalfita né dalla previsione di una responsabilità "civile" sussidiaria per le multe o le ammende (art.197 c.p.), né dalla introduzione, ad opera della l. n°689 del 1981 di nuove pene accessorie (es.: divieto di contrattare con la P.A.) e di oneri per la concedibilità della sospensione della pena (es.: eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose) che, secondo autorevole dottrina (BRICOLA) avrebbero senso (almeno nella maggior parte dei casi) solo se applicabili alla persona giuridica e non alla persona fisica che ha in concreto "commesso" l'illecito.

E, del resto, lo stesso progetto di legge delega per la riforma del codice penale, predisposto dalla "Commissione Pagliaro", si mantiene aderente all'attuale schema classico della responsabilità.

No, gli incubi trovano una diversa e duplice matrice: una di ordine *interno* (ancorché non legislativo) ed una di ordine *comunitario comparatistico*.

2. Sul piano *interno*, le più recenti e famose vicende giudiziarie che percorrono quotidianamente, come un brivido, la schiena della nostra Penisola hanno messo a nudo un fenomeno inquietante: imprese, per lo più strutturate in forma societaria ed enti superindividuali (partiti politici) la cui "criminosità" si è rivelata in gran misura indipendente dal comportamento illecito del singolo quasi assurgendo ad entità distinta ed autonoma rispetto a quella di colui che ha agito in concreto in violazione della legge penale. Tant'è che nell'immaginario collettivo, fomentato dai mezzi di comunicazione di massa, si parla di partiti corrotti di istituzioni corrotte, di imprese (anche societarie e con nome e cognome Montedison, Enimont, Cogefar) corrotte; non tanto dei singoli (salvo di qualche nome politico una volta potente ed ora oggetto di un tanto spietato quanto routinario tiro al bersaglio) [e per vero ancor prima che scoppiasse "Tangentopoli"]. Ma ciò che interessa mettere in rilievo è la risposta della prassi: non potendo chiamare

penalmente in causa la persona giuridica per lo sbarramento del *societas puniri non potest*, si è servita dei seguenti strumenti:

- ampliamento (a mio modo di vedere illegittimo) dell'istituto del concorso di persone nel reato teso a coinvolgere i vertici politico-economici delle imprese (la proprietà) [tentativo invero operato più cautamente e non per tutte le imprese] ed i vertici politici dei partiti; per cui il fondamento della responsabilità viene individuato nell'essere a conoscenza di un determinato fatto illecito e nel porvi acquiescenza passiva (fuori dei casi della sussistenza di un obbligo giuridico di impedimento [l'obbligo "morale" o "politico" ma non giuridico];

- ampliamento delle fonti extrapenali fondanti la posizione di garanzia rilevante ex art.40 co.2° c.p. prendendo in considerazione norme non certamente congeniali alla responsabilità per omesso impedimento quali l'art.2302 c.c. (in ordine alla responsabilità degli amministratori, anche dell'amministratore "prestanome", (v. Cass. Sez. V, 7/7/1992, Boccolini; Cass. Sez. V, 26/6/90, Bordonì) e l'art.2403 c.c. [che ovviamente fa in modo che gli amministratori formali siano sempre meno propensi ad assumere carichi sociali "a cuor leggero" con conseguente più facile coinvolgimento dei vertici o perché assunti in proprio ruoli amministratori formali o perché "costretti" a "garantire" adeguatamente chi si impegna a correre rischi penali assumendo cariche sociali];

- riconoscimento di una limitata rilevanza della delega di funzioni all'interno dell'impresa societaria, mantenendo a carico del delegante un onere di vigilanza; cosicché si cerca di mantenere "verso l'alto" (verso i vertici) la responsabilità penale; -ricorso, talune volte, al sequestro preventivo, formalmente provvedimento cautelare-processuale, ma di fatto e sostanzialmente sanzione a carico della "persona giuridica" (si pensi al "sequestro" di interi stabilimenti produttivi, o dei conti correnti bancari).

Questa operazione di mantenimento ai vertici della responsabilità penale si serve poi della svalutazione della colpevolezza intesa come collegamento soggettivo tra l'autore ed il singolo fatto-reato a favore di una responsabilità di posizione se non di una colpevolezza per il modo di essere o di vivere; si abbandona la *tatschuld* a favore di una *lebensführungsschuld* si allarga poi il campo di applicabilità di talune fattispecie incriminatrici probabilmente oltre i limiti consentiti dal principio di tipicità (tassatività).

Il riferimento è, ad esempio, a certe impostazioni accusatorie in tema di corruzione che costruiscono il reato sulla dazione o promessa di denaro od altra utilità svincolata dal sinallagma con un preciso e ben individuato atto d'ufficio (in tal senso del resto si muove -com'è noto- il progetto elaborato dal pool "Mani Pulite" unitamente ad alcuni prestigiosi colleghi mila-

nesi. Ma si tratta appunto di un progetto *modificativo* dell'attuale struttura delle fattispecie).

In una parola il tentativo di colpire i gangli vitali delle persone giuridiche passa -vorrei dire inevitabilmente- per una ipervalutazione della legalità sostanziale a scapito della legalità formale, dei principi garantisti, anche costituzionali del diritto penale.

Ma se è così non vale allora la pena di riconsiderare l'indiscutibilità del *societas puniri non potest*, visto che delinque e che i costi in termini di veri e propri squarci, più che di ferite, ai principi fondamentali della nostra civiltà giuridico penale sono così alti?

Ben inteso, l'eventuale responsabilità della persona giuridica di per sé non dovrebbe sostituirsi alla responsabilità dei veri autori dell'illecito ma affiancarvisi; ma è verosimilmente la ricerca dei veri autori dell'illecito, ancorché annidati ai vertici dell'ente, che potrebbe essere meno spasmodica ed essere condotta nel rispetto di principi irrinunciabili di civiltà giuridica.

Di qui l'incubo del nostro infelice dormiente.

3. Ma altri incubi, provenienti da altri mondi, ne turbano il sonno; essi hanno origine comunitario-comparatistica. Più precisamente nascono, innanzi tutto, dalle stesse fonti comunitarie che dispongono l'applicabilità di *sanzioni amministrative punitive* (ancorché non criminali in senso stretto) alle persone giuridiche. In secondo luogo, dalla presenza negli ordinamenti di alcuni dei paesi della Comunità Europea dell'opposto principio della responsabilità penale (criminale) delle persone giuridiche, da tempo vigente in Inghilterra e in Olanda, e di recente introdotto in Francia e presente -a quanto è dato sapere- in un progetto spagnolo. Ed a quest'ultimo proposito è appena il caso di sottolineare come una diversificazione così marcata quanto ai soggetti penalmente responsabili in ambito Comunitario costituisca un serio ostacolo a quella piena libertà di circolazione delle imprese e segnatamente, per agganciarci al tema dominante di questo Convegno, alla libertà di apertura di sportello delle banche in ambito comunitario, sancita espressamente dal recente T. U. in materia, che rischia di rimanere così mera enunciazione di principio. Cosicché un ravvicinamento delle diverse legislazioni comunitarie sul punto finisce per costituire un'esigenza vitale per lo stesso futuro della Comunità Economica Europea.

Ed infatti il tema è oggetto di una precisa raccomandazione del Consiglio d'Europa [R. (88) 18 del 20/10/1988].

Ebbene, per quanto concerne le indicazioni provenienti dalle fonti

comunitarie è noto, innanzi tutto, che, se - almeno ad oggi - la Comunità non possiede una potestà punitivo-criminale propria (salvo alcune limitatissime eccezioni [v. da ultimo G. DANNEKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità Europea*, in *R.T.D.P.E.*, 1993, p.963-964]) possiede però una ampia competenza a stabilire sanzioni pecuniarie e comunque *lato sensu* patrimoniali di natura amministrativa, ancorché non generale (v. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e Diritto Penale*, in *R.T.D.P.E.*, 1993, p.220ss., GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, *ivi*, p.739ss.); sanzioni stabilite, dunque, da fonte sovranazionale e destinate ad essere applicate nelle singole sedi nazionali.

In secondo luogo e cioè ancor più rilevante ai nostri fini, tali sanzioni risultano pacificamente applicabili alle persone giuridiche. Anzi, come si evince dai lavori preparatori dei diversi trattati CEE, una delle ragioni di fondo che hanno indotto la Comunità ad indirizzarsi verso la previsione di sanzioni punitive amministrative, anziché penali-criminali, va proprio individuata nella volontà di aggirare così l'ostacolo della mancanza di una previsione generalizzata della responsabilità penale delle persone giuridiche nei diversi Stati membri [sul punto v. DIEZ-PICAZO, *Derecho Comunitario y medidas sancionatorias*, in *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 1994, p.294].

Vero è che sulla natura "realmente" amministrativa di tali sanzioni, specialmente di quelle non consistenti puramente e semplicemente nel pagamento di una somma di denaro, non mancano discussioni. Si è infatti obiettato che si tratterebbe di sanzioni sostanzialmente penali (per una sintesi v. GRASSO, *Comunità Europee e Diritto Penale*, Milano, 1989, p.50 e più recentemente, sempre GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni comunitarie*, in *R.T.D.P.E.*, 1994, p.740ss.).

Il problema è di non poco rilievo, ma può forse essere sdrammatizzato se si riflette che ormai gli organi della Giustizia Comunitaria (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia della Comunità Europea) sono ormai giunti ad elaborare una nozione ampia di "materia penale", che ricomprende tanto l'illecito penale in senso stretto che l'illecito penale-amministrativo (v. BERNARDI, *Principi di diritto e Diritto penale europeo*, in *Annali Univ. Ferrara*, 1988); tendenzialmente sottoposta agli stessi principi garantisti del diritto penale sostanziale e processuale. E non a caso a tale direttrice giurisprudenziale di fondo si ispira il documento comunitario redatto a cura di Bacigalupo-Grasso-Tiedemann (SEC (93) 1172 del 16/7/1993, in corso di pubblicazione) che propone l'adozione, in sede comunitaria di un modello strutturale di illecito penale amministrativo di stampo squisitamente penalistico.

Cosicché, in definitiva, l'illecito penale amministrativo, dall'angolo visuale del diritto comunitario, finirebbe per distinguersi dall'illecito penale in senso stretto per due sole note, distintive: il contenuto non privativo della libertà personale (qualche perplessità sussiste in ordine ad un eventuale contenuto limitativo ancorché non privativo della libertà personale); l'assenza di un significativo coefficiente di stigmatizzazione etico-sociale (che poi costituisce un riflesso del bene compreso da tal tipo di sanzione).

Ora, però, a ben vedere, la prima nota distintiva perde completamente significato (o meglio non ha senso) in riferimento alla persona giuridica, essendo ontologicamente incompatibile la pena privativa della libertà per questi soggetti.

La seconda nota distintiva, poi, se non scompare del tutto, certo si attenua in riferimento alla tipologia di reati, *lato sensu* economici, che secondo la comune esperienza vedono coinvolte le persone giuridiche; si tratta infatti di illeciti che, con qualche significativa eccezione (es.: frode fiscale, bancarotta, gravi fatti di inquinamento) non assumono, agli occhi dei consociati, una particolare valenza stigmatizzante.

In conclusione, non è azzardato affermare che, in ambito comunitario, le persone giuridiche sono sottoposte a sanzioni di natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente identiche a quelle di natura penale astrattamente irrogabili nei loro confronti.

A ciò si aggiunge che è ormai pacifica nelle legislazioni interne dei paesi membri della CEE la sottoponibilità delle persone giuridiche a sanzioni penali amministrative; ancorché sussistano non poche differenze quanto alla forma (solidale [Portogallo] o sussidiaria [Italia]) al presupposto (concernente il legame più o meno stretto con il fatto della persona fisica autore in senso stretto dell'illecito) e al contenuto (solo sanzioni pecuniarie o anche altre sanzioni patrimoniali) di detta responsabilità.

Cosicché il nostro irrequieto principio del *societas puniri non potest*, comincia a pensare che i suoi, più che incubi, siano sogni premonitori.

4. Questa sensazione, poi, è destinata ad ingigantirsi sempre di più alla luce (sinistra per il nostro agitato dormiente) del sempre maggior successo che riscuote la responsabilità penale delle persone giuridiche (ovviamente cumulativa e non alternativa rispetto a quella delle persone fisiche che hanno agito in concreto) presso le legislazioni nazionali dei singoli paesi membri della CEE.

Com'è noto, dopo Inghilterra e Olanda, anche la Francia, con il suo nuovo codice penale, ora conosce la regola della responsabilità penale (cri-

minale) delle persone giuridiche; ancorché non generalizzata, ma bisogna di specifiche previsioni legislative o regolamentari che, però, a quanto è dato sapere, sono in crescita vertiginosa (v. BOULOC, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Sociétés*, 1994, p.294ss.) seguendo un'ideale linea geografica di sviluppo tale forma di responsabilità è ormai alle porte dell'Italia.

E ben magra consolazione può derivare dalla constatazione di una certa qual disomogeneità della disciplina tratteggiata dalle tre diverse legislazioni nazionali sopraricordate, riscontrabile in ordine a tre snodi fondamentali e tra di loro strettamente connessi: il criterio di selezione delle fattispecie incriminatrici ascrivibili alla persona giuridica; il tipo di collegamento richiesto tra (fatto della) persona fisica agente in concreto e persona giuridica, affinché scatti la responsabilità di quest'ultima; il contenuto della sanzione.

Ed infatti, per quanto concerne il primo punto, mentre il codice penale francese (artt. 121-2) ha scelto la via della predeterminazione legislativa espressa, da effettuarsi per ogni singola fattispecie, l'ordinamento inglese è retto dalla regola esattamente opposta della responsabilità delle persone giuridiche salvo che sia diversamente stabilito e quello olandese opta per il criterio della ricorrenza, da accertarsi di volta in volta in relazione al caso concreto, del presupposto generale cui è riconnessa la responsabilità della persona giuridica (art.51 c.p. ol.).

Proprio in relazione a questo secondo punto, poi, si registra ancora un ventaglio di soluzioni eterogenee: l'ordinamento francese si affida alla formula del fatto commesso (dalla persona fisica) "per conto" della persona giuridica (formula che riecheggia la teoria formale della rappresentanza); quello inglese, fuori dei casi di "vicarious liability", punta sulla necessaria identificazione tra persona fisica e persona giuridica, richiedendo che la persona fisica agisca come "alter ego" della persona giuridica o ne sia, secondo altra più recente tesi (cfr. *WEELS Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993, p.130) il cervello ("brain"), anche se non manca chi ritiene preferibile far leva sul dato formale che l'azione illecita sia stata compiuta da chi impersona un organo della società, dietro la considerazione che gli organi sono "la maschera" della società; quello olandese, infine, sposa un criterio decisamente sostanziale, richiedendosi dalla più recente e consolidata giurisprudenza che, secondo criteri di valutazione normativo-sociali, il fatto della singola persona possa essere apprezzato come fatto della società (es. se compro un oggetto ai grandi magazzini Harrods io compro da Harrods e non dal commesso che materialmente mi consegna l'oggetto, ma se acquisto cocaina dal commesso agli stessi grandi magazzini, in

realtà non compro da Harrods, ma dal commesso).

Per quanto riguarda il terzo punto, quello del contenuto delle sanzioni, mentre Inghilterra e Olanda ricorrono esclusivamente a pene pecuniarie, la Francia, in linea con le scelte di politica sanzionatoria proprie del codice entrato in vigore il 1 marzo 1994, prevede un'ampia e fantasiosa gamma di sanzioni "alternative" o "cumulative" rispetto alla pena pecuniaria (previste sia nel codice che nelle leggi speciali) di indubbia efficacia deterrente (si pensi allo scioglimento della persona giuridica, al divieto di esercitare una o più attività professionali o sociali, alla chiusura di uno o più stabilimenti, alla pubblicazione della sentenza di condanna, all'esclusione dai pubblici mercati etc.); tanto più sorprendenti ove si rifletta sulla labilità, per così dire, del presupposto generativo della responsabilità (fatto commesso "per conto" della persona giuridica) che non mi pare tale da giustificare sanzioni così pesantemente coinvolgenti la dignità sociale e la vita stessa della "*persona morale*".

Magra consolazione -dicevamo- per il nostro tormentato protagonista (il *societas puniri non potest*) perché la sola presenza nell'ordinamento di tre Stati membri della CEE del suo simmetrico negativo (l'ovviamente odiato *societas puniri potest*) ne mette comunque in pericolo la stessa sopravvivenza. L'ineludibile esigenza di armonizzazione all'interno della CEE che ne discende -e di cui già abbiamo fatto cenno- non può infatti che risolversi, proprio come in una lotta fratricida, con la soppressione dell'uno a vantaggio della vita dell'altro.

E allora: in che senso dovrebbe incamminarsi il processo di armonizzazione?

5. Io non credo che sia compito di questa relazione pervenire a "conclusioni" sul punto: perché conclusioni vere e proprie non si possono azzardare se non dopo una meditazione ben più seria e ponderata di quella che ho potuto effettuare affettuosamente *coactus* dall'amico Castaldo. Né mi sembra il caso di tracciare un quadro degli argomenti che possono addursi, e vengono da sempre addotti, a favore o contro la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Non foss'altro da quando Franco BRICOLA pubblicò sulla Riv. italiana di dir. e proc. penale il suo saggio sul costo del principio *societas delinquere non potest* (correvva l'anno 1970), tutti le conoscono: è uno dei tanti debiti di riconoscenza che abbiamo contratto con lui e che lui non ci ha mai fatto pesare ed è anche per questo che egli è ancora qui con noi, seduto insieme a noi, anche oggi.

Posso però, solo per gettare un piccolo seme per il dibattito, sottoporvi sommessamente una breve riflessione.

Si può forse anche convenire, guardando alla realtà italiana, che non sussistono ostacoli, né di natura dogmatica, né di natura Costituzionale alla configurabilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche e che si tratti, in fondo, solo di un problema -come si suol dire- di politica criminale; anche se certe osservazioni di Alberto Alessandri mi sembrano particolarmente convincenti (ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p.57s.).

Tuttavia mi sembra che la soluzione positiva, pensando in termini di armonizzazione all'interno della CEE, sia quella destinata ad incontrare resistenze difficilmente superabili presso quei paesi che attualmente conservano il contrario principio della irresponsabilità penale delle persone giuridiche. Minori ostacoli incontrerebbe sicuramente una armonizzazione della disciplina della responsabilità penale-amministrativa (anziché penale-criminale) delle persone giuridiche. Tanto più che, come dicevamo, è ormai pronto il documento comunitario Bacigalupo-Grasso-Tiedemann che costituisce ben più di una semplice base di discussione per raggiungere questo traguardo e che l'assoggettabilità delle persone giuridiche a sanzioni amministrative è ormai patrimonio comune delle legislazioni degli stati membri.

Certo vi saranno alcuni nodi particolarmente problematici, quali quello del presupposto della responsabilità e del contenuto della sanzione, con i conseguenti riflessi sul piano delle garanzie sia sostanziali che processuali. E sicuramente farà discutere plasmare l'illecito penale amministrativo su schemi squisitamente penali criminali, in contrasto con una certa tendenza verso la costruzione separata dei due modelli d'illecito. Ma le probabilità di una felice conclusione del cammino sono certamente alte.

Ed in secondo e per me decisivo luogo, mi pare che la soluzione affermativa riduca il diritto penale a pura tecnica di controllo sociale, mentre io credo (forse perché così mi hanno insegnato) che il diritto penale sia soprattutto un sistema posto a tutela di valori che dev'essere esso stesso "valore", espressione di valori di civiltà giuridica, ed è tale se ed in quanto ne è al centro la persona umana in carne ed ossa.

O forse, ed ho finito, c'è un'altra considerazione che mi fa propendere per il mantenimento del *societas delinquere non potest*: è che a forza di trattarlo lungo tutto l'arco di questa relazione come una persona e per di più sofferente, l'ho così umanizzato che mi ci sono affezionato.