

Lo strumento “penale” a tutela dell’economia globalizzata.

di *Marco Gambardella*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Causalità e imputazione. – 3. Globalizzazione come “interdipendenza finanziaria” e delitto di manipolazione del mercato. – 4. Globalizzazione dell’economia e responsabilità penale degli enti. – 5. I modelli di imputazione della responsabilità penale agli enti.

1. Introduzione.

L’ampiezza del tema assegnatomi se, da un lato, presenta la difficoltà di dominarlo; dall’altro lato, consente invece di privilegiare alcune tematiche nel rapporto tra diritto penale e processo di globalizzazione.

La domanda in senso ampio cui tenterò di abbozzare qualche risposta è la seguente. Lo strumento penale di fronte al fenomeno della “economia globalizzata” subisce una “conformazione” rispetto al suo ordinario impiego e alle categorie che tradizionalmente conosciamo?

Mi spiego subito meglio.

Ebbene, la responsabilità penale è “personale” anche nel senso di ascrivere un “evento offensivo” ad un soggetto agente sulla base di un meccanismo di collegamento causale di stampo “naturalistico”.

(a) In primo luogo, bisogna tuttavia capire se il processo di globalizzazione, inteso come interdipendenza globale a livello di scambi culturali e finanziari, ci obblighi in qualche modo a plasmare diversamente, a rivedere, ad adattare, il meccanismo di ascrizione causale di un evento; meccanismo sul quale il nostro diritto penale ha costruito gran parte degli illeciti penali.

(b) In secondo luogo, occorre verificare se tale processo di globalizzazione richieda di dare uno spazio maggiore ad un’autentica responsabilità collettiva nel diritto penale che si affianchi a quella individuale. Per esempio, una imputazione diretta del reato all’ente, senza la necessità della commissione dell’illecito penale da parte di una persona fisica.

2. Causalità e imputazione.

Muoviamo dalla prima ipotesi su cui riflettere.

Bisogna postulare cambiamenti nei paradigmi ascrittivi penalistici, che si iscrivono in questo nuovo stadio dell’evoluzione sociale, in una modernità avanzata?

Certamente, la risposta non può che essere positiva se intendiamo la globalizzazione – “alla Giddens” – non solo come globalizzazione puramente economica, ma come fenomeno molto più complesso che genera effetti in diversi

campi: globalizzazione politica, terminologica, culturale e anche nel diritto – non solo, dunque, economica¹.

Si tratta perciò di provare sostituire il principio “naturalistico” di causalità – la relazione tra causa ed effetto con cui si descrive la natura – con il principio “normativo” di imputazione.

Ebbene se si produce un evento offensivo, non bisogna allora chiedersi “chi è” la causa di questo evento, bensì “chi ne è responsabile”².

Non bisogna impiegare lo strumentario dell’interpretazione naturalistico-causale degli eventi, ma quello della interpretazione normativa della natura³.

Un esempio di come nel diritto penale dell’economia – a livello di diritto giurisprudenziale (o vivente) – si sia in qualche modo introdotto il principio di imputazione normativo a discapito del tradizionale paradigma ascrittivo della causalità naturalistica, può essere rinvenuto in materia di bancarotta con la responsabilità penale del c.d. “amministratore di diritto” di una impresa.

Attraverso il meccanismo della “posizione di garanzia” si chiama a rispondere del reato di bancarotta fraudolenta un soggetto che non ha dato un contributo condizionante (né agevolatore o di rinforzo) alla realizzazione della fattispecie tipica: gli si imputa, invece, sul piano normativo una responsabilità penale⁴.

L’amministratore di diritto della società, ancorché sia un mero prestanome di altri soggetti che hanno agito come amministratori di fatto, risponde dei reati fallimentari commessi quanto meno a titolo di omissione, poiché la semplice accettazione della carica attribuisce dei doveri di vigilanza e di controllo la cui violazione comporta responsabilità penale a titolo di concorso di persone nel reato proprio. L’amministratore con la semplice accettazione dell’incarico assume invero una posizione di garanzia ed acconsente ai rischi connessi alla carica stessa⁵.

Siamo in presenza di una ascrizione normativa, una imputazione di un fatto di reato a prescindere dall’impiego di un meccanismo eziologico.

3. Globalizzazione come “interdipendenza finanziaria” e delitto di manipolazione del mercato.

Prendiamo in considerazione una ipotesi emblematica in cui il diritto penale, e i suoi modelli punitivi si intersecano con la globalizzazione. Ipotesi che rappresenta

¹ Cfr. in proposito R.A. Wallace – A. Wolf, *La teoria sociologica contemporanea*, il Mulino, 2008, p. 136 ss.

² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, p. 212 ss.

³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura*, cit., p. 212 ss.

⁴ L’amministratore di diritto o in carica si ritiene responsabile penalmente, a titolo di concorso di persone (art. 110 c.p.), dei reati fallimentari commessi dall’amministratore di fatto, dal punto di vista oggettivo, ai sensi dell’art. 40 comma 2 c.p., per non avere impedito l’evento che aveva l’obbligo giuridico di impedire. La fonte dell’obbligo giuridico gravante sull’amministratore di diritto viene individuata nell’art. 2932 c.c. in tema di responsabilità degli amministratori verso la società (Cass., sez. V, 9 febbraio 2010, n. 11938, in *Cass. pen.*, 2011, p. 691; Cass., sez. V, 7 gennaio 2015, n. 7332, in *C.E.D. Cass.*, n. 262767).

⁵ Cass., sez. V, 27 aprile 2000, n. 5619, in *C.E.D. Cass.*, n. 216117; Cass., sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7208, *ivi*, n. 233637; Cass., sez. V, 18 marzo 2015, n. 38918.

certamente un banco di prova per verificare gli eventuali adattamenti del paradigma causale-naturalistico, nel senso di introdurre al suo posto un modello di imputazione della responsabilità penale di natura normativo.

In particolare con il fenomeno della “globalizzazione” inteso come «intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località molto lontane, facendo sì che gli eventi locali vengano modellati da eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa [...] La globalizzazione è dunque essenzialmente una espansione della modernità dall’ambito europeo-occidentale al mondo intero: è la modernità su scala globale»⁶.

È noto infatti come la solidità economica di un paese e le politiche economiche in esso attuate hanno una importante influenza sulle economie degli altri paesi. I problemi che si manifestano in una parte del globo si diffondono come un contagio alle altre parti. L’interdipendenza finanziaria influisce sulle diverse economie nazionali⁷.

Alla luce di quanto appena evidenziato, volgiamo lo sguardo al delitto di “manipolazione del mercato” e al bene giuridico che con tale figura di reato si vuole tutelare: ossia, il regolare andamento del mercato finanziario (e in particolare il meccanismo di formazione del prezzo degli strumenti finanziari)⁸.

Possiamo davvero costruire una incriminazione che ha come “evento” collegato causalmente alla condotta il meccanismo di corretta formazione del prezzo dell’azione?

Nell’art. 185 t.u.f. sono punite tre diverse condotte: i) la diffusione di notizie false; ii) la realizzazione di operazioni simulate; iii) la realizzazione di altri artifici.

Tutte e tre le condotte devono essere «concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari».

Ma è proprio la globalizzazione, con il fenomeno della interdipendenza finanziaria, che ci dovrebbe far pensare come la costruzione di una figura di reato che ha come evento la corretta formazione del prezzo dell’azione risente inevitabilmente di una enorme quantità di variabili che possono inficiare il giudizio controfattuale, e mettere in crisi il paradigma ascrittivo fondato sulla causalità naturalistica (la relazione eziologica tra condotta ed evento).

Come si fa a stabilire se la condotta tipica (la manipolazione informativa o operativa) ha determinato l’alterazione sensibile della quotazione dell’azione, quando il prezzo della stessa risente di una quantità sterminata di fenomeni che si possono produrre in qualsiasi parte del mondo?

La giurisprudenza prevalente sappiamo che ha interpretato la norma incriminatrice nel senso di escludere la presenza di un evento naturalistico, non guarda alla relazione causale tra la condotta tipica e la corretta formazione del prezzo dello strumento finanziario. Qualifica il delitto come di mera condotta.

⁶ Così A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, 1994, p. 71 ss.

⁷ Cfr. J. Sloman – D. Garratt, *Elementi di economia*, il Mulino, 2014, p. 376 ss.

⁸ Cfr., ad esempio, R. Zannotti, *Diritto penale dell’economia*, Giuffrè, 2017, p. 443 ss.

Si è sostenuto pertanto che il delitto di manipolazione del mercato informativo è reato di mera condotta, che si consuma nel momento in cui ha luogo la diffusione della notizia falsa e in riferimento al quale deve essere valutata, applicando il criterio della prognosi postuma, la sua idoneità a produrre concretamente effetti distorsivi del mercato⁹.

Nello stesso senso, si è poi ritenuto che il reato previsto dall'art. 185 d.lgs. n. 58 del 1998 ha natura di mera condotta per la cui integrazione è sufficiente che siano posti in essere comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi di tale evento. Tuttavia, la natura di pericolo concreto di tale delitto esige, ai fini del perfezionamento del reato, la manifestazione fenomenica della idoneità dell'azione a mettere in pericolo l'interesse protetto dalla norma, costituito dal corretto ed efficiente andamento del mercato al fine di garantire che il prezzo del titolo nelle relative transazioni rifletta il suo valore reale e non venga influenzato da atti o fatti artificiosi o fraudolenti¹⁰.

D'altronde, se noi prendiamo sul serio il processo di globalizzazione economico, il modello del reato di mera condotta incentrato sul pericolo concreto per l'interesse protetto è una delle possibili strade per evitare un accertamento davvero difficile e incerto come quello del rapporto di causalità tra condotta ed evento.

Ma sorge il dubbio che qui il paradigma ascrittivo, imperniato sul principio di causalità naturalistico, possa cedere il passo ad una attribuzione di responsabilità fondata sul principio di imputazione di stampo normativo, con l'individuazione di un responsabile/colpevole a prescindere da un problematico accertamento del meccanismo eziologico causa/effetto.

4. Globalizzazione dell'economia e responsabilità penale degli enti.

Il secondo tema su cui mi vorrei soffermare è quello se la globalizzazione richiede nel diritto penale di affiancare alla responsabilità individuale una vera e propria responsabilità collettiva, in pratica una imputazione diretta all'ente del reato.

E questo per rispondere all'esigenza di avere discipline normative comparabili tra loro. Evenienza al momento lontana da realizzarsi di un diritto penale globalizzato per gli enti.

Orbene, la dimensione transnazionale delle grandi imprese, le quali sono diventate le principali protagoniste dell'economia globale, e che si caratterizzano così come "multi-nazionali", richiede a sua volta una certa uniformità – non solo di pratiche e modelli contrattuali, di una *lex mercatoria* universale – ma altresì di una armonizzazione della disciplina penale dei singoli Stati in cui si disloca e si ramifica l'organizzazione produttiva e distributiva della grande impresa

⁹ Cass., sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, Gabetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 253361.

¹⁰ Cass., sez. I, 6 maggio 2015, n. 45347, in *C.E.D. Cass.*, n. 265397.

multinazionale. L'economia globale non conosce nazionalità e impone un omogeneo ordinamento giuridico della *business community*¹¹.

Sorge così l'esigenza di compiere un delicato bilanciamento tra (i) la necessità di prevenire sanzionare i gravi fenomeni di criminalità economica e (ii) l'esigenza sempre più sentita nel mondo "globalizzato" degli imprenditori di operare nell'ambito di un sistema certo, stabile, nelle regole giuridiche e nelle sue applicazioni e prassi. In campi come quello del diritto penale, le regole giuridiche sono portatrici di sanzioni di tale incisività che devono rispondere a siffatte caratteristiche di "stabilità" e "affidabilità" nelle prassi applicative".

5. I modelli di imputazione della responsabilità penale agli enti.

Soggetto attivo dei reati in materia economica può essere una società, una persona giuridica, un ente, e non già una persona fisica?

Proviamo ad ipotizzare due diversi schemi di ascrizione della responsabilità penale in capo agli enti, alle persone giuridiche.

Secondo un primo modello di imputazione, l'ente potrebbe essere ritenuto penalmente responsabile, in modo diretto, per una condotta criminosa (ad esempio, un abuso di mercato o per una falsificazione del bilancio) commessa da una persona fisica inserita all'interno dell'organizzazione collettiva.

In secondo luogo, e in modo più ampio, l'ente potrebbe essere reputato responsabile dal punto di vista penale per un reato economico, indipendentemente dalla responsabilità anche solo in astratto della persona fisica. Si tratterebbe così di ammettere una punizione dell'ente per un illecito penale senza il tramite necessario della responsabilità di una persona fisica: un reato, dunque, autenticamente dell'ente¹².

Cerchiamo allora di approfondire quest'ultima constatazione, per verificare se è davvero concepibile una responsabilità penale "tutta" dell'ente.

Ora, nella nostra cultura giuridica il dilemma che aleggia tradizionalmente inerisce alla semplice domanda: può un ente collettivo essere autore, colpevole, di un illecito penale?

Occorre a tal fine volgere lo sguardo sulla ricorrente, soprattutto nel passato, obiezione secondo cui le persone giuridiche sarebbero incapaci di "colpevolezza", e ciò osterebbe all'introduzione di una responsabilità propriamente penale.

Ebbene per superare il dilemma in modo rispondente ai canoni del nostro ordinamento, appare necessario affrontare seriamente il tema della "concettualizzazione" della colpevolezza della persona giuridica¹³.

Obiettivo fondamentale è costruire un vero e proprio modello di responsabilità dell'ente, che muova dal presupposto che le persone giuridiche si distinguono dalle

¹¹ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, il Mulino, 2010, p. 14

¹² Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 191 ss.

¹³ Cfr. in proposito C.E. Paliero, *La personalità dell'illecito tra "individuale e collettivo"*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di GA. De Francesco e A. Gargani, Giuffrè, 2017, p. 105 ss.

persone fisiche o dai gruppi di persone fisiche sulla base della loro struttura e complessità di organizzazione, del loro modo di prendere decisioni e di operare all'esterno¹⁴.

Bisogna, inoltre, logicamente individuare i presupposti e le condizioni che fanno dell'illecito commesso da una impresa un illecito "organizzativo", anziché un illecito commesso da un soggetto all'interno di un'organizzazione. Superando così la tentazione – sempre in agguato – di un modello della responsabilità degli enti "per fatto altrui" in relazione agli illeciti commessi dai loro rappresentanti¹⁵.

Un modello di attribuzione della responsabilità dell'ente, dunque, che focalizzi l'indagine verso l'identificazione di atti/comportamenti e di una volontà dell'impresa (organizzata) in quanto tale e non verso le condotte di un amministratore o di un dipendente della stessa impresa¹⁶.

Una ascrizione di responsabilità dell'ente, perciò, limitata a quei soli casi in cui le azioni e la volontà siano autenticamente ed effettivamente quelle dello stesso ente. D'altronde, l'esigenza di una reale colpevolezza della persona giuridica scaturisce dalla presa d'atto della differenza tra le intenzioni umane (proprie della persona fisica) e quelle di cui può essere considerato capace un ente, nonché della complessità della vita di una organizzazione.

Tutto ciò vuol dire costruire un modello di responsabilità della persona giuridica autonomo da quello della persona fisica. E in questo senso vanno nella giusta direzione una parte delle scelte della nostra recente legislazione. Si pensi all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 che stabilisce la responsabilità dell'ente anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile. Alle scelte, inoltre, in merito alla disciplina della prescrizione: qui l'intervenuta prescrizione del reato-presupposto non incide sulla responsabilità dell'ente perché la prescrizione della sanzione per l'ente è interrotta dalla contestazione dell'illecito dipendente da reato, interruzione della prescrizione che dura finché non termina definitivamente il processo penale (art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001). Può verificarsi, dunque, che per la persona fisica il reato si è estinto per prescrizione; mentre per l'ente la prescrizione non è ancora decorsa definitivamente.

Occorre nondimeno tenere separati il fenomeno della "criminalità d'impresa" da quello della vera e propria "impresa criminale"¹⁷.

Nella "criminalità d'impresa" l'ente ha natura in sé lecita, esercita normalmente una attività di natura lecita, e soltanto episodicamente – strumentali alla sua attività d'impresa – vengono realizzati degli illeciti penali. Ad esempio, per ottenere il

¹⁴ W.S. Laufer, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, il Mulino, 2016, p. 9 ss.

¹⁵ Cfr. in proposito A. Fiorella – N. Selvaggi, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3-4, 2014, p. 106 ss.

¹⁶ W.S. Laufer, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 13 ss.

¹⁷ In tal senso, cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 134 ss.

rilascio di una autorizzazione amministrativa, pur non avendone i requisiti di legge, l'amministratore della società paga una somma di denaro al funzionario pubblico competente per il rilascio della stessa, che a seguito della dazione indebita adotta il provvedimento richiesto, integrando così il delitto di corruzione propria (art. 319 c.p.).

L'autentica "impresa criminale" è invece quella struttura organizzata che svolge un'attività che ha come obiettivo principale la commissione di reati: si tratta di una vera e propria organizzazione criminale. Si pensi ad una impresa creata allo scopo di smaltire in modo illegale i rifiuti oppure per riciclare il denaro proveniente dallo spaccio di stupefacenti, usura, gioco d'azzardo, prostituzione.

L'impresa criminale intesa in questo modo – e mantenuta distinta, concettualmente, dal fenomeno della criminalità d'impresa – trova una sua considerazione propriamente normativa nel decreto legislativo n. 231 del 2001. Ai sensi dell'art. 24 *ter*, comma 4, d.lgs. n. 231 cit. se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente impiegato allo scopo (anche solo prevalente) di agevolare o consentire la commissione dei reati in materia di criminalità organizzata, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività¹⁸.

Orbene non solo si potrebbe prefigurare un modello che fissi l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica, ma ci si potrebbe spingere anche oltre: teorizzando un modello di illecito che rispetto all'ente abbia una struttura peculiare, la quale tenga conto dell'ontologica differenza tra persona fisica e persona giuridica.

Un modello di struttura di illecito per l'ente che, dunque, sia genuinamente autonomo e indipendente da quello della persona fisica. Tuttavia, un modello di illecito che non dovrebbe essere costruito come illecito di mera agevolazione alla commissione del reato da parte della persona fisica. L'ente nel modello di mera agevolazione risponderebbe, infatti, nella misura in cui una difettosa organizzazione interna di controllo non sia riuscita a prevenire la commissione del reato.

In altre parole, alla struttura di illecito prescelto per l'ente non si dovrebbe attribuire natura di mero illecito di agevolazione. Occorrerebbe, viceversa, costruire il modello di illecito in chiave positiva, sulla base di criteri, presupposti e requisiti che contribuiscano a rendere l'ascrizione di responsabilità all'ente coerente con l'organizzazione collettiva in quanto tale, e con la realtà concreta che caratterizza la persona giuridica nella sua esistenza, struttura e organizzazione.

¹⁸ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 135.