

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI NEL  
CONTRASTO ALLA CORRUZIONE: TRA  
REPRESSIONE E PREVENZIONE \*



*Francesco Mucciarelli*

SOMMARIO 1. Il contrasto alla corruzione e la responsabilità dell'ente. — 2. L'agire dell'impresa e i fatti di reato. — 3. Il d.lgs. 231/2001: connotati politico-criminali. — 4. Le dinamiche sanzionatorie nel sotto-sistema punitivo degli enti. — 5. Una conclusione e una prospettiva di riforma.

## 1. Il contrasto alla corruzione e la responsabilità dell'ente

“*La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*” suggerisce un tema dallo sviluppo ampio e insieme sconta una domanda-presupposto: può una legge contrastare (prevenire e reprimere) un fenomeno?

I *fatti corruttivi* (sintagma riferito alle variegate figure di reato che sanzionano comportamenti illeciti nei rapporti con la pubblica amministrazione, ma anche alla non meno diffusa e non meno perniciosa “corruzione fra privati”) hanno raggiunto dimensioni tali da far parlare di “corruzione endemica”<sup>1</sup> e, per altro verso, di “corruzione pulviscolare”<sup>2</sup>, tale essendo la loro estensione da intervenire anche in relazione ad attività quotidiane, quasi un fenomeno sociale del quale – ai livelli minimali – non viene neppure avvertito il disvalore (l'esemplificazione potrebbe essere pressoché infinita, principiando dalle consumazioni non pagate dai preposti ai controlli delle condizioni igieniche circa l'esposizione dei prodotti alimentari nei bar in cambio di una compiacente ispezione, e via discorrendo per un variegato campionario di pratiche scorrette)<sup>3</sup>.

La ‘legge’ alla quale la domanda è rivolta è il d.lgs. 231/01, che, introducendo nell'ordinamento la responsabilità diretta da reato degli enti e delle persone giuridiche,

---

\* Testo rielaborato della relazione al convegno *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto tra diritto vivente e prospettive di riforma* (Università degli Studi di Firenze, 22 marzo 2018).

<sup>1</sup> A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012, 230.

<sup>2</sup> G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018, 3.

<sup>3</sup> In argomento v. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2008, *passim*.

mira a reprimere la criminalità orientata al profitto nell'ottica dell'attività d'impresa (il riferimento all'attività d'impresa può senz'altro apparire superfluo, posto che ormai il sintagma "criminalità orientata al profitto" sembra scontare il collegamento ad attività economiche svolte nella prospettiva imprenditoriale, ma di per sé tale formula si attaglia a una ben più ampia congerie di comportamenti devianti: certamente al profitto è indirizzata la condotta di chi commette il reato di rapina, di sequestro di persona a scopo di estorsione e così via, per non dire del tema ulteriore della c.d. impresa criminale)<sup>4</sup>.

Se dunque si vuole cogliere la portata del d.lgs. 231/01 in funzione della sua idoneità a contrastare il fenomeno della corruzione, occorre collocare quest'ultimo all'interno di un territorio variamente denominato (criminalità degli affari, diritto penale dell'economia, crimini dei colletti bianchi, criminalità dell'impresa: solo per evocare denominazioni correnti), ma nel quale sembra potersi riconoscere un tratto unificante, rappresentato dalla circostanza che a venire in considerazione sono quei fatti costitutivi di reato realizzati nel quadro del 'fisiologico' svolgersi dell'attività d'impresa (colta nell'accezione più ampia del termine).

## 2. L'agire dell'impresa e i fatti di reato

Se non è dubitabile che talune fattispecie criminose sono conformate in maniera tale da essere strutturalmente connesse con l'attività economica (si pensi alle ipotesi di bancarotta, che hanno nell'impresa – *rectius* negli esponenti della stessa – e nell'imprenditore i soggetti qualificati autori propri degli illeciti, ovvero ai reati societari per i quali valgono analoghi argomenti), ve ne sono altre che, pur non portando impresso tale carattere, puniscono condotte naturalmente ambientate nell'universo dei fattori economici. Si pensi al mondo dell'intermediazione finanziaria, con il riferimento esemplare che va alle disposizioni in materia di tutela anche penale dei mercati; così come vi sono altre figure d'incriminazione a presidio di settori di attività propri di alcune specifiche tipologie di soggetti, che agiscono nell'ambito dei fattori di produzione di beni o servizi e di scambio (si rammentino – sempre esemplificando – le disposizioni penali concernenti banche e assicurazioni).

Ampliando tuttavia il punto di vista, non possono mancare in questa semplificata e sintetica notazione due ambiti non compresi nella tradizionale formula di "criminalità

---

<sup>4</sup> Sul punto, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, cfr. F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 1145 ss.

economica”. Da un lato stanno fattispecie comuni, che tuttavia apprestano sanzioni criminali per comportamenti che nell’attività d’impresa trovano la forma di manifestazione pressoché esclusiva e comunque davvero significativa in relazione ai beni protetti: la disciplina a tutela dell’ambiente, così come quella a garanzia della salute e della incolumità dei lavoratori, forniscono un paradigma chiaro di un ambito che ben difficilmente può essere escluso da una considerazione che voglia essere esaustiva della sfera dell’intervento sanzionatorio nel campo dei fattori economici.

Per altro verso non sembra neppure possibile dimenticare del tutto norme incriminatrici che, pur sicuramente non funzionali per struttura alla repressione di comportamenti devianti nel settore della criminalità economica tradizionalmente intesa, possono però trovare applicazione in relazione a condotte realizzate nel contesto di attività riconducibili a quella d’impresa (si pensi, sempre stando a esemplificazioni facili, al delitto di truffa in rapporto a iniziative commerciali di natura seriale o al reato di usura, che nell’attuale configurazione finisce con l’essere anche una forma di controllo dell’erogazione del credito con riferimento alla limitazione oggettiva del saggio d’interesse; né possono dimenticarsi le figure incriminatrici degli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1* c.p., che nella dinamica delle attività degli intermediari finanziari e delle compagnie di assicurazione – si rifletta al settore delle polizze-vita – possono trovare facile occasione di realizzazione). Allo stesso modo meritano d’essere considerate le fattispecie d’incriminazione che presidiano la pretesa impositiva dello Stato: per certo tali disposizioni penali hanno ambito applicativo ben più ampio, ma altrettanto certo è che il lato concernente i comportamenti devianti tenuti dal contribuente-impresa ha rilevanza criminologica, effetti lesivi e complessità applicative incomparabilmente maggiori rispetto a quello che concerne fatti posti in essere al di fuori dell’attività d’impresa.

V’è poi un territorio particolarmente delicato e criminologicamente inquietante per la sua oggettiva gravità e per la diffusione che ne caratterizza l’estensione pervasiva, nel quale l’agire deviante dell’impresa si presenta in modo peculiarmente significativo: è il comparto tradizionalmente identificato come reati contro la pubblica amministrazione, nome che se indubbiamente ne coglie l’essenza, tuttavia non appare adeguato a segnalarne appieno la valenza quando nello scenario delle fattispecie concrete uno dei protagonisti del dramma sia l’impresa (e, per essa, alcuno dei suoi rappresentanti o dei suoi esponenti). A tacer del fatto che anche la corruzione fra privati importa effetti certo non marginali, è considerazione destinata a iscriversi fra le ov-

vietà notare che le condotte corruttive (inteso il termine in senso ampio) e quelle comunque alterative e distorsive del corretto agire della pubblica amministrazione, sono ulteriormente connotate da riflessi caratteristici quando fra gli attori vi sia l'impresa, non foss'altro per gli effetti sul piano della concorrenza fra coloro che aspirano ad accedere al vasto mercato della committenza pubblica (soltanto per richiamare il settore quantitativamente di maggior rilievo).

Riguardato dal punto di vista degli attori che operano nel territorio dell'economia, il tratto comune sembra essere propriamente quello concernente l'attività (d'impresa, qualunque sia la tipologia dei beni o servizi prodotti o scambiati, qualunque sia la forma giuridica dalla stessa assunta).

Secondo il lato dell'attività, l'impresa è fisiologicamente destinata a entrare in rapporto – potenzialmente conflittuale – con beni giuridici anche di primario livello, individuali e collettivi, i principali dei quali l'ordinamento presidia con la comminatoria penale. In questo senso anche la formula diritto penale d'impresa – pur rispondente a una tradizione solida e vastamente accettata – assicura, per la sua valenza evocativa, un riferimento significativo che non sembra tuttavia riuscire compiutamente esaustivo: gli attori del mondo economico, che in qualche misura hanno quindi a che fare con i vari fattori produttivi, se possono essere ricondotti per la parte largamente preponderante al *nomen* d'impresa in senso classico (sia giuridico, sia aziendale), non ne esauriscono per certo lo scenario (si pensi, tanto per esemplificare, ai fondi comuni d'investimento, la cui riconducibilità al concetto d'impresa è ben ardua e che tuttavia non sono certo comparse e neppure parti secondarie in tale ambito. E considerazione analoga vale per le fondazioni, quando le stesse siano l'azionista di controllo di imprese o addirittura di gruppi d'impresе, che operano talvolta in settori cruciali: per esemplificare si pensi al comparto creditizio).

L'esigenza di una classificazione tassonomica può senz'altro essere soddisfatta principiando dalla investigazione dei soggetti che agiscono nell'ambito dei fattori di produzione e di scambio, ma forse tale esigenza trova risposta più efficace – anche se meno appagante sul piano estetico – ragionando a partire dai beni giuridici penalmente protetti e valutando quali d'essi possono subire una lesione o una esposizione a rischio di lesione (in una parola, penalisticamente còlta, un'*offesa*).

Per tal modo, ragionando cioè a ritroso, si individuano, a partire dalle fattispecie astratte che il diritto positivo conosce, costituenti altresì l'ammagliatura del sistema, quelle che fra esse possono essere in concreto integrate da comportamenti realizzati da soggetti che operano – a vario titolo e con varie forme di organizzazione – come

attori, dai ruoli ben diversi e variegati, nel mercato (inteso il termine in senso ampio, comprensivo cioè di tutte le attività economiche in esso operanti).

L'intersezione dialettica fra diritto penale e attività economiche procede dall'ovvio rilievo che, come ogni altro comportamento umano, l'offesa a beni giuridici penalmente tutelati, quando posta in essere con modalità riconducibili alle figure astratte di reato normativamente previste (in questo consistendo il canone della legalità sotto il versante della tipicità), integra un illecito criminale. Sul versante descrittivo, la superiore notazione autorizza una deduzione, anch'essa tuttavia di modesto significato: la valenza repressiva dello *ius terribile* è chiamata a manifestarsi in modo indifferente rispetto alla tipologia delle condotte che realizzano l'offesa tipica ed egualmente deve dirsi quando si considerino le altre funzioni (general- e special-preventiva) della pena, che consegue (dovrebbe conseguire) alla commissione di un reato.

Conviene ancora segnalare la distinzione, che appare necessaria o, almeno, utile, fra "criminalità nell'attività d'impresa" e "attività dell'impresa criminale"<sup>5</sup>. Sebbene sul piano intuitivo la cennata distinzione appaia netta e per vero lo sia anche sul versante sostanziale quando si abbia cura di precisarne i caratteri, dal punto di vista della rilevazione oggettiva dei fatti di reato in concreto realizzati la difformità sembra smarrirsi.

Se per "impresa criminale" s'intende in maniera genericamente approssimata un ente la cui attività consiste interamente in comportamenti criminali (si pensi alle c.d. cartiere, società che si limitano alla emissione di fatture per prestazioni inesistenti poi utilizzate per l'evasione fiscale ovvero – sempre esemplificando – a imprese impegnate esclusivamente nella gestione e nello smaltimento illegale di rifiuti), con la locuzione "criminalità nell'attività d'impresa" si allude invece a situazioni nelle quali comportamenti anche gravemente devianti trovano occasione all'interno di un'attività nel complesso svolta nel rispetto della legge. Né muterebbe la prospettiva la presenza di condotte penalmente rilevanti poste in essere in maniera seriale, sempre che la serialità deviante non 'assorba' l'intera attività dell'impresa (a quel punto trasformata in impresa criminale).

In tema di responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, una siffatta distinzione sembra essere accolta dal legislatore quando contempla nel comma terzo dell'art. 16 d.lgs. 231/2001 la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, esplicitamente prevista sull'ipotesi che "l'ente o una sua unità organizzativa

---

<sup>5</sup> In argomento si v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 134 ss.; nonché, volendo, F. MUCCIARELLI, *Principi generali*, in *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa*, pt. I, in *Diritto penale dell'impresa*, diretto da C. Parodi, vol. II, Milano, 2017, 3 ss.

[venga] stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità”<sup>6</sup>.

Nella prospettiva del contrasto alla criminalità d’impresa legata al perseguimento del profitto ‘costi quel che costi’, il legislatore del d.lgs. 231/2001 attribuisce dunque valenza decisiva proprio alla nozione di ‘impresa criminale’, tanto da decretarne la eliminazione definitiva dal mercato, sancendo l’inapplicabilità delle procedure remediali, invece possibili nelle ipotesi di atteggiamenti recidivanti. Nella cadenza sanzionatoria espressa dall’art. 16 d.lgs. cit. si può scorgere allora l’apprezzamento di una differenza ‘qualitativa’ fra le ipotesi contemplate nei primi due commi rispetto a quella considerata nel terzo comma: a fondare la reazione punitiva estrema è non tanto la quantità delle condotte devianti (in ipotesi, anche considerevolmente numerose se si immagina una forma seriale, ulteriormente connotata dalla ‘recidiva’), quanto piuttosto la torsione dell’ente nel suo complesso verso la realizzazione di attività esclusivamente (o prevalentemente) criminali. Detto che la prevalenza di cui discorre la norma deve intendersi nel senso della mera strumentalità delle attività lecite rispetto a quelle invece delittuose<sup>7</sup>, il carattere strutturalmente criminoso dell’ente deriva dalla destinazione in sostanza univoca dell’attività della persona giuridica, attività qui colta nella sua valenza complessiva (e dunque come ‘qualità’ propria dell’ente medesimo).

La ricordata (e comunque non questionabile) distinzione fra attività dell’impresa criminale e criminalità nell’attività dell’impresa (distinzione che trascorre per il canone della ‘unicità’ o della ‘prevalenza’ – secondo i termini del legislatore nel

---

<sup>6</sup> In proposito si noti ulteriormente che, rispetto alla comminatoria richiamata nel testo, non trova spazio la fattispecie remediale stabilita dall’art. 17 d.lgs. 231/2001, invece realizzabile nei casi regolati dal primo e dal secondo comma dell’art. 16, che impongono l’irrogazione in via definitiva dell’interdizione dall’esercizio dell’attività (se l’ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità: comma 1), ovvero a contrattare con la pubblica amministrazione o a pubblicizzare beni o servizi (comma 2), quando l’ente “è già stato condannato almeno tre volte negli ultimi sette anni” (condizione, quest’ultima, valevole per le previsioni di entrambi i commi). Questa sorta di ‘recidiva specifica’ dell’ente, pur suggestiva di una peculiare propensione alla devianza, non è certo sovrapponibile alla strutturalmente diversa condizione considerata dal terzo comma del medesimo art. 16 d.lgs. 231/2001. Un indice testuale depone ulteriormente nel senso suggerito: all’intrinseca illiceità dell’impresa (derivante dalla univoca destinazione al crimine dell’attività) coerentemente consegue l’espressa inapplicabilità della misura della prosecuzione dell’attività da parte del commissario giudiziale, stabilita dall’art. 15 co. 5 d.lgs. 231/2001. La *ratio* di tale preclusione sconta infatti una situazione nella quale la finalità delittuosa che caratterizza in modo oggettivo e univoco l’attività ne rende impossibile la conversione alla legalità e non congetturabile dunque la continuazione, pur con la mutata gestione affidata al commissario giudiziale.

<sup>7</sup> In questo senso, A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 339.

d.lgs. 231/2001 – della componente criminosa dell’attività imprenditoriale) non importa tuttavia una diversa caratterizzazione degli illeciti penali in concreto realizzati quando li si osservi in relazione al classico – e normativamente indeclinabile – collegamento con l’autorità esclusiva da parte della persona fisica (per intendersi in maniera immediata ed esemplificativa: il delitto di frode fiscale per emissione di fatture per attività in tutto o in parte inesistenti rimane invariato sia che venga commesso nell’ambito di una ‘cartiera’, sia che venga posto in essere occasionalmente per procurarsi una liquidità extracontabile, destinata a scopi ulteriormente illeciti, quali il pagamento corruttivo a un pubblico ufficiale).

La constatazione che precede suggerisce una considerazione ulteriore: eccettuato l’ambito della responsabilità diretta dell’ente (e, per quanto qui maggiormente interessa, dell’impresa in forma societaria), l’attuale assetto normativo non distingue sul versante della risposta sanzionatoria fra situazioni nelle quali la condotta penalmente rilevante sia stata posta in essere nel quadro di un’attività d’impresa nel suo complesso lecita e situazioni nelle quali il reato altro non è che la forma di manifestazione dell’impresa criminale. Ferma restando, da un lato, la possibilità da parte del giudice di attribuire valore alla cennata distinzione in sede di commisurazione della pena e, dall’altro, la eventualità – tutt’altro che infrequente – che nei casi di reati realizzati nel contesto dell’attività dell’impresa criminale alle contestazioni dei delitti-fine si accompagni quella dei reati associativi, è comunque agevole avvedersi che siffatte ‘risposte’ alla indubitabile differenza di cui s’è fin qui detto intervengono sul piano prasseologico, necessariamente vincolato all’apprezzamento del caso per caso, al di fuori – fra l’altro – di parametri di riferimento modulati sulla specificità dell’impresa criminale<sup>8</sup>.

Cercando di collocare le presenti considerazioni nel complesso del sistema economico e giuridico (tanto *in the books*, quanto *in action*) nazionale, ancora una volta una constatazione ovvia (e ormai ovunque e da tempo immemorabile ripetuta) sovviene: l’ipertrofia del diritto penale<sup>9</sup> – constatabile in ogni settore – non risparmia certo quello economico, quasi che il legislatore, ignaro della essenzialità del carattere di *extrema ratio* funzionalmente propria del diritto penale, abbia sistematicamente deciso (in stagioni diverse, ma sostanzialmente unificate da tale inclinazione) di far ricorso alla comminatoria della sanzione criminale, per un verso confidando nella valenza simbolica della

---

<sup>8</sup> Analogo rilievo in ordine alla mancanza di definizione e disciplina giuridica dell’“impresa illecita” *tout court*, concettualmente distinta dall’“impresa criminale”, è svolto da E. VENAFARO, *L’impresa del crimine. Il crimine nell’impresa*, Torino, 2012, 70.

<sup>9</sup> Fondamentale, in proposito, il richiamo di C. E. PALIERO, “Minima non curat praetor”: *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, *passim*.

stessa (*bonne à tout faire*: a mettere in pace la propria coscienza di fronte a necessità di tutela di beni di primario livello e, insieme, a rispondere a esigenze di reazione di fronte a fatti di straordinaria gravità)<sup>10</sup>, per altro sperando nella efficienza conformativa della massima delle minacce (che dovrebbe portare con sé la più elevata delle probabilità che i consociati si astengano dalla violazione del divieto, ovvero si adeguino alla condotta imposta) e, per altro lato ancora, ammettendo in modo tanto implicito quanto non controvertibile una sostanziale sfiducia verso altri sistemi di controllo dei fattori economici e dei comportamenti degli attori d'essi.

Ma un simile atteggiamento – come detto, sostanzialmente trasversale alle contingenze politico-ideologiche e pervasivo delle scelte legislative – sembra ignorare alcuni punti fermi della riflessione penalistica e criminologica: sta in principio il rilievo (già colto da Cesare Beccaria e dagli illuministi suoi coevi) che l'efficienza della comminatoria penale non risiede nell'entità della sanzione e, in ultima analisi, neppure nella sua stessa esistenza come astratta previsione punitiva, quanto piuttosto nella sua effettività, cioè – semplificando – nella probabilità che l'autore del reato venga effettivamente assoggettato alla pena comminata<sup>11</sup>.

Ferma la portata comunque stigmatizzante di questo genere di sanzione (e dei conseguenti effetti reputazionali), il deficit di effettività produce conseguenze che chiamare disdicevoli è garbato eufemismo, *in primis* sul piano repressivo, posto che l'alto numero di autori di anche gravi reati destinati a rimanere impuniti (la c.d. cifra oscura) è fenomeno spiccatamente marcato nel settore del diritto penale dell'economia<sup>12</sup>. Situazione che – si badi – oltre a produrre una inammissibile disparità di trattamento, reca con sé anche l'effetto ulteriore di ingenerare una sostanziale sfiducia nella serietà della reazione sanzionatoria stessa, che finisce con l'essere dipendente da fattori di natura contingente e casuale.

<sup>10</sup> In un peculiare contesto, con analoghe cadenze politico-criminali, v. M. DONINI, *Anatomia dogmatica del duello. L'onore dal gentiluomo al colletto bianco*, in *Ind. pen.*, 2000, 1081.

<sup>11</sup> Nella penalistica italiana contemporanea cfr. E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine. Atti del Convegno di studio. Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000. Centro Studi Giuridici "Michele de Pietro"* - Lecce, Milano, 2002, 31 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta-Orlandi-Pitaro-Presutti, Milano, 1998, 11 ss.

<sup>12</sup> G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Atti del convegno. Milano, 14-15 marzo 2008*, Milano, 2009, 176 ss., denuncia il relevantissimo *dark number* di delitti economici.



In secondo luogo (ma la posizione di rincalzo dipende esclusivamente dalla sequenza sintattica, non certo dalla rilevanza sostanziale), il deficit di effettività spiega perniciosi esiti anche sulla divisata portata conformativa assegnata alle disposizioni penalmente assistite: l'affidamento che il precetto in esse contemplato costituisca la base minima dell'agire dei consociati (qui: degli attori delle attività economiche) si riduce a barlume destinato a divenire sempre più flebile in ragione della constatazione che la minacciata sanzione per coloro che violano i precetti rimane, se non sporadicamente, disapplicata.

Sicché favoriti finiranno con l'essere – come scritto quarant'anni orsono da Cesare Pedrazzi – “gli imprenditori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio [ben modesto, all'atto pratico] della sanzione penale”<sup>13</sup>.

L'appena ricordata notazione ne autorizza una consequenziale, che da essa procede: a conformarsi ai precetti dettati dalle disposizioni penali saranno i soggetti già determinati al rispetto della legalità, per i quali la comminatoria penale non rappresenta quindi un 'valore aggiunto' particolarmente significativo.

Al cospetto di una situazione di diffusa inosservanza delle regole costituenti l'ammagliatura essenziale dello Stato di diritto, che nel settore d'interesse dovrebbero presiedere al controllo dei comportamenti degli attori del sistema economico, non può sfuggire la strutturale inadeguatezza del diritto penale.

Anche ad immaginare un apparato normativo utopicamente 'perfetto', la specificità dello *ius terribile* risiede nel suo avere ad oggetto fatti singoli, magari dimensionalmente enormi: si pensi a eventi disastrosi di entità relevantissima, a episodi di bancarotta nel quadro di fallimenti di portata sistemica, a comportamenti seriali che coinvolgono moltitudini di vittime, sia a cagione di condotte che incidono sull'ambiente e di riflesso sulla salute, sia a cagione di comportamenti che ledono gli interessi patrimoniali di ignari risparmiatori.

Fatti tuttavia singoli, e non mai fenomeni sociali, rispetto ai quali la reazione penalistica – comunque doverosa e altrettanto irrinunciabile – può soltanto marginalmente aspirare al successo (inteso come riduzione significativa, non certo come eliminazione, di un agire improntato a una pervasiva illegalità).

---

<sup>13</sup> C. PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in AA.VV., *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano, 1981, 49 ss., ora in ID., *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 417 ss. (da qui la citazione, 441).

Per quante opportune e corrette riforme dell'assetto normativo possano essere messe in campo, per quanto il meccanismo del processo possa essere reso maggiormente efficiente e rapido, le caratteristiche fondanti non potranno venire meno, e con esse la ricordata strutturale inidoneità del sistema penale complessivamente considerato (per usare termini della tradizione: diritto penale sostanziale e procedura penale) a fronteggiare fenomeni sociali: le esigenze di tipizzazione dell'illecito criminale – che derivano immediatamente dal superiore principio di legalità – esigono che la descrizione del divieto (o del comando), la inosservanza dei quali è punita, raggiunga un contenuto minimo di precisione e determinatezza, possibile soltanto in relazione a specifici comportamenti (quand'anche posti in essere da soggetti fra loro coordinati: in "concorso", per usare la parola del vocabolario penalistico), comportamenti espressivi di una apprezzabile (*id est*: percepibile) offesa a un bene giuridico.

Ed egualmente, la complessa e delicata macchina del processo penale – che costituisce lo strumento essenziale per l'attuazione concreta della reazione punitiva – non potrà rinunciare alle esigenze di garanzia proprie di un rito che ha come esito possibile la limitazione di un bene fondamentale quale la libertà personale.

Se è indubitabile che ampi spazi di miglioramento sul piano dell'efficienza siano disponibili in sede di riforma del processo, rimane comunque non flessibile il dato ad esso connaturato: in quanto mezzo destinato all'accertamento del fatto costituente reato e della responsabilità di chi lo ha commesso e alla conseguente irrogazione della pena, la macchina processuale, con le sue necessarie forme di garanzia, non potrà mai costituire il meccanismo centrale per contrastare fenomeni di devianza che, come tali, abbiano dimensione sociale.

Né siffatta inadeguatezza può essere superata immaginando incrementi di 'risorse' (termine ben scadente, ma ormai in uso per indicare complessivamente tutto quanto concorre a vario titolo al funzionamento della macchina del processo: dai magistrati, al personale amministrativo, alle sedi fino ai mezzi tecnici e persino gli arredi degli uffici): a tacer di ogni considerazione concernente l'entità di un siffatto intervento e la sua concreta efficacia, l'inadeguatezza alla quale si fa riferimento è bensì di natura strutturale, consistendo propriamente nella circostanza che l'accertamento processuale della responsabilità penale si esaurisce in un giudizio sul fatto (sui fatti, quando plurimi) oggetto dell'imputazione.

Alla segnalata organica inattitudine s'accompagna dunque il pur ricordato deficit di effettività: nondimeno, il legislatore mantiene ferma l'opzione penalistica, assegnandole una valenza 'salvifica', in parte legata alla componente simbolica che lo *ius*

*terribile* porta naturalmente con sé, nonché al senz'altro meno commendevole ingrediente 'd'immagine' (l'impiego della più severa delle reazioni punitive, ovvero l'inasprimento delle sanzioni per mostrare che si è 'fatto il massimo'), dettata in parte da una forse non infondata sfiducia nei mezzi e negli strumenti di controllo e di repressione dei comportamenti devianti diversi dal diritto penale.

Ma è ineluttabile che, proprio in coerenza con l'idea del mercato e del capitalismo, l'attività d'impresa sia svolta secondo regole. Né il richiamo – tanto abusato quanto inesatto<sup>14</sup> – alla metafora della “mano invisibile” che regola il mercato vale a negare l'esigenza di una disciplina eteronoma, quella che William Twining e David Miers chiamano “far cose con regole”<sup>15</sup>.

Né sembra un azzardo domandarsi se la progressiva demolizione delle regole abbia trovato la sua occasione in una interessata lettura della caduta del muro di Berlino (inteso come fatto storico 'simbolico'): in quel fatto, e nel successivo evaporare dello storico contrapposto del sistema capitalistico, è stata letta la conferma 'storica' (e dunque inappellabile) non soltanto della superiorità, ma anche della sostanziale correttezza del modello capitalistico.

Di lì a poco (corrono gli anni che vanno verso la fine del millennio) si assiste alla abrogazione della regolamentazione di controllo sulle banche prevista dal vecchio *Glass-Steagall Act* del 1933 imposto da Roosevelt: qui principia negli Stati Uniti (piaccia o non piaccia: l'economia trainante) la finanziarizzazione dell'economia con la conseguente perdita della centralità dei fattori produttivi in senso classico, a vantaggio di strumenti speculativi puri (si pensi che il valore complessivo dei prodotti derivati assomma ad almeno un ordine di grandezza il PIL mondiale)<sup>16</sup>.

Di qui le crisi che investono l'economia mondiale nei primi anni del terzo millennio e importano effetti sociali imponenti, con l'impovertimento di fasce di popola-

---

<sup>14</sup> Sul diffuso fraintendimento del pensiero di Adam Smith con riguardo all'espressione 'mano invisibile' (utilizzata raramente dall'A. e in modo assai poco univoco) v., ad esempio, E. ROTHSCHILD, *Sentimenti economici: Adam Smith, Condorcet e l'illuminismo*, Bologna, 2003, 80 ss.

<sup>15</sup> W. TWINING, D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge, 2010 (trad. it. *Come far cose con regole: interpretazione e applicazione del diritto*, a cura di C. Garbarino, Milano, 1990).

<sup>16</sup> Sulla *deregulation* in materia di mercati finanziari attuata negli USA alla fine del secolo scorso e per un'analisi delle ricadute di tale opzione di *policy* rispetto alla crisi globale del 2008 v. J.A. TATOM, *Financial Legislation: The Promise and Record of the Financial Modernization Act of 1999*, in J.A. TATOM (ed. by) *Financial Market Regulation. Legislation and Implications*, Springer, 2011, 3 ss.; P.J. WALLISON, *Did the "Repeal" of Glass-Steagall Have Any Role in the Financial Crisis? Not Guilty. Not Even Close*, *ivi*, 19 ss.; A.D. HALM-ADDO, *The 2008 Financial Crisis: The Death of an Ideology*, Dorrance, 2010, 2 ss.

zione sempre più ampie e la concentrazione della ricchezza in ambiti sempre più ristretti (e sempre più ricchi). Situazioni destinate a interpellare non tanto l'interprete del diritto, ma direttamente la sfera della politica (e dunque del legislatore), alle prese con un populismo difficilmente inquadrabile nei canoni della razionalità.

Lo spazio disponibile non permette altro che una segnalazione affidata a una metafora, che autorizza il ricordo di uno studioso (Rathenau), assassinato – quasi simbolicamente – dall'incipiente nazismo, che fu grande anche come politico e imprenditore, tanto da far da modello con la sua figura al personaggio di Arnheim nell'“Uomo senza qualità” di Musil. Quale il ruolo e lo scopo dell'impresa, che poi ormai ha sempre la forma societaria? Quello del perseguimento del profitto per gli azionisti? Per certo non si può negare che tale scopo sia legittimo e che abbia a che fare con questa forma (la società di capitali) che sta alla base del modello di sviluppo capitalistico, in quanto connesso con la remunerazione del rischio di chi ha investito i propri capitali nell'attività d'impresa. Ma v'è forse anche un altro profilo che merita d'essere tenuto in considerazione e può essere sintetizzato nella replica di Walther Rathenau agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali, essendosi lamentati di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario, si sentirono rispondere che: “la società non esiste per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno”<sup>17</sup>.

### 3. Il d.lgs. 231/2001: connotati politico-criminali

Una struttura coerente e unitaria presenta il sistema sanzionatorio stabilito dal d.lgs. 231/2001, che, affrontando la ‘criminalità’ delle persone giuridiche e degli enti, apre la strada a forme di reazione punitiva nei confronti di attività devianti commesse nell'ambito dell'impresa.

Non è quella presente la sede per esporre in maniera diffusa la struttura del d.lgs. 231/2001, bastevole qui essendo richiamare alcuni tratti essenziali, che paiono funzionali al discorso che si viene facendo.

Riguardato dal punto di vista teorico, il modello configurato dal ricordato decreto si presenta efficiente rispetto all'esigenza di fronteggiare la criminalità del ‘profitto ad ogni costo’, proprio per l'idea forte di colpire con la sanzione (del cui apparato si dirà brevemente in seguito) il soggetto a vantaggio o nell'interesse del quale il fatto

---

<sup>17</sup> L'episodio è efficacemente narrato nel celebre saggio di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 614 ss.

illecito è posto in essere. Ed egualmente opportuna appare la scelta di prevedere una responsabilità colpevole (e non oggettiva, come invece avviene in altri sistemi): per tal modo viene offerto un importante incentivo per la conformazione dell'ente al rispetto della legalità e, nel contempo, si riduce il rischio della preventiva forfettizzazione della sanzione (che può indurre alla commissione di illeciti, dei quali sia stimato l'effetto, con la conseguente previsione di una sorta di fondo rischi).

Coerentemente con il meccanismo che importa la responsabilità colpevole, emerge poi la individuazione del fatto ascrivibile all'ente come fatto autonomo e proprio dello stesso, da cogliersi nel difetto di organizzazione. Più precisamente, rispetto a tale ultimo profilo, il deficit organizzativo – nella sua dimensione oggettiva – finisce con il presentarsi come lo scarto tra quello che dovrebbe essere il paradigma 'ideale' della struttura gestionale e di controllo, da un lato, e la situazione effettiva e concreta dell'ente al momento nel quale il reato-presupposto venne commesso, dall'altro.

Un simile assetto rimanda *prima facie* all'archetipo della responsabilità colposa (penalisticamente intesa, nella sua componente esclusivamente oggettiva), ma svela al contempo una precipua portata preventiva. Se infatti la matrice della responsabilità dell'ente consiste nel deficit organizzativo del medesimo e, correlativamente, il rispetto del modello prefigurato dal d.lgs. 231/2001 come standard ideale costituisce il parametro per escluderne la responsabilità, proprio tale configurazione dell'addebito e della 'liberazione' da esso diviene funzionale a indurre al rispetto della legalità. Espresso in termini sintetici: un modello organizzativo e gestionale coerente con l'esigenza di controllare i comportamenti posti in essere nelle aree a rischio di reato importa una riduzione di tale rischio.

Ma l'efficienza (e la concreta efficacia) del d.lgs. 231/2001 nella sua portata di fronteggiare la criminalità orientata al profitto (e dunque anche i fatti corruttivi) sconta due condizioni, tra loro fortemente connesse.

Da un lato quella legata alle dimensioni dell'ente nel riverbero che tale carattere ha rispetto al rapporto fra soggetto che 'controlla' l'ente e i soggetti che lo gestiscono (componenti dell'organo amministrativo di vertice e, più genericamente, dirigenti di alto livello gerarchico: c.d. soggetti apicali). Dall'altro sta la necessaria considerazione dell'ente in senso 'istituzionale' (alla Rathenau, per così dire): al cospetto del d.lgs. 231/2001 la persona giuridica si pone come soggetto 'altro' (non soltanto in senso giuridico-economico) rispetto a chi vi partecipa (agli azionisti, in caso sia adottata la forma societaria) e anche a coloro che lo rappresentano e che per suo conto agiscono.

In difetto di tali condizioni, la valenza ‘preventiva’ dell’impianto del d.lgs. 231/2001 rischia di essere – più o meno grandemente – ridotta: l’identificazione tra azionista di riferimento ed ente, al di là della formalmente indubitabile distinzione sul versante giuridico-economico, può affievolire sino a vanificare la portata delle procedure gestionali e di controllo, che costituiscono la trama essenziale della conformazione verso la legalità.

Sicché a rimanere inalterata finisce con l’essere soltanto la componente intimidatoria, affidata alla sanzione comminata, che però – come noto – riceve un significativo contributo in termini di portata dissuasiva dal grado di effettività della stessa (ciò che, come si noterà in seguito, è prospettiva incerta, almeno stando alle risultanze applicative del citato d.lgs. 231/2001).

Non può sfuggire che nel contesto nazionale oltre il 90% delle imprese è costituito da società di medio-piccole dimensioni, nelle quali la distinzione fra controllo dell’ente (inteso come ruolo del soggetto o dei soggetti che dispongono dell’azionariato maggioritario) e momento gestionale è soltanto formale e persino nelle società di grandi dimensioni (ivi comprese anche alcune delle quotate) è ben difficile rintracciare una separazione netta fra tali momenti, come potrebbe essere invece nel caso della c.d. *public company*.

Se il cennato profilo incrina non marginalmente la portata preventiva divisata dal d.lgs. 231/2001, sul terreno dell’effettività (e, conseguentemente, della componente ‘intimidativa’) a suscitare perplessità ben consistenti è il rilievo legato alla ridotta applicazione della disciplina in discorso, che ha trovato sin qui esiti giudiziari rarefatti e, per di più, concentrati in precise aree geografiche (con qualche eccezione, per lo più legata a fatti di particolare risonanza anche mediatica)<sup>18</sup>. Un fenomeno che rischia di produrre effetti ulteriormente distorcenti e negativi, generando ambiti di sostanziale impunità a tutto vantaggio di soggetti poco scrupolosi, pronti a trarre opportunistico vantaggio da situazioni locali inspiegabilmente ‘favorevoli’.

Uno scenario ben poco confortante, soprattutto se lo si colloca nel contesto del contrasto al diffuso fenomeno corruttivo, rispetto al quale, almeno in teoria, il paradigma del d.lgs. 231/01, con i suoi modelli gestionali e di controllo, con i protocolli e le procedure, sembra approntare un efficace strumento per la prevenzione di condotte (necessariamente) prodromiche alla realizzazione di fatti corruttivi (si pensi,

<sup>18</sup> Per la sottolineatura della ‘scarsa applicazione’ del d.lgs. 231/2001 a un decennio dall’entrata in vigore del medesimo v. F. VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell’anno del diritto - 2012*, consultabile su [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

soltanto per esemplificare, alla prescrizione dell'art. 6 d.lgs. 231/01, per la quale devono essere sottoposti a controllo gestionale e a verifica i flussi finanziari, all'interno dei quali si annidano comportamenti illeciti volti alla creazione di risorse extra-contabili, mezzo necessario per la disponibilità di somme di danaro da corrispondere in chiave corruttiva).

#### **4. Le dinamiche sanzionatorie nel sotto-sistema punitivo degli enti**

Si tratta ora di considerare l'apparato sanzionatorio apprestato dal d.lgs. 231/2001, posto che tale momento costituisce allo stato quello maggiormente rilevante nella complessa strategia di contrasto alla criminalità orientata al profitto e, più particolarmente, alla corruzione, messa in campo dal citato decreto legislativo.

Il catalogo sanzionatorio è contemplato nell'art. 9 e inizia con la constatazione che alla pena pecuniaria è riservato il ruolo preminente. Infatti, se quest'ultima e la confisca costituiscono le reazioni punitive per tutti gli illeciti dell'ente, quelle interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna devono invece essere espressamente previste.

Della sanzione pecuniaria vale la pena di ricordare che essa è stata opportunamente articolata per quote di entità variabile fra un minimo e un massimo allo scopo di tener conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, mentre il numero delle stesse – anch'esso compreso fra un minimo e un massimo – dovrà essere commisurato alla gravità del fatto, al grado di responsabilità nonché all'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Non deve tuttavia sfuggire che, soprattutto al cospetto dell'esigenza di fronteggiare la criminalità del profitto, l'entità della sanzione pecuniaria appare, anche nel massimo, sostanzialmente inadeguata: se si considera che il limite edittale superiore eccede di poco la cifra di un milione e cinquecentomila euro, non è chi non veda come, nell'ottica dell'impresa di medio grandi dimensioni, tale importo abbia ben poca valenza deterrente.

Per conseguenza è alla confisca (anche per equivalente) del prezzo o del profitto del reato *ex art. 19* che finisce con l'essere riservata una portata effettivamente afflittiva, soprattutto alla luce di un'impostazione giurisprudenziale orientata a intendere il profitto non soltanto (in senso aziendalistico) come differenza tra ricavo e costo, bensì come

l'intero ricavo, dedotta esclusivamente la parte che rimane alla persona offesa, in una visione che sembra alludere piuttosto alla nozione di provento (o profitto lordo)<sup>19</sup>.

L'espresso inserimento della confisca nel catalogo delle pene previste dall'art. 9 d.lgs. 231/01 vincola l'interprete alla qualificazione della misura ablatoria come sanzione, escludendone in radice ogni diversa caratterizzazione<sup>20</sup>.

In quest'ultima prospettiva, l'esplicita connotazione in senso punitivo non costituisce certo elemento suggestivo al fine di attribuire al profitto la valenza (aziendalistica) di netto fra ricavo e costo: a tacer d'altro, sembra conclusiva la constatazione che – a bene vedere – la confisca del profitto netto non ha propriamente alcuna valenza sanzionatoria, posto che lascia la condizione del condannato 'a saldi invariati' comparando le situazioni economiche 'prima' e 'dopo' la commissione dell'illecito. Ferma restando la non controvertibile circostanza per la quale il reato non può costituire in nessun caso fonte legittima di acquisizione di 'ricchezza' (ciò che fonda sul piano razionale le figure di confisca non punitiva: cfr art. 6 ult. co. d.lgs. 231/01<sup>21</sup>), la più recente giurisprudenza e, con essa, parte della dottrina<sup>22</sup> sembrano essersi orientate verso una concezione di profitto-ricavo, pur con alcuni correttivi, essenzialmente colti nella distinzione rintracciabile, quando il reato sia commesso in occasione di un'atti-

<sup>19</sup> In argomento si vedano Cass. pen., Sez. un., 2 luglio 2008 (ud. 27 marzo 2008) n. 26654, Fisia Italimpianti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 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*; Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013), n. 3635, Riva Fi.re, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 988 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*; cfr. altresì *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario – Settore Penale – Orientamento di Giurisprudenza*, Rel. n. 41/2014.

<sup>20</sup> V. per tutti T. EPIDENDIO, *Le confische nella legislazione sulla responsabilità degli enti e delle persone giuridiche*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Milano, 2018, parte III, 970 ss. L'A. distingue acutamente le varie tipologie di confisca contemplate dal d.lgs. 231/01, alcune delle quali non hanno certamente carattere punitivo, traendone argomento per fondare e dar conto delle ulteriori – e sostanzialmente consequenziali – differenze concernenti la determinazione dell'entità del profitto confiscabile. In proposito si osservi come la diversità degli 'oggetti' della confisca possa divenire strumento metodologicamente utile per distinguere misure che, pur nominalisticamente designate dal medesimo lemma, presentano nei vari contesti normativi natura e funzione irriducibili ad unità e a una disciplina unitaria: in questo senso, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, cfr. F. MUCCIARELLI, *Confisca – art. 240 c.p.*, in *Codice delle confische*, cit., parte II, 133 ss. e 163 ss.

<sup>21</sup> V. sul punto, T. EPIDENDIO, *Le confische*, cit., 965 ss.

<sup>22</sup> V. per tutti, ancora T. EPIDENDIO, *Le confische*, cit., 973 ss., anche per la completa rassegna giurisprudenziale. *Contra*, per tutti, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano, 2005, 104.



vità imprenditoriale lecita, tra profitto causalmente derivante dal reato e profitto causalmente derivante dall'attività lecita. Se siffatta impostazione pare meritevole di consenso quando alla confisca si intenda – come correttamente avviene nel contesto del d.lgs. 231/01 – attribuire carattere schiettamente punitivo (ben funzionale a fungere da contro-spinta a una devianza essenzialmente caratterizzata dal perseguimento del profitto 'ad ogni costo'), non v'è dubbio che, importando necessariamente la confisca del ricavo un detrimento (eventualmente anche molto rilevante) della condizione economica dell'autore dell'illecito con effetti potenzialmente gravissimi, alcuni affinamenti sul versante della disciplina meriterebbero d'essere introdotti, a cominciare da una definizione normativa della nozione di profitto confiscabile e dei criteri metodologici per la determinazione dello stesso.

Il ragionamento riformatore potrebbe poi esercitarsi proficuamente sulla sottopotesi della confisca del profitto futuro (o prospettico), allo stato difficilmente inquadrabile in una previsione normativa che abbia un minimo di precisione e determinatezza. In proposito occorre osservare che, anche volendo inquadrare la confisca come sanzione civile<sup>23</sup>, non per questo si potrebbe aggirare il profilo cruciale delle garanzie sostanziali e processuali per l'applicazione di una misura avente un simile contenuto.

Senza voler qui neppur evocare la vasta e approfondita riflessione su contenuto, estensione e limiti della c.d. *materia penale*<sup>24</sup>, non può sfuggire che – al di là di significative questioni di inquadramento dogmatico – il cuore di tenebra<sup>25</sup> della questione consiste propriamente nel menzionato profilo delle garanzie chiamate a presidiare sanzioni, la relevantissima portata afflittiva delle quali finisce con lo sbiadire quella delle altre comunque considerevoli questioni. Illuminante in questo senso una recente pronuncia del Giudice delle leggi, che ha valorizzato proprio l'estremo dell'afflittività di sanzioni amministrative comparandole 'trasversalmente' con (previgenti) sanzioni penali, per concludere che – rispetto al caso di specie – dovesse

---

<sup>23</sup> In questo senso si vedano le acute riflessioni di S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, e-book *Criminal Justice Network*, 2018, *passim*; T. TRINCHERA, *Lo statuto costituzionale e convenzionale della confisca della ricchezza illecita* (tesi di dottorato), 2016, *passim*; F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di "prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., II, 885.

<sup>24</sup> Impossibile dar qui conto, anche sommario del dibattito e delle decisioni delle Corti: sia consentito far rinvio, per completezza e profondità di analisi, a *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. DONINI e L. FOFFANI, Giappichelli, Torino, 2018, che raccoglie gli esiti dell'omonimo convegno tenutosi presso l'Università di Modena-Reggio Emilia nei giorni 30 marzo – 1 aprile 2017.

<sup>25</sup> Con questo riferimento non si vuole alludere al fatto che il tema trattato possa provocare nel lettore l'esclamazione (letteraria e filmica) di Kurtz "L'orrore, l'orrore".

ritenersi operante il canone della irretroattività della legge sfavorevole, indipendentemente dai *nomina iuris* delle sanzioni stesse (penale/amministrativo)<sup>26</sup>

Riprendendo il discorso circa la confisca del profitto, non può sfuggire che se da un lato la determinazione dell'entità di un profitto futuro non potrebbe che esser affidata a valutazioni prospettiche di dubbia affidabilità (si rischierebbe di addivenire alla confisca della capitalizzazione di un'aspettativa, ciò che sul piano economico è un non senso – anche in chiave rigidamente punitiva – in quanto finirebbe per incidere su beni attuali per il corrispettivo di una ricchezza non ancora acquisita e il cui conseguimento non potrebbe mai essere considerato *ex ante* certo), nondimeno non deve dimenticarsi che vi sono tipologie di figure di reato che, in determinati e non infrequenti contesti criminali, vedono il profitto 'vero e proprio' (*id est*: quello che motiva la commissione del reato) concentrarsi massimamente nel profitto futuro (si pensi a fatti corruttivi che permettono di acquisire posizioni di preminenza sul mercato).

Sempre in una prospettiva di riforma, la previsione della confisca del profitto per equivalente in via 'principale' (e non come succedaneo di quella diretta, ove non sia attingibile la *res*) verosimilmente risolverebbe la dibattuta questione dei c.d. risparmi di spesa (o costi) integrativi del beneficio derivante da reato. Intendendo profitto come incremento (effettivo) della situazione patrimoniale dell'agente, è per certo non agevole qualificare in tali termini il semplice risparmio di una spesa dovuta, ciò che invece, sul piano patrimoniale, oltre a rappresentare il fattore motivante dell'illecito, costituisce altresì un fattore notevolmente perturbativo nell'ambito della criminalità economica (si pensi al risparmio di costi in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro o di tutela dell'ambiente e alle conseguenze sul piano della concorrenza rispetto all'imprenditore osservante; identiche considerazioni valgono in materia fiscale a proposito dei reati che importano una sottrazione di materia imponibile). In siffatti ambiti le somme per tal modo 'risparmiate' (e quindi rimaste nel patrimonio) in realtà determinano una situazione migliore sul piano economico di quella che si sarebbe verificata se l'illecito non fosse stato commesso.

Direttamente incidenti sull'attività dell'ente, le interdizioni rappresentano, nell'economia del d.lgs. 231/01, la tipologia maggiore delle sanzioni principali previste e, sebbene non costituiscano in assoluto una novità per l'ordinamento (che già conosceva

---

<sup>26</sup> V. Corte cost., 23 novembre – 5 dicembre 2018, n. 223, Pres. Lattanzi, red. Viganò, in *www.penalcontemporaneo.it*, 13 dicembre 2018, con nota di G. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle 'penali' (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario.*

figure di tal genere sporadicamente ed episodicamente previste in relazione ad alcune figure d'illecito), è propriamente con il d.lgs. 231/2001 che il legislatore assegna a tali misure punitive una configurazione organica, collocandole non soltanto fra le 'pene' principali, ma stabilendone un variegato (seppur ridotto) catalogo e fissandone altresì (anche se in modo non del tutto esente da imprecisioni) i criteri di commisurazione.

La caratteristica saliente dell'interdizione – che consiste nel neutralizzare l'attività del destinatario della misura nel settore ove l'illecito è stato realizzato – reca con sé una pressoché congenita funzione special-preventiva, indipendentemente dal retaggio penalistico. E se la richiamata 'promozione' a sanzione principale non è bastevole a eliminarne il coefficiente special-preventivo, essa è tuttavia sufficiente a valorizzarne – e grandemente – la componente general-preventiva.

Non poche peculiarità contraddistinguono, come noto, l'applicazione delle sanzioni interdittive, a cominciare dalla ricordata limitazione applicativa ai soli casi di reati presupposto per i quali tale conseguenza sanzionatoria è specificamente stabilita.

L'art. 13 co. 1 d.lgs. 231/2001 contempla, nelle lett. a) e b), due condizioni alternative che devono essere accertate dal giudice per poter procedere ad applicare una sanzione interdittiva, da riservare alle ipotesi 'gravi' di illecito della persona giuridica per espressa previsione del legislatore delegante (cfr. art. 11 co. 1 lett. l) l. 300/2000). Per un verso si individuano (alla lett. a)) i parametri dell'entità del profitto ritratto dall'ente e il grado di responsabilità di quest'ultimo; per altro (lett. b)), l'applicazione di misure interdittive è consentita in caso di "reiterazione" dell'illecito<sup>27</sup>.

L'applicazione delle sanzioni interdittive comporta d'altronde conseguenze che travalicano l'ambito dell'ente cui le stesse sono irrogate, producendo pregiudizi in capo a soggetti del tutto estranei all'illecito: tale ovvia constatazione non può tuttavia essere impiegata per 'paralizzare' la responsabilizzazione della persona giuridica.

Allo scopo di evitare che il criterio dell'estraneità al fatto potesse divenire strumento per svuotare la portata della sanzione interdittiva, l'assetto normativo stabilisce in maniera rigida le due condizioni alternative in presenza di almeno una delle quali la deroga all'applicazione dell'interdizione può essere disposta dal giudice contestualmente al momento della condanna dell'ente, ordinando invece la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale, ogni qual volta l'attività medesima risulterebbe interrotta (*arg. ex art. 15 d.lgs. 231/2001*).

---

<sup>27</sup> Per una più dettagliata disamina della disciplina sia permesso rinviare a F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., III, 2510 ss.

Soltanto al cospetto della peculiare situazione nella quale l'interruzione dell'attività dell'ente sia cagionata dalla sanzione applicabile potrà farsi luogo alla deroga: la sussistenza di questo presupposto precede dunque la verifica in ordine al ricorrere nel caso concreto di almeno una delle due condizioni espressamente dettate dalle lettere a e b del primo comma dell'art. 15 d.lgs. 231/2001<sup>28</sup>.

Mette conto di segnalare che l'ultimo comma dell'art. 15 cit. esplicitamente esclude che la misura della prosecuzione dell'attività dell'ente da parte del commissario possa essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue alla irrogazione di una sanzione interdittiva applicata in via definitiva: a tacer di ogni altra considerazione, la previsione in discorso è perfettamente coerente per un verso con la ragion d'essere della definitività della sanzione, che altrimenti finirebbe con l'essere vanificata proprio dalla misura della prosecuzione dell'attività, e, per altro, con la prospettiva di ricondurre l'ente nell'ambito della correttezza organizzativa tramite l'adozione dei modelli organizzativi.

Misura derogatoria alla altrimenti certa applicazione della sanzione interdittiva, la prosecuzione dell'attività da parte del commissario ha contenuto altrettanto sanzio-

---

<sup>28</sup> L'applicazione della misura della prosecuzione dell'attività da parte del commissario in luogo della sanzione interdittiva è presidiata, come accennato nel testo, da due condizioni alternative entrambe caratterizzate da valenza pubblicistica: da un lato viene in considerazione l'interesse della collettività genericamente intesa, dall'altro quello di un comparto minore e tuttavia significativo, avendo riguardo la seconda condizione alle conseguenze sull'occupazione.

Esaminando più nel dettaglio tali condizioni, è agevole constatare che la prima prevede che l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità e che l'interruzione dell'attività possa determinare "un grave pregiudizio alla collettività". A integrare la presente fattispecie non è dunque sufficiente che l'ente esercisca uno dei servizi indicati dalla norma, essendo altresì necessario che l'interruzione possa cagionare un effetto gravemente pregiudizievole, secondo una valutazione di probabilità, che dovrà necessariamente fondarsi su incerti parametri oggettivi. A rendere ancor più arduo un simile accertamento si aggiunga che "il pregiudizio alla collettività", per essere rilevante ai fini dell'art. 15 co. 1 lett. a), deve essere connotato in termini di 'gravità', il che comporta un'ulteriore difficoltà decisionale per il giudice.

Alle conseguenze negative sul piano occupazionale ha riguardo, come detto, la seconda condizione alternativa stabilita dall'art. 15 co. 1 lett. b): anche in questo caso ad essere richiesta è una stima di carattere probabilistico, i termini della quale consistono, oltre che nell'ipotesi della interruzione dell'attività dell'ente come conseguenza della sanzione, nelle dimensioni dell'ente stesso e nelle condizioni economiche del territorio ove l'ente medesimo opera, valutazione per certo del pari complessa e necessitante di competenze specialistiche e di un bagaglio di dati di fatto certo non sempre fisiologicamente presente negli atti processuali (ad esempio, numero di addetti all'attività interrotta, numero di addetti nell'indotto, complessiva situazione occupazionale nella zona nella quale opera l'ente, ecc.).

natorio per l'ente, sia in quanto l'attività viene proseguita sotto la direzione di un soggetto di nomina giudiziale, sia, soprattutto, in virtù della esplicita previsione per la quale "il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato" (art. 15 co. 4).

Rimane da osservare come la previsione della confisca obbligatoria del profitto derivante dall'attività d'impresa proseguita da parte del commissario definitivamente deponga per la natura sanzionatoria della misura in discorso. A ben vedere l'attività viene proseguita non già nell'interesse dell'ente, quanto piuttosto per evitare conseguenze pregiudizievoli su terzi del tutto estranei al fatto illecito (anche se è innegabile che un riflesso favorevole si riverberi sull'ente stesso, posto che il mantenimento dell'attività ne permetterà, allo scadere della misura, una prosecuzione più agevole rispetto a quanto accadrebbe se quella medesima attività dovesse essere ripresa *ex novo* dopo un periodo di totale interruzione).

Il carattere marcatamente afflittivo delle interdizioni (*lato sensu*) a carico dell'ente è verosimilmente alla base della disciplina mitigatrice contenuta nel d.lgs. 231/2001. Pur quando siano sussistenti tutti i presupposti per l'irrogazione di sanzioni interdittive è invero stabilito (art. 13 co. 3 d.lgs. 231/2001) che le stesse non vengano irrogate se ricorrono i "casi previsti dall'articolo 12 comma 1"<sup>29</sup>. Senza esaminare nel dettaglio tali

---

<sup>29</sup> La prima delle condizioni di cui all'art. 12 d.lgs. 231/2001 è fondata sul disallineamento tra la posizione dell'autore del reato e quella dell'ente, il che segnala non già un minor grado di responsabilità della persona giuridica (collegata in via esclusiva al grado di efficienza dei modelli organizzativi), quanto una oggettiva minor adesione dell'ente al fatto e un minor vantaggio per l'ente stesso.

Ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. a) d.lgs. 231/2001 è prevista l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive quando "l'autore del reato [abbia] commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e [che] l'ente non ne [abbia] ricavato vantaggio o ne [abbia] ricavato un vantaggio minimo". Finalità dell'agente parzialmente divergente rispetto all'interesse dell'ente di appartenenza e vantaggio mancante o minimale costituiscono dunque gli estremi la contemporanea sussistenza dei quali integra la prima condizione ostativa. Entrambi tali estremi dovranno essere separatamente e autonomamente accertati, essendo appena il caso di notare che la presenza del prevalente divergente interesse non implica necessariamente un vantaggio minimo (o assente) per l'ente.

Sebbene sia probabile che la difformità dell'interesse dell'autore del reato rispetto a quello dell'ente determini un ridotto vantaggio per la persona giuridica, non si è infatti al cospetto di una implicazione necessaria, sicché l'estremo del vantaggio (minimo o assente) dovrà essere oggetto di un autonomo accertamento. L'impiego del termine 'vantaggio', qui non accompagnato da 'interesse' – secondo uno schema invece ricorrente nel decreto legislativo – può suscitare qualche perplessità, proprio perché tale mancato richiamo potrebbe indurre a ritenere che il termine 'vantaggio' vada inteso fino a comprendere benefici non direttamente traducibili in chiave patrimoniale. A tale ipotesi interpretativa sembra opporsi non soltanto la considerazione che il termine 'vantaggio' – quantomeno nella sistematica del d.lgs. 231/01 – richiama componenti economico-patrimoniali, quanto il fatto che il legislatore contempla pure il caso di un vantaggio minimo, esprimendo con ciò una valenza quantitativa che mal si attaglia a una nozione di 'vantaggio' estesa fino a contenere la categoria – quantitativamente inafferrabile – dell'"interesse".

condizioni (di natura senza dubbio alternativa), occorre nondimeno segnalare che, al verificarsi anche di una sola di esse, il giudice sarà privo di qualsivoglia potere discrezionale in ordine alla non applicazione della sanzione interdittiva.

Un'ultima figura merita considerazione in questa sommaria rassegna della disciplina delle sanzioni interdittive temporanee: si tratta della esclusione delle interdizioni in conseguenza di condotte riparatorie, espressamente prevista dall'art. 17 d.lgs. 231/2001 (che, per vero, estende tale regime anche alle sanzioni interdittive applicate in via definitiva, con la sola eccezione di quelle irrogate nei confronti di un ente intrinsecamente illecito).

A differenza di quanto stabilito dall'art. 13 co. 3, la causa di esclusione opera in ragione di una condotta positiva dell'ente, che – posta in essere dopo la commissione del fatto – viene giudicata idonea per escludere l'interdizione. La condotta in discorso si compone di tre elementi condizionanti, che debbono concorrere perché possa determinarsi la causa di esclusione della sanzione: due di tali evenienze hanno carattere risarcitorio-restitutorio e consistono rispettivamente nel risarcimento integrale del danno e nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero nell'essersi comunque efficacemente adoperato in tal senso (art. 17 co. 1 lett. a)), nonché nella messa a disposizione del profitto ai fini della confisca (art. 17 co. lett. c)).

L'altra condizione – dettata invece dalla lettera b) del citato art. 17 – subordina l'esclusione delle sanzioni interdittive alla eliminazione delle carenze organizzative e alla adozione di efficaci modelli: all'evidenza viene dunque valorizzato un profilo diverso, volto a incentivare comportamenti capaci di indurre l'ente al rispetto della legalità.

---

La seconda condizione richiede che “il danno patrimoniale cagionato [sia] di particolare tenuità”. Conviene subito precisare che il danno cui allude l'art. 12 co. 1 lett. b) è il danno da reato, inteso come conseguenza diretta dell'illecito penale.

La matrice penalistica della disposizione è evidente e traspare dalla formula lessicale, che riprende quasi testualmente quella dell'art. 62 n. 4 c.p.: rimane da notare che siffatta formula impegnerà il giudice in una valutazione a prima vista non agevole, poiché in questo ambito finiscono per rientrare quelle componenti prospettiche e immateriali di cui s'è detto a proposito del profitto di rilevante entità nominato dall'art. 13 co. 1 lett. a).

Nessun dubbio, infine, che entità del danno ed entità del vantaggio siano elementi fra i quali non corre alcun rapporto di corrispondenza biunivoca, ben potendo a un danno patrimoniale di rilevante entità corrispondere un vantaggio pressoché inesistente, o viceversa: il che ulteriormente dà ragione della necessaria alternatività delle due condizioni in discorso.

## 5. Una conclusione e una prospettiva di riforma

È indubbia la necessità di rafforzamento delle regole e dei controlli, come pure di un presidio punitivo adeguato in termini di effettività (perseguibile non necessariamente con la previsione di sanzioni penali draconiane, ma anche attraverso disposizioni semplici e di facile applicabilità, ferma restando una loro sufficiente portata deterrente). Proprio all'effettività della sanzione dovrebbe infatti orientare le proprie scelte un legislatore avveduto, poiché, secondo un'intuizione risalente a Beccaria (ormai patrimonio comune della riflessione penalistica<sup>30</sup>), non è seriamente controvertibile che – anche e soprattutto nella prospettiva della capacità di conformazione – la minaccia della sanzione sortisce i risultati divisati non per la sua latitudine applicativa o per la sua astratta entità edittale, ma per la maggior probabilità che la condotta vietata sia scoperta, accertata e punita (in ipotesi anche con una sanzione ragionevolmente mite, ma certa).

Se il tempo trascorso dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 e l'esperienza fin qui condotta suggeriscono per certo una serie di modifiche di carattere per lo più 'tecnico', v'è forse una prospettiva più ampia che merita d'essere investigata.

Sviluppando ulteriormente la portata premiale di alcune disposizioni (si veda in particolare il richiamato art. 17), potrebbe essere immaginato un istituto che garantisca la non punibilità dell'ente nel caso in cui sia l'ente stesso a segnalare all'autorità giudiziaria un fatto corruttivo (o un qualunque altro reato-presupposto) commesso da un esponente dell'ente medesimo, quando tale fatto sia ancora ignoto non soltanto all'autorità giudiziaria, ma anche alle agenzie di controllo. Ferma restando la confisca del profitto (da intendersi in questo caso come profitto netto, non essendo immaginabile la ritenzione di un profitto che non avrebbe alcun titolo legittimo di acquisizione), ben potrebbe ipotizzarsi la non applicazione delle sanzioni altrimenti previste, fra le quali rientrerebbe la confisca se in questa ipotesi dovesse avere a oggetto il profitto-ricavo, che la connota in senso punitivo.

Una siffatta previsione contribuirebbe con ogni probabilità a incrinare il legame fra posizione di controllo dell'ente, vertici gestionali e strutture subordinate da un lato ed ente dall'altro, inducendo comportamenti trasparenti talvolta inibiti dal timore delle conseguenze sanzionatorie che l'ente medesimo è destinato a subire. Beninteso: una siffatta previsione dovrebbe essere modulata in modo adeguato (implicando necessariamente un'apposita disciplina delle eventuali indagini interne, rilevanti nel

---

<sup>30</sup> Cfr., per tutti, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011.

quadro del *self-reporting*), sottoposta a rigide regole e condizioni intese a evitare opzioni opportunistiche (per esemplificare: si pensi alla deliberatamente selezionata individuazione dei soggetti responsabili dell'illecito, fomentatrice da un lato di aree di impunità e, dall'altro, creatrice di 'capri espiatori'). E, soprattutto, una siffatta opzione normativa dovrebbe essere necessariamente accompagnata da provvidenze che ne riducano o addirittura ne impediscano la reiterazione. In mancanza di ciò, una siffatta norma potrebbe provocare effetti criminogeni, potendo la stessa divenire indirettamente suggestiva di comportamenti illegali, da fronteggiare in un momento successivo proprio attraverso il ricorso all'istituto premiale.

Sempre nella prospettiva della premialità (ferme restando le cautele per evitare incentivi criminogeni), potrebbero immaginarsi ulteriori benefici sul versante sanzionatorio nel caso che l'ente, una volta iniziato il procedimento, fornisca una fattiva collaborazione all'autorità giudiziaria: anche in tale ipotesi, recuperando la componente 'istituzionale' cui s'è fatto in precedenza cenno, si interromperebbe quel legame fra posizione di controllo dell'ente, vertici gestionali e strutture subordinate da un lato ed ente dall'altro, legame distonico nell'economia del d.lgs. 231/01. In relazione alla notazione da ultimo indicata, mette conto segnalare l'opzione normativa, autorevolmente suggerita<sup>31</sup>, consistente nel prevedere una sorta di messa alla prova dell'ente. L'istituto, chiaramente mutuato da quello previsto nell'ambito della giustizia minorile e da poco esteso alla giurisdizione penale *tout court*, richiederebbe – come è stato puntualmente osservato – una apposita disciplina che lo adegui alle peculiarità della responsabilità delle persone giuridiche e degli enti. In particolare, si dovrebbero idealmente riprodurre le medesime cadenze procedurali disegnate dagli artt. 168-*bis* ss. c.p., ferma la responsabilità e la conseguente punibilità della persona fisica che commise il reato-presupposto.

---

<sup>31</sup> V. G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un itinerario possibile*, in *Rivista 231*, fasc. 4/2016, 3 ss.