

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI COLLETTIVI

**Profili dogmatici e politico-criminali
a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001**

a cura di

Luigi Cornacchia e Eduardo Demetrio Crespo



G. Giappichelli Editore – Torino

INTRODUZIONE

Il presente volume si propone di fare il punto della situazione sulla responsabilità da reato degli enti a oltre vent'anni dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano la possibilità di chiamare a rispondere di una serie di reati gli enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica, esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo istituzionale. Una riforma imposta da atti internazionali e comunitari, che ha incontrato non poche resistenze da parte del mondo dell'impresa. Ma una riforma che soprattutto ha suscitato e continua a suscitare un ampio dibattito, nel quale emergono anche voci fortemente critiche rispetto alla stessa possibilità sul piano teorico-dogmatico di configurare una responsabilità di questo tipo, rimarcando le incongruenze sul piano delle conseguenze ordinamentali che essa comporta.

La riforma del 2001 germogliava anche dall'avvertita esigenza di fronteggiare le conseguenze di quella "irresponsabilità organizzato" derivante dalla fungibilità dei soggetti che rivestono ruoli e funzioni nell'impresa, quindi dalla impossibilità di individuare i veri responsabili delle deliberazioni fondamentali, perché spesso quelli che decidono la politica d'impresa rimangono nell'ombra; oltre che da ragioni di politica criminale, in primo luogo l'ovvia constatazione per cui i reati d'impresa vengono normalmente commessi nell'interesse o a vantaggio delle stesse realtà aziendali.

La riforma era orientata anche alla prospettiva di coinvolgere le organizzazioni nella prevenzione, sulla base della filosofia secondo cui la *compliance* è più importante della repressione dei reati. In quest'ottica il paradigma del d.lgs. n. 231/2001 esprime anche una vera e propria "svolta modernizzatrice", avendo stimolato l'attenzione da parte delle aziende, soprattutto di grandi dimensioni, alla adozione e attuazione di un efficace sistema di *compliance* interna e avendo favorito un generale processo di ammodernamento aziendale utile, oltre che alla stessa operatività in termini di raggiungimento degli obiettivi, alla prevenzione di reati da parte dei propri apicali e dipendenti.

A oltre due decenni dalla riforma, che nel frattempo ha trovato epigoni anche in altri ordinamenti giuridici, è sembrato quanto mai opportuno pensare a un'opera che riprendesse le tante questioni ancora aperte.

All'opera hanno partecipato cultori di diverse discipline giuridiche – diritto penale sostanziale e processuale, di diritto commerciale – ma “teleologicamente collegate” allo scopo di valutare da punti di vista anche metodologicamente eterogenei gli esiti di una riforma che, al momento dell'introduzione, suscitò non poche aspettative in capo agli addetti ai lavori e che ha visto incrementare con il passare degli anni il novero dei reati presupposto.

Particolare importanza è stata assegnata alla prospettiva comparatistica, anche grazie ai contributi di studiosi spagnoli (data oltretutto la matrice comune della legislazione in materia di quel paese rispetto al modello italiano), nonché tedeschi e inglesi.

Il volume ha come obiettivo quello di proporre alcune fondamentali riletture critiche meditate di quel microsistema giuridico, che costituisce sicuramente, al di là della valutazione di merito, uno dei paradigmi più caratteristici del diritto sanzionatorio della modernità (che si tratti di responsabilità penale, amministrativa o *tertium genus*), per vagliarne pregi e difetti, anche rispetto a una prassi applicativa che dimostra di non avere sempre la dovuta dimestichezza con la materia dei *corporate crimes* (forse anche per via di alcuni ostacoli tipici della mentalità “continentale”).

La prospettiva multidisciplinare e comparatistica ha consentito così di approfondire diversi temi di estrema attualità: dalla natura penale o parapenale della responsabilità da reato cui sono sottoposti gli enti – con le note conseguenze in punto di obbligatorietà dell'azione penale e di ammissibilità della costituzione di parte civile – al fondamento della responsabilità e alla sua autonomia, all'adeguatezza dei modelli organizzativi e in generale del paradigma dell'autoregolamentazione, alle poliedriche dimensioni della *compliance* (anche con riguardo a ambiti peculiari, come quello della *compliance* digitale), alle misure premiali per l'ente collettivo, ai profili relativi alla funzione del sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo – con particolare riferimento alla prevenzione e alla riparazione –, alle prospettive *de iure condendo* anche (ma non solo) rispetto all'eventuale ulteriore inserzione di nuovi reati presupposto – che comunque hanno già conosciuto una progressiva espansione, aprendo nuove questioni relative alla struttura dell'imputazione (ad esempio con riguardo a fattispecie colpose) –, ai rapporti con il crimine organizzato transnazionale, alla responsabilità da reato delle multinazionali, alle problematiche relative alla prova nel processo, ai rapporti con altri ordinamenti.

All'atto di congedare questa opera, è doveroso ringraziare per l'imprescindibile sostegno – economico, scientifico e umano – il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

Luigi Cornacchia
Eduardo Demetrio Crespo

SEZIONE PRIMA
PROFILI GENERALI

LA RESPONSABILITÀ *EX CRIMINE* DELLA PERSONA GIURIDICA: IMPUTAZIONE E SISTEMATICA

Carlo Enrico Paliero *

1. Muovo da una premessa, essenzialmente di metodo (espositivo), al mio discorso.

La letteratura, che senza esagerazioni può definirsi attualmente sterminata, sulla normativa che (per il tramite del d.lgs. n. 231/2001) ha introdotto anche nel nostro ordinamento un modello di responsabilità *diretta ex crimine* per la persona giuridica ha sinora seguito percorsi prevalentemente orientati, da un lato, sul paradigma imputativo, dall'altro lato, sul sub-sistema deontico della *autonormazione* e sui suoi pilastri, rappresentati da un duplice sistema di controlli preventivo-cautelari ("*MOG*" + "*OdV*")¹.

* Università degli Studi di Milano.

¹ *Ex multis*, senz'ambizione di completezza, cfr. AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino, 2004; A. BASSI-F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Dottrina e prassi applicative*, Milano, 2020; A. BERNASCONI-A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018; M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, p. 101 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; ID., *Società e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi M. Romano*, a cura di M. BERTOLINO, L. EUSEBI e G. FORTI, III, Napoli, 2011, p. 1883 ss.; ID., *Il fatto di connessione, tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 57 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018; G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. numero 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1249 ss.; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti: sanzioni e loro natura*, Milano, 2006; M. LEVIS-A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna, 2021; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 175 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516 ss.; ID., *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa (tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in *Studi M. Pisani*, a cura di P. CORSO e F. PERONI, vol. III, Piacenza, 2010, p. 427 ss.; C.E. PA-

Ci si è soffermati meno invece, a mia impressione (e il rilievo vale tanto per la teoria quanto per la prassi), sulla componente “sanzione” del (neo)-sistema: si è, certo, molto riflettuto e molto si è, da parte del formante giurisprudenziale, sentenziato sulla disciplina di specifici tipi di sanzione (segnatamente, sulla confisca)², ma non mi è parso che sia stato in egual

LIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista* 231, 2006, p. 167 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376 ss. (Parte I), p. 845 ss. (Parte II); M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA e L. LUPARIA, vol. I, Padova, 2014, p. 861 ss.; A. SERENI, *L'ente guardiano: l'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016; E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Milano, 2006; N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al reato'*, Napoli, 2012; A. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013; A. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

²In dottrina, cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, III, Milano, 2006, p. 2103 ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1674 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2012, p. 99 ss.; D. FONDAROLI, Art. 19, in M. LEVIS-A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 385 ss.; T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, p. 395 ss.; A. BASSI, *Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Rivista* 231, 2012, III, p. 169 ss.; L. PISTORELLI, *Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/01 nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Rivista* 231, 2008, IV, p. 123 ss.; F. D'ARCANGELO, *La confisca*, in A. BASSI-F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Dottrina e prassi applicative*, cit., p. 321 ss. Tra i numerosi arresti giurisprudenziali, si ricordano Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.a. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, p. 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*; T. EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263 ss.; L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544 Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051; Cass., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 102265, Italease S.p.a., sull'obbligatorietà della confisca anche nella forma per equivalente cfr. Cass. Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland S.p.a.; sulla obbligatorietà anche in sede di patteggiamento Cass., Sez. II, 4 febbraio 2011, n. 20046; sull'irretroattività della misura rispetto agli illeciti commessi prima dell'inclusione nel catalogo dei reati-presupposto della fattispecie per cui si procede, Cass. Sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 14564, Cass., Sez. V, 16 gennaio 2015, Aurora S.r.l.; Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3653; Riva Fi.Re. S.p.a., in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1538; con nota di P. SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la configurabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*; C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 988 ss.; V. MAIELLO, *La confisca ex d.lgs. N. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *Giur. it.*, 2014, p. 969 ss.; Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627; sull'entità del profitto del reato cfr. Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 46215; Cass., Sez. V, 18 luglio 2008, n. 44032, Dordoni; Cass., Sez. V, 18 dicembre 2008, n. 47983; in tema di confisca del profitto derivante dai reati colposi di evento commessi in violazione della disciplina antinfortunistica cfr. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn.

misura sondato il sistema *in sé*, nella sua struttura, appunto *sistematica*, e, soprattutto, nel suo *finalismo* ³.

2. La mia riflessione muoverà allora da questa meno indagata prospettiva del paradigma punitivo dell'ente, per saggiarne analogie e difformità rispetto al "parallelo" (o confluyente?) paradigma penalistico individuale, traendone spunti eventualmente utili, per un verso, a un miglior scrutinio delle aporie del sistema di penalità collettivo, per altro verso a una più organica ricostruzione dell'intero sistema della penalità, atto ad includervi, sia a livello dommatico che giuspolitico, il *novum* di un'imputazione che ha estromesso dal suo *target* la *fisicità naturalistica* (sia dell'azione che dell'autore).

È superfluo rimarcare che l'esplorazione di questo versante del congegno punitivo (comunque ne sia poi qualificata la sua "*natura*" – *rectius*, la sua "appartenenza di settore" giuridico) fornisce un'insostituibile criterio-logia per ricostruire *à rebours* proprio la sistematica imputativa di cui in questo intervento mi devo occupare: nella mia riflessione mi pongo dunque, metodologicamente, nell'ottica – segnatamente, roxiniana ⁴ – di risalita dal *teleogismo* del mezzo alla *sistematica* (presupposti, condizioni, *rationale*) del congegno che ne implementa l'utilizzo.

3. Prima di affrontare il tema due premesse mi sembrano indispensabili, corrispondenti a vere e proprie "precomprensioni" – oggettive e insuperabili – che condizionano la trattazione dell'argomento. Si tratta, verosimilmente, anche di autentici truismi, ma il ribadirli mi torna utile per mettere *in limine* "con i piedi per terra" il mio discorso.

(a) *In primis* va rimarcato – per superare *d'emblée* le secche della diatriba sulla "natura giuridica" del "sistema 231" (penale? amministrativa? *tertium genus suppliciorum*?) ⁵ – che il modello italiano di corresponsabi-

³ Beninteso, non senza le dovute eccezioni: v. G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?* in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 ss.; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA-M. CERESA GASTALDO-A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 51 ss.; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *Studi Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, II, Milano, 2018, p. 1101.

⁴ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973 (1970), trad. it. a cura di S. Moccia, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2009 (1986), p. 37 ss.

⁵ Come noto, il dibattito su tale questione si è acceso già all'indomani dell'entrata in vigore del Decreto, cfr. V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 879 ss.; S. PIZZOTTI, *La natura della*

lizzazione diretta dell'ente per il fatto-reato dei suoi rappresentanti dà vita ad un sistema *stricto sensu punitivo*. "Punitivo" nel significato e nei contenuti che l'ormai quarantennale diritto vivente, comunitario prima, unitario-europeo poi, a tale qualificazione ha assegnato. Abbiamo a che fare cioè con "*matière pénale*" sottoposta allo statuto predisposto dalla CEDU per tale categoria, che a determinate condizioni (tutte senza alcun dubbio soddisfatte dal "modello 231") accomuna la pena criminale a modelli sanzionatori anche diversamente qualificati⁶. Ne deduco che, a parità di pro-

responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in Resp. civ. prev., 2002, p. 898 ss.; L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.; G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss. Per la tesi che riscontra una natura autenticamente penale, largamente dominante in dottrina cfr. *ex multis* A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 208; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1127, 1154; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, 29, p. 8; A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. LANCELOTTI, Torino, 2003, p. 85 s.; R. GUERRINI, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, cit.*, pp. 191 ss. e 248 ss.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino, 2004, pp. 13 ss., 16 s.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 598; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Soc.*, 2001, p. 1305 s. Tra i sostenitori della natura amministrativa della responsabilità dell'ente, cfr. G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1201 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2006, p. 47 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 391 ss.; M.A. PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari, 2005, p. 161 s. Hanno sostenuto la tesi del *tertium genus* E.M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, diretto da M. Ronco, Bologna, 2006, p. 191; I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi M. Gallo*, Torino, 2004, p. 86; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, 2^a ed., Milano, 2010, p. 16 s.; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche*, cit.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno (Pavia, 10-12 maggio 2001)*, a cura di C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, Milano, 2002, p. 102; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 417; ID., *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 8 s.; L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura?*, cit., pp. 9 e 13 ss.

⁶ Per la nozione di *matière pénale*, cfr. da ultimo FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017 e C. PERINI, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Garbagnate Milanese, 2018. Sulla riconducibilità del sistema di responsabilità da reato dell'ente entro l'alveo della stessa, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 31 ss.; C.E. PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersa-*

filo – *sub specie* di garanzie riconosciute –, il *topos* sanzione, all'interno del singolo sub-sistema di appartenenza, può ben, e anzi forse *deve* essere scrutinato ricorrendo agli stilemi concettuali che accompagnano “da sempre” la prima e massima delle sanzioni, cioè la *pena criminale*.

(b) In secondo luogo, non si può trascurare che *ontologicamente*, il *destinatario* della sanzione *non* è l'*autore* del fatto; l'ente risponde, sempre e insuperabilmente, di un fatto illecito *altrui* e per di più la sanzione è *pena* in senso materiale. Così si spezza, almeno sotto il profilo logico-deontico, il sintagma ipotetico che, almeno nell'ottica normativistica, pretende la *identità* del soggetto su cui impatta la conseguenza se si verifica la premessa. È, forse, questa peculiarità la determinante per ricostruire il finalismo di tale particolare specie di sanzioni, in eventuale disaccordo – se non in vero e proprio antagonismo – rispetto alle categorie proprie della teoria della pena? E ne derivano, eventualmente, ricadute sulla dommatica dell'intero sub-sistema e/o su sue singole strutture (segnatamente, imputative); ovvero, all'opposto – invertendosi causa ed effetto –, è proprio la paradigmatica di siffatto nuovo sistema punitivo a condizionare la “scelta dei fini” che la sanzione può assumere? Si tratta di quesiti di fondo che certo non è qui la sede per approfondire; ma devono servire come *caveat*, ferma restando questa seconda “precomprensione” qui assunta come un *a priori*, per affrontare il tema in consapevole aderenza alla positività normativa che abbiamo di fronte.

4. Non c'è dubbio che la creazione *ex novo* di un sistema punitivo che abbia come destinatario: (a) *non* un singolo ma una collettività *come tale*, (b) *non* una persona fisica ma un'entità astratta e “artificiale” come una persona giuridica comporti anzitutto e pregiudizialmente la determinazione di una tassonomia sanzionatoria *ad hoc*, che, al di là dei reciproci condizionamenti che da sempre noi penalisti riconosciamo fra *tipo* e *scopo* della pena, nel caso di specie ha, quanto a individuazione del *tipo*, dei limiti pre-dati e non superabili, concernenti la *adattabilità* dei singoli strumenti punitivi prescelti all'essenza e alle peculiarità proprie del loro destinatario.

5. Concentrando la riflessione sul *rationale* espresso dal sistema sanzionatorio predisposto per corresponsabilizzare *ex crimine* la persona giuridica, la questione ricorrente e ineludibile è rappresentata dal suo teleologismo: anche qui, e di nuovo, ci si dovrà confrontare con i *fini* della pena (della penalità, in qual si voglia guisa essa sia formalmente denominata).

glia i basic principles della corporate liability, in *Soc.*, 2011, p. 1075 ss.; F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Rivista* 231, 2019, 4, p. 24 ss.

Su questo terreno occorre muoversi con cautela, perché molte sono le variabili da considerare e troppo breve è il tempo nel quale questo congegno punitivo, indubbiamente ricco di peculiarità specifiche e in definitiva *uniche*, ha iniziato a funzionare. E se “è la funzione che crea l'organo”, è però solo dalla verifica (anche) della funzione che si può diagnosticare lo *scopo* per cui l'organo è stato creato.

In coerenza con la mia premessa, nella misura in cui il *genus* archetipico con cui ci dobbiamo confrontare è la *pena*, il terreno, concettuale e culturale, in cui ambientare il discorso coincide insuperabilmente con gli stilemi (gli stereotipi?) teleologici che hanno accompagnato la storia millenaria della pena criminale: la vetusta “triade” di finalità, nessuna delle quali, alla prova dei fatti, si è dimostrata in grado di legittimare lo scopo⁷, ma di nessuna delle quali si è stati sinora capaci di fare a meno nella narrazione del congegno massimo (ma anche ‘medio’) di esercizio della *vis publica*.

Qui peraltro occorre introdurre un prolegomeno al discorso legato proprio alla *specificità* del paradigma di corresponsabilizzazione *ex crimine* dell'ente.

È noto che uno dei cavalli di battaglia della polemica coltivata dagli irriducibili del “*societas delinquere non potest*”⁸ è rappresentato dall'argomento della presunta *insensibilità alla pena* (totale carenza genetica di *Strafempfindlichkeit*)⁹; ostacolo che, se realmente sussistente, precluderebbe *a priori* sul piano logico qualunque speculazione sulle finalità che tale strumento può/deve perseguire per legittimarsi nell'utile sociale. Un'ontica delegittimazione fondata su questa ragione – rispetto alla quale una variante è costituita dalla asserita *intrinseca ingiustizia* della pena irrogata alla *societas* in quanto fomento di punizione di terzi innocenti (*in primis* i soci)¹⁰ – è stata sostenuta da una gamma di argomenti su cui non è qui il

⁷ Rinvio in proposito a quanto già sostenuto in altro scritto: C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss.

⁸ Per la posizione più decisamente scettica v. M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1037; ID., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello «Schema Mirene»)* in tema di società di revisione contabile, in *Giur. comm.*, 2000, p. 864 ss. Considera poi le funzioni della pena “insensate se riferite all'ente”, G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche*, cit., p. 1399.

⁹ E.J. LAMPE, *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 261 ss., 267. Anche su questo punto specifico si veda l'esautistica ricostruzione di G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 215 ss. cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁰ Argomento agitato particolarmente da K. SEELMANN, *Untenehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen*, in *Festschrift für Niklaus Schmid* (Hrsg. J.B. Ackermann, A. Donatsch, J. Rehberg), Zürich, p. 169 ss. Analogamente, nella dottrina italiana v. T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cu-

caso di tornare, anche tenuto conto del loro ormai definitivo superamento. Ma la sua rappresentazione nel dibattito “storico” che ha riguardato il *topos* non può essere freudianamente rimossa, nella misura in cui pone comunque un *caveat*, nella ricostruzione del teleologismo sistemico del paradigma, per una attenta valutazione e conseguente valorizzazione delle *specificità*, questa volta sì ontologiche, che la sanzione come *genus* assume se applicata a questo particolare destinatario.

Detto questo, e alla luce delle premesse sopra enunciate, la selezione dei fini atti a governare il sistema punitivo orientandone altresì la criteriolgia ascriviva deve essere effettuata muovendo dalla *genetica* di questo sistema.

6. In questa direzione un breve *excursus* comparatistico può essere illuminante.

Dato per scontato che indubbiamente è angloamericana l’esperienza che ha guidato le scelte europee su questo terreno, lo sguardo su quell’area giuridica risulta ancora il più interessante¹¹, anche in considerazione del fatto che la riflessione scientifica (diversamente, come detto in esordio, dalla nostra) su questo argomento ha mosso proprio *dalle sanzioni* e dal loro finalismo per legittimare e, al contempo, spiegare il sistema della penalità corporativa¹². Se è vero che neppure in quel contesto sono mancati scetticismi dettati dalla circostanza che la *corporation* essendo priva di un corpo e di un’anima “da affliggere” sarebbe inidonea alla sanzione¹³, le numerose perplessità manifestate in merito alla possibilità di trasporre le tradizionali teorie che giustificano la pena della persona fisica nel contesto della persona giuridica sono state superate, da una parte, scrutinando più approfonditamente la sensibilità della *corporation* alla sanzione penale, dall’altra parte, valorizzando gli schemi decisionali iperrazionali che muovono l’agire d’impresa¹⁴.

ra di G. DE FRANCESCO, Torino, 2004, p. 13 ss.; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *St. sen.*, 2006, p. 241 ss.

¹¹ Pur tenendo bene a mente che le numerose peculiarità di quell’ordinamento rendono i modelli ivi sviluppati un prodotto giuridico di difficile esportazione: cristalline in questo senso le riflessioni di W. LAUFER-N. SELVAGGI, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 1-2, p. 47 ss.

¹² Sempre attuale l’analisi dell’evoluzione del sistema statunitense condotta da C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit.; e da ultimo ID., *Alla ricerca di un “effective compliance program”: venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, p. 375 ss.

¹³ Con le ulteriori conseguenti critiche orientate sulla penalizzazione degli innocenti, sull’incapacità di azione dell’ente, cfr. J. COFFEE, “No Soul to Damn. No Body to Kick”: *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L. Rev.*, 1981, 79, p. 386 ss.

¹⁴ Per una revisione critica degli argomenti a sostegno della responsabilità penale dell’impresa e per le declinazioni del *rationale* punitivo nell’ambito della *Corporate Criminal Liability* cfr. B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1983, 56, p. 1141 ss.

Se si compulsano gli scritti meno recenti e più recenti della dottrina anglosassone sul tema, il finalismo che il sistema della *corporate liability* in quegli ordinamenti assegna alla sanzione continua a dipartirsi tra i classici *téloi* della *deterrence*, della *retribution* e della *rehabilitation*. Ma come vengono essi intesi in quell'ordinamento se orientati sulla *corporation*?

In breve.

(a) La *deterrence* assume un ruolo preponderante nella giustificazione della pena per l'impresa, proprio per l'attitudine di questo attore a reagire razionalmente, secondo la ponderazione costi-benefici, alla minaccia di sanzione¹⁵. Così, a fronte dell'ineffettività del diritto penale individuale nel contrasto dei *corporate crimes*, per ingaggiare l'impresa come soggetto ausiliario alla prevenzione e al controllo, si estende la sfera di responsabilità anche alla persona giuridica¹⁶.

Questo *rationale* punitivo, nella sua declinazione in distinte sotto-componenti, è andato modulandosi nel tempo. Si è partiti dalla *deterrence* come prevenzione *generale* "pura" o "*negativa*", come meccanica intimidazione, cioè, delle *companies* "nella generalità" per dissuaderle dall'affrontare i rischi penali connessi alle loro attività di impresa. Successivamente, lo stesso paradigma si è declinato in ulteriori componenti preventive, che restano sotto il "cappello" della *deterrence*, ma che noi definiremmo tipicamente *special-preventive*¹⁷. Dapprima, meramente, in termini di *special-prevenzione neutralizzatrice* (ripeto, la *dissolution*, per arrivare al parossismo di questo *sub-telos*, è sanzione, sebbene poco impiegata – comunque – prevista), ma poi si è sviluppata in una dimensione di prevenzione speciale "*rieducativa*". Tuttavia, è stato da più parti constatato che – per quanto dominante – la *deterrence* non può autonomamente reggere la penalità dell'impresa senza essere suffragata dalle altre due componenti. Da una parte, la *deterrence* rilascerebbe storture che – se non stemperate – inquinerebbero la *ratio* della responsabilità d'impresa¹⁸; d'altra parte, difet-

¹⁵ Impostazione che rimanda ovviamente a R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1986, p. 205 ss.; che riecheggia in *Developments in the Law-Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions*, in *Harv. L. Rev.*, 92, p. 1227 ss. Sull'effettività di questo postulato nella prassi cfr. W. LAUFER, *The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, in *NYU J. Law&Bus.*, 2017, 14, p. 71 ss.

¹⁶ J. ARLEN, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (eds. By A. Harel-K. Hylton), *NYU Law and Economics Research*, 2012, Paper No. 11-25, p. 144 ss.

¹⁷ Sulla difficoltà di distinguere la componente generale e quella speciale nel contesto della *deterrence* d'impresa cfr. B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law*, cit., p. 1141 ss.

¹⁸ Si vedano, ad esempio, le critiche appuntate sull'ingiusta punizione dei soggetti colpevoli coinvolti, quelle che stigmatizzano l'indesiderabile tendenza a "prezzare" il costo del crimine nel bilancio aziendale e la conseguente cinica equiparazione dei costi di *compliance*

terebbero proprio gli elementi più “espressivi” della sensibilità alla sanzione squisitamente penale¹⁹.

(b) La *retribution* è considerata principalmente come *limite*, quale criterio regolatore, cioè, per evitare l'*overspilling* (l'*overcriminalisation*)²⁰, cioè l'eccesso punitivo nei confronti delle *companies* che ha spesso agitato la polemica criminalpolitica in quel Paese (non dimentichiamoci che nel sistema americano, anche per la persona giuridica è prevista la pena di morte: la *dissolution*, la cancellazione dell'ente dal mondo giuridico come sanzione per i reati che l'avvantaggino). Va però anche aggiunto che la componente retributiva, com'è tipico nella legislazione anglosassone geneticamente orientata dall'*imprinting* puritano²¹, è anche sempre espressiva di una dimensione etica, di riprovazione morale dell'illegalismo, che dopo la lezione sutherlandiana è tale anche se “*wasp*” e tipico dei “*white collars*”²².

(c) Anche la *rehabilitation*, di cui inizialmente si svalutavano le potenzialità performative rispetto alla criminalità dell'ente, ha assunto crescente prestigio nel contesto della giustificazione della pena criminale, soprattutto per la sua valenza ausiliaria rispetto al perseguimento degli scopi special-preventivi²³. La recente virata prasseologica verso i *negotiated settlements*²⁴ (NPA e DPA) dimostrerebbe come lo scopo “rieducativo” sia dive-

rispetto a quelli che si potrebbero sostenere per occultare il reato, ovvero l'inevitabile *over-punishment* collegato alla *deterrence* se presa alla lettera, cfr. *amplius* M.E. DIAMANTIS, *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, in *Iowa L. Rev.*, 2018, 103(2), p. 507 ss.

¹⁹ In questo senso, si è notato che se il freddo sillogismo sanzionatorio fosse sufficiente a giustificare la *Corporate Liability* da reato, la *deterrence* si sarebbe potuta indifferentemente esprimere sul piano della sanzione civile, essendo superflua e inutile la sanzione penale. Viceversa, valorizzando la sensibilità dell'ente allo stigma connaturato alla sanzione penale e la sua attitudine a intraprendere percorsi ri-organizzativi dopo il reato, si manifesta la necessità che a reggere la responsabilità concorrano anche le altre due componenti. Così B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law*, cit., *passim*.

²⁰ Per tali critiche al sistema J. COFFEE, “*No Soul to Damn. No Body to Kick*”, cit.

²¹ N. ROSCOE POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown New Hampshire, 1921; ID., *Introduzione alla filosofia del diritto* (1921), trad. it. a cura di G. Tarello, Firenze, 1963.

²² E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi* (1949-1983), trad. it. a cura di G. Forti, Milano, 1987. Sulla ineliminabile rilevanza del *ratchet* retributivo nelle logiche della *Corporate Criminal Liability*, fomentata dall'inesauribile pulsione verso il bisogno di pena manifestato dalla collettività su base prettamente moralistica, cfr. M.E. DIAMANTIS, *Clockwork Corporations*, cit., pp. 515-517, e bibliografia ivi citata.

²³ In argomento, *ex multis*, cfr. J.B. MC-ADAMS, *The Appropriate Sanctions for Corporate Criminal Liability: An Eclectic Alternative*, in *U. Cxt. L. Rev.*, 1978, 46, p. 989 ss.; YALE LAW JOURNAL, *Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing*, 1979, 89, p. 353 ss.; J. BRAITHWAITE-G. GEIS, *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, in *Cr&Del*, 1982, p. 292 ss.

²⁴ J. ARLEN-M. KAHAN, *Corporate Governance Through Non-Prosecution*, NYU Public Law and Legal Theory Working Paper, 2016, p. 551; C. ALEXANDER-M. COHEN, *The Evolution of*

nuto, addirittura, preponderante²⁵. Rivolgendosi al futuro, la capacità riformativa espressa da questa componente sarebbe addirittura la più promettente per quanto riguarda la possibilità di valutare il comportamento della *corporation*, soprattutto successivamente all'*actus reus*. Seguendo questo risvolto specialpreventivo, la pena per l'ente potrebbe addirittura assumere tratti "correzionalistici" – essendo dosato sulla cultura dell'ente, *vel* sul suo carattere – mentre la struttura della responsabilità riecheggerebbe addirittura stereotipi di colpa di autore, questi ultimi ovviamente al bando nella nostra cultura²⁶.

Ciò che a me qui interessa è che l'opzione teorica a favore dell'uno piuttosto che dell'altro *rationale* della meritevolezza di pena (del *perché* la sanzione è stata, per la propria riprovevolezza 'collettiva', *meritata* dall'ente) diversamente legittima e/o orienta la scelta punitiva sia nell'*an* che nel *quomodo*. Su questo terreno, ad esempio, possono leggersi i tentativi di arginare gli eccessi punitivi della *vicarious liability*²⁷, passati dal tentativo di tipizzazione della *corporate mens rea*, alla proposta di una sua sostituzione con il concetto di *corporate reactive fault*²⁸, sino alle ultime ri-

Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreement, in *Amer. Cr. L. Rev.*, 2015, 52, p. 537 ss.; N. SELVAGGI, «Negotiated settlements» e responsabilità da reato dell'ente. *L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Torino, 2018, p. 215 ss.; e da ultimo FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020.

²⁵ Sul punto P.J. HENNING, *Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2009, 46 p. 1417 ss.; per un quadro critico sulle negoziazioni pre-processuali statunitensi cfr. A.S. BARKOW-R.E. BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, New York, p. 177 ss.; B. L. GARRETT, *Too Big To Jail: How Prosecutors compromise with Corporations*, 2014, Boston; J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, in *J. Leg. An.*, 2016, 8, p. 191 ss.

²⁶ In merito cfr. M.E. DIAMANTIS, *Clockwork Corporations*, cit., p. 533 ss.; concordi sull'incompatibilità di tali risultati rispetto al nostro sistema penale A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 136.

²⁷ Su questi profili, cfr. A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.; J. ARLEN-W. BENTLEY MACLEOD, *Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability*, in *NYU Law and Economics Research Paper Series*, 2004, n. 04-028, p. 111 ss.; W. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago, 2006; V.S. KHANNA, *Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea*, in *B.U. L. Rev.*, 1999, 79, p. 335 ss.; GÓMEZ JARA DIEZ, *Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay between Self-regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship*, in *New Criminal Law Review*, 2010, 14, p. 78 ss.

²⁸ Concetto secondo il quale la società viene coinvolta nel processo punitivo, nella condivisa prospettiva di "miglioramento di se stessa", cioè di progressione verso un percorso che porti all'interruzione del ciclo dell'illegalità B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law*, cit., p. 1195 ss.; B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime And Accountability*,

cordate vicende di negozialità processuale della punibilità. Da rimarcare che anche in quei sistemi la “politica dei fini” – biunivocamente – condiziona ed è condizionata dalla ‘tecnica della responsabilità’.

7. Trasferendo ora il discorso all’area domestica, ciò che va scrutinato è quanto, almeno nell’*intentio legis*, di ciascuno dei fini tipici è attribuibile al relativamente complesso, e comunque articolato sistema tipologico di sanzioni pensate per l’ente. E ciò a prescindere – lo si è detto – dalla natura giuridico-formale che si voglia riconoscere a queste nuove forme della penalità.

Anzitutto, in generale.

(aa) Diversamente che per l’archetipo nord-americano, nel nostro ordinamento la finalità retributiva è rimasta fuori dall’orizzonte della penalità dell’ente, essenzialmente credo, per ragioni, oltre che culturali (refrattarietà, in questo caso salutare, della nostra cultura all’*imprinting* etico del valoriale giuridico) anche sociali: la già scarsa percezione sociale della dannosità dei comportamenti economici illegali degli individui tende ad annichilirsi *tout court* quando l’illegalismo sia riferito direttamente a una persona giuridica. Il bisogno/meritevolezza di pena suscitati dalla criminalità della persona giuridica in termini di riprovazione/stigmatizzazione retributiva, secondo un paradigma di *just desert*²⁹, non è mai emerso, plausibilmente, nella collettività ed è pertanto rimasto fuori dallo scenario su cui si è mosso il legislatore del 2001.

(bb) Diverso è ovviamente il discorso sulla prevenzione. Ma qui occorre distinguere, diacronicamente, per fasi: da quella *genetica* a quella dello *sviluppo* del paradigma nel nostro ordinamento.

Non c’è dubbio che *all’origine*, al momento dell’impulso genetico che lo ha prodotto (un impulso notoriamente *esogeno*, proveniente da *diktat* transnazionali, unitario-europei), l’introduzione di siffatto modello rispondeva essenzialmente a ragioni di *prevenzione generale*.

Il finalismo general-preventivo è stata la molla che ha mosso, sia pure su pressione esterna, il legislatore a questo “costoso” – questa volta in termini “ideologico-culturali” e non “sociali”³⁰ – cambio di paradigma che

Cambridge, 1993, pp. 47-49; B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *The allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, collectivism and Accountability*, in 11 *Sydney L. Rev.*, 1988, p. 468 ss. Su tale concetto nella letteratura italiana, cfr. C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 170 ss.; M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell’ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 148 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 377 ss.

²⁹ Per tutti, perspicuamente, nella letteratura italiana, G. MANNOZZI, *Razionalità e «Giustizia» nella commisurazione della pena. Il Just desert model e la riforma del sentencing nord-americano*, Padova, 1996.

³⁰ Riecheggio qui volutamente il *leading work*, più che pionieristico, profetico di F. BRI-

ha sovvertito il noto dogma. Ci si muoveva, ormai consapevolmente, in un sistema che, limitandosi a punire le sole (sempre sostituibili) persone fisiche, risultava *per se* ineffettivo nel controllo sociale della criminalità *propria* della esponenziale e nel tempo duratura persona giuridica da quelle rappresentata ed 'agita'.

Questo il *primum movens* teleologico: ma nello sviluppo del modello, concretamente modulatosi sia nella *law in the book*, sia nella *law in action*, il valore criminalpolitico del nuovo paradigma di responsabilità ha assunto la naturale propensione a declinarsi segnatamente in termini di prevenzione *speciale*. Una prevenzione speciale che in questo contesto ha assunto però una fisionomia particolare, a mio avviso definibile – nei termini di corrispondenti “varianti” – come (a) *indiretta* e (b) *ex ante* (nel senso di “*ante delictum*”).

(aa) *Indiretta* perché, in realtà, attraverso la corresponsabilizzazione della persona giuridica si è attivato un meccanismo che è tipico della *deterrence* (della prevenzione generale), orientandola però ‘indirettamente’, attraverso l'applicazione concreta della pena – un atto dunque genetico di prevenzione *speciale*, o quanto meno *individualizzata* – tuttavia irrogata nei confronti di un soggetto *diverso* (la persona fisica). In altri termini, l'effetto di propagazione della punizione del rappresentante al rappresentato condensa la componente special-preventiva incarnata da un reato-presupposto accertato e punito *in corpore legati* con la componente general-preventiva che l'effetto estensivo produce per il destinatario-ente in termini di conferma della minaccia insita nel *rischio*-reato. Quindi, sostanzialmente, una prevenzione speciale modulata/meticciata con la prevenzione generale (o viceversa): tenuto anche conto che, diversamente da come parliamo di prevenzione generale rispetto alla collettività indifferenziata, la platea dei destinatari del messaggio general-preventivo è qui molto più ridotta, più “specializzata” – oltre che più “razionale” – e quindi, appunto, più *specifica*. Si tratta di un circolo molto ristretto, professionale e “specialistico” di destinatari del precetto, all'interno del quale la capacità comunicativa della minaccia di pena confermata è molto più elevato e dunque più efficace *anche* in senso general-preventivo (*vs* la comunità selezionata dei *pares*) è la corresponsabilizzazione in concreto realizzata di un ente per il fatto reato *non suo*, rispetto al quale l'efficacia special-preventiva della pena inflitta alla persona fisica, attraverso la sua trasmissione *pro specie* alla persona giuridica, ha effetto potenziato (da componenti, altresì, general-preventive specifiche) per il valore aggiunto della “maggior comunicabilità” sopra rimarcata.

(bb) *Ex ante*, cioè *ante delictum*, perché in definitiva l'intero “sistema 231” si è concentrato non solo e non tanto a prevenire reati futuri da parte

COLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.

di chi (rappresentante e, *par cascade*, rappresentato) ha commesso un reato-presupposto, quanto a impedire o a minimizzarne il *rischio* che *dei reati vengano commessi*. Come emerge perspicuamente dalla Relazione, il principale finalismo del modello è quello *cautelare*, quindi *preventivo tout court*. Il *rationale* genetico e strutturale, sul quale il meccanismo dell'auto-normazione si è modellato e da cui derivano importanti ricadute sistematiche sul paradigma di imputazione configurato, è quello di prevenire all'interno dell'impresa il *rischio-reato*, più che di prevenire reati futuri successivi al primo commesso.

In questa direzione, la Relazione ministeriale dimostra di saper raccogliere i buoni frutti maturati nell'ambito di altri ordinamenti, tralasciando invece quelli che hanno dato prova di una evidente disfunzionalità, traducendoli, sul piano sistematico, nei congegni che reggono l'imputazione della responsabilità all'ente. Così infatti si è espresso il legislatore storico:

«È peraltro opportuno notare come i criteri di imputazione non svolgano soltanto un ruolo di “filtro” della responsabilità; non rispondano, cioè, esclusivamente ad una – sia pure importante – logica di garanzia. Essi, per come sono (puntualmente) descritti nello schema di decreto, adempiono innanzitutto ad una insostituibile funzione preventiva.

Costituisce un dato ormai ampiamente acquisito che l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al versari in re illecita si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose; essa induce infatti nel destinatario un senso di fatalista rassegnazione nei confronti delle conseguenze negative che possono derivare dal suo comportamento. Nel caso di specie, rappresenterebbe quindi una spinta a considerare le sanzioni una sorta di “costo necessario” dell'impresa, non evitabile, ma preventivamente secondo i consueti criteri di bilancio: sempre che sia ritenuto sopportabile (in caso contrario, si tradurrebbe addirittura in una ragione ostativa allo svolgimento dell'attività d'impresa, in sé irrinunciabile). Viceversa, ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di standards doverosi, significa motivarlo all'osservanza degli stessi, e quindi a prevenire la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo.

Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al versari in re illecita), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei compliance programs da tempo funzionante negli Stati Uniti. All'ente viene in pratica richiesta l'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio reato, e cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante ed irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità

(...) l'onere, per l'ente, di dotarsi di modelli di organizzazione e di gestione improntati alla massima effettività risponde alla qualificante funzione preventiva cui si ispira il nuovo sistema, traducendosi in una maggiore razionalizzazione nell'impiego delle risorse e nella predisposizione dei controlli interni ...»³¹.

In questo senso parlo, sia pure impropriamente, di finalità di prevenzione *ante delictum*: prevenire reati principalmente nel senso di prevenire la possibilità che si creino dei 'delinquenti primari', laddove, come noto, la prevenzione speciale "classica" ha come *target* di impedimento il "delinquente secondario", cioè il soggetto che avendo già realizzato un reato sia ritenuto propenso a commetterne un altro.

8. Quest'opzione di fondo a favore della prevenzione speciale, sia pure inscindibilmente commista alla prevenzione generale, da un lato è confermata dalla complessiva (e complessa, come sopra visto) articolazione del sistema sanzionatorio, dall'altro lato è diversamente valorizzata a seconda dell'*oggetto* che la orienta.

(a) Sotto il primo profilo sono espressive sia la tassonomia dei tipi sanzionatori riservati all'ente, sia la modulazione, nel segno della *articolazione* e della *flessibilità*, del loro impiego e del loro governo (e questo segnatamente – ma sul tema tornerò – con riferimento alle sanzioni interdittive).

(b) Sotto il secondo profilo è possibile distinguere fini *predominanti* e fini *recessivi* della sanzione, in relazione – come anticipato – all'*oggetto* che la orienta: il *tipo* di reato che la merita *vs* il *tipo* di sanzione meritata.

(aa) Così, in relazione ai *reati-presupposto* si può constatare uno scarso orientamento sulla loro *tipologia*, in relazione sia al *tipo*, sia, in qualche misura, al *dosaggio* delle rispettive sanzioni: salvo l'eccezione dei reati societari e degli abusi di mercato che – per ragioni criminalpolitiche, peraltro non evidentissime (o forse fin troppo chiare, e quindi non confessabili) – sono stati "privilegiati" con l'esclusione dalle sanzioni interdittive³². Non si coglie cioè, né un particolare "puntamento" dell'arma punitiva sul bersaglio-reato, condizionando le caratteristiche dell'arma alle caratteristiche del bersaglio, né una specifica attenzione, nelle comminatorie astratte previste per la corresponsabilizzazione dell'ente derivante dalla commissione delle singole figure o categorie di figure di reati-presupposto, al "proporzionamento" delle misure di pena previste per la persona giuridica alla

³¹ Cfr. Relazione allo schema di decreto legislativo recante "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*". La si può leggere in M. LEVIS-A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 1713 ss.

³² Cfr. art. 25-ter, d.lgs. n. 231/2001, con l'unica esclusione della corruzione fra privati *ex* art. 2635, comma 3, c.c. e per i casi d'istigazione previsti dall'art. 2635-bis, comma 1, c.c. e art. 25-sexies, d.lgs. n. 231/2001.

gravità, oggettiva e soggettiva, degli illeciti commessi dalle persone fisiche. Con alcuni vistosi esempi di discrepanza dosimetrica, alcuni verosimilmente al limite dell'incostituzionalità per difetto di proporzione³³.

E qui si innesca un'ulteriore considerazione, di natura sistematica, relativa alla filosofia stessa della commisurazione, nel delicato passaggio dalla comminatoria astratta alla commisurazione in concreto, nel quale, come noto, la seconda è insuperabilmente condizionata dalla prima. L'approssimativa operazione di dosaggio dei limiti edittali delle pene per l'ente operata dai vari legislatori succedutisi nel tempo nell'attività di ampliamento del catalogo dei reati-presupposto, non tenendo in debito conto il vincolo di proporzione con la *gravità* dei correlati reati-presupposto ha "sconvolto" la "gerarchia di (dis)valori" degli illeciti dell'ente rispetto a quella degli speculari illeciti delle persone fisiche. Così annichilendo il parametro valutativo che accorta dottrina aveva impeccabilmente individuato come *dominante*, almeno con riferimento al nostro ordinamento, nella composizione del complessivo disvalore dell'illecito penale: e mi riferisco ovviamente al *disvalore di evento*³⁴ che nella pur complessa figura del "fatto della persona giuridica" non può che essere rappresentato, appunto, dal reato-presupposto commesso dal suo rappresentante.

(bb) Viceversa, con riferimento alle *sanzioni*, il quadro è assai più dinamico e al suo interno coerente. Infatti, non solo si è previsto un sistema in astratto ben articolato e in concreto assai flessibile, ma il modello con-

³³ Si vedano, in particolare, nell'ambito dell'art. 25 d.lgs. n. 231/2001, la previsione della medesima cornice edittale in relazione a fattispecie criminosi contrassegnate da notevoli discrepanze in termini di gravità. In questo senso, stona l'omologazione dell'ipotesi di corruzione rispetto alla mera istigazione alla corruzione (tanto nella forma c.d. *propria*, per cui è prevista la sanzione da duecento a seicento quote, quanto nella forma c.d. *impropria*, punita con sanzione fino a seicento quote). La stessa sanzione (fino a duecento quote) prevista per la corruzione e l'istigazione alla corruzione c.d. *impropria* (punite ex artt. 318 e 321 c.p. con la reclusione da tre a otto anni, ridotta di un terzo nel caso di mera istigazione) viene poi estesa alle ipotesi di peculato (ex art. 314, comma 1, c.p., punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi ed ex art. 316 c.p., punito con la reclusione da sei mesi a tre anni) e di abuso di ufficio (ex art. 323 c.p. punito con la reclusione da uno a quattro anni) quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea. Un'altra vistosa sproporzione si apprezza sul terreno dei delitti colposi contro l'ambiente, di cui l'ente è chiamato a rispondere ex art. 25-*undecies*, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001. Infatti, mentre gli edittali per l'ipotesi di inquinamento ambientale e disastro ambientale sono significativamente differenziate (il primo, punito ex art. 452-*bis* c.p. con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 10.000 a 100.000 euro, il secondo, punito ex art. 452-*quater* c.p. con la reclusione da cinque a dodici anni) anche in relazione alla commissione dell'illecito dell'ente (da duecentocinquanta a seicento quote per l'inquinamento e da quattrocento a ottocento quote per il disastro), la stessa differenziazione non si apprezza per quanto riguarda l'illecito dell'ente in relazione all'art. 452-*quinquies*, ove è prevista la medesima cornice edittale, tanto per l'ipotesi di inquinamento colposo, quanto per l'ipotesi di disastro colposo.

³⁴ Perspicua, e meritevole di totale condivisione, la valorizzazione del disvalore d'evento che si deve a N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

cepito rilascia altresì un'immagine di ragionata *progressione*, da misure ad impatto più contenuto (le pecuniarie) a misure più invasive (le interdittive) passando attraverso misure "medie" (il commissariamento) che contemperano la variante neutralizzatrice con la variante riabilitativa/recuperatrice: componenti tutte proprie – come si sa – della (sola) *prevenzione speciale*³⁵.

Breve. L'orientamento del sistema sulla sanzione rilascia un'immagine per così dire *dinamica*, in movimento, che parte già dalla fase cautelare, con le disposizioni che consentono alternative 'precoci', *in limine*, all'invasivo impiego delle interdizioni preventive (*sub specie* di misure cautelari) e poi prosegue aprendo il ventaglio delle attività riparatorie concepite come vere e proprie "alternative alla sanzione" (a voler forzare: "sanzioni alternative" di tipo "riconciliativo")³⁶.

In tale contesto non è quindi difficile concludere – eccettuando la confisca, esclusivamente guidata da un fine repressivo di marca general-preventiva: *negativa* se se ne enfatizza la funzione neutralizzatrice; (ambiguamente) *positiva* intendendone valorizzare la sua *Appelfunktion* eticizzante – che le sanzioni tipiche pensate per l'ente (sanzione pecuniaria compresa) hanno come finalità *recessiva* – *rectius*, *residuale* "di chiusura"

³⁵ Pur con l'esclusione della confisca che, come denunciato in apertura, 'fa storia a sé', v. *retro*, § (a).

³⁶ Passando rapidamente in rassegna le vicende che riguardano l'applicabilità delle sanzioni interdittive, ci si avvede che la loro esclusione viene a più riprese offerta dal legislatore per ribadire – prima, durante e dopo il procedimento – l'interesse dell'ordinamento a conseguire: (a) il risarcimento integrale del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, o – comunque – un efficace adoperarsi dell'ente in tal senso; (b) l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (c) la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

Se tutto ciò si verifica prima dell'apertura del dibattimento, l'ente può validamente contare sull'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 17) e sull'irrogazione di una pena pecuniaria ridotta dalla metà ai due terzi (art. 12, comma 3). Già in fase cautelare, l'ente può chiedere la sospensione delle misure al fine di porre in essere le condotte riparatorie, previo versamento di una cauzione o prestazione di garanzia (art. 49), misure che vengono definitivamente revocate qualora la riparazione delle conseguenze del reato effettivamente si verifichi (art. 49, comma 4). Di più, al verificarsi di tali condotte le misure cautelari sono revocabili anche d'ufficio (art. 50, comma 1). Sempre prima dell'apertura del dibattimento, qualora dimostri di non aver potuto provvedere in precedenza, l'ente può chiedere un termine per adempiere alle condotte riparatorie *ex art. 17* e il giudice può conseguentemente sospendere il procedimento determinando il versamento di una somma di denaro a titolo di cauzione (art. 65).

La sostituzione della sanzione interdittiva può inoltre essere richiesta da parte dell'ente risultante dalla fusione e dall'ente al quale, nel caso di scissione, è applicabile la sanzione interdittiva qualora, a seguito della fusione o della scissione, si sia realizzata l'emenda delle carenze organizzative, il risarcimento integrale del danno e la messa a disposizione del profitto conseguito, anche dopo la conclusione del giudizio (art. 31). Da ultimo, dopo il giudizio, l'ente che ponga in essere tardivamente le condotte riparatorie, può richiedere la conversione in pecuniaria della sanzione interdittiva.