CORRUZIONE E SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* NEL QUADRO INTERNAZIONALE

Maria Francesca Fontanella

Sommario

Premessa. - 1. Le indicazioni provenienti dall'Unione europea, dal Consiglio d'Europa, dall'OCSE. - 2. La prospettiva politico-criminale. Cause del reato. - 2.1. (*segue*): effetto delle sanzioni. - 3. L'orientamento della dottrina italiana. - 4. Politica criminale *versus* dogmatica.

Premessa.

Si rinnova in Italia il dibattito avente ad oggetto il rapporto intercorrente fra il principio costituzionale di colpevolezza ed il problema della responsabilità penale delle persone giuridiche. Non solo in virtù di considerazioni criminologiche sul ruolo spettante, nell'economia moderna, agli enti collettivi[1] e sulle nuove forme di criminalità d'impresa[2]. L'attualità del brocardo "*societas delinquere non potest*" viene sempre piú spesso messa in discussione e dal suo stesso superamento nell'area giuridica dell'Europa continentale e dalla recente evoluzione della legislazione emanata in sede di istituzioni internazionali quali Unione europea, Consiglio d'Europa, OCSE[3].

Senza addentrarsi nella difficile, controversa questione se sia compatibile con il nostro ordinamento l'eventuale cedimento dell'antico principio, ci si limiterà ad esaminare la legislazione suddetta, sì da evincerne la linea di tendenza e riferendo le presenti considerazioni alla ristretta sfera del delitto di corruzione.

1. Le indicazioni provenienti dall'Unione europea, dal Consiglio d'Europa, dall'OCSE.

Il secondo protocollo della Convenzione UE sulla tutela degli interessi finanziari comunitari e l'azione comune UE sulla corruzione privata, contengono previsioni espresse in merito alla responsabilità degli enti. Ci si chiede se da tali strumenti discenda un obbligo o, quanto meno, un invito diretto al legislatore nazionale affinché questi riveda la propria posizione e, segnatamente, il principio *societas delinquere non potest*[4].

Tanto gli artt. 3 e 4 del secondo Protocollo, quanto gli artt. 5 e 6 dell'azione comune esigono che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei delitti di frode, riciclaggio, corruzione attiva ai danni degli interessi finanziari della Comunità europea, corruzione nel settore privato[5] e "siano passibili di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" comprendenti sanzioni pecuniarie di natura *penale o amministrativa* ed "altre sanzioni, tra cui:

a) l'esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico;

b) il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale;

c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria;

d) provvedimenti giudiziari di scioglimento".[6]

Al legislatore nazionale, dunque, la scelta relativa alla natura della responsabilità e ciò in considerazione di quegli ordinamenti (si vedano l'italiano ed il tedesco) per i quali l'imposizione del modello penalistico risulterebbe non poco imbarazzante[7].

La Corte di Giustizia delle Comunità europee, dal canto suo, nella sentenza relativa all'affare *Vandevenne*[8] esplicitamente stabilisce che "né l'art. 5 del Trattato CEE, né l'art. 17 del reg. n. 2820/85 obbligano uno Stato membro ad introdurre nel proprio ordinamento nazionale il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche". Essa prosegue poi ribadendo la possibilità - che nell'evoluzione giurisprudenziale successiva diviene obbligo - degli Stati membri di sanzionare le infrazioni al diritto comunitario col ricorso a misure penali effettive, proporzionate e dissuasive[9].

Risulta chiaro che le istituzioni comunitarie non vincolano formalmente i legislatori nazionali quanto al modello di responsabilità da adottare, rispettando in tal modo le diverse scelte costituzionali . Salvo considerare le eventuali pressioni esercitate per altra via.

Spinte innegabili sono costituite, infatti: dalle pregnanti ed in più sedi ribadite esigenze di armonizzazione degli ordinamenti penali europei[10]; dal riferimento costante e ripetuto alla effettività, proporzionalità, dissuasività delle misure penali necessarie a garantire il rispetto del diritto comunitario[11]; da strumenti "alternativi" attraverso i quali le istituzioni comunitarie

esprimono in modo "informale" precisi indirizzi su temi fondamentali. Quest'ultimo riferimento concerne, in particolar modo, uno studio realizzato su richiesta del Parlamento europeo, sotto l'egida della Direzione Generale del Controllo Finanziario e dell'UCLAF della Commissione europea e sfociato nel "*Corpus Juris* contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea"[12]. Il *Corpus Juris* apre con slancio la discussione sulla creazione di un *sistema penale sovranazionale*, suggerendo di introdurre un ristretto numero di disposizioni penali (di carattere sia sostanziale che processuale) volte alla tutela degli interessi finanziari comunitari e destinate ad essere applicate in tutto il territorio dell'Unione europea. Si tratterebbe di un *diritto penale comune europeo suppletivo*, necessitando, le disposizioni proposte, di un completamento da parte di regole penali e processuali nazionali. Un complesso di trentacinque norme, dunque, che "obbediscono a principi ispiratori già iscritti nella tradizione giuridica europea comune quale è venuta costruendosi nel corso della storia e quale la consacrano oramai i principi fondamentali di diritto comunitario"[13].

La prima parte del *Corpus Juris* trae un certo numero di regole precise dai principi di *legalità* delle incriminazioni e delle pene, *colpevolezza* come fondamento della responsabilità penale, *proporzionalità* delle pene alla gravità del reato. Quanto al secondo dei menzionati principi, si ribadisce[14] la necessità che esso venga adattato ai caratteri moderni della vita economica ed al fatto che l'impresa è oramai considerata come autore del reato, dal momento che la colpevolezza, a certe condizioni, "può esserle imputata direttamente"[15]. Di qui il disposto dell'art. 14, *Responsabilità penale degli enti*, a tenore del quale: "1 - Sono responsabili dei reati sopra definiti (artt. 1-8)[16] anche gli enti che possiedono la personalità giuridica, così come quelli che possiedono la qualità di soggetti di diritto e che sono titolari di un patrimonio autonomo, quando il reato è stato realizzato per conto dell'ente da un organo, da un rappresentante o da una qualunque persona che abbia agito in nome dell'ente o che abbia un potere di decisione, di diritto o di fatto. 2 - La responsabilità penale degli enti non esclude quella delle persone fisiche, autori, istigatori o complici degli stessi fatti".

Nel commento si aggiunge addirittura che la restrizione della responsabilità alle persone giuridiche propriamente dette è storicamente superata in alcuni paesi e non corrisponde più alla realtà della vita degli affari e neanche alle soluzioni moderne contemplate negli ordinamenti giuridici nazionali e a livello comunitario. "Ciò che risulta decisivo è l'esistenza di un patrimonio autonomo di cui l'ente (possieda o meno la personalità giuridica) appare titolare"[17].

I precedenti rilievi costituiscono senz'altro un argomento molto forte a sostegno della tesi in virtù della quale le istanze di provenienza comunitaria premono per la ammissibilità della responsabilità penale delle persone giuridiche[18]. A ciò si aggiunga che, a detta di taluno[19], la

tipologia sanzionatoria indirizzata agli Stati membri dall'art. 4 - e comprendente sanzioni pecuniarie, pene interdittive di vario contenuto, il *probation* ("assoggettamento a sorveglianza giudiziaria"), nonché lo scioglimento, "vera e propria morte per la persona giuridica" - sarebbe costituita, salve poche eccezioni, dall'"intero arsenale delle sanzioni penali previste per le persone giuridiche negli ordinamenti che hanno ripudiato il principio *societas delinquere non potest*"[20], inducendo ciò a ritenere che i tratti della responsabilità ivi prevista siano quelli caratteristici di una responsabilità penale.

Notevole rilievo va attribuito inoltre alle iniziative di organismi quali l'OCSE ed il Consiglio d'Europa, cui pure l'Italia aderisce e le cui convenzioni, una volta firmate, esigono una ratifica che li tramuti in strumenti di *hard law*, vale a dire assolutamente vincolanti.

La Convenzione OCSE[21] non prescrive espressamente la introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche, richiedendo che ogni Parte adotti "le misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblico ufficiale straniero" e che siano adottate sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive[22], incluse le sanzioni pecuniarie[23].

Quanto al Consiglio d'Europa, risale al 1988 la prima raccomandazione con la quale si invitano gli Stati membri a "promuovere l'adozione di misure finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività, indipendentemente dai regimi di responsabilità civile in vigore, cui queste raccomandazioni non si applicano"[24]. Parimenti, la *Criminal Law Convention on Corruption*, prescrive l'adozione di misure legislative o di altra natura che si rivelino necessarie per garantire che le persone giuridiche possano essere considerate responsabili per i delitti di corruzione attiva, traffico d'influenza e riciclaggio. Non manca, in dottrina, chi qualifica tali ultime ipotesi come previsioni di responsabilità sostanzialmente penale, non chiamata con il proprio nome in ossequio formale alle scelte di legislatori nazionali quali il nostro[25].

Le istanze comunitarie e la constatazione delle diverse soluzioni date al problema dai legislatori di altri Paesi[26] indicano che mantenere penalmente irresponsabili le persone giuridiche non costituisce una scelta obbligata. E sottolineano la natura relativa, storica, ideologica del principio *societas delinquere non potest*[27]. Risulta utile, allora, tracciare il punto della situazione nel nostro Paese, per meglio comprendere su che terreno vadano a cadere le indicazioni provenienti dalle sedi internazionali. E se, infine, queste ultime siano destinate a "rimbalzare" su di una tradizione giuridica talmente radicata da non poter essere messa in discussione.

2. La prospettiva politico-criminale. Cause del reato.

Già da tempo in Italia si concorda nel ritenere che la scelta in questione non possa esser fatta dipendere meccanicamente dall'adesione a precostituite opzioni dogmatiche di estrazione civilistica, come si pretendeva in passato[28]. Abbandonate così le vetuste teorie sul filo delle quali a lungo ci si era confrontati, si conviene che la questione vada affrontata su di un piano politico-criminale[29].

Porsi in una prospettiva politico-criminale significa partire da due presupposti ben precisi: la conoscenza delle cause del reato e degli effetti della pena[30]. Tali aspetti vengono in questa sede inquadrati non in via generale, bensì con esclusivo riferimento al delitto di corruzione.

Quanto al primo punto - le cause del reato -, la criminologia ha da tempo "scoperto" l'impresa come un centro capace di generare o favorire la commissione di fatti penalmente illeciti, a causa delle ripercussioni sfavorevoli sul tessuto economico-sociale. L'impresa è giunta ad essere un centro intorno al quale si possono concepire attività illecite differenziate[31]. Essa non è soltanto il luogo "nel quale" o "attraverso il quale" la criminalità economica si può scatenare. È, piuttosto, il *topos* "dal quale" può partire la criminalità economica. Va insistentemente sottolineandosi la portata criminogena della "politica d'impresa", che incide enormemente sui comportamenti illeciti delle persone inserite nella struttura aziendale. Il dipendente adegua spesso il proprio comportamento alle attese dello "spirito di gruppo"[32]. Da tempo ormai la letteratura nordamericana assimila la *corporate culture*, nei suoi aspetti deteriori, alle subculture criminali. Da tempo richiama l'attenzione sull'efficacia delle scale di valori che pervadono l'organizzazione (regolando la mobilità interna) nell'orientare le condotte dei singoli componenti la struttura aziendale. L'acquisizione dei modelli comportamentali coerenti alla politica d'impresa conduce i membri dell'organizzazione ad anticipare con condotte conformi agli *standard* impliciti le reazioni dei superiori. Queste ultime sono assistite da sanzioni interne che, incidendo sulla permanenza nella struttura e sulla mobilità verticale, sono dotate di una tale forza deterrente rispetto ai comportamenti non conformi, da offuscare la stessa minaccia penale. Ed è difficile al dipendente sottrarsi al controllo di chi, oltretutto, è in grado di assicurargli solidarietà ed aiuto economico nell'ipotesi (spesso remota) di intervento delle istanze preposte all'attuazione delle sanzioni statali"[33].

Le opportunità di illecito risultano accresciute nell'ambito dei gruppi di società[34]. Alcuni studi ne identificano i caratteri differenziali e sottolineano come tali caratteri possano assumere rilievo quali fattori di accresciuto rischio criminale[35]. Complessità, estensione, aggregazione, centralizzazione decisionale, identificazione dell'obbiettivo principale nella massimizzazione del

profitto e minimizzazione delle perdite[36]. Tutto ciò accanto ad una inevitabile decentralizzazione e differenziazione delle diverse componenti del gruppo, che comporta dispersione dell'autorità e diffusione della responsabilità, con conseguente perdita di controllo sulle "periferie" societarie, la cui appartenenza ad una compagine ampia e complessa, che s'interpone tra i singoli appartenenti all'organizzazione e i controlli esterni e che filtra il significato "morale" di tali controlli, "opacizza" la percezione della legge e delle regole in genere[37]. La criminologia americana sottolinea come la maggiore concentrazione rafforzi la tenuta degli accordi collusivi, essendovi meno membri da coordinare e quindi, grazie agli ingenti profitti prodotti dalle grandi imprese, maggiori risorse per sottrarsi alla scoperta e alle condanne. A ciò si aggiungano le innumerevoli tecniche di costruzione giuridica del gruppo utilizzate per copertura di illeciti. L'aumento delle dimensioni e differenziazioni all'interno della compagine societaria e della dispersione e tendenziale autonomia delle sue singole componenti-controllate, facilita le condotte illegali e porta con sé la percezione della possibilità di occultamento di esse, sia nei confronti dei vertici interni, sia dell'ambiente esterno[38]. Si è identificato nella struttura di gruppo un "fattore di giustificazione" dell'operato degli amministratori ed un "fattore di autogiustificazione" del proprio operato e della propria esistenza al cospetto dell'ordinamento. Le accresciute opportunità di illecito si combinano ad una accresciuta spinta motivazionale all'acquisizione del profitto[39]. "La risultante di questo *mix* è dunque una pressione motivazionale a conseguire e massimizzare i profitti ad ogni costo per le controllate e i suoi dirigenti e un aumento delle opportunità di conseguirli senza il rispetto delle forme e delle regole, proprio per le dimensioni di un grande gruppo"[40].

È sempre la letteratura americana ad occuparsi della *corporate corruption* e della enorme diffusione delle tangenti corrisposte dagli enti collettivi ai soggetti politici[41]. In particolare, la campagna per la rielezione del Presidente Nixon, nei primi anni '70, fu teatro di molteplici contributi illeciti da parte delle imprese, prevalentemente compagnie petrolifere, che miravano alla salvaguardia dei propri interessi nella politica dei prezzi, nelle perforazioni, nei controlli, nella legislazione domestica e straniera[42].

Un caso di *corporate corruption* nell'ambito di gruppi di società che suscitò notevole scandalo, fu quello che vide coinvolta la Esso italiana, che, fra il 1963 ed il 1972, pagò principalmente alla Democrazia Cristiana, ma in misura minore anche a tutti gli altri partiti italiani, una somma complessivamente valutata in 46 milioni di dollari[43]. I finanziamenti corrisposti dalla filiale italiana della *Exxon*, godevano dell'approvazione della sede centrale di New York, sulla scorta della giustificazione per cui essi avrebbero determinato un contesto politico favorevole agli affari della controllata[44]. Nel 1968, *Esso Europe* si era interessata degli esborsi che venivano corrisposti ai

politici italiani, ordinandone prima una riduzione e successivamente, nel 1971, una completa interruzione. Nel 1972, però, i revisori della *Exxon* accertarono che l'anno prima i pagamenti erano stati pari al doppio di quelli autorizzati e si era provveduto ad occultarli con false fatturazioni e con 40 conti correnti bancari segreti. L'amministratore delegato della Esso italiana venne rimosso, non essendo stato in grado di dare conto ai revisori delle irregolarità riscontrate.

Le principali forme di *corporate bribery* sono due: l'impresa stessa corrompe direttamente, oppure appoggia il pagamento di tangenti da parte dei suoi funzionari al fine di superare i prodotti delle imprese concorrenti ed aumentare in tal modo i propri utili[45]. Le indagini americane dimostrano come molte imprese "incoraggiassero" i dirigenti ad erogare contributi, nell'interesse esclusivo dell'impresa, attingendo ai propri fondi personali. Essi venivano poi rimborsati con falsi *bonus* o fatture oppure col ricorso ad altri mezzi indiretti. Si evitavano in tal modo le restrizioni ai finanziamenti diretti cui le imprese venivano sottoposte[46]. Ammette per esempio la *Hoerner Waldorf Corporation*, quarta maggiore produttrice di imballaggi di carta negli Stati Uniti d'America: "*The method consisted of an employee keeping track of its contribution on personal notes or records, and the slow, systematic recovery of the contributed amount by submission of periodic overstated expense accounts. When the contribution had been recouped, records of the transaction were destroyed*"[47].

Ciò fa pensare alla tangente come mezzo sistematico di profitto, di vantaggio rispetto alle imprese concorrenti, a prescindere dalla decisione immediata di colui che agisce, il quale potrebbe essere facilmente sostituito qualora non si adeguasse a tale modo di procedere. Fa pensare, per usare le parole del direttore dell'ufficio *security* di una enorme multinazionale, alla corruzione come "inscritta nel DNA di talune imprese" - secondo la visione da lui espressa quelle non competitive mercè la qualità dei propri prodotti -, alle quali si contrapporrebbero le imprese recanti nel proprio codice genetico le cosiddette *ethical rules* - che non necessiterebbero neppure di essere impresse su carta -. Solo queste ultime sarebbero disposte ad investire in un apparato - necessariamente complesso ed oltremodo costoso - di prevenzione della corruzione[48].

A rilevare è sempre la *forma mentis* dell'*homo oeconomicus*, improntata alla ricerca del profitto, imposta dalla struttura del capitalismo e dalla cultura della competitività[49]. La massimizzazione dell'efficienza produttiva, il conseguimento del vantaggio ad ogni costo, la valutazione della gestione secondo il metro del risultato, spingono le imprese scarsamente competitive a rinvenire - o ad inventare - strade alternative a quelle "meritocratiche". La diseguaglianza delle posizioni di partenza è aggravata dalle discrasie fra le discipline nazionali, alcune soltanto delle quali perseguono penalmente le società ed offrono maggiori garanzie di effettività dello strumento penale e di scoperta dei rei.

Un'ultima osservazione scaturisce dall'analisi del fenomeno corruttivo quale si è manifestato in Italia - contrassegnato da sistemicità e permanenza dei rapporti con la pubblica amministrazione -. La continuità dei rapporti nel lungo periodo è spesso agevolata dalla struttura organizzativa dell'impresa, dall'avvicendamento dei singoli soggetti nella medesima posizione all'interno di essa, dalla loro sostituibilità ed intercambiabilità. I menzionati aspetti consentono quella *stabilità* che si è visto essere precipua caratteristica del sistema degli scambi occulti. La stessa dottrina italiana non ha mancato di prendere consapevolezza del fatto che protagoniste delle vicende di Tangentopoli siano state le persone giuridiche, piuttosto che le persone fisiche[50].

2.1. Segue. Effetto delle sanzioni.

Per quanto concerne il secondo presupposto di una prospettiva politico-criminale - l'effetto delle sanzioni - non si può far altro che prendere atto dell'inefficacia, sul piano della deterrenza nei confronti della criminalità d'impresa, dei modelli sanzionatori attualmente utilizzati nel nostro Paese[51].

Quanto alla sanzione individuale, la facile sostituibilità del personale incappato nelle maglie della reazione penale, lascia intravedere l'immunità di fatto della struttura che si pone eziologicamente a monte dell'illecito, specie se di quest'ultimo si coglie la natura strumentale rispetto al perseguimento dei fini dell'organizzazione[52]. Inoltre, se la commissione dell'illecito ha prodotto l'acquisizione di un profitto, questo può restare al riparo da ogni reazione sanzionatoria o recuperatoria, specie qualora si produca un danno non risarcibile, o non integralmente risarcibile, come avviene di frequente nella lesione di interessi della collettivitá[53].

L'obbligazione civile prevista dall'art. 197 c.p.[54] viene commisurata alle condizioni economiche dell'autore-persona fisica. L'ente, che dovrebbe pagare la multa o ammenda in caso di insolvibilità del condannato (responsabilità sussidiaria), in pratica interviene sempre a coprire tale "costo", del tutto "assorbibile", data la sua esiguità[55]. Inoltre, non viene colpito quasi mai il profitto conseguito dall'impresa in virtù del comportamento illecito[56]. Di qui le consistenti lacune in termini di effettività di intervento[57], anche in un'ottica specialpreventiva, vale a dire delle *chances* che al diritto penale competono nella conformazione dei futuri comportamenti dell'ente[58].

I rilievi che precedono hanno condotto parte della dottrina ad auspicare il ricorso all'applicazione di una misura di sicurezza quale la confisca[59]. Essa è disciplinata dall'art. 240 del c.p.[60] e, quanto alla sua applicazione, si pone il problema di verificare se possa essere disposta nei confronti della persona giuridica per conto della quale il reo abbia commesso un reato produttivo di profitto economico; se, cioè, l'ente cui il guadagno affluisce possa dirsi, agli effetti dell'art. 240 c.

p., persona estranea al reato[61]. Si ritiene che, allo stato attuale della normativa, la persona giuridica non possa essere privata del profitto conseguito, in quanto il concetto di "persona estranea" può logicamente riguardare, in assenza di ulteriori, indispensabili segni normativi, solo soggetti che possono essere autori di reato, e quindi persone fisiche[62].

Un tentativo di smussare la rigidità del principio *societas delinquere non potest* è stato compiuto con l'emanazione dell'art. 6 della legge recante modifiche al sistema penale[63]. Esso prevede una forma di corresponsabilizzazione dell'impresa, a titolo principale e non sussidiario, per gli illeciti amministrativi commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Tuttavia, la configurazione a carico dell'ente di una semplice obbligazione solidale con diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione, si traduce nell'accollare all'ente una mera garanzia per il pagamento della sanzione pecuniaria rapportata nell'entità alle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione, come previsto dall'art. 11 della stessa legge[64]. La sostanziale nullità dell'efficacia generalpreventiva e specialpreventiva della sanzione pecuniaria sulla persona giuridica - già compromessa dal diritto di regresso -[65], ha portato a considerare la legge n. 689 come un'occasione perduta per coinvolgere realmente la persona giuridica nella responsabilità amministrativa.

3. L'orientamento della dottrina italiana

Preso atto dell'urgenza di un intervento normativo che abbia una reale efficacia preventiva e repressiva dei delitti - segnatamente di corruzione - riconducibili alle imprese in quanto tali e constatata l'assoluta inadeguatezza delle soluzioni attualmente vigenti, ci si chiede se il superamento del principio di irresponsabilità penale delle persone giuridiche sia la sola soluzione possibile oppure se tale principio possa essere salvato. Con esso, la nozione di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.[66] e la stessa concezione del diritto penale come sistema posto a tutela di valori che deve essere esso stesso "valore" ed espressione di valori di civiltà giuridica, "tale se ed in quanto ne sia al centro la persona umana in carne ed ossa"[67].

La più autorevole dottrina ammette la possibilità di ignorare le difficoltà insite nel riconoscimento dell'ente come centro di imputazione di responsabilità[68] con riferimento ad una responsabilità "minore" quale quella penale amministrativa - non foss'altro per avvicinare la nostra legislazione a quella degli altri Paesi europei -. Auspicando una responsabilità penale amministrativa cumulativa di persona fisica e persona giuridica (che andrebbe ad aggiungersi alla responsabilità penale della persona fisica, alla responsabilità amministrativa mediante sanzioni non punitive ed alla responsabilità civile mediante risarcimento del danno), con un allentamento del

principio di colpevolezza individuale ed un "cauto ingresso ad una concreta (= da riscontrarsi caso per caso) colpevolezza di organizzazione[69]. E reputando necessario un intervento legislativo che precisi i presupposti e i termini delle imputazioni ed i criteri di commisurazione delle sanzioni alla persona fisica e all'ente.

Le sanzioni penali amministrative[70] sono punitive, attingono direttamente o indirettamente la sfera del profitto o, più in generale, dell'utile economico[71], non presentano profili di incostituzionalità[72] e consentono il perseguimento dei medesimi fini raggiungibili mediante l'applicazione di sanzioni penali[73]. A ciò si aggiunga che a livello comunitario è stata espressa preferenza per tale modello punitivo[74].

La prerogativa negata a tali rimedi pare rappresentata - accanto al soddisfacimento delle primarie esigenze di tipo garantistico connesse al rito processuale penale[75] - dalla portata stigmatizzante, propria delle sanzioni penali[76]. Quest'ultimo, può costituire un potente fattore di deterrenza nei confronti di soggetti che vedono nella formazione e nel mantenimento di un'immagine positiva dell'ente presso l'opinione pubblica obbiettivi il cui raggiungimento è in grado di condizionare lo stesso successo economico[77]. La criminologia ha messo in luce la rilevanza della cattiva pubblicità non tanto a causa dei suoi effetti finanziari, quanto di quelli non finanziari, primo fra tutti la perdita del prestigio dell'impresa[78]. Esemplificativo, quanto all'impatto della perdita di reputazione sulle condotte successive dei soggetti coinvolti e quanto alla temibilità per la società, a tutti i livelli, della condanna morale da parte della collettività per gli illeciti commessi, risulta essere il caso *Exxon* già citato. Che mostra come "la sensibilità per la reputazione delle organizzazioni sia addirittura superiore a quella dei singoli individui"[79]. La perdita di immagine subita dalla *Exxon* e la conseguente volontà di prevenire la pubblicità negativa derivante da scandali come quello italiano, concorsero - assieme alla constatazione che le manovre finanziarie delle consociate non fossero adeguatamente controllate dai vertici del gruppo - a determinare un insieme di interventi sulla struttura del gruppo, grazie ai quali fu costruito un impressionante sistema di prevenzione della corruzione[80]. Ciò indusse i successivi commentatori a riconoscere nell'effetto di stigmatizzazione il possibile - e non unico - strumento di una strategia alternativa per la prevenzione degli illeciti delle *corporations*[81].

La scelta fra sanzioni penali e penali amministrative è squisitamente politica.

Ma la trasposizione dall'ambito penalistico a quello amministrativistico, pur consentendo - senza sostanziali differenze - il conseguimento del fine contingente, non equivarrebbe a sminuire il disvalore di fatti carichi di dannosità sociale?

Il legislatore ha dato risposta negativa a tale quesito.

Il 29 settembre 2000 è stata emanata la legge n. 300, di ratifica delle Convenzioni UE ed OCSE sulla lotta contro la corruzione.

L'art. 11 di detta legge delega il Governo ad emanare, entro otto mesi dalla data di entrata in vigore di essa (26 ottobre 2000), un decreto legislativo avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa di persone giuridiche e società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale, in relazione alla commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione, reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica, nonché in materia di tutela dell'ambiente e del territorio e di prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Dovranno essere previste sanzioni amministrative pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive. Ad esse si aggiungerà la confisca del prodotto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente. Nei casi di particolare gravità, sarà prevista l'applicazione di una o più sanzioni aggiuntive, quali:

1) chiusura anche temporanea dello stabilimento o della sede commerciale;
2)sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
3) interdizione anche temporanea dall'esercizio dell'attività ed eventuale nomina di altro soggetto per l'esercizio vicario della medesima quando la prosecuzione dell'attività è necessaria per evitare pregiudizi ai terzi;
4) divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione;
5) esclusione temporanea da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi;
6) divieto temporaneo di pubblicizzare beni e servizi;
7) pubblicazione della sentenza.

Le sanzioni amministrative a carico degli enti saranno applicate dal giudice competente a conoscere del reato e per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale.

Sarà inoltre istituita un'Anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative in tal modo irrogate.

4. Politica criminale versus dogmatica.

Il "filo rosso" di questa riflessione sembra essere rappresentato dalla tensione, dal conflitto mai risolto fra politica criminale - che spinge per una più attenta considerazione del dato empirico e rivela la/e fragilità di un ordinamento che fatica a seguire la realtà, adeguandosi ad essa - e

dogmatica - strenuamente impegnata nello sforzo di garantire coerenza interna al sistema e nel tentativo di impedirne lo sgretolamento, pericolo affatto verosimile in conseguenza delle pulsioni cui esso è sottoposto -[82].

La storia del diritto penale è da più di due secoli "la storia dell'elaborazione di principi che stabiliscono condizioni e limiti dell'attività punitiva dello Stato e ai quali le costituzioni moderne riservano apposite formulazioni"[83]. Esso assume la funzione di "barriera invalicabile della politica criminale".

C'è un paradosso - uno dei tanti in cui s'imbatte colui che studi il fenomeno della corruzione - che non troverà facilmente soluzione. O, perlomeno, non una soluzione coerente in tutte le sue sfaccettature. È il paradosso dato dalla innegabilità del "*societas saepe delinquit*" che cozza con la insuperabilità del "*societas delinquere non potest*"[84]. Perché "la responsabilità penale è personale". Perché il diritto penale è tradizionalmente antropocentrico. Il diritto penale è una *reazione* alle debolezze, ai cedimenti, alle malvagità dell'essere umano. Dell'uomo, con la propria *suitas*. Essere libero, che liberamente pensa sceglie sbaglia dirige le proprie azioni ad un fine. E tale reazione non può essere disgiunta dalle *garanzie.* Necessarie, queste, in quanto il diritto penale ha due facce ed alla sofferenza delle vittime si contrappone la sofferenza dei condannati. Perché "la pena è un dolore deliberatamente inflitto". È una sofferenza deliberatamente prevista dal legislatore e deliberatamente inflitta dal giudice. E dietro la violenza dei condannati spesso si nasconde dolore vergogna paura[85].

Garantire il cittadino significa metterlo al riparo da rischi di responsabilità oggettiva. E, per molti, il superamento del principio di cui si discute porterebbe con sè il pericolo di un "reflusso" del diritto penale "degli uomini" proprio verso schemi di responsabilità oggettiva[86].

Questo diritto penale forse è davvero da considerarsi ormai "classico" e da contrapporsi ad un nuovo, "moderno" diritto penale. Forse è davvero in atto *in tutta Europa* un *processo di modernizzazione* rispetto al quale i modelli tuttora utilizzati dalla dommatica penalistica risultano obsoleti e inadeguati[87]. Non foss'altro perchè essi sono stati forgiati sullo stampo dell'"idealtipo" classico, mentre l'"idealtipo moderno" viene "colato sotto i nostri occhi" dall'evoluzione legislativa, e dalla società stessa in evoluzione, "entro stampi che, senza la mediazione della lenta dommatica, sono ancora tutti da modellare"[88]. Forse bisogna convenire con chi[89] rileva come si sia verificato un *cambio di paradigma* rispetto al diritto penale codificato, sia con riferimento al suo *input*, cioè alla fenomenologia criminale che i paradigmi codicistici raccoglievano ed ipostatizzavano, sia con riferimento al suo *output*, cioè la fattispecie giuridicamente formalizzata del reato (de*i* reat*i*). Così, si ha un diritto penale *reale* già trasformato, con un volto *legale* nuovo

ancora tutto da disegnare. Ed una "parte generale" che manifesta un "deficit di rappresentatività", e che necessita di essere riformulata partendo dalle "nuove" costanti criminologiche[90].

Forse c'è un'alternativa all'aggiramento del principio *societas delinquere non potest* mediante ricorso agli strumenti sanzionatori del diritto penale amministrativo. E questa alternativa consiste nella creazione, cominciando dalla parte generale, di un *diritto penale dell'impresa*, in cui vengano meno le esigenze di garanzia da sempre pensate per l'individuo. In un simile contesto, la *corporate corruption* – come gli altri illeciti – sarebbe direttamente ascrivibile alla società. Sarebbero allora da rimeditare trattamento sanzionatorio e criteri d'imputazione, che potrebbero indifferentemente avere natura penale, penale amministrativa o sanzionatoria *tout court*[91]. Ciò consentirebbe un innalzamento della legislazione a *standard* più elevati di prevenzione dei danni prodotti dal fenomeno corruttivo. E permetterebbe di studiare la opportunità dell'introduzione di programmi e metodi nuovi, tanto di prevenzione quanto di repressione, sulla scorta, per esempio, dei *compliance programs* americani[92].

Il *diritto penale individuale*, intanto, resterebbe assoggettato alle regole più classiche.

Ma un simile salto pare ancora troppo alto al legislatore italiano.

Note

[1] Sul ruolo delle imprese nella criminalità economica, limitatamente all'esperienza americana, v. CLINARD M.B. - YEAGER P.C., *Corporate Crime. The first comprehensive account of illegal practices among Americàs top corporations*, New York-London, 1980; PEARCE F. - SNIDER L., *Corporate Crime. Contemporary debates*, Toronto-London, 1995; CLINARD M.B., *Corporate corruption*, New York, 1990; BRAITHWAITE J. - FISSE B., *Corporations, crime and accountability*, Cambridge, 1993.

[2] Cfr. TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 617.

[3] V. DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, p. 18 ss.; CASTELLANA A.M., *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., p. 747 ss.

[4] Analogo dubbio è sollevato e risolto negativamente da CASTELLANA in *op. cit.*

[5] La Convenzione sulla lotta alla corruzione non affronta direttamente il problema. Tuttavia, la Relazione esplicativa della stessa, al punto 6.1., afferma che gli Stati membri "saranno comunque obbligati ad esaminare la materia in virtù delle obbligazioni derivanti" dal secondo Protocollo e dalla Convenzione OCSE. Conclusione, questa, cui si può pervenire anche attraverso il rilievo dell'esistenza di una previsione espressa in tema di corruzione "privata" e della eventuale disparità di trattamento rispetto alla corruzione pubblica che non sia perpetrata ai danni degli interessi finanziari della Comunità Europea.

[6] Al punto 4.3. della Relazione esplicativa del secondo Protocollo, si specifica che: "anche se non è necessario che siano di carattere penale o amministrativo, le sanzioni o i provvedimenti che gli Stati membri adottano ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, del protocollo, dovrebbero avere, se opportuno, un certo carattere punitivo, andando oltre il mero risarcimento dei danni o la restituzione dell'arricchimento indebito". Questo costituisce un esplicito invito, rivolto agli Stati membri, affinchè le misure siano d'una certa gravità.

[7] Cfr. la *Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 5491*, di ratifica degli atti internazionali, al punto n. 4.3.

[8] Corte di Giustizia, 2 ottobre 1991, causa C-7/90, in *Raccolta*, 1991, vol. I, p. 4371 ss.

[9] Cfr. CASTELLANA A.M., *op. cit*., p. 760 ss.

[10] Che, come si è detto, muovono verso il superamento del principio *societas delinquere non potest*.

[11] Sono configurabili situazioni in cui una maggiore effettività, proporzionalità e dissuasione dipendano dalla comminazione di sanzioni penali alle persone giuridiche?

[12] Il *Corpus Juris* è preceduto da un altro studio redatto per conto della Commissione delle Comunità Europee: *Etude sur les systèmes des sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés Européennes*, vol. I (*Rapports nationaux*) e vol. II (*Rapports des synthèse*), Luxembourg, 1994 (v. anche in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1994, p. 543 ss.). Esso consta di una serie di raccomandazioni vertenti su misure di armonizzazione, tese a ridurre le differenze più problematiche tra le norme nazionali. La raccomandazione n. 10, *Responsabilità della persona giuridica*, stabilisce quanto segue: "È opportuno disporre la responsabilità penale o quasi-penale ("amministrativa penale") delle imprese per tutti i casi di reato commesso, nell'esercizio delle loro funzioni, dai relativi organi, dai rappresentanti legali o dalle persone che hanno il potere di decisione all'interno di un'impresa".

[13] GRASSO G., *Verso uno spazio giudiziario europeo, Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997, p. 50.

[14] *Corpus Juris*, cit., p. 64.

[15] Non può trascurarsi, a questo punto, lo stridente contrasto con la nostra più autorevole dottrina. Si veda per tutti ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, *sub pre*-art. 39 e *sub* art. 42.

[16] Trattasi dei reati di: frode al bilancio comunitario (art. 1), frode in materia di appalti (art.2), corruzione (art. 3), abuso d'ufficio (art. 4), malversazione (art. 5), rivelazione di segreti d'ufficio (art. 6), riciclaggio e ricettazione (art. 7), associazione per delinquere (art. 8).

[17] *Corpus Juris*, cit., p. 68-69.

[18] *Contra* CASTELLANA A.M., *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., che rileva la propensione degli organi comunitari a ritenere che l'armonizzazione sanzionatoria delle normative statuali, necessaria per una congrua realizzazione dei fini dell'UE, vada attuata tramite un sistema punitivo diverso da quello penale in senso stretto - segnatamente il penale-amministrativo, modello punitivo "preferito" - e che gli enti collettivi debbano essere chiamati a rispondere con strumenti di analoga natura.

[19] V. DOLCINI E., *op. cit*., p. 20, in particolare la nota n. 36.

[20] *Ibidem.*

[21] Un sintetico ma efficace raffronto fra le tre convenzioni (OCSE, UE, CDE) sul punto può essere rinvenuto in MANACORDA S., *La corruzione internazionale*, cit., p. 288-289, in SALAZAR L., *Corruption: the international experience and activities*, relazione presentata alla Conferenza internazionale *Responding to the challenges of corruption*, svoltasi a Milano il 19-20 novembre 1999, p. 11-12.

[22] Connotati, questi, considerati da taluno salienti delle sanzioni penali. V. in tal senso DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale*, cit., p. 20.

[23] Così l'art. 2. Art. 3: "Sanzioni. - 1. La corruzione di pubblico ufficiale straniero deve essere passibile di sanzioni penali, efficaci, proporzionate e dissuasive. La gamma delle sanzioni applicabili deve essere comparabile con quella prevista per la corruzione di pubblici ufficiali della Parte e deve, nel caso di persone fisiche, comprendere la privazione della libertà sufficiente a consentire una mutua assistenza giudiziaria e l'estradizione.

2. Nel caso in cui, secondo il sistema giuridico di una Parte, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, la Parte in questione deve assicurare che le persone giuridiche siano passibili di sanzioni non penali efficaci, proporzionate e dissuasive, incluse le sanzioni pecuniarie, in caso di corruzione di pubblico ufficiale straniero.

3. Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinchà la "tangente" ed i proventi derivanti dalla corruzione di pubblico ufficiale straniero, o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi, siano soggetti a sequestro, confisca o affinché sanzioni pecuniarie di simile effetto siano applicabili.

4. Ciascuna Parte deve prendere in considerazione l'imposizione di ulteriori sanzioni civili od amministrative nei confronti di una persone soggetta a sanzione per corruzione di pubblico ufficiale straniero".

Il Commentario alla Convenzione stessa, al punto n. 20, specifica che: "Se, nel sistema giuridico di una Parte, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, essa non sarà tenuta a istituirla". Il punto n. 24, relativo al paragrafo 4 dell'art. 3, individua alcune sanzioni civili e amministrative, diverse dall'ammenda non di natura penale, che possano essere imposte alle persone giuridiche per un atto di corruzione di un pubblico ufficiale straniero. Esse sono: "l'esclusione dal diritto di godere di benefici o sussidi pubblici; il divieto permanente o temporaneo di partecipare ad appalti pubblici o di praticare una attività commerciale; la messa sotto controllo giudiziario; la liquidazione giudiziaria".

A riguardo si veda SACERDOTI G., *La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, vol. II, p. 1355.

[24] Cfr. Raccomandazione N.R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - 20 ottobre 1988, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 656.

[25] DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, cit., p. 20.

[26] V. FLORA G., *Attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 11 ss. Sulla legge di modifica del sistema francese nel senso della introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche, v. DE SIMONE G., *Il nuovo codice penale francese e la responsabilità penale delle* personnes morales, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 229 ss.; GUERRINI R., *La responsabilità penale delle persone* giuridiche, in *Le società*, 1993, 691 ss. (Rubrica: Opinioni Francia "Personnes morales"); CONTE P., *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 93 ss. Cfr. anche DE FARIA COSTA L., *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1239 ss., riflessione suscitata dalla comparazione fra l'ordinamento giuridico italiano e quello portoghese.
Fra le indagini comparatistiche si ricordi inoltre *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario, Atti della Conferenza organizzata dal Centro Internazionale di ricerche e studi sociologici, penali e penitenziari a Messina, 30 aprile - 5 maggio 1979*, Milano, 1981 - ivi il notorio saggio di BRICOLA F., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, rinvenibile anche in *Giur. Comm.*, 1979, p. 647 ss. -; TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615 ss. e, seppur molto brevemente, CASTELLANA A.M., *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 751 ss.; BRICOLA F., *Il costo del principio* "societas delinquere non potest" *nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.; FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, in *Collana di studi penalistici*, Padova, 1997. Con riferimento alla soluzione adottata dal legislatore statunitense v. DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 89 ss.

[27] Nello stesso senso si esprime da tempo la dottrina italiana. V.: BRICOLA F., *Il problema della responsabilità penale*, cit., p. 239 ss.; ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 33; DE FARIA COSTA L., *op. cit*, p. 1248.

[28] ALESSANDRI A., *Art. 27*, cit., p. 150 ss.; FORNARI L., *op. cit.*, p. 257 ss.

[29] TIEDEMANN K., *op. cit.*, p. 624 ss.; DE FARIA COSTA L. *op. cit.*, p. 1246; ALESSANDRI A., *Art. 27*, cit., p. 157; FLORA G., *op. cit.*, p. 17; FORNARI L., *op. cit.*, p. 359.

[30] V. FORTI G., *La corruzione del pubblico amministratore*, cit., p. 97, che richiama Marinucci (MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, ora in MARINUCCI - DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 56): "La conoscenza delle cause del reato e degli effetti della pena" sono i due "presupposti primordiali" di ogni politica criminale "seria e legittima".

[31] V. DE FARIA COSTA L., *Contributo per una legittimazione*, cit., p 1243. Cfr. anche STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, vol. IV, p. 1254 ss.

[32] *Ibidem*; CLINARD M.B. – YEAGER P.C., *op. cit.*; COFFEE F., *"No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problems of corporrate punishment*, in *Mich. L. Rev.*, 1979, p. 396 ss. Sulla materializzazione, da parte degli esecutori materiali, delle direttive di una certa politica d'impresa, a loro preesistente e non sempre a loro esclusivamente riferibile DE FARIA COSTA L., *op. e loc. ult. cit.*; ALESSANDRI A., *op. e loc. ult. cit.*

[33] FORNARI L., *op. e loc. ult. cit.*

[34] In tal senso FORTI G., *Controllo societario, responsabilità penali e strategie alternative di prevenzione. Un'analisi del "rischio criminale" nei gruppi di società*, testo dell'intervento al *workshop* sul tema: *Controllo societario, responsabilità di amministratori di società controllanti e controllate*, svoltosi a Villa d'Este di Cernobbio, 3-4 ottobre 1997.

[35] V. ampiamente, anche per relativi riferimenti, FORTI G., *op. ult. cit.*

[36] *Ibidem*, p. 17 ss.

[37] FORTI G., *op. ult. cit.*, p. 19.

[38] *Ibidem.*
[39] *Ibidem.*
[40] FORTI G., *op. cit*., p. 24 e pag. 26.
[41] V. per tutti: CLINARD M.B., *Corporate corruption*, cit.; FISSE B. - BRAITHWAITE J., *The impact of publicity on corporate offenders*, New York, 1983; CLINARD M.B. - YEAGER P.C., *Corporate crime*, cit.
[42] V. CLINARD M.B., *Corporate corruption*, cit., p. 129 ss. Principale finanziatrice fu la *Gulf Oil*, che in base da un rapporto del 1974, risulta aver occultato pagamenti illeciti per dieci milioni di dollari, inclusi quelli destinati alla campagna elettorale di Nixon, dal 1960 al 1974.
[43] FISSE B. - BRAITHWAITE J., *The impact of publicity*, cit., p. 168 ss; FORTI G., *Controllo societario*, cit., p. 28 ss.
[44] Riferimenti in FISSE - BRAITHWAITE, *op. e loc. ult. cit.*
[45] CLINARD M.B., *op. cit*, p. 131.
[46] *Ibidem.*
[47] *Hoerner Waldorf Report to the SEC, Amended form 8 K, April 1977*, riportato da CLINARD M.B., *op. cit*., p. 131.
[48] Un simile apparato si avvale della collaborazione di più uffici della stessa impresa. Per ciò che concerne la corruzione pubblica, esso consta di innumerevoli controlli sui dirigenti locali e, nei Paesi in cui l'impresa manchi di una sede, sugli agenti. Questi ultimi sono reclutati solo dopo accurate verifiche circa la loro professionalità e moralità, che vengono valutate anche attraverso la compilazione di appositi questionari (una sorta di autocertificazione). Messi al corrente delle regole etiche da seguire, essi diventano destinatari di una commissione (*agent fee*), il cui importo rileva in quanto possibile fonte cui attingere per il pagamento illecito. Dopo approfondite indagini (che si avvalgono della collaborazione delle Camere di Commercio e delle Ambasciate presso il Paese considerato) sull'entità delle *fees* applicate mediamente sul mercato locale, viene corrisposta all'agente una commissione che non superi tale media.
[49] Su di essa si sofferma ampiamente FORTI G., *op. ult. cit*., p. 23.
[50] V. GRAZIANO G., *La graduale erosione del principio "societas delinquere non potest"*, in *Le società*, 1997, n. 11, p. 1259.
[51] TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, cit., p. 617 ss.
Sulla insufficienza delle sanzioni ad oggi utilizzate v. FORNARI L., *op. e loc. ult. cit*.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1999, p. 149; PALIERO C.E., *Problemi e prospettive*, cit., p. 1189 ss.; ALESSANDRI A., *Reati d'impresa*, cit., p. 31 ss.
[52] ALESSANDRI A., *op. e loc. ult. cit.*
[53] *Ibidem.*
[54] Art. 197: *"Obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende.* - Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni,, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'art. 136".
[55] FORNARI L., *op. cit*., p. 284 ss.
[56] *Ibidem*, p. 264, che richiama anche ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, cit., p. 30 ss.
[57] *Ibidem.* Nello stesso senso MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 149.
[58] Per l'approfondimento di quest'ultimo punto, v. FORNARI L., *op. cit*., p. 265-266.
[59] V. BRICOLA F., *Il costo del principio* "societas delinquere non potest", cit., p. 1012; critici ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, cit., p. 61; ID., *Art. 27*, cit., p. 161 e

PECORELLA, *Societas delinquere potest*, cit., p. 363; sul punto v. anche PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1184 ss.

[60] Art. 240: *"Confisca.* - Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca:
1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;
2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata proninciata condanna.
Le disposizioni della prima parte e del numero 1 del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato.
La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa".

[61] V. ampiamente FORNARI L., *op. cit*., p. 275 ss., anche con riferimento all'ordinamento tedesco ed austriaco.

[62] In tal senso FORNARI L., *op. cit*., 279; ALESSANDRI A., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen*., vol. III, Torino, 1989, p. 39; cfr. altresì BRICOLA F., *Il costo*, cit., p. 1013.

[63] L. n. 689 del 24 novembre 1981. Art. 6, commi 3° e 4°: " Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta. Nei casi previsti dia commi precedenti chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione".

[64] Art. 11: "*Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.* - Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonchè alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

V. FORNARI L., *op. cit*., p. 285 ss.; ALESSANDRI A., *op. ult. cit*., p. 70 ss.; PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 215.

[65] Così PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 214; PALIERO C.E., *Problemi e prospettive*, cit., p. 1189; DE FARIA COSTA, *op. cit.* p. 1249; FORNARI L., *op. cit*.; MANTOVANI F., *op. cit*., p.149, sottolinea come le misure amministrative di sicurezza si sottraggano alle garanzie del processo penale e ad una valutazione della pericolosità sociale della persona giuridica.

[66] Sulla individuazione nell'art. 27 di un ostacolo insormontabile alla responsabilità delle persone giuridiche v. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 148; BRICOLA F., *Il costo del principio* societas delinquere non potest, cit., p. 1011; ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., p. ; ID., Societas delinquere non potest *(nel ricordo di Franco Bricola)*, cit., p. 1036; ALESSANDRI A., *Art. 27, comma 1° cost*., cit., p. 150. *Contra* DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, cit., p. 18 ss., che confuta, punto per punto, la suddetta tesi. Cfr. PECORELLA, Societas delinquere potest, in *Riv. giur. lav*., 1977, vol. IV, p. 366 ss.; TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. Una moderna lettura dell'art. 27 Cost., che tenga conto dei recenti mutamenti avvenuti nel mondo delle imprese, è proposta anche da FOGLIA MANZILLO F., *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2000, p. 107 ss.
Asserisce acutamente FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 260, che l'opposizione irriducibile dell'art. 27 cost. alla penalizzazione degli enti costituisce un assunto "condizionato da una visione aprioristica dei compiti e dei limiti del diritto penale, e comunque eccessivamente perentorio".

[67] V. FLORA G., *L'attualità del principio* "societas delinquere non potest", in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1995,p. 19. V. anche ROMANO M., Societas delinquere non potest *(nel ricordo di Franco*

Bricola), cit., p. 1037. Nello stesso senso CASTELLANA A.M., *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., p. 808.

[68] V. ROMANO, *op. cit.*

[69] ROMANO M., *op. e loc. ult. cit.*, che considera eccessiva la previsione di una responsabilità penale amministrativa dell'ente, in linea di principio per *qualsiasi* fatto di reato commesso da un suo rappresentante o organo, come sancita nel § 30 *OWiG* tedesco, non escludendo in radice una responsabilità penale amministrativa dell'ente *a determinate* condizioni, almeno in relazione ad alcuni reati espressamente indicati dalla legge, che possano dirsi concretamente agevolati da carenze amministrative o di organizzazione in genere commessi da rappresentanti, organi o dipendenti. Nello stesso senso CASTELLANA A.M., *op. cit.*, p. 808 ss.

[70] Per un approfondito esame v. PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1021; PALIERO - TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XLI, p. 345 ss.
Esempi all'interno del nostro ordinamento possono rinvenirsi nella l. 223/1990 - sulla disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (c.d. legge Mammì) -, nella l. 1/1991 - sulla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e l'organizzazione dei mercati mobiliari - nella l. 344/1993 e 86/1994 - entrambe sulla istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento (rispettivamente mobiliare e immobiliare) chiusi -. V. ampiamente ROMANO M., *op. cit.*, p. 1042 ss.

[71] Il primo ad avere avviato il processo di elaborazione del "diritto penale amministrativo" e l'unico a prevedere come regola generale che gli enti siano destinatari di sanzioni punitive, in via non solo diretta ma anche autonoma rispetto all'individuo autore materiale dell'infrazione è l'ordinamento della Repubblica Federale di Germania, in base al combinato disposto dei commi 1 e 4 del paragrafo 30 *OWiG.* Per riferimenti v. CASTELLANA A.M., *op. cit.*, p. 774 ss.; PALIERO C.E., *L'illecito amministrativo* (*Ordnungswidrigkeit*) *nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linea di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1134 ss.; FORNARI L., *op. cit.*

[72] ROMANO M., *op. e loc. cit.*, con riferimento alle sentenze attraverso le quali la Corte Costituzionale ha ha statuito la riferibilità dell'intero testo dell'art. 27 al solo illecito penale propriamente detto e non all'illecito penale amministrativo; CASTELLANA A.M., *op. cit.*, p. 795 ss.; FLORA G., *L'attualità del principio*, cit., p. 14 ss.

[73] FORNARI L., *op. cit.*, p. 336 ss. ed in particolare pag. 358; PALIERO C.E., *op. ult. cit.* p. 1027.

[74] CASTELLANA A.M., *op. cit.*, p. 770 ss., con riferimento al rapporto di sintesi della ricerca *Etude sur les systèmes des sanctions administratives et pénales des États membres*, cit. Diversa la soluzione proposta da PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit., p. 1046; *Problemi e prospettive*, cit., p. 1190 ss.

[75] Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, p. 806; DELMAS-MARTY M., *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 731 ss.; DOLCINI E., *Sui rapporti tra tecniche sanzionatorie penali e amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 377 ss.

[76] FORNARI L., *op. cit.*, p. 359; PALIERO C.E., *op. e loc. ult. cit.*; ALESSANDRI A., *Art. 27*, cit., p. 161.

[77] In tal senso FORNARI, *op. e loc. ult. cit.* Per la rilevanza dell'effetto di stigmatizzazione della sanzione penale rispetto alle società commerciali si veda CLINARD - YEAGER, *Corporate crime*, cit., p. 29 ss.; più approfonditamente FISSE B. - BRAITHWAITE J., *The impact of publicity on corporate offenders*, New York, 1983. ALESSANDRI (*op. e loc. ult. cit.*), invece, avanza la possibilità che non vi siano ostacoli insormontabili a perseguire la pubblicità negativa - o stigmatizzazione - attraendo la persona giuridica nell'ambito del processo penale riguardante il comportamento del suo "organo", con il radicare una sua responsabilità, di natura extra-penale, concorrente con quella dell'autore del reato.

[78] V. FISSE B. - BRAITHWAITE J., *The impact of publicity*, cit., p. 247 ss. "(...) the prestige of the Ford Motor Company is important to a variety of publics. Customers may well be more inclined to buy

Ford cars if they perceive Ford as a reputable company. Banks may be more willing to extend credit to see a reputable company through a rough period. Legislators may grant more credibility to representation from a prestigious corporation. Corporate prestige may attract better quality applicants for executive vacancies and may appeal more to investors". Gli Autori distinguono tra *formal* ed *informal publicity*, analizzando la portata dissuasiva di entrambe rispetto alla criminalità d'impresa. Nello stesso senso BRAITHWAITE J., *Crime, shame and reintegration*, New York, 1994, p. 124 ss. La cattiva pubblicità comporterebbe forte disagio fra i dirigenti per la caduta di immagine dell'impresa, del morale dei dipendenti ed una generale demoralizzazione dovuta all'impressione che questa sia fuori controllo da parte dei suoi stessi vertici.

[79] V. FORTI G., *op. ult. cit.*, p. 34-35.

[80] V. ampiamente FORTI G., *op. e loc. ult. cit.*; FISSE - BRAITHWAITE, *op. e loc. ult. cit.*

[81] *Ibidem.*

[82] V. TIEDEMANN K., *op. cit.*, p. 624, che, a proposito del contrasto tra le necessità della polica criminale e le possibilità della dogmatica tradizionale, richiama una laconica ed efficace affermazione del penalista spagnolo ZULGADÍA ESPINAR J.: "Se la dogmatica (tradizionale) penale non è in grado di soddisfare i bisogni della politica criminale, allora tanto peggio per la dogmatica"! A ciò contrapponendo un'altra soluzione: sviluppare una nuova dogmatica penale per colpire, con categorie penalistiche create *ex novo* o riadattate, le attività criminose degli enti.

[83] Così ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., p. 9.

[84] La dottrina non nasconde un certo disagio dinanzi a simile constatazione. V. per tutti MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 147 ss.

[85] Cfr. VON LISZT F., *Der Zweckgendanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1982, tr. it. di A.A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

[86] Causa la comminatoria di sanzioni dalla portata prevalentemente se non esclusivamente "afflittiva", reputandosi assai difficile ipotizzare strumenti idonei a perseguire effetti preventivi e men che meno rieducativi di "una entità strutturata su di un personale umano sostituibile". E l'uso di criteri oggettivo-funzionali di ascrizione del comportamento criminoso, che stempererebbero l'intensità del legame psicologico tra l'agente e il fatto. In tal senso CASTELLANA A.M., *op. cit.*, p. 793.

[87] Illuminante, in tal senso, il contributo di PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220.

[88] PALIERO C.E., *op. ult. cit.*, p. 1226.

[89] PALIERO C.E., *op. e loc. ult. cit.*

[90] Già venti anni fa BRICOLA scriveva: "I modelli penalistici hanno *ab origine*, e devono mantenere alla propria base, delle *costanti criminologiche*", in *Teoria generale del reato*, voce in *Nss.D.I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 21, citato da PALIERO C.E., *op. cit.*, p. 1244.

[91] PALIERO C.E., *op. ult. cit.*, p. 1248. "Ontologicamente " assente dal gioco la libertà personale, "perde importanza la sacralità (e la genuinità) delle etichette". Allora, non ha più senso "erigere steccati fra diritto penale criminale e diritto penale amministrativo, fra garanzie di stretta legalità penale e garanzie parapenali".

[92] Cfr. STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli sanzionatori*, cit., p. 1254 ss.; sui c*ompliance programs* v. ampiamente DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, cit.