

# LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLA PERSONA GIURIDICA NEI PAESI BASSI. STORIA E SVILUPPI RECENTI

di *John A. E. Vervaele* <sup>(1)</sup>

## 1. INTRODUZIONE.

Sino a poco tempo fa, i Paesi Bassi erano l'unico Paese europeo continentale a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche.

A dispetto dell'origine napoleonica del diritto penale olandese e di una tradizione giuridica e dogmatica continentale, i Paesi Bassi, seguendo l'insegnamento del mondo anglosassone, hanno infatti accolto il principio "*societas delinquere et puniri potest*". Le persone giuridiche sono ritenute in grado di compiere dei reati e di essere, conseguentemente, perseguite e sanzionate penalmente. In tale ottica, i Paesi Bassi hanno definitivamente abbandonato l'idea secondo la quale la persona giuridica non sarebbe che una finzione giuridica e, di conseguenza, che solo i suoi organi e le persone fisiche che la rappresentano possano essere perseguiti dal punto di vista penale (*no soul to damn, no body to kick*). La scelta operata ha tenuto conto della realtà di una società industriale e post-industriale moderna, che parte dal principio che le persone giuridiche occupano, nel sistema economico attuale, una posizione assolutamente fondamentale; in tale qualità, esse hanno diritti e doveri che legittimano una responsabilità penale (e la protezione giuridica che ad essa è collegata).

Il modello della responsabilità penale olandese ed il suo con-

---

<sup>(1)</sup> Professore ordinario in diritto penale dell'economia e finanziario, Facoltà di Giurisprudenza di Utrecht, Professore al Collegio Europeo di Bruges.

tenuto giurisprudenziale costituiscono una fonte preziosa per gli altri Paesi europei, anche in un'ottica di armonizzazione degli ordinamenti nel quadro dell'integrazione europea. Ad oggi, peraltro, la normativa olandese e le sue ingegnosità giuridiche sono ancora relativamente poco conosciute sia in Europa che negli Stati Uniti; in quest'ultimo sistema alcuni autori hanno studiato l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel nuovo Codice Penale francese ritenendola una vera e propria rivoluzione per sistemi di civil law non legati ad una tradizione di common law: "Per la comunità internazionale degli affari, comunque, la più importante caratteristica del Nuovo Codice Penale non sono le innovazioni nella definizione del delitto e della pena, bensì la fissazione – per la prima volta in Francia e, allo stesso modo, per la prima volta in qualsiasi nazione di civil law – di principi comprensivi di sanzioni penali nei confronti della persona giuridica" <sup>(2)</sup>.

Molti, quindi, ignorano che i Paesi Bassi sono il primo Paese continentale ad aver previsto la punibilità generale delle persone giuridiche. Occorre poi rilevare come, sovente, la dottrina straniera che si è occupata del diritto penale olandese, lo ha fatto in modo non corretto e preciso. Le profonde differenze tra il modo di pensare dei giuristi anglosassoni rispetto a quelli continentali e la non conoscenza della lingua olandese hanno certo contribuito a tale situazione di fatto.

Storicamente, c'è una netta differenza tra l'approccio anglosassone e l'approccio continentale francese. Il primo riconosce, dall'inizio del secolo, che le persone giuridiche possono essere, in chiave funzionale, ritenute responsabili sul piano penale (*vicarious liability*) delle azioni o delle omissioni dei loro dipendenti. Il modello continentale francese parte nondimeno non dalla colpevolezza funzionale ma dalla colpevolezza individuale e stabilisce di conseguenza che le sanzioni criminali non possono essere imposte

<sup>(2)</sup> L. ORLAND & C. CACHERA, "Essay and translation: corporate crime and punishment in France: criminal responsibility of legal entities (personnes morales) under the new french criminal code (nouveau code pénal)", 11 Conn. J.INT'L.111 (1995).

che alle persone fisiche in seno alla persona giuridica e non alla persona giuridica in quanto tale.

È nell'ambito della tradizione anglosassone che l'evoluzione si fa più saliente. Posto di fronte all'industrializzazione, il giudice, negli Stati Uniti, ha seguito la dottrina inglese, la quale riconosce che la persona giuridica può essere condannata sul piano penale per reati nei quali non deve essere provato un elemento soggettivo doloso. Questo orientamento, generalmente seguito alla fine del XIX secolo negli Stati Uniti e nel Regno Unito, è stato superato all'inizio del XX secolo proprio negli Stati Uniti dall'introduzione dei reati di "mens rea" (con intenzione) nell'ambito della responsabilità penale delle persone giuridiche e dall'abbandono della teoria organica. Quest'ultima implica che non soltanto le azioni o le omissioni della persona giuridica, ma pure quelle attribuite a qualsiasi altra persona fisica che opera "in seno" o "per" la persona giuridica possono determinare responsabilità penale delle stesse persone giuridiche. Partendo da questo punto di vista, gli Stati Uniti ed il Regno Unito seguiranno strade differenti; si noterà a questo proposito che negli Stati Uniti si continua a seguire la teoria limitata de "l'alter ego" o la teoria organica. Nel quadro della responsabilità per i reati di "mens rea", rientrano gli atti o le omissioni compiuti a livello gestionale (*the corporation brain*) che possono condurre ad una responsabilità penale della persona giuridica. La responsabilità penale negli Stati Uniti, molto più estesa che in Gran Bretagna, trova la sua fondamentale enunciazione in una decisione giurisprudenziale, una decisione della Corte Suprema datata 1909: "Qualsiasi cosa compiuta od omessa da una società (...) compiuta od omessa da un suo direttore o funzionario o da un liquidatore, curatore, locatario, agente o persona che agisce per o è dipendente di tale società (...) si considererà anch'essa un illecito commesso dalla società stessa, e a seguito della condanna della persona fisica, essa sarà soggetta a sanzioni simili" <sup>(3)</sup>. La Suprema Corte ha così creato un principio di base della responsa-

<sup>(3)</sup> New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.U., 212 U.S. 418, 495 (1909).

bilità penale delle persone giuridiche che è diventato il fondamento di numerosi procedimenti penali celebrati negli Stati Uniti. Nel 1970, la Suprema corte ha valutato specificamente la responsabilità in caso di omissioni del personale dipendente della persona giuridica: "Nel comminare sanzioni che toccano coloro che eseguono gli ordini impartiti dalla società, (...) il Federal Food, Drug and Cosmetics Act impone non solo un dovere positivo di scoprire e punire i reati quando questi si verificano, ma anche, ed in via primaria, un dovere di adottare misure che ne impediscano la consumazione. Gli obblighi di previsione e vigilanza imposti agli agenti responsabili all'interno della società sono forse ampi ed onerosi, ma non sono più severi del diritto che il pubblico ha di aspettarsi questi comportamenti da coloro che volontariamente assumono posizioni di autorità nelle società economiche (...)"<sup>(4)</sup>.

È soprattutto nel corso di questi ultimi anni che la responsabilità penale delle persone giuridiche è stata estesa alla violazione dei doveri connessi alle responsabilità assunte con il proprio incarico, in particolare nel mondo bancario e finanziario.

Ho affrontato in particolare, anche se brevemente, l'evoluzione negli Stati Uniti; questo Paese rappresenta in effetti la culla di questo dogma ed ha parimenti esercitato una grande influenza sull'evoluzione dei Paesi Bassi, malgrado quest'ultimo sia giuridicamente ancorato alla tradizione napoleonica. I Paesi Bassi costituiscono, infatti, l'esempio di un Paese cerniera, situato tra la situazione giuridica continentale ed il mondo anglosassone. È, dunque, un motivo in più per affezionarsi al diritto olandese!

## 2. LA PUNIBILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE NEI PAESI BASSI IN UNA PROSPETTIVA STORICA.

Nel corso del secolo scorso, la punibilità delle persone giuridiche nel diritto penale tributario e doganale era già conosciuta. Il

<sup>(4)</sup> U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

diritto penale tributario prevedeva infatti la responsabilità penale delle persone giuridiche assoggettate alle imposte, materia nell'ambito della quale la persona giuridica può essere ritenuta penalmente responsabile per atti commessi da parte di propri dipendenti. L'articolo 13 dell'"Algemene Wet op de Douane" del 1870 prevedeva la responsabilità in caso di frode in materia di diritti d'esportazione (un delitto CE *ante litteram*): "Le società e le società di armatori sono responsabili degli atti dei loro amministratori, contabili, impiegati, operai o altre persone al loro servizio sulla base dell'articolo 231 della legge generale del 26 agosto 1822 relativa a tutte le violazioni di disposizioni di legge regolanti l'attività di importazione, esportazione ed il transito, così come le accise"<sup>(5)</sup>.

Questa regolamentazione deriva dall'art. 231 della "Algemene Wet" del 1822 relativa al riconoscimento dei diritti in materia di importazione, esportazione, transito, accise e attività di armatori navali: "Tutti i commercianti, spedizionieri, fabbricanti, naviganti, trasportatori ed altre persone che, in ragione della loro attività, possano avere qualche relazione con l'amministrazione, saranno in tale caso responsabili degli atti dei loro impiegati, operai o altre persone comunque remunerate, purché gli atti compiuti concernano la professione esercitata. Se questi commercianti o le altre persone elencate vengono accusati di frode o di un'altra violazione di questa o di altre leggi speciali e se essi invocano a titolo di scusante che gli atti sono stati commessi, a loro insaputa, dai loro dipendenti, essi saranno comunque, anche se ne ignorano la connessione, condannati alle pene inflitte per tali reati"<sup>(6)</sup>.

Questo approccio si è tuttavia limitato al diritto penale speciale in materia tributaria e doganale, il codice penale aveva come punto di partenza nella sua versione originale del 1886 il principio *societas delinquere non potest*. L'articolo 342 (bancarotta semplice) prevedeva una responsabilità penale nei confronti dei PDG o dei membri del consiglio di amministrazione ma il pubblico ministero

<sup>(5)</sup> Staatsblad 1870, n° 61.

<sup>(6)</sup> Staatsblad 1822, 442.

doveva provare l'esistenza di una colpa specifica in capo a ciascuno di essi.

Nel periodo compreso tra le due guerre, la giurisprudenza aveva anche elaborato la teoria della responsabilità funzionale (*vicarious liability*).

La figura del "far commettere" non si è sviluppata nei Paesi Bassi; è stata la "smaterializzazione" della figura dell'autore, culminante nella qualità funzionale d'autore, che ha offerto una soluzione ai problemi. Nel 1933 la Corte suprema ha deciso che il capo di una tipografia fosse penalmente responsabile della stampa di documenti illeciti<sup>(7)</sup>. Attraverso questa costruzione, si è potuto evitare che qualsiasi soggetto attivo in seno all'impresa fosse esposto ad una responsabilità penale. Nello stesso senso, l'architetto o il costruttore potevano essere penalmente responsabili in applicazione della responsabilità funzionale, non il muratore<sup>(8)</sup>. Questa responsabilità funzionale non esige che il responsabile tenga una condotta attiva nella realizzazione dell'illecito<sup>(9)</sup>. L'attività della persona che ha realizzato materialmente l'azione (autore diretto) è considerata come rilevatrice della responsabilità funzionale dell'autore indiretto. In numerosi casi questa responsabilità è esplicitamente prevista anche da leggi speciali regolanti la materia economica.

La prima metà del ventesimo secolo è stata caratterizzata nei Paesi Bassi da un importante intervento statale che ha regolamentato la vita socio-economica, parallelamente allo sviluppo dello Stato previdenziale. In seguito alla crisi della fine degli anni venti e dell'economia di guerra, il bisogno di sottoporre la vita economica a delle regole di diritto pubblico e di diritto penale si è fatto sentire. All'inizio degli anni cinquanta è entrata in vigore la "*Wet op de Economische Delicten*" (WED). Si trattava di una legge

<sup>(7)</sup> HR 13 marzo 1933, NJ 1933, 1385.

<sup>(8)</sup> HR 29 giugno 1936, NJ 1937, 9; HR 11 dicembre 1951, NJ 1952, 36 e HR 18 giugno 1963, NJ 1964, 107.

<sup>(9)</sup> HR 31 gennaio 1950, NJ 1950, 286.

quadro finalizzata a sanzionare i reati economici<sup>(10)</sup>, la quale prevede che in caso di commissione di un reato, l'agente possa essere punito con la pena della reclusione e/o pecuniaria, eventualmente sospesa condizionalmente. La durata della pena detentiva e l'ammontare della pena pecuniaria dipendono dalla norma violata. La durata massima della prima è di sei anni di reclusione, mentre l'entità massima della seconda è di 100.000 fiorini.

A fronte di tali pene massime, possono essere applicate pene e misure accessorie. Le pene accessorie sono le seguenti: sequestro totale o parziale dell'impresa del condannato, confisca degli oggetti e dei prodotti dell'impresa in cui il reato è stato commesso, privazione parziale o totale di privilegi o diritti. Le misure previste sono le seguenti: la messa sotto controllo dell'impresa del condannato, l'imposizione dell'obbligo di compiere ciò che è stato omesso illecitamente, l'annullamento di ciò che è stato eseguito illegalmente, l'esecuzione delle prestazioni riparatorie dei danni cagionati dal condannato ed il pagamento di una somma di denaro allo Stato a titolo di restituzione dei vantaggi indebitamente acquisiti, ivi compreso ciò che è stato ottenuto ingiustamente attraverso fatti analoghi, per i quali esistono adeguati sospetti nei confronti del condannato.

La WED è una legge quadro alla quale si sono aggiunte più di cento leggi disciplinante la materia socio-economica. Si tratta di legislazione in materia di agricoltura, pesca, derrate alimentari, sviluppo, etc. Attraverso l'introduzione della WED nel 1950 è entrato in vigore l'articolo 15, del seguente tenore:

"1. Se un delitto economico è commesso da o in nome di una persona giuridica, di una società, associazione di persone o fondazione vengono perseguite sia le persone giuridiche, società, associazioni, fondazioni, sia coloro che hanno dato l'ordine o che hanno effettivamente diretto l'atto illecito o l'omissione.

2. Un delitto economico è commesso, tra l'altro, da o in nome di una persona giuridica, di una società, di una associazione di persone

<sup>(10)</sup> MULDER A., *Schets van het economisch strafrecht*, Zolle, 1983.

o di una fondazione, se è commesso da persone che, sia in ragione di un'attività remunerata, sia per altre ragioni, agiscono nella sfera della persona giuridica, della società, dell'associazione o della fondazione, indipendentemente dal fatto che queste persone abbiano commesso ciascuna individualmente un delitto economico o che presentino insieme gli elementi del delitto.

3. Se delle iniziative giudiziarie sono intraprese contro una persona giuridica, una società, una associazione di persone o una fondazione, queste ultime sono rappresentate nel corso dei procedimenti dall'amministratore e, se ve ne sono diversi, da uno di loro. Il rappresentante può comparire a mezzo di un procuratore legale. Il tribunale può ordinare la comparizione personale di un determinato amministratore; allo stesso modo può assegnare un mandato di accompagnamento.

4. Se delle azioni giudiziarie sono intraprese contro una persona giuridica, una società, una associazione di persone o una fondazione, è applicabile l'art. 538, 2° comma, del Codice di procedura penale.

Attraverso l'art. 15 WED, la persona giuridica viene riconosciuta quale autore punibile in materia di delitti economici. Tale norma rappresenta l'abbandono della dottrina-finzione secondo la quale la persona giuridica non esiste. L'attività socio-economica è realizzata ormai ricorrendo a funzioni e funzionari. Pertanto, si tratta di determinare la funzione economica esplicata da ogni singola impresa; se vengono violate disposizioni specificatamente connesse ad una funzione determinata (di produzione o di distribuzione), il funzionario e l'impresa devono essere chiamati a difendersi e l'impresa deve subire l'applicazione di sanzioni. Inoltre, possiamo ugualmente ravvisare delle sanzioni applicabili nei confronti delle persone fisiche implicate, ma la caratteristica della regolamentazione è quella di rivolgersi alla persona giuridica intervenendo nella vita economica attraverso il ricorso a sanzioni particolari che in genere non possono essere supportate che da questa unità<sup>(11)</sup>. Sotto il regime della WED, si pone nondimeno la que-

<sup>(11)</sup> Vedi nota in HR 23 febbraio 1954, NJ 1954, 378 (arret IJzerdraad).

stione di individuare "la sfera della persona giuridica", posto che la persona giuridica non può commettere in sé alcuna infrazione (si tratta sempre di una finzione legale). L'art. 15 WED non esclude in alcun caso la responsabilità penale normale delle persone fisiche (responsabilità nei confronti delle proprie azioni). Il fatto che le persone agiscano nell'ambito di una persona giuridica non incide sulla loro personale responsabilità: se qualcuno è autore del fatto, resta punibile anche se è associato in una società<sup>(12)</sup>. Riconoscendo nella WED la responsabilità penale delle società, si risponde ad una necessità sociale.

Nel 1965 il primo prudente passo è stato compiuto nel diritto penale con l'introduzione, nel codice penale olandese, dell'art. 50a: "Attraverso una disposizione di legge, in seguito alla commissione di un reato tramite o in nome di una persona giuridica, società, qualsiasi associazione di persone, etc. può essere prevista l'applicazione di una pena nei confronti degli amministratori, membri del consiglio di amministrazione, o commissari, così come contro coloro che hanno dato l'ordine o che hanno effettivamente diretto l'atto illecito o l'omissione". Prima dell'entrata in vigore di questa normativa, la Hoge Raad (Corte suprema) aveva già riconosciuto a più riprese la responsabilità penale degli amministratori per gli atti commessi attraverso altre persone in seno alla società<sup>(13)</sup>. L'articolo 50 riconosce, in caso di violazioni del diritto comune, la qualifica di autore alla persona giuridica (*societas delinquere potest*), ma non la punibilità della stessa (*sed non puniri potest*). L'articolo 50a presuppone, inoltre, che il membro del consiglio di amministrazione abbia ordinato la commissione di un reato o quanto meno l'abbia diretto. È chiaro che non si pone alcuna questione sulla responsabilità penale diretta della persona giuridica (*societas puniri potest*): allorché infatti la violazione di una norma è commessa da o in nome di un ente, la pena può essere applicata solo nei confronti degli am-

<sup>(12)</sup> F. HOLLANDER, WED, Arnhem, 1952, 102; HR 9 dicembre 1952, NJ 1953, 139.

<sup>(13)</sup> HR 26 novembre 1888, W 5645 (sentenza Cadier e Keer), HR 13 marzo 1933, 1385; *contra* HR 21 febbraio 1938, NJ 1938, 820.

ministratori o di coloro che hanno dato l'ordine o che hanno effettivamente diretto l'atto illecito o l'omissione.

La responsabilità penale della persona giuridica appare solo nel 1976 con l'introduzione dell'articolo 51 del codice penale che muove dal principio che tutti i reati possano essere commessi anche dalle persone giuridiche:

*"1. I reati possono essere commessi dalle persone fisiche e giuridiche.*

*2. Se un reato è commesso da una persona giuridica, i procedimenti possono essere promossi e le pene e le misure di sicurezza possono essere pronunciate, purché essi rientrino nell'ambito di questa materia:*

- 1) contro la persona giuridica, oppure*
- 2) contro chi ha dato l'ordine, così come contro chi ha effettivamente diretto il comportamento illecito, oppure*
- 3) contro le persone nominate ai punti 1 e 2 insieme.*

*3. Per l'applicazione di ciò che precede, alla persona giuridica sono stati parificati gli enti privi di personalità giuridica, le associazioni o le fondazioni".*

Infatti, dal combinato disposto del codice penale e della WED, le sanzioni seguenti possono essere inflitte alle persone giuridiche in caso di consumazione di reati economici: ammenda, sequestro dei beni, pubblicazione della condanna, confisca, indennizzo, chiusura parziale o totale dell'attività dell'impresa (il diritto civile prevede anche la liquidazione della impresa), l'ordine esecutivo di cessare l'atto illecito o l'omissione.

Dall'introduzione, nel 1976, dell'art. 51 del codice penale le persone giuridiche sono pienamente responsabili e ciò qualunque sia il tipo di reato, ivi compresa la fattispecie dell'omicidio colposo. Per la portata generale dell'art. 51 del codice penale, l'art. 15 della WED è abolito. Tutte le garanzie giuridiche accordate dal codice di procedura penale e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'imputato si applicano anche in favore della persona giuridica.

La definizione dei soggetti compresi nell'ambito di operatività dell'art. 51 è più ampia rispetto alla definizione di persona giuridica propria del diritto civile. Tutti i gruppi, ad eccezione delle so-

cietà unipersonali, ricadono infatti nel campo di applicazione della norma in esame. La qualificazione della persona giuridica secondo i criteri propri del diritto civile non è in tal senso decisiva; è per questo che io ho acquisito la convinzione che, d'accordo con mio collega Tiedemann ed in una prospettiva di armonizzazione, sia meglio parlare di associazioni, piuttosto che di imprese o di persone giuridiche.

L'art. 51 si caratterizza ugualmente per un approccio parallelo e duplice.

A fianco della responsabilità della persona giuridica, la responsabilità dei dirigenti di fatto o di coloro che sono muniti di potere decisionale è ugualmente ravvisabile. Un tipo di responsabilità non esclude affatto l'altra (aspetto cumulativo), ma deve essere riconosciuta la responsabilità diretta della persona giuridica quale agente (sulla base della concezione funzionale dell'autore) prima ancora che i dirigenti di fatto o gli organi decisionali vengano coinvolti. In altre parole, si tratta di vasi comunicanti. Nella pratica, è sembrato che la punibilità della persona giuridica sia molto importante per la punibilità dei responsabili della impresa stessa. La qualità di autore della persona giuridica non è soltanto la base per la punibilità della persona giuridica, ma anche delle persone fisiche che hanno effettivamente dato l'ordine di eseguire (o diretto) il comportamento illecito.

A fronte di questa duplice responsabilità prevista dall'art. 51, è comunque sempre possibile ritenere penalmente responsabili i funzionari che hanno agito materialmente (responsabilità individuale). Le persone fisiche possono quindi essere perseguite e punite in quanto autori materiali, concorrenti, etc.

Per finire, esiste, accanto alla responsabilità del funzionario-"autore proprio" (persona che commette o che partecipa), anche la responsabilità dei dirigenti nell'ambito delle leggi speciali, come la legge *Autovervoer Personen* (trasporti di passeggeri) e la legge *Autovervoer Goederen* (trasporti di merci). In questa normativa vengono descritti in modo specifico i soggetti responsabili e le modalità con cui gli stessi possono discolarsi.

Abbiamo svolto un excursus storico, a grandi linee, per mostrare la complessità della problematica in questione. È tempo, ora, di affrontare più in profondità i “vasi comunicanti” rilevati dall’art. 51 del codice penale che disciplina la responsabilità penale delle persone giuridiche e dei dirigenti di fatto o con potere decisionale. Esamineremo, in particolare, il modo in cui essi comunicano attraverso la scorciatoia della dogmatica della qualità funzionale dell’autore. A mio avviso questa relazione deve ricevere maggiore attenzione, poiché è possibile sviluppare nell’ambito della dogmatica dell’elemento soggettivo (culpa e dolus) un approccio penale funzionale che non urti i principi di base del diritto penale e dello Stato di diritto ma che permetta ugualmente di adattare il diritto penale agli sviluppi attuali della società.

### 3. LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE E DEI DIRIGENTI DI FATTO: L’ART. 51 DEL CODICE PENALE.

#### 3.1. *Introduzione.*

La problematica della responsabilità penale delle persone giuridiche e dei dirigenti di fatto deve essere collocata nel contesto più ampio della responsabilità delle imprese e degli amministratori.

La responsabilità penale degli amministratori non costituisce che un piccolo aspetto della politica globale della responsabilità degli amministratori d’impresa. Dopo l’introduzione della società privata nel 1971, è stata elaborata una legislazione sugli abusi per impedire che la persona giuridica venisse utilizzata ai fini di ridurre il pagamento dei premi dell’assicurazione sociale e delle imposte sui salari. Gli amministratori sono, ad esempio, responsabili allorché la persona giuridica non assolva i propri obblighi di pagamento.

Sotto l’influenza delle direttive europee una responsabilità colposa è ugualmente stata introdotta in un buon numero di casi. Infine, una responsabilità specifica di diritto civile si applica anche nei casi di fallimento della società.

La portata limitata del mio intervento mi induce a rinviare alla

dottrina di base<sup>(14)</sup>. Tutti sono d’accordo nel dire che a fianco di una responsabilità di diritto civile si avverte egualmente il bisogno di una voce repressiva sia di natura amministrativa che penale. Per quanto riguarda le sanzioni amministrative vi è stata nei Paesi Bassi una recente codificazione di diritto amministrativo (codice generale del diritto amministrativo) nel quale nessuna distinzione esplicita è prevista per quanto concerne i soggetti suscettibili di sanzione amministrativa. Tanto le persone fisiche come le persone giuridiche sono soggette alla responsabilità amministrativa. L’art. 1.2 definisce la persona come quella che è direttamente toccata da una decisione amministrativa, facendo esplicito riferimento agli interessi della persona giuridica. Tutte le sanzioni amministrative possono essere comminate sia alle persone fisiche che a quelle giuridiche.

#### 3.2. *La responsabilità penale delle persone giuridiche e dei dirigenti dell’impresa.*

Sono dell’avviso che i Paesi Bassi hanno sviluppato e sviluppano ancora una nuova dogmatica penale al fine di selezionare in mezzo alle categorie nuove o antiche del diritto penale, le attività criminali delle persone giuridiche.

La legge penale olandese conosce dal 1976 – contrariamente alla maggior parte degli altri paesi continentali – una regolamentazione generale della punibilità delle persone giuridiche. Ciò discende dalla lettura dell’art. 51 del codice penale che ha abbandonato il principio *societas delinquere non potest* e *societas puniri non potest*.

Il Pubblico Ministero dispone ora, nella pratica, di un ventaglio di possibilità che permette:

- 1) di perseguire una persona giuridica;

<sup>(14)</sup> DIJK, P.L., & al., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zolle, 1988 et BROOD-GRAPPERHAUS, J.J., & al., *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaanemers*, Leiden, 1987.

- 2) di perseguire un autore fisico;
- 3) di perseguire un funzionario dirigente in quanto partecipante o in quanto concorrente o autore funzionale;
- 4) di perseguire un funzionario dirigente basato sulla qualità di autore della persona giuridica.

Analizzeremo in particolare la possibilità di perseguire la persona giuridica e il funzionario dirigente fondata sulla qualità di autore della persona giuridica.

### 3.2.1. *La qualità di autore della persona giuridica*<sup>(15)</sup>: *il criterio Ijzerdraad*.

Nei Paesi Bassi non si è ancora posta la questione della qualifica diretta come autore della persona giuridica. Bisogna quindi individuare le responsabilità individuali prima delle persone fisiche e solo in seguito estenderle alla persona giuridica. È dunque chiaro che l'imputazione della responsabilità gioca un ruolo decisivo.

Nei lavori parlamentari del progetto di legge dell'art. 51, ci si è chiesti se l'estensione alla persona giuridica dell'elemento soggettivo presente in un funzionario subalterno possa dipendere dal tipo di organizzazione societaria interna e di ripartizione delle competenze.

La legge non fornisce nessun criterio che permetta di determinare le circostanze nelle quali una persona giuridica, in un caso concreto, possa essere considerata come responsabile di un fatto. È per questa ragione che, dopo il 1945 la giurisprudenza nei Paesi Bassi ha conferito un contenuto al criterio della qualità d'autore delle persone giuridiche.

Ma il principio di base è di natura tale che, contrariamente a molti altri Paesi, le azioni o le omissioni delle persone fisiche sono attribuite (compreso l'aspetto psicologico) alla persona giuridica; ciò permette di attribuire la qualità di autore alla persona giuridica.

<sup>(15)</sup> TORRINGA, R.A., *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984.

Una volta che la qualità di autore è costruita la punibilità entra in gioco.

La qualifica d'autore forma ugualmente una condizione di punibilità del dirigente di fatto, del funzionario avente potere decisionale, dell'autore funzionale (se la qualifica d'autore della persona giuridica è stabilita, la responsabilità delle persone aventi la qualità d'autore in seno della persona giuridica può essere rilevata. Si noterà immediatamente, dalla lettura dell'art. 51, che non si può parlare in senso stretto di una responsabilità penale del dirigente. La qualità di amministratore o di commissario non costituisce, infatti, una condizione per la punibilità. Si tratta di una responsabilità dei dirigenti in generale: il gruppo è quindi autore indiretto o funzionale.

La teoria della qualità funzionale dell'autore trova la propria origine nella giurisprudenza. Con la celebre sentenza Ijzerdraad del 1954, il *Hoge Raad* (Corte di Cassazione) giudicando sulla responsabilità penale di un imprenditore, rilevò che "tutti fatti colposi realizzati all'interno di una impresa non possono essere considerati come rientranti nell'ambito della responsabilità dell'imprenditore", se non sono collocati nella sfera di potere di quest'ultimo e non sono stati accettati in modo generale.

Questa giurisprudenza è stata estesa dalla Corte di Cassazione alla persona giuridica con la sentenza Kabeljauw.

Non è il comportamento reale che deve essere considerato ma il comportamento "funzionale". L'atto della persona fisica potrà conseguentemente essere imputato alla persona giuridica se il comportamento reale della persona fisica concorre con una funzione sociale all'interno della persona giuridica in questione. È tuttavia chiaro che quasi ogni comportamento di una persona giuridica costituisce un comportamento funzionale.

Il legislatore olandese non fornisce nell'art. 51 una enumerazione tassativa delle persone fisiche che cagionano la responsabilità della persona giuridica. La Corte di Cassazione ha elaborato in materia il criterio del "potere e accettazione". La persona giuridica deve avere un certo potere sulle persone ed inoltre essa deve avere accettato il comportamento in questione. Un semplice impiegato può quindi occasionare questo tipo di responsabilità, così come colui che, pur non rivestendo la qualità formale di dipendente, operi materialmente come tale.

Il potere e l'accettazione significano egualmente che certi comportamenti sono esclusi: per esempio il caso dell'impiegato che vende droga all'interno della impresa (ma non il riciclaggio in banca o lo smaltimento di rifiuti).

La responsabilità può egualmente essere stabilita nei confronti di diverse persone fisiche che considerate nel loro insieme e non separatamente, realizzano l'elemento costitutivo del reato commesso attraverso la persona giuridica (principio dell'aggregazione).

### 3.2.2. I criteri d'imputazione soggettiva.

In tema di imputazione penale, occorre distinguere l'imputazione dell'elemento oggettivo da quella dell'elemento soggettivo.

Nei Paesi Bassi una distinzione deve essere fatta in questa materia tra contravvenzioni, delitti e crimini.

Per ciò che concerne le contravvenzioni l'elemento soggettivo è limitato nell'autore al non rispetto del dovere di protezione, di sorveglianza e di prudenza. Si tratta della violazione dei doveri di prudenza e delle posizioni di garanzia.

Per i delitti e i crimini si applicano le forme classiche di colpa e del dolo, in cui rientra anche il concetto di dolo eventuale. L'intenzione presente nella persona fisica, anche nel subalterno, può essere imputata alla persona giuridica per la quale essa lavora. Tutto dipende dalla organizzazione interna della persona giuridica, e dal tipo di direttive impartite a queste persone fisiche.

Le relazioni di fatto esistenti sono determinanti affinché il giudice imputi l'intenzione e la colpa della persona fisica alla persona giuridica.

Non è necessario che le persone fisiche risultino formalmente assunte dalla persona giuridica, essendo sufficiente anche una relazione di fatto<sup>(16)</sup>. Non è necessario che la persona giuridica o un organo della persona giuridica assuma una decisione formale.

<sup>(16)</sup> HR 16/06/1980, NJ 1981, 586.

È chiaro che lo spirito dell'art. 51 non pone problemi allorché i comportamenti dei funzionari, sia autori che concorrenti, realizzino delle azioni. Ciò diviene più difficile allorché si tratti di un delitto omissivo. Si deve allora costruire un dovere di agire che gravi su un funzionario.

I lavori preparatori dell'art. 51 del codice penale precisano che se un dirigente è stato ritenuto colpevole di un reato ed omette di modificare la gestione dell'impresa o impedisce che gli atti siano compiuti, può essere punito in quanto autore secondo il concetto di autore sviluppato più largamente nella giurisprudenza.

Grazie ai principi di base in materia di imputazione non si ha più bisogno della teoria organica, dell'alter ego, etc. I Paesi Bassi hanno chiaramente optato per il modello secondo il quale tutti gli atti di ogni persona che agisca in nome della impresa o in favore della stessa possono essere attribuiti, attraverso dei criteri molto flessibili di imputazione, alla persona giuridica.

Nel 1945 il grande magazzino "Droom en dreesman" (VED) è stato perseguito per reati relativi alle regolamentazioni dei prezzi, infrazioni che non richiedono dolo o colpa.

All'interno della impresa esisteva un'istruzione della direzione che vietava di vendere al di sotto dei prezzi legali massimi: nonostante ciò, l'impresa fu comunque condannata.

Quattro criteri relativi alla qualità di autore della persona giuridica emergono dalla decisione della Corte di Cassazione in materia<sup>(17)</sup>.

Deve trattarsi di una persona che:

- 1) presta servizio per l'impresa;
- 2) ha agito nel quadro della propria competenza generale;
- 3) ha agito nel quadro delle proprie attività;
- 4) ha agito procurando profitto all'impresa.

Nel 1954 un nuovo passo avanti fu compiuto nella sentenza

<sup>(17)</sup> Sentenza V&D, KR 27/01/1948, 1997.

Ijzerdraad relativa alla qualità funzionale d'autore di un individuo all'interno di un'impresa.

Una persona fisica, proprietaria di un'impresa individuale, accusata di esportazione illegale è stata condannata dalla Corte di Appello sulla base del criterio espresso nella sentenza V & D. L'Hoge Raad è stato tuttavia di un altro avviso ed ha escluso la qualità d'autore del proprietario che era stato in primo grado dichiarato penalmente responsabile nella sua qualità di proprietario.

La Cassazione ha infatti ritenuto che "gli atti incriminati non potevano essere considerati come atti dell'imputato, posto che lo sviluppo degli avvenimenti dimostrava che questi non erano stati accettati, né potevano esserlo, dall'imputato" (18).

L'accogliimento del criterio Ijzerdraad è intervenuta a seguito della sentenza Kabeljauw. Un armatore, persona giuridica, è stato processato per pesca illegale. L'armatore aveva equipaggiato la barca di reti speciali per la pesca delle sogliole ed aveva dato l'ordine di pescare questo tipo di pesce. La Corte di Appello ha applicato il criterio del caso V & D e considerato questo ordine come motivo sufficiente per la condanna.

La Corte di Cassazione ha ritenuto tuttavia che il criterio da usare era applicabile anche nel quadro della persona giuridica ed esaminato la disposizione relativa "al potere e all'accettazione".

Nel 1979 la Hoge Raad aveva già accettato (19) l'idea secondo la quale l'esercizio della pesca di frodo non è soltanto ascrivibile all'equipaggio di un peschereccio ma è anche a colui che, in quanto armatore o proprietario, fa sì che la pesca venga svolta ed effettuata contrariamente ai divieti.

Nella sentenza Kabeljauw II (20) la Corte di Cassazione ha interpretato il concetto "fare in modo che" stabilendo che occorre stabilire se "gli atti compiuti a bordo del peschereccio" possano essere considerati come dei comportamenti rilevanti di sospetto.

(18) Sentenza Ijzerdraad HR 23/02/1954, NG 1954, 378

(19) Sentenza Kabeljauw I, KR 12/06/1979, N J, 1979, 505.

(20) Ex posé des motifs, 19.

Ciò si realizzerebbe nel caso in cui il sospetto poteva trarsi da determinati comportamenti significativi.

In ultima analisi, la qualità d'autore della persona giuridica esige due condizioni cumulative: il fatto che la persona giuridica non abbia impedito, impedendo la realizzazione del fatto illecito, il fatto che essa abbia accettato o tollerato il comportamento vietato. L'accettazione non richiede che la persona giuridica abbia esplicitamente voluto l'atto, essendo sufficiente che l'atto illecito sia stato compiuto nell'ambito della politica di impresa della persona giuridica.

Ci si può tuttavia domandare se il dolo o la colpa, ovvero l'elemento soggettivo del delitto, possano essere imputati a una persona giuridica. Il legislatore ha omesso di chiarire in profondità questo punto.

Nell'esposizione dei motivi dell'art. 51 del codice penale si risponde che l'imputazione del dolo di una persona fisica alla persona giuridica in seno alla quale l'autore materiale prestava servizio dipenderà dall'organizzazione interna della persona giuridica e dal tipo di responsabilità della persona fisica.

Si tratta di un problema difficile sul quale esiste relativamente poca giurisprudenza.

La punibilità della persona giuridica deriva in effetti dal diritto penale economico. In tale ramo la punibilità di una persona giuridica fondata sulla commissione dolosa di un delitto economico rappresenta l'eccezione, anziché la regola; la punibilità non è condizionata all'esistenza del dolo.

Diversamente vanno le cose nel diritto penale comune, ove si esige che l'autore dei reati più gravi (crimini) abbia agito consciamente con dolo, o per grave negligenza, imprudenza o imperizia.

Emerge chiaramente dalla giurisprudenza che la persona giuridica può agire intenzionalmente e che l'imputazione del dolo o della colpa alla persona giuridica non deve essere limitata agli organi decisionali delle persone giuridiche (21).

Non si deve perdere di vista che la condizione basata sulla co-

(21) Vedere per esempio la sentenza Nut HR 16/06/1981, NJ 1981, 586 e HR, 29/05/1984, NJ 1985, 6.

noscenza, sulla consapevolezza in diritto penale non significa che debba esistere la percezione del carattere illecito punibile del comportamento.

La persona giuridica deve solamente essere cosciente del fatto che il comportamento incriminato ha luogo (intenzione neutra)<sup>(22)</sup>.

Anche l'omissione può essere imputata alle persone giuridiche (delitti per imprudenza). La conoscenza dell'assenza prolungata della prudenza che è richiesta in un'impresa costituisce una violazione dell'obbligo di cura (*soin*).

Per ciò che concerne le contravvenzioni, trova applicazione un dovere generale di prudenza; in questo senso l'organizzazione deve esercitare il suo potere per evitare che esse si realizzino attraverso la propria attività. Il reato doveva comunque essere prevedibile, altrimenti si potrà porre solo la questione della responsabilità per attività rischiosa (*strict liability*).

Un'assenza totale di colpa è tuttavia rara. L'omissione in una situazione potenzialmente pericolosa implica, in fatto, l'accettazione delle sue conseguenze<sup>(23)</sup>.

Solo nel caso in cui l'organizzazione abbia fatto tutto ciò che era in suo potere per prevenire tutti i reati prevedibili potrà invocare a giusto titolo l'assenza di qualsiasi colpa<sup>(24)</sup>.

Se le istruzioni necessarie sono state impartite e se il controllo ha avuto luogo, l'organizzazione non potrà essere ritenuta responsabile per l'ignoranza delle istruzioni da parte del personale.

La punibilità è condizionata all'esistenza del dolo o della colpa. Ciò comporta almeno la conoscenza della realizzazione (eventuale) del fatto da parte della direzione, senza che le misure di prevenzione siano state adottate, vuoi perché la situazione è stata accettata, vuoi perché non la si è correttamente valutata.

Torrington risponde alla questione dell'imputazione di dolo o di colpa alla persona morale facendo le seguenti supposizioni:

“– se esiste una decisione del consiglio di amministrazione, la colpa o il dolo che ne derivano deve essere in linea di principio sempre imputata alla persona morale;

– se non vi è decisione del consiglio di amministrazione ma siamo in presenza di una delega di funzioni anche la colpa o il dolo (condizionale) che ne scaturiscono possono essere imputati alla persona giuridica. Parimenti, se si tratta di accettazione cosciente di atti colposi, soprattutto allorché si tratti di azioni utilizzate nella gestione dell'impresa. Il dolo o la colpa sono allora contenuti nella politica di impresa o nello svolgimento di fatto degli affari all'interno della persona morale;

– il dolo o la colpa degli impiegati o di altri esecutori materiali possono, in alcune circostanze, essere imputati alla persona giuridica riunendo le diverse intenzioni o colpe frammentarie che derivano da più persone fisiche”<sup>(25)</sup>.

A proposito del sistema di imputazione, si pone il seguente problema: le garanzie del diritto previste dal codice di procedura penale e dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo possono essere utilizzati per tutte le persone fisiche che sono alla base della responsabilità della persona morale?

In un caso recente, il pubblico ministero aveva interrogato come testimoni alcune persone fisiche all'interno di un'impresa, di-

<sup>(22)</sup> HR 18/03/1952, NJ 1952, 314, vedere ugualmente Van Dijk, D. L., O.C. 103-105.

<sup>(23)</sup> Vedere HR 23/02/1993, NJ 1993, 605.

<sup>(24)</sup> KR 01/07/1981 NJ 1981, 80.

<sup>(25)</sup> TORRINGTON, R.A., *De rechtspersoon als dader; strafbaar leidinggeven aan de rechtspersoon*, Arnhem, 1988, HR 16 juin 1981, NJ 1981, 586 et HR 2mars 1982, NJ 1982, 446 determinano entrambi che allorché gli imputati, al momento della commissione degli atti, dirigono effettivamente insieme gli atti illeciti, poco importa determinare con precisione quale degli imputati ha compiuto gli atti. Sono dunque possibili forme di partecipazione alla direzione del fatto, e l'elemento intenzionale deve solamente essere stabilito e provato nei confronti della persona giuridica e non nei confronti di chi decide o del dirigente. È vero che in caso di dolo di una persona giuridica si tratterà del dolo di una o di più persone fisiche che viene imputato alla persona giuridica, ma non si richiede che sia stabilito e provato che questa intenzione era ugualmente l'intenzione di colui che ha deciso o del dirigente”.

sattendendo il diritto al silenzio e l'obbligo di informazione relativamente a questo diritto (cautio), previsto dall'art. 29 del codice di procedura penale, pratica, questa, avallata dalla Corte d'Appello di La Haye<sup>(26)</sup>, ma già fortemente criticata dalla dogmatica<sup>(27)</sup>.

### 3.2.3. *La punibilità del funzionario dirigente fondata sulla qualità d'autore della persona morale: il criterio Slavenburg.*

Una volta stabilita la qualità d'autore della persona giuridica, può essere affrontata la materia della responsabilità delle persone coinvolte dalla persona giuridica. L'assoluzione di una persona giuridica e dell'amministratore o del dirigente di fatto è un "*casus non dabilis*". Secondo il diritto olandese non si esige che una persona giuridica sia effettivamente perseguita per poter perseguire il responsabile o il dirigente di fatto. È sufficiente che il fascicolo processuale indichi che è possibile sottoporre a condanna la persona giuridica.

Secondo l'art. 51, si nota immediatamente che non può trattarsi di una questione di responsabilità penale degli amministratori nel senso stretto del termine. Si tratta di una costruzione funzionale della responsabilità, e non di una partecipazione sui generis. Il vantaggio della direzione di fatto risiede, in effetti, nel fatto che non risulta applicabile la dogmatica normale della dottrina della partecipazione. Per essere sanzionata su questa base, la qualità di amministratore o di preposto non costituisce una condizione. Si tratta di una responsabilità dei dirigenti in generale.

Il fatto di dirigere effettivamente un comportamento illecito, è un concetto distinto che non è in relazione con la qualifica di autore della persona fisica. Questo punto attiene alla possibilità di incriminazione, fondata sulla qualità d'autore della persona giuridica.

<sup>(26)</sup> Affaire van der Valk, 19 giugno 1996.

<sup>(27)</sup> Cf. A.R. HARTMANN et M.E. DE MEIJER, *De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautie-verplichting bij de verdachte rechtspersoon*, *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1768-1773

ca. È per questa ragione che la direzione di fatto e la delega di funzioni sono chiaramente distinte dalla qualità dell'autore e dalla partecipazione all'atto illecito o dall'intenzione o dal dolo o dalla colpa. La responsabilità degli amministratori e dei dirigenti di fatto si applica tanto all'azione quanto all'omissione. La legge non definisce in modo preciso che cosa sia la direzione di fatto, e lascia alla giurisprudenza il compito di completare tale nozione<sup>(28)</sup>.

Il caso più spettacolare e più determinante per la concretizzazione di questo concetto è incontestabilmente il caso Slavenburg. La banca Slavenburg aveva, alla fine degli anni '70, la spiacevole reputazione di essere specializzata nella gestione, lavaggio e trasferimento di denaro sporco. Un'inchiesta giudiziaria condotta in maniera professionale conduceva all'arresto del capo dell'impresa e a due importanti sentenze del Hoge Raad<sup>(29)</sup>. Il problema era tuttavia il seguente: la maggior parte delle condotte incriminate erano state commesse da differenti agenzie, e non sussisteva implicazione diretta, personale ed attiva delle persone indagate. Tutto ruota attorno alla cultura di impresa esistente.

Il Gerechtshof de La Haye, in una prima sentenza, aveva stabilito, sulla base dell'obbligo di diligenza degli imputati, che la punibilità sussiste sempre, allorché il dirigente *doveva essere* al corrente dell'atto illecito. Il che si apparenta con una responsabilità penale da rischio. Fin dalle prime ordinanze del caso Slavenburg lo Hoge Raad ha annullato questo criterio, stabilendo tuttavia, in modo assai maldestro e restrittivo, che: "per il sol fatto che la persona sia al corrente dell'atto, non si può ritenere che abbia effettivamente diretto il comportamento illecito"<sup>(30)</sup>. In una secon-

<sup>(28)</sup> Commentaire MULDER A., "*Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door en rechtspersoon is begaan*" *Tvvs, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8213-219; TORRINGA, R.A., *o.c.*, eDijk, *o.c.*, pp. 97-122.

<sup>(29)</sup> Per maggiori dettagli su questo interessante caso di criminalità dei colletti bianchi, si veda BRANTS C.H. e BRANTS, K.L.K., *De sociale constructie van fraude, Arnhem*, 1991.

<sup>(30)</sup> HR 19 novembre 1985, NJ 1986, 125 et 126.

da ordinanza pronunciata in questo caso lo Hoge Raad ritorna sulla sua prima decisione. Lo Hoge Raad utilizza il criterio Jzzerdraad (vedi sopra) e lo orienta sulle responsabilità dell'amministratore o sul dirigente di fatto.

In alcuni casi può trattarsi di direzione di fatto dei comportamenti illeciti se il funzionario interessato – benché sia competente e ragionevolmente tenuto a farlo nella materia – ometta di adottare le misure di prevenzione ed accetti scientemente la rilevante probabilità che vengano posti in essere comportamenti illeciti. In tale situazione si ritiene che il funzionario abbia favorito intenzionalmente il comportamento illecito.

L'accettazione cosciente della rilevante probabilità sopra menzionata può realizzarsi nel caso in cui gli elementi conosciuti dall'imputato, con riferimento alla commissione di illeciti da parte della banca, sia in relazione diretta con i comportamenti illeciti menzionati nella specificazione di ulteriori imputazioni".

In conclusione, non è richiesto che il dirigente sia a conoscenza degli specifici illeciti per i quali è stabilita la qualità di autore all'interno della persona giuridica, e che costituiscono dunque il fondamento della sua incriminazione sulla base dell'art. 51, 2 linea sub 2 codice penale. Qualora emerga che il dirigente era a conoscenza di altri comportamenti illeciti che sono strettamente legati a queste infrazioni, si suppone allora che il dirigente abbia accettato scientemente l'importante eventualità che si producessero i fatti incriminati.

Affinché il dirigente di fatto possa dunque essere ritenuto responsabile, egli deve innanzitutto occupare una funzione dirigenziale. In questa materia si guarda al contenuto effettivo della sua funzione, e non alla designazione formale, benché questa non sia, naturalmente, senza importanza. Il fatto che qualcuno sia competente e ragionevolmente tenuto a assumere, sulla base di una funzione di fatto, determinate misure in vista di prevenire i reati in una situazione concreta, è determinante. Ciò significa che anche dei semplici impiegati, in alcune circostanze, posso essere considerati come dirigenti di fatto.

In secondo luogo il dirigente di fatto deve, quantomeno, essere personalmente a conoscenza di fatti analoghi (cultura d'impre-

sa) ed avere scientemente corso un rischio, omettendo di adottare idonee misure di prevenzione.

"Ragionevolmente tenuto" significa, infatti, che nessuno assume la direzione senza assumere contemporaneamente anche un obbligo di diligenza in rapporto al delitto (garante). L'elemento determinante per la punibilità della direzione di fatto non è tanto la funzione formale, ma il fatto che la persona abbia omesso in realtà di esercitare sufficiente controllo, e che vi fosse tenuta sul piano funzionale. Secondo il diritto olandese, la punibilità della direzione di fatto richiede quanto meno un'intenzione condizionale mirante alla commissione di comportamenti illeciti. Si richiede dunque una qualunque relazione di fatto. L'obbligo di diligenza può consistere in ordini, misure, mezzi e nel controllo. L'obbligo di diligenza che riposa sul dirigente di fatto è grande (essendone egli incaricato per eccellenza o essendone altri ugualmente interessati?), inoltre si attendono da lui delle attività dirette a prevenire o a porre fine a comportamenti illeciti (= vasi comunicanti). La base delle responsabilità si fonda sul mancato rispetto di un'obbligo di diligenza che dev'essere rispettato dal titolare della funzione. Si ravvisa in materia la seguente divisione in quattro punti:

1. implicazione attiva del dirigente nel comportamento illecito;
2. implicazione attiva nella gestione d'impresa;
3. implicazione passiva nel comportamento illecito;
4. implicazione passiva nella gestione di impresa.

Il principio della colpa incosciente si applica ai delitti per imprudenza e alle contravvenzioni. Il dirigente di fatto deve personalmente sapere che si potrebbe verificare una situazione potenzialmente pericolosa nell'organizzazione, nell'ambito delle proprie competenze, e non deve essersi reso conto delle eventuali conseguenze penali, pur conoscendo personalmente la situazione potenzialmente pericolosa.

Il criterio Slavenburg può essere quindi riassunto nel modo seguente<sup>(31)</sup>:

<sup>(31)</sup> TORRINGA R.A., *o.c.*, 56.

1. Il dirigente deve, all'interno della persona giuridica, aver rivestito una posizione di potere tale da poter dire la sua sul comportamento illecito;
2. il dirigente deve avere avuto personalmente conoscenza<sup>(32)</sup> – almeno di fatti analoghi – in modo che egli sia tenuto – e in virtù della sua posizione di potere – ad adottare delle misure di prevenzione;
3. nell'aver omesso tali misure, egli deve avere accettato scientemente l'importante eventualità che si verificino comportamenti illeciti, così che si ritiene che egli abbia inteso favorire intenzionalmente il comportamento illecito.

*La direzione di fatto non implica soltanto il "fare" ma anche l'"omettere".*

Questi criteri evitano in effetti un'eccessiva estensione della cerchia dei dirigenti responsabili.

I concetti di "qualità d'autore della persona giuridica" e di "direzione di fatto" costituiscono dei vasi comunicanti. Sono i criteri Ijzerdraad che sono determinanti per l'imputazione della responsabilità: sia per conoscere in quale misura la persona giuridica abbia potuto agire ed accettare, sia per stabilire il rimprovero personale che può esser mosso individualmente ai dirigenti di fatto per aver omesso di agire dove era possibile e per aver dunque manifestamente accettato il comportamento illecito.

Il primo punto dipende dal modo in cui la direzione a diversi livelli è cosciente e analizza (in caso di reati) o dovrebbe farlo (in caso di contravvenzioni) la possibilità di potenziali illeciti nel quadro delle attività d'impresa. Per il secondo punto, che non viene all'ordine del giorno se non nel caso in cui possa essere affermata

<sup>(32)</sup> Deve effettivamente essere al corrente del comportamento punibile nel caso di specie. Non è sufficiente che egli possa o debba esserne al corrente. Vedi HR 19 novembre 1995, DD 86, 163, NJB 1986, 110.

la qualità d'autore della persona giuridica, si applica il criterio più sottile della coscienza personale.

Il fatto che il pubblico ministero possa scegliere, nel quadro dell'art. 51, tra il perseguimento della persona giuridica ovvero quello dei responsabili o dei dirigenti di fatto, a condizione che la persona giuridica possa essere ritenuta penalmente responsabile, porta come conseguenza la possibilità di applicare alla persona giuridica una sanzione amministrativa e di applicare sanzioni penali al responsabile – dirigente di fatto – senza che l'ammenda amministrativa sia annullata, come accadrebbe, sulla base delle regole anti cumulo, se le due sanzioni fossero state inflitte alla persona giuridica.

#### 4. LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE DI DIRITTO PUBBLICO.

##### 4.1 Introduzione.

Il testo normativo dell'art. 51 non rinvia espressamente alle persone giuridiche di diritto pubblico. I lavori preparatori si ricollegano tuttavia esplicitamente alla materia, senza escludere la personalità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico, ma sottolineando che si tratta di una materia recalcitrante, di difficile trasposizione nelle fattispecie legali. I lavori preparatori stabiliscono che non è prudente escludere dalle attività punibili quelle degli organi o istituzioni di diritto pubblico perché ciò potrebbe essere percepito come ingiusto, e cioè come contrario al principio di uguaglianza". Secondo i lavori preparatori, la qualità d'autore penalmente rilevante delle persone morali di diritto pubblico deve tuttavia essere limitata ai fatti che sono commessi nel quadro di una attività di impresa che è o può ugualmente essere messa in opera da parte di singoli. Se l'illecito è legato a compiti pubblici generali o specifici, non si tratta di una questione di punibilità. La difficoltà a tracciare questa frontiera emerge da un certo numero di casi appartenenti al recente passato e soprattutto da un certo numero di casi recenti ed eclatanti in cui il pubblico ministero e alcuni tribunali hanno ammesso la responsabilità penale dello stato

e quella di organi statali inferiori. Nel corso di questi ultimi anni le Corti e i Tribunali, così come la Corte di Cassazione, si sono a più riprese pronunciati sulla responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. La questione centrale in materia non riguarda tanto la qualità di autore, ma piuttosto l'eventuale immunità penale delle autorità di diritto pubblico. In caso di immunità, non si può essere assoggettati a procedimento penale e dunque l'azione penale del pubblico ministero è irricevibile.

Prima di entrare nel merito della questione, si deve distinguere, nell'ambito delle persone giuridiche di diritto pubblico, tra lo stato, da una parte, e le autorità decentrate (province, comuni, autorità amministrative indipendenti, ecc.) dall'altra parte.

#### 4.2 La responsabilità penale dello Stato.

In un caso molto recente, la Corte suprema ha dovuto pronunciarsi sulla responsabilità penale dello stato stesso. Nell'aeroporto militare di Volkel, si erano verificati, a più riprese, dei problemi di inquinamento di kerosene, a seguito di un fuga da un serbatoio di carburante (contravvenzione dell'art. 14 legge sulla protezione del suolo consistente nel mancato rispetto, da parte dell'utilizzatore del suolo, dell'obbligo di diligenza mirante a prevenire l'inquinamento, condotta che è sanzionata come contravvenzione nella legge sui delitti economici; se è commessa intenzionalmente essa è ugualmente sanzionata come contravvenzione). Una prima volta, il ministro della difesa aveva potuto evitare un procedimento penale accettando il pagamento di una transazione. Ma la reiterazione del fatto aveva costretto il pubblico ministero ad esercitare l'azione penale contro il ministero della difesa. Il Tribunale ha dichiarato quest'ultimo penalmente responsabile, ma non ha irrogato alcuna sanzione<sup>(33)</sup>. La Corte suprema non ha seguito questo ragionamento ed ha dichiarato che "[6.1] si deve partire

dalla considerazione che gli atti dello stato si ritengono posti a tutela dell'interesse generale. Lo stato può curarsi per legge, regolamento, amministrazione, comportamenti di fatto o in qualsiasi altro modo, di ogni questione. [6.2] Per gli atti dello stato i ministri e i segretari generali devono in generale rendere conto agli stati generali. Essi possono inoltre essere perseguiti penalmente per malversazioni ed essere giudicati sulla base degli artt. 483 e seguenti del CPP. [6.3] Questo sistema non è sufficiente perché lo stato stesso possa essere ritenuto penalmente responsabile dei propri atti.

[6.4] Ciò che precede ha per conseguenza che il tribunale avrebbe dovuto dichiarare irricevibili le azioni penali intraprese dal funzionario della Giustizia"<sup>(34)</sup>.

Per questa decisione la Corte suprema riconosce allo stato un'assoluta immunità penale: le azioni penali sono impossibili e quelle intraprese contro il ministero di giustizia sono irricevibili. Essendo dato che l'immunità penale dell'autorità è presentata dalla corte suprema come un motivo escludente l'azione penale non si affronta il carattere punibile o meno di un atto concreto dell'autorità che sembrerebbe a prima vista costituire una infrazione.

Nel settembre del 2000 il Ministro della Giustizia ha informato il Parlamento della posizione adottata dal Governo in materia<sup>(35)</sup>. Il Governo è d'avviso che non è utile permettere la perseguibilità penale dello stato olandese, a dispetto della critica di una parte della dottrina e del pubblico ministero, con riferimento alla decisione nel caso Volkel. Il governo ritiene che lo stato debba, come tutti i cittadini, le imprese e le autorità inferiori, rispettare la legge. Lo Stato occupa tuttavia nell'ordinamento giuridico un posto proprio. Ne segue che lo stato può, a beneficio di tutti i cittadini, assumere, in forza della legge e dei regolamenti, l'amministrazione, i comportamenti di fatto od ogni altra situazione. È per questo che l'argomento dell'uguaglianza davanti alla legge (penale) può difficilmente essere

<sup>(34)</sup> HR 25 gennaio 1994, NJ, 1994, 598 (C), MenR 1994, 104 (De L.) (Vliegbasis Volkel).

<sup>(35)</sup> Lettera del Ministro della Giustizia, «Strafrechelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen», Tweede Kamer, 2000-2001, 25294, n. 12.

<sup>(33)</sup> Tribunale di s-Herthogenbosch, 1 febbraio 1993, NJ 1993, 257.

considerato come determinante in materia di responsabilità penale dello stato. Il Governo mette così in dubbio il senso dell'applicazione della legge penale nei confronti dello stato. Le pene e misure private della libertà così come la prestazione di servizio, non entrano in considerazione. Lo Stato pagherebbe un'ammenda a sè stesso. Lo Stato non può essere privato dei suoi diritti. In caso di confisca, i beni ottenuti ritornano allo stato. La conferma della norma costituisce un argomento insufficiente nei confronti dello stato. In conclusione l'accettazione della responsabilità penale e della perseguibilità lo stato condurrebbe a nuovi problemi. Tanto il Ministro della Giustizia ed il Governo quanto il pubblico ministero si ritrovavano in una posizione d'ordine costituzionale impossibile. La responsabilità in materia di incriminazione penale e di posizione dello Stato all'interno del processo come imputato sono elementi difficili da conciliare.

È così che l'immunità, e dunque l'impossibilità di perseguire penalmente lo Stato costituiscono provvisoriamente un dato stabilito. Tanto il giudice che il legislatore hanno scelto di dare la priorità alla responsabilità politica e amministrativa. La maggioranza della dottrina e gli uffici del pubblico ministero aderiscono a questa posizione.

#### 4.3 *La responsabilità penale degli enti decentrati.*

Nel corso degli ultimi quindici anni, la problematica della responsabilità penale degli organi statali decentrati (comunali, regionali) è stata in diverse riprese all'ordine del giorno nella giurisprudenza della suprema Corte<sup>(36)</sup>. Mi limiterò qui ad un certo numero di esempi eloquenti. In un caso nel 1982 il pubblico ministero ha perseguito un funzionario del comune di Tilburg per aver fatto costruire dei rallentatori di velocità senza che il comune avesse ricevuto nella materia una delega dall'autorità competente. La difesa

<sup>(36)</sup> Cf. BRANTS, C., e R. DE LANGE, *Strafvervolging van overheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1996.

ha sostenuto, invano, che si trattava dell'esercizio di un compito pubblico specifico, ma la Corte di Cassazione ha deciso, senza definire in modo specifico "il compito pubblico", che "i comportamenti rimproverati al prevenuto nell'atto di accusa concernono un compito dell'autorità, e segnatamente quello di aver cura della sicurezza delle pubbliche vie. Un comune non può essere ritenuto penalmente responsabile in materia. Il giudice del cantone ha quindi violato il diritto ammettendo l'azione proposta dall'Ufficiale di Giustizia"<sup>(37)</sup>.

La definizione di "compito pubblico" non è stata offerta nemmeno in un caso relativo alla municipalità di Voorburg. La municipalità aveva fatto distruggere dei nidi di aironi in un parco perché questi uccelli inquinavano il luogo. Esisteva una contravvenzione alla legge sugli uccelli. La Corte Suprema<sup>(38)</sup> ritenne, anche in questo caso, che il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare irricevibile l'azione penale del pubblico ministero, perché si trattava qui: 1) di un organo pubblico nel senso del capitolo 7 della Costituzione (autorità pubblica) e 2) che era tenuto a garantire la buona gestione dei parchi come obbligo di esercizio del potere. È dunque assai importante sapere se si tratta di una persona giuridica o di un gruppo dotato di pubblica autorità (un organo pubblico nel senso del capitolo 7 della Costituzione), che esercita un compito pubblico.

Gli stessi argomenti emergono, a contrario, da un certo numero di casi in materia di pesca. La municipalità del villaggio di Urk, che organizzava un'asta delle marea e che violava le regole in materia di registrazione delle quote, fu condannata; il villaggio svolgeva in effetti un'attività commerciale, e non esercitava dunque più un compito pubblico. La decisione venne confermata dalla Corte Suprema<sup>(39)</sup>. Il tribunale di Middelburg ha così ugualmente condannato, nel 1995, il comune di Vlissingen ad un'ammenda di 16.000 fiorini nel quadro di irregolarità commesse nell'ammini-

<sup>(37)</sup> HR 27 ottobre 1981, NJ 1982, 474.

<sup>(38)</sup> HR 23 ottobre 1990, NJ 1991, 496.

<sup>(39)</sup> HE 8 luglio 1992, NJ 1993, 12.

strazione dell'asta comunale della marea. Il tribunale ha esplicitamente considerato, a proposito dell'ammissibilità dell'azione penale, "che i comportamenti messi in opera non sono effettuati in vista della gestione di un compito pubblico, attribuito al prevenuto dalla legge o in virtù della stessa".

Il 23 aprile 1996, tre sentenze sono state pronunciate relativamente alla perseguibilità rispettivamente di un funzionario comunale che aveva effettivamente diretto un'attività illecita<sup>(40)</sup>, e della provincia Noord-Holland e dell'amministrazione delle acque West-Friesland<sup>(41)</sup> che avevano tutte e due, senza aver ottenuto l'autorizzazione o la dispensa prescritte, fatto bruciare della paglia sulla riva. Io mi limito qui al primo caso. Il comune di Boarnsterhim e la S.A. Grontmij avevano versato nel lago Pikmeer dei fanghi di estrazione inquinati. Il capo della divisione dei lavori del comune era stato rinviato a giudizio innanzi al tribunale correzionale, poiché aveva dato l'ordine, o quanto meno aveva effettivamente diretto l'azione. Tanto il Tribunale quanto la Corte constatano l'esistenza di prove sufficienti. La Corte afferma: "Se il comune di Boarnsterhim non può essere perseguito sul piano penale, ciò non impedisce che possa aver commesso dei fatti illeciti e che la persona che ha diretto effettivamente i comportamenti illeciti possa essere perseguita per questi fatti". Ma la Corte suprema ha contraddetto questa tesi: "La possibilità di perseguire la persona giuridica e quella di perseguire il dirigente di fatto sono così strettamente legate che la circostanza secondo cui la persona non può essere perseguita perché è un organo pubblico ai sensi del capitolo 7 della costituzione e che interviene per l'adempimento di un compito pubblico che le incombe per legge, comporta come conseguenza l'impossibilità di perseguire sul piano penale i funzionari e i dipendenti dell'organo pubblico se costoro, nella loro qualità di esecutori del compito pubblico, hanno dato l'ordine ovvero

<sup>(40)</sup> HR 23 aprile 1996, NJ 1996, 513 (tH) (Pikmeer).

<sup>(41)</sup> HR 23 aprile 1996, NJB 14 giugno, n. 61 (Province Noord-Holland) e HR 23 aprile 1996, NJ 1996, 512 (Amministrazione delle Acque West-Friesland).

hanno effettivamente diretto il comportamento illecito (...)”<sup>(42)</sup>. Non vi è dunque che la responsabilità penale individuale (del singolo) che rimane possibile. È precisamente per evitare che gli esecutori subalterni non siano esposti a conseguenze penali, che sono state sviluppate le regole sulla qualità d'autore delle persone giuridiche e dei dirigenti di fatto (qualità funzionale d'autore). Queste ultime rischiano di non poter essere applicate nel seno delle organizzazioni statali; ne deriva che solo le persone individuali potranno essere tratte a giudizio sulla base della qualità individuale classica di autore. Saranno frequenti gli esecutori subalterni che ne saranno vittima, i superiori gerarchici se ne laveranno le mani.

Stupisce, inoltre, che la S.A. Grontmij sia stata anch'essa incriminata sul piano penale. La qualità di autore della persona giuridica è stata constatata e il dirigente di fatto è stato perseguito.

La visione della Corte suprema conduce in pratica a una stupefacente disuguaglianza di diritto tra le persone giuridiche e, all'interno della persona giuridica di diritto pubblico, alla punizione dei subalterni in proprio.

Da tali pronunce emerge chiaramente che anche l'autorità (statale) inferiore beneficia allo stesso modo di una immunità penale che esclude ogni condanna del giudice penale, allorché si tratti di un organo pubblico nel senso del capitolo 7 della costituzione, che ha agito in vista dell'esecuzione di un compito attribuito dalla legge. Vi è nello stesso tempo nell'affare Boarnsterhim un punto che è stato deciso e che è rimasto, dopo Volkel, imprecisato: l'immunità dell'autorità si estende ai funzionari e ai dipendenti che nel quadro del compito statale hanno agito come dirigenti di fatto o come responsabili (secondo aspetto dell'art. 51). La sentenza Volkel e le tre sentenze del 23 aprile 1996 (Pikmeer, provincia Noord-Holland e Amministrazione delle acque West-Friesland) costituiscono per essenza la conclusione di un'evoluzione della giurisprudenza relativa all'azione penale nei confronti dell'autorità. Volkel costituisce un fatto unico in questa materia poiché per la prima volta

<sup>(42)</sup> HR 23 avril 1996, 513 (tH), GS 7035.32 (tH) (Pikmeer).

– e provvisoriamente, non v'è dubbio, per l'ultima volta – lo stato dei Paesi Bassi è stato messo sul banco degli imputati e che ogni atto dell'autorità centrale è stato ritenuto dalla Corte suprema immune da sanzione penale; il giudice penale dispone tuttavia di un margine nei confronti dell'autorità inferiore (beninteso ove non si tratti di un organo pubblico ai sensi del capitolo 7 della costituzione o non si tratti dell'esecuzione di un compito pubblico conferito dalla legge).

Nel corso degli ultimi decenni, la nozione di compito pubblico e il modo in cui esso viene adempiuto ed esercitato hanno tuttavia talmente cambiato sotto il profilo della forma e del contenuto che la differenza funzionale tra compito pubblico e compito privato e la differenza organica tra organo pubblico e organo privato non costituiscono più un criterio suscettibile di essere utilizzato in numerose distinzioni giuridiche.

Il diritto privato e il diritto pubblico hanno ugualmente conosciuto un'evoluzione che va nel senso di una responsabilità crescente dell'autorità, e di una protezione giuridica accresciuta del cittadino. Non si può più, per esempio, fare accettare ad un'impresa agricola, sottoposta a pesanti obblighi in materia ambientale, sanzionati sul piano penale, il fatto che il comune o il ministero che pongono in essere attentati all'ambiente beneficiano dell'immunità. In fin dei conti, non si può certo fare accettare oltre ai cittadini una simile situazione.

Per tal motivo la dottrina e gli uffici del pubblico ministero hanno insistito per l'eliminazione dell'immunità penale delle autorità decentrate. La Corte di Cassazione e il Governo preferiscono tuttavia il primato del controllo amministrativo e politico, rispetto all'opzione penale. La Corte di Cassazione non ravvisa la possibilità di perseguibilità penale se non quando non si tratti di un organo pubblico, ovvero si tratti di un organo pubblico che pone in essere un atto che non rileva sotto il profilo dell'assolvimento di compiti statali. La Corte di Cassazione opta dunque per un contenuto formale. Il Governo ha optato, nella sua presa di posizione, per un contenuto materiale<sup>(43)</sup>: se una persona morale pone in es-

<sup>(43)</sup> Note "*Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden*" Tweede Kamer, 1996-1997, 25294, n. 2.

sere un atto che rileva nella sua missione statale, se esso è stato posto in essere pesando minuziosamente i pro ed i contro, se che questo atto presenta una legittimazione democratica sufficiente, si versa nell'ambito dell'immunità penale.

La posizione del Governo ha ricevuto un'accoglienza critica in seno al parlamento e non è stata approvata. È stato chiesto al Parlamento di preparare una modifica legislativa.

Nel 1997 il pubblico ministero ha pubblicato una circolare relativa alla politica di indagine e perseguimento delle autorità<sup>(44)</sup>, in vista di tradurre la nuova giurisprudenza in uno strumento di lavoro facile da utilizzare.

La circolare enumera i criteri che devono essere presi in considerazione dal magistrato inquirente:

1. Vi è la qualità di autore e sussiste colpa in capo alla persona giuridica di diritto pubblico?
2. La persona giuridica di diritto pubblico è un organo pubblico nel senso della costituzione, atteso che solo gli organi pubblici possono eventualmente entrare in lista per l'immunità penale?
3. In caso di risposta affermativa alla due domande precedenti, si può procedere all'imputazione se:
  1. l'atto non può ragionevolmente più rilevare nell'esecuzione statale o
  2. l'atto concerne comunque una missione statale ma il *pro* e il *contro* non è stato seriamente soppesato sotto l'angolo amministrativo o
  3. si tratta di della commissione in flagrante di un illecito per esempio un falso in scrittura o la commissione di un reato ambientale che mette in pericolo la vita degli essere umani e degli animali o
  4. si tratta di infrazioni intenzionali alle prescrizioni di base

<sup>(44)</sup> Nei Paesi Bassi, il Pubblico Ministero concretizza la politica di indagine e di incriminazione in forza di circolari. Il Pubblico Ministero dispone, in ragione del principio di opportunità, di una grande libertà nella politica seguita.

che comportano un attentato reale o una minaccia diretta al bene giuridico da proteggere.

Se il magistrato inquirente decide di esercitare l'azione penale deve, preliminarmente all'esercizio dell'azione, ottenere il consenso dell'autorità inquirente (Ufficiale principale di giustizia) e del procuratore generale.

Il caso *Pikmeer*, giunto in cassazione e sottoposto a revisione<sup>(45)</sup>, viene nuovamente presentato alla Corte di cassazione. Nel caso *Pikmeer II*<sup>(46)</sup>, la Corte di Cassazione ha nel frattempo preso coscienza della severa critica riservata a *Pikmeer I*, e conferisce un nuovo contenuto alla materia relativa alle possibilità di procedimenti penali delle autorità decentrate. La Corte di Cassazione ha confermato la sua posizione nel caso *Gouden Bodem*<sup>(47)</sup>.

Il nuovo insegnamento della Corte di Cassazione può essere riassunto come segue:

1. L'immunità penale delle autorità decentrate è fortemente limitata. Non vi è possibilità di immunità penale, se non quando si tratti di un compito esclusivamente amministrativo, ciò che si verifica allorché:
  - si tratta di un organo pubblico nel senso della Costituzione
  - nell'ambito del quale, nel quadro della sua missione statica,
  - viene svolto un compito amministrativo che, in funzione delle sua natura e visto il sistema legale, non può che essere esercitato in via esclusiva da funzionari dell'amministrazione.

Se l'ente di diritto pubblico beneficia dell'immunità penale e non può dunque essere perseguito penalmente, la possibilità di non esser perseguiti vale egualmente per i dirigenti di fatto ed i soggetti corresponsabili. Tuttavia la possibilità di non esercitare l'azione penale non impedisce che siano perseguiti penalmente l'autore o il complice, qualora esistano la qualifica soggettiva e le prove.
2. Se l'ente di diritto pubblico non beneficia dell'immunità e

<sup>(45)</sup> Hof Leeuwarden, 12 novembre 1996, *Milieu en Recht* 1997, 1.

<sup>(46)</sup> Hoge Raad 6 gennaio 1998, *NJ* 1998, 367.

<sup>(47)</sup> Hoge Raad 30 giugno 1998, *NJ* 1998, 819.

può dunque essere perseguito penalmente, il Pubblico Ministero deve tener conto, nel quadro della politica di incriminazione, della posizione specifica delle autorità decentrate, ed il giudice deve verificare se non ricorrano particolari cause di giustificazione. Il Giudice può ugualmente tener conto della posizione specifica delle autorità decentrate nella determinazione della sanzione penale.

Nel 1998 il pubblico ministero ha pubblicato una nuova direttiva<sup>(48)</sup> in materia di politica di ricerca delle prove a carico e di incriminazione delle autorità. In conformità al nuovo orientamento della Corte di Cassazione, la direttiva accorda una posizione centrale alla "ricerca attiva, incriminazione attenuata".

Il magistrato dell'accusa deve ormai rispondere alle seguenti questioni:

1. I funzionari sono penalmente responsabili in proprio?
2. Si tratta di un organo pubblico nel senso della Costituzione?
3. Si tratta di un compito esclusivamente amministrativo? In caso di risposta affermativa, il magistrato inquirente deve annoverare il caso come suscettibile di archiviazione per ragioni tecniche, nel capitolo degli enti di diritto pubblico.
4. Si tratta della qualità dell'autore, dell'imputabilità/colpa e di rimproverabilità?
5. Ricorre un'eventuale causa di giustificazione? Vi è un'eventuale prescrizione legale che possa condurre alla non punibilità ovvero sussiste conflitto di interessi? Se sì, ne deve seguire un'archiviazione tecnica.
6. È opportuno l'esercizio dell'azione penale? Vi è flagranza di reato? Ovvero sussiste un'infrazione intenzionale alle prescrizioni di base? Ovvero si tratta di recidiva molesta? Tali criteri derivano dalla direttiva del 1997.
7. L'esercizio dell'azione penale presenta controindicazioni? Anche se non ricorrono cause di giustificazione, è stato minuziosamente valutato il pro ed il contro sotto il profilo am-

<sup>(48)</sup> *Staatscourant*, 1998,82.

ministrativo? Si tratta di una reazione amministrativa o politica effettiva che ha avuto luogo a posteriori?

Comunque sia, in caso di esercizio dell'azione penale, il dirigente di fatto e/o il corresponsabile debbono, se possibile, essere perseguiti entrambi. Al livello procedurale, non è più necessario il consenso del procuratore generale. È sufficiente che ne sia informato il responsabile dell'accusa.

Il nuovo insegnamento della Corte di Cassazione ha ricevuto l'assenso di molti, poiché ha limitato fortemente l'immunità penale degli organi statali decentrati. Il Governo ha, nel frattempo, potuto convincere il Parlamento che non era più necessario, grazie a tale nuova interpretazione, procedere ad una revisione dell'attuale disciplina legislativa. Spetta infatti al Giudice, secondo il Governo, completare questo nuovo insegnamento e precisare che cosa si intenda per compito esclusivamente amministrativo.

Tale nuova interpretazione, tuttavia, non risolve tutti i problemi. È perfettamente possibile che per il medesimo ed unico atto l'autorità periferica possa far leva sull'immunità penale, ma che l'autore fisico (il funzionario) in quanto autore, complice, ecc. possa essere perseguito e condannato in proprio.

In caso di collaborazione pubblico-privato, può darsi inoltre che l'autorità decentrata non possa essere perseguita penalmente, e che lo possa essere invece il partner privato.

Ciò non significa che non si possa criticare il fatto che la Corte di Cassazione abbia legato completamente la missione esclusivamente amministrativa ai comportamenti dei funzionari dell'amministrazione. Nella pratica, si può immaginare che tali comportamenti siano esercitati anche da non funzionari. Essi agiscono come organo amministrativo e pongono in essere atti di amministrazione nel significato del diritto amministrativo, ma non possono beneficiare dell'immunità penale. Per questo una parte della dottrina auspica la soppressione completa dell'immunità penale delle autorità decentrate<sup>(49)</sup>. Il futuro ci dirà se la Corte di Cassazione percorrerà questa strada.

<sup>(49)</sup> Per un'accurata analisi del caso Pikmeer II e delle sue conseguenze

#### 4.4 *Gli sviluppi più recenti in tema di responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico.*

Dopo il caso Pikmeer II, è chiaramente insorta una disputa fra il Governo ed il Parlamento in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche.

Il Governo non vuole effettuare alcune modifiche legislative mentre il Parlamento preme per l'eliminazione dell'esenzione dalla responsabilità penale delle persone giuridiche, in particolare dello Stato.

Nel 2001 il Governo ha insediato una Commissione di esperti incaricata di dare il suo parere su questa problematica. Inoltre, sempre nel 2001, il Governo stesso è stato posto di fronte alla necessità di prendere in considerazione due eventi catastrofici avvenuti nel Paesi Bassi. A Enschede un magazzino di fuochi artificiali è esploso nel centro della città, cagionando la morte di più di venti persone nonché la distruzione di una rilevante parte della città stessa. Dall'inchiesta è risultato che sia il Comune che lo Stato avevano commesso degli errori al momento della concessione dell'autorizzazione e del controllo amministrativo. Il servizio di ispezione dell'esercito, co-responsabile del controllo, si era esso stesso lasciato corrompere.

Poiché qui si tratta di funzioni attinenti al ruolo pubblico delle Autorità, lo Stato, sulla base della sentenza Pikmeer II, non ha potuto essere penalmente perseguito; a causa di ciò si sono levate forti critiche da parte della stampa e dall'opinione pubblica. La questione si è aggravata quando il Tribunale ha inflitto una pena assai lieve ai dirigenti dell'impresa, affermando che lo Stato, come ente, sfuggiva alla responsabilità penale.

In secondo luogo, nel processo Volendam si trattava, invece, di un incendio nel corso del quale morirono una dozzina di persone e che si verificò la sera di Capodanno in una delle sale in cui si stava consumando il cenone. Anche in questo caso si accertò che vi

giuridiche vedasi J.A.E. VAN DER JAGT, *Decentraal bestuur vervolgbaar*, Gouda Quint, 2000, Deventer.

era stata un'inadempienza a livello della politica delle concessioni delle autorizzazioni e alcune omissioni nei controlli spettanti alle Autorità. Per questi fatti non c'è ancora stata una sentenza.

A causa di tali accadimenti si è accresciuta ancora di più la pressione sul Governo per modificare la legge; i risultati del lavoro della Commissione di esperti sono dunque attesi con interesse.

La commissione, sotto la direzione di H.L.J. Roelvink, nel febbraio 2002 ha stilato le seguenti conclusioni. La Commissione è dell'opinione che gli argomenti invocati dal Governo al fine di preservare lo Stato dalla responsabilità penale presentino un'insufficiente forza di persuasione e che la distinzione fra persone giuridiche di diritto pubblico decentralizzate da una parte e Stato dall'altra non abbia un fondamento giuridico convincente. La Commissione, pertanto, per quanto riguarda la responsabilità penale dello Stato, propone di suddividerla in elementi indipendenti, conformemente all'art. 51. La Commissione si riferisce, in questa materia, ai servizi, alle istituzioni ed alle altre entità organizzative dello Stato, che siano in grado di operare in modo sufficientemente indipendente nella società. Lo Stato in quanto tale, invece, rimarrà escluso dalla responsabilità penale. Un certo numero di enti speciali come i tribunali, i ministeri ed il Consiglio di Stato dovrebbero altresì essere esclusi dalla responsabilità penale.

In secondo luogo, la Commissione si dichiara a favore dell'abbandono del criterio funzionale elaborato da Hoge Raad e della perseguibilità di tutte le persone giuridiche di diritto pubblico, anche per quei comportamenti riconducibili all'esercizio di una funzione pubblica esclusiva.

In terzo luogo, la Commissione ritiene di limitare la responsabilità penale di tutte le persone giuridiche alle infrazioni economiche, comprese quelle in tema di ambiente e di gestione del territorio. La Commissione è dell'avviso che, per tutte le altre infrazioni di diritto comune, debba primeggiare la responsabilità individuale.

Quest'ultima raccomandazione è, per più ragioni, in sé sorprendente. Innanzitutto, le persone giuridiche di diritto pubblico decentralizzate erano già responsabili penalmente per tutte le in-

frazioni, anche per quelle di diritto comune. Ciò significherebbe, dunque, un arretramento rispetto al passato.

In secondo luogo, molte infrazioni economiche sono ancora considerate come infrazioni di diritto comune (si pensi alle ipotesi di falso, di associazioni criminali, di frode) o sono ad esse assimilate nell'imputazione.

In terzo luogo, un segnale d'allarme è lanciato per attirare l'attenzione sul fatto che tali enti non potrebbero essere penalmente responsabili per le infrazioni più gravi.

Alla luce delle tragedie di Enschede e Volendam, l'esclusione dell'omicidio colposo nel quadro della responsabilità penale delle Autorità statali è più che mai sorprendente.

Il Governo ha, nel frattempo, sottoscritto le conclusioni della commissione e ci si può dunque aspettare che presto verranno prese le necessarie iniziative legislative. La limitazione della responsabilità alle infrazioni economiche costituisce senza dubbio un primo passo verso una responsabilità completa per tutti gli enti, estesa anche alle violazioni di diritto comune. L'art. 51 proviene ugualmente dal diritto penale economico.

## 5. CONCLUSIONE.

In seno al dogma della qualità d'autore delle persone giuridiche e della direzione di fatto, l'ammorbimento delle normali regole in materia di qualità d'autore dell'art. 47 e 48 C.P. significa che la qualità d'autore e la responsabilità concordano con la ripartizione dei compiti, la responsabilità della gestione e il potere di decisione che sono propri delle organizzazioni moderne. La responsabilità penale normale permane per colui che pone effettivamente in essere la condotta punibile, in quanto possa essergli mosso un rimprovero in materia. Ma sono proprio le regole in tema di qualità funzionale dell'autore che si applicano all'organizzazione – la quale non può commettere il fatto se non attraverso persone fisiche e che è per definizione l'autore funzionale – mentre ad essere funzionale è la responsabilità dei dirigenti di fatto, i quali però, generalmente, non corrisponderanno alla definizione del delitto.

In seguito all'evoluzione giurisprudenziale sulla qualità funzionale d'autore, ed in seguito alla sua applicazione alla, e nel quadro della, persona giuridica, è apparso possibile, in pratica, non soltanto attirare l'attenzione della persona giuridica sulla sua responsabilità penale, ma parimenti sulla possibilità di perseguire penalmente al proprio interno i responsabili ed i dirigenti di fatto. Ciò avviene sulla base di criteri funzionali relativi alla qualità d'autore, che si ricollegano alla "mens rea" (nella tradizione continentale "nessuna pena senza colpa") e che non riposano sulla "strict liability", tenendo tuttavia conto della struttura attuale dell'organizzazione e della responsabilità all'interno di un'impresa od organizzazione. È possibile imputare penalmente alla persona giuridica il comportamento punibile (imputazione) in caso di condotte intenzionali, ovvero di negligenza, difetto di previdenza, commesse da persone fisiche all'interno dell'impresa. L'imputazione dell'elemento materiale e psicologico (o morale) è in effetti possibile se la persona giuridica dirige direttamente le condotte illegali o la "illegal corporate culture" (dolo: intenzionale ovvero eventuale), ma anche quando si tratti di colpa (culpa): se ricorre una situazione nel corso della quale la persona giuridica sia in condizione di intervenire, ovvero sia a conoscenza di determinate situazioni o sia in condizione di esserne a conoscenza, senza far nulla, la persona giuridica accetta di fatto la situazione esistente.

La disciplina olandese non è importante solamente in ragione del suo ruolo pionieristico in questo settore. Mi sembra che il principio dei vasi comunicanti, elaborato nell'art. 51 C.P., presenti una grande ricchezza legislativa.

È inoltre importante sottolineare che la legislazione olandese è stata affinata ed attualizzata dalla giurisprudenza. I recenti sviluppi in materia di responsabilità penale e di possibilità di incriminazione degli enti di diritto pubblico costituiscono un buon esempio in materia. La regolamentazione e l'evoluzione olandesi costituiscono una buona fonte d'ispirazione per l'approccio europeo ai temi della responsabilità penale e delle possibilità di incriminazione delle persone giuridiche, ma non è tuttavia la sola fonte d'ispirazione.

Sul tema della qualità d'autore, si può sollevare la questione se non sia il caso di scegliere risolutamente per una qualità d'autore

diretto, così evitando le complicate costruzioni dell'imputazione che riposano sulle azioni o la negligenza delle persone fisiche. Del resto, in caso di qualità d'autore diretto, si deve inoltre circoscrivere chiaramente la misura entro cui sorge questione di dolo ovvero di colpa. In tal caso, l'elemento psicologico dovrà continuare ad essere stabilito sulla base della teoria dell'imputazione, a meno che non si sia decisamente optato per la responsabilità per il rischio, ma mi pare che ciò vada troppo oltre quel che concerne la responsabilità penale.

Si deve ugualmente rilevare che la responsabilità e le possibilità di incriminazione delle persone giuridiche e dei gruppi, non significano affatto che tutte le infrazioni debbano essere effettivamente perseguite e sanzionate. In tutti i sistemi, sia in quelli fondati sul principio di legalità che in quelli fondati sul principio di opportunità, esistono dei filtri e dei meccanismi di selezione (archiviazione, trattamento extra-giudiziario, ecc.). L'introduzione della responsabilità e delle possibilità di incriminazione delle persone giuridiche costituisce una tappa. Ciò che è essenziale è l'elaborazione di una politica criminale relativa alle persone giuridiche in generale ed alle autorità.

L'Unione Europea non si pone che all'inizio dell'elaborazione di un approccio penale, essenzialmente nel quadro del terzo pilastro del Trattato di Amsterdam (cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale).

L'Unione Europea, dopo l'entrata in vigore del trattato di Maastricht, ha assunto diverse iniziative, nell'ambito del terzo pilastro, in materia di armonizzazione diretta del diritto penale degli Stati membri.

Il Trattato di Amsterdam ha rinforzato tale sviluppo, sia de iure che de facto. Attesa la necessità sopra descritta, è dunque evidente che l'Unione prescrive un'armonizzazione relativa alla responsabilità e alla perseguibilità penale delle persone giuridiche.

In particolare, mi sembra essenziale sviluppare dei sistemi di responsabilità penale atti a responsabilizzare le persone giuridiche nella materia economica e della protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Nell'ambito dell'armonizzazione europea, si deve prestare attenzione anche alla posizione degli enti di diritto pub-

blico. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'Unione darà nuovo impulso alla cooperazione di polizia e giudiziaria con gli Stati Uniti.

Per terminare, credo sia davvero essenziale realizzare la responsabilità penale delle persone giuridiche all'interno dell'Unione ed evitare fughe verso il diritto amministrativo. Il fatto che la Corte dei Diritti dell'Uomo abbia confermato, in svariate decisioni, che le garanzie dell'art. 6 si applicano parimenti alle sanzioni di diritto penale amministrativo, non costituisce in nessun caso un argomento decisivo per accettare la fuga verso il diritto amministrativo. Il diritto penale amministrativo presenta, in molti paesi, una forma importante di sottosviluppo, sia al livello del diritto che al livello della pratica. Nella maggior parte degli stati membri dell'Unione, i poteri di ricerca, di sequestro, di confisca, ecc., sono d'altronde molto più limitati nel diritto amministrativo che nel diritto penale.

In più, a fronte di una criminalità economica grave, è altresì importante poter utilizzare delle investigazioni pro-attive o speciali, come intercettazioni di comunicazioni od infiltrazioni.

Contrariamente alla Germania, ove esistono in certa misura dei vasi comunicanti tra il diritto amministrativo ed il diritto penale, anche in materia di procedura, gli altri stati conoscono dei sistemi di sanzioni amministrative e penali completamente distinti; le procedure amministrative sono qui caratterizzate da mezzi di ricerca, di sequestro, ecc., ben più limitati rispetto a quelli previsti dalle procedure penali. In particolare per quel che concerne le imprese, è fondamentale disporre di mezzi importanti per raccogliere prove. Infine, al livello internazionale e sempre più anche a livello nazionale si stanno elaborando delle sanzioni di sequestro e di confisca nel settore della grande criminalità.

Tale evoluzione ha luogo in seno al diritto penale e si è rivelata uno strumento essenziale nella lotta per la criminalità d'impresa.

Mi sembra, quindi, che se ci si accontentasse di sanzioni amministrative, si finirebbe per fuggire, orientandosi verso una certa impunità. E questo sarebbe un cattivo segnale da parte dell'Unione Europea.