

ORIENTAMENTI

DARIO FRANZIN

La natura punitiva delle sanzioni per l'ente collettivo fra definizioni formali e approcci contenutistici

L'articolo analizza l'apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 e la sua natura punitiva attraverso una analisi strutturale e sistematica, nonché attraverso la giurisprudenza delle corti nazionali e sovranazionali.

The punitive nature of sanctions for legal entities between formal definitions and content approaches.

The paper analyzes the sanctions of Legislative Decree 231/2001 and its punitive nature through a structural and systematic analysis, as well as through the jurisprudence of national and international courts.

SOMMARIO: 1. “Vent’anni dopo”: la responsabilità delle persone giuridiche e la riscoperta dei fini della pena. - 2. L'appartenenza delle sanzioni del d.lgs. 231/2001 al *genus* delle pene criminali quale indispensabile premessa metodologica. - 3. I riferimenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo e della Corte costituzionale: il contenuto punitivo-afflittivo della *matière pénale* quale categoria fondante la natura penale di un sistema sanzionatorio. - 4. (continua) La natura afflittiva della sanzione come unico, possibile paradigma di rilevanza. - 5. Il regime sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 e il suo carattere afflittivo: verso una verifica di tipo analitico. - 6. Le sanzioni pecuniarie: contenuto e caratteristiche generali. - 7. (continua) Il carattere meramente afflittivo delle sanzioni pecuniarie. - 8. Le sanzioni interdittive. - 9. (segue) L'istituto del commissariamento giudiziale. - 10. (segue) Le misure avverso l'inosservanza delle sanzioni interdittive e la preminenza delle sanzioni ad effetto ablatorio. - 11. (segue) Il carattere meramente (o comunque prevalentemente) afflittivo-punitivo delle sanzioni interdittive. - 12. La pubblicazione della sentenza e la confisca. - 13. Annotazione conclusiva.

1. *“Vent’anni dopo”: la responsabilità delle persone giuridiche e la riscoperta dei fini della pena.* Il titolo del seguito di un celeberrimo romanzo di appendice ci aiuta a fissare l'orizzonte temporale che ci separa da quella che rimane la più significativa riforma che ha investito il diritto penale italiano in epoca recente: l'introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche che, intervenuta nel 2001 con il d.lgs. 8 giugno, n. 231, sembra quasi aver voluto inaugurare l'inizio, non solo meramente cronologico, di un nuovo millennio anche per la scienza penalistica¹.

¹ Nella sterminata bibliografia sul tema si rimanda *ex multis* a FIORELLA, v. *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, 5101 ss.; FIORELLA,

Le ragioni della “svolta epocale” sono arcinote: per tradizione secolare, a fissare le regole del gioco dell’allocazione della responsabilità penale aveva dominato, monolitico (nonché comune a pressoché tutta la cultura penalistica di *civil law*), il principio del *societas delinquere non potest*, di talché, sulla base della regola scaturente, la celeberrima massima fissava una sorta di “esclusiva antropologica” secondo cui nel campo criminale gli autori dei delitti e, di conseguenza, i destinatari delle sanzioni, non potevano che essere le persone fisiche.²

Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 639 ss.; FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’“utile” al “giusto”. Il futuro dell’illecito dell’ente da reato nello “spazio globale”*, Torino, 2018; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; *La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/01 tra diritto e processo*, a cura di Piva, Torino, 2021; BERNASCONI-PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018; CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d’impresa nell’imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 101 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, ss.; DE SIMONE, *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino-Eusebi-Forti, Napoli, 2011, vol. III, 1883, ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 4, 1249 ss.; GRECO, *l’illecito dell’ente, analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, 4, 2091 ss.; *Responsabilità da reato degli enti. Vol. I diritto sostanziale*, a cura di Lattanzi-Severino, Torino 2020; ORSINA, *La responsabilità da reato dell’ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino, 2024; PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 1, 175 ss.; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 4, 1173 ss.; PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 846 ss.; PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 4, 1516 ss.; PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d’impresa (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. III, 427 ss.; PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2006, 167 ss.; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d. lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss. (Parte I) e 845 ss. (Parte II); PIERGALLINI, v. *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in *Enc. giur. Sole 24Ore*, 2007, vol. XI, 179 ss.; PIERGALLINI, *Auto-normazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 571 ss.; STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 459 ss.

² Su questo orientamento, sulle sue ascendenze culturali e sui tentativi in passato intrapresi per un suo, anche solo parziale superamento, non si può qui che rimandare, per un’accurata ricostruzione storico-dogmatica, all’imponente monografia di DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*. cit. 35 ss.; si rimanda altresì ai classici contributi di BRICOLA., *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1970, 951 ss.; AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 4, 941 ss.

Caduto anche da noi³ questo argine, ed estesa la possibilità di contestare un reato anche gli enti sulla base del complesso meccanismo della c.d. colpa d'organizzazione⁴, l'esclusiva è evidentemente venuta meno: se il reato è commesso nell'interesse dell'ente ed è stato agevolato da una colpevole acquiescenza organizzativa da parte di quest'ultimo, allora l'antico brocardo non può più essere invocato e deve anzi lasciare il posto al principio secondo cui *societas puniri potest*.

Il punto tuttavia è che, a seguito di un cambiamento di paradigma così radicale, la cultura penalistica si è trovata a dover affrontare non solo l'ennesimo, nuovo costruito normativo da sottoporre al lavoro di affinamento interpretativo proprio di ogni riforma, ma ancor più l'innesto, nel sistema punitivo, di un inedito modello politico-criminale, ispirato a sua volta ad un'idea di illecito non più individuale, ma di sistema (la colpa d'organizzazione, per l'appunto); e ha dovuto pertanto dapprima (anche a causa dell'ibrida espressione responsabilità amministrativa da reato utilizzata dal Legislatore) sciogliere il nodo circa l'effettiva natura del nuovo schema di responsabilità, per poi in seguito - una volta prevalsa la tesi secondo cui saremmo qui di fronte ad una, per quanto particolare, responsabilità penale a tutti gli effetti - impegnarsi nella elaborazione di una vera e propria teoria generale della responsabilità dell'ente, in grado a sua volta di armonizzare il nuovo modello di imputazione con i "fondamentali" del diritto punitivo di stampo liberale.

Proprio perché così radicalmente innovativo, il d.lgs. 231/2001 ha insomma imposto, e continua a imporre, alla scienza penalistica un compito che travalica la (pur necessaria ed imprescindibile) esegesi degli istituti, e che consiste nell'elaborazione di uno spettro concettuale di riferimento entro cui inquadrare e sistemare senso e scopi del nuovo paradigma di responsabilità collettiva; un compito a tutti gli effetti costituente perché fondativo, per l'appunto, di un nuovo capitolo di teoria generale e per il cui assolvimento, secondo lo standard tipico della cultura liberale, categorie giuridiche e principi-limite si

³ Per uno "sguardo" comparatistico FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and Compliance Program, towards a common model in the European Union*, Napoli, 2012; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

⁴ Anche qui espressione oramai entrata nel vocabolario comune dei penalisti per sintetizzare il sistema di imputazione del reato all'ente delineato soprattutto dagli artt. 6 e 7 del Decreto.

intrecciano nella più generale ricerca di un fondamento (e dunque di un limite) razionale al potere di punire, comunque declinato⁵.

Oggetto di esplorazione in tal senso è un vero e proprio, nuovo “campo di materia”, le cui macro-partizioni (e dunque i possibili ambiti di approfondimento), come per il diritto penale c.d. antropomorfo, appaiono essere due: da un lato il fatto che rende il reato ascrivibile anche all’ente (ambito per lo più coincidente con l’approfondimento di presupposti e contenuto della su cennata colpa d’organizzazione); dall’altro le sanzioni, che gli artt. 9 ss. del d.lgs 231/2001 descrivono ed articolano in un complesso di misure che impoveriscono l’ente sotto il profilo patrimoniale (pena pecuniaria e confisca), lo privano di facoltà o di diritti (le sanzioni interdittive) ovvero hanno un effetto “infamante” (la pubblicazione della sentenza di condanna)⁶.

Ebbene, per quanto ci riguarda, sarà proprio quest’ultimo il campo di indagine cui dedicare pagine che seguono. Si tratta infatti di un profilo che, nonostante l’importanza che riveste, è probabilmente, fra i due appena indicati, quello che in questi primi due decenni di applicazione sembra aver meno impegnato la pubblicistica a commento del d.lgs. 231/2001; e ciò al punto che il lettore magari poco avvezzo alle regole d’ingaggio della pubblicistica accademica potrebbe quasi convincersi che si sia qui di fronte ad un universo piuttosto definito e poco idoneo ad approfondimenti. Con questo non intendiamo certo affermare che questa parte del Decreto sia stata completamente ignorata dalle riflessioni successive al 2001: contributi, peraltro assai puntuali e rigorosi, volti ad analizzare le componenti del sistema sanzionatorio previsto a carico dell’ente ce ne sono ovviamente stati⁷. Ciò che tuttavia colpisce (oltre

⁵ La letteratura sul punto è sterminata, in sintesi si rimanda a FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 4 ss.; ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice Penale*, Milano, 2004, vol. I, 9 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*⁹, Torino, 2023, 15 ss.

⁶ FIORELLA, v. *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVIII, 770 ss.

⁷ DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *la responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 2, 173; SEVERINO, *La responsabilità dell’ente ex d.lgs.n.231 del 2001: Profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione, studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 1101 ss; MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs 231/01*, Torino, 2002, *passim*; TORRE, *La “capacità di pena” della persona giuridica*, Pisa, 2024, *passim*; MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 289 ss.

al dato meramente numerico delle pubblicazioni scientifiche, effettivamente, ancora oggi, tutto a vantaggio dei lavori dedicati ai criteri di imputazione della responsabilità) è il ritardo con cui la dottrina penalistica (al netto di alcuni, pregevoli contributi editi nel corso del primo ventennio di applicazione del Decreto) ha cominciato a confrontarsi criticamente con il modello punitivo complessivo (o se si preferisce con la filosofia) cui il legislatore del 2001 si è ispirato nella scelta dei meccanismi sanzionatori previsti a carico dell'ente, e dunque con gli scopi che quei meccanismi, unitariamente o ciascuno per suo conto, perseguono.

Mentre insomma l'analisi del sistema di ascrizione di responsabilità all'ente si è fin da subito caratterizzata per una continua tensione critica con la teoria generale del reato (si pensi ad es. alla compatibilità della "colpa d'organizzazione" con i principi costituzionali o con i tradizionali criteri di accertamento della responsabilità colposa)⁸, quella sul sistema sanzionatorio sembra solo in tempi recenti essersi disincagliata dalla (pur pregevole, e comunque imprescindibile) esegesi per aprirsi ad un confronto con le categorie di quella che viene comunemente definita come teoria della pena⁹; un ritardo quest'ultimo che, oltre a tagliar fuori dal dibattito un aspetto da sempre fondante scopi e legittimazione della politica criminale in uno Stato di Diritto, appare anche in controtendenza rispetto alla sempre più convinta connotazione in chiave teleologico-funzionale che le scienze penalistiche hanno assunto già agli inizi del secolo scorso e sempre più acquisito nell'ultimo cinquantennio¹⁰.

2. *L'appartenenza delle sanzioni del d.lgs. 231/2001 al genus delle pene criminali quale indispensabile premessa metodologica: il dibattito circa la natura*

⁸ Cfr. PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit.; PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., 169 ss. e PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001) - Parte I*, cit., 376 ss.; di recente MEZZETTI, *L'accertamento della causalità in tema di colpa organizzativa quale (nuovo) criterio di imputazione della responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1343 ss.; ORSINA, *La responsabilità dell'ente*, cit., 41 ss.;

⁹ Ci riferiamo in particolare a MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit. 47 ss. e TORRE, *La "capacità di pena"*, cit., 27 ss. che senza dubbio rappresentano un punto di svolta sull'argomento.

¹⁰ *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, *passim*.

della responsabilità nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. Come appena accennato, è necessaria ora un'operazione di tipo ricostruttivo. Si tratta in particolare di assicurarsi dell'effettiva possibilità di descrivere come penali le sanzioni previste dal Decreto.

Il passaggio, a ben vedere, ripropone, se pur in altra forma e ad altri fini, un interrogativo – quello sul tipo di responsabilità disegnato dal d.lgs. 231/2001 – che ha impegnato dottrina e giurisprudenza soprattutto nei primi anni di vigenza del Decreto, soprattutto in ragione dell'ambiguità della formula, in effetti non poco involuta responsabilità amministrativa da reato, impiegata dal legislatore italiano per intitolare la riforma del 2001¹¹; ed è dunque proprio da quel dibattito che prenderemo le mosse per cercare di rispondere al quesito appena posto.

In linea di massima, non pare potersi dubitare che oggi, all'esito di quella discussione, dottrina e giurisprudenza prevalenti abbiano finito con l'orientarsi proprio nel senso di una responsabilità a tutti gli effetti penale. È evidente tuttavia che il confronto con quanto emerso in seno a quel dibattito non può certo ridursi ad una mera presa d'atto circa il tendenziale prevalere dell'una o dell'altra tesi, ma deve semmai tener conto, se pur in sintetica esposizione sistematica, dell'intero quadro delle posizioni emerse sull'argomento; se non altro per coglierne la ricchezza e utilizzarne, ove possibile, le diverse sfumature per un approccio il più possibile consapevole al complesso sistema sanzionatorio delineato dal Decreto. Per quanto ci riguarda, procedere ad una se pur schematica esposizione delle posizioni emerse nell'ambito di quella discussione è opportuno per almeno due ragioni: anzitutto perché il confronto sviluppatosi sull'argomento è stato in realtà piuttosto articolato, e l'opinione, oggi egemone, circa la natura penale della responsabilità 231 va dunque ben puntualizzata e definita¹²; in secondo luogo perché, come vedremo, proprio

¹¹ Sui risvolti pratico-applicativi di una disputa da alcuni, già all'epoca, ritenuta puramente nominalistica v. il quadro delineato da LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Padova, 2017, vol. II, 2367 ss.; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 69 ss.;

¹² Per una ricostruzione delle più importanti posizioni sul tema, v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, numero 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 18 ss.; PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, vol. VI, 975

l'opinione oggi dominante, almeno nella versione maggiormente condivisa, presenta in realtà interessanti punti di convergenza con una consolidata giurisprudenza della Corte EDU e della stessa Corte Costituzionale a cui noi stessi faremo più avanti riferimento.

a) Cominciamo dalla tesi secondo cui la responsabilità dell'ente collettivo sarebbe più propriamente di carattere e connotazione amministrativa, come in effetti sembrerebbe indicare, *in primis*, l'espressa indicazione formale da parte del legislatore, che ha scelto di qualificarla, appunto, come amministrativa¹³. A supporto della tesi potrebbero anzitutto richiamarsi alcuni fra i più tradizionali argomenti, di natura per lo più dogmatico-costituzionale, già in passato utilizzati per giustificare il brocardo secondo cui *societas delinquere non potest*. Potrebbe infatti osservarsi che una responsabilità di carattere penale non pare compatibile con la mancanza di un soggetto – individuo al quale parametrare gli attributi dell'addebito penale: solo nei confronti dell'individuo e non già verso la persona giuridica troverebbe spazio l'applicazione dei principi che regolano la materia penale, primo tra tutti quello di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1 Cost.; né, d'altra parte – potrebbe aggiungersi – parrebbe applicabile all'ente il principio della necessaria tendenza della pena alla rieducazione del condannato, non essendoci in questo caso alcun soggetto-individuo da risocializzare

Con specifico riferimento al diritto positivo, indizi atti a suffragare l'impossibilità di una responsabilità penale vera e propria in capo all'ente collettivo, potrebbero peraltro emergere anche analizzando la concreta disciplina sanzionatoria e processuale contenuta nel d.lgs. 231/2001, la quale parrebbe in effetti differenziarsi in più punti da quella penale. Così la circostanza che la sanzione per l'ente non può, a differenza di quella per la persona fisica, essere soggetta a benefici con finalità special-preventiva quali ad es. la sospensione condizionale¹⁴; o il fatto che che, a differenza di quanto accade per la persona

ss.

¹³ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 1, 90 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*¹¹, Milano, 2023, 976 ss.

¹⁴ A favore della ammissibilità della messa alla prova per gli enti cfr. Trib. Bari, Sez. I, 15 giugno 2023, n. 3601, in *Dejure*; Trib. Modena, 19 ottobre 2020, n. 403, in *Cass. pen.*, 2021, 7-8, 2540. Cfr. LONGARI, «*Esiguità dell'offesa*» vs «*Colpa di organizzazione*» nella responsabilità da reato degli enti. *Tra interpretazione analogica e sistematica*, Milano, 2022, 142 ss.

fisica, le cui vicende (ad es. morte del reo) influiscono sulla punibilità, le vicende modificative dell'ente sono invece del tutto ininfluenti rispetto al persistere della responsabilità, atteso che esso rimane responsabile dell'illecito ove abbia subito incorporazioni, fusioni, scissioni, o, addirittura, ove si estingua (cfr. in part. art. 28 d.lgs. 231/2001. Altri indizi in tal senso sarebbero poi ricavabili dalla disciplina della prescrizione dell'illecito dell'ente e da quella (art. 58 del Decreto) riguardante l'archiviazione del procedimento, la quale può essere disposta direttamente dal Pubblico Ministero senza l'intervento del Giudice per le indagini preliminari, indispensabile invece per l'archiviazione dell'ipotesi di reato a carico della persona fisica.

b) Premesso che la tesi amministrativistica appena esposta non ha mancato di far qua e là capolino nella giurisprudenza dei primi anni di applicazione del Decreto¹⁵, assai più numerosi sono tuttavia i segnali di adesione della cultura e dell'esperienza giuridica italiane all'idea secondo cui il sistema di sanzionatorio introdotto per gli enti collettivi col d.lgs. 231/2001 configurerebbe -se pur ovviamente con gli adattamenti resi necessari dalla *ratio materiae*, una responsabilità penale vera e propria, secondo alcuni addirittura fondata di un nuovo capitolo di parte generale, e cioè di un autonomo, "terzo binario" sanzionatorio, aggiuntivo rispetto a pena e misure di sicurezza¹⁶.

A supporto di una lettura in chiave penalistica vengono richiamati, anzitutto, alcuni dati di ordine generale e, per così dire, di immediata lettura, a cominciare dalla circostanza che l'imputazione prima e la sanzione poi muovono comunque dal compimento un reato, cioè da un accadimento in sé meritevole di pena criminale, e che si tratta dunque di una responsabilità che finisce giocoforza col condividere la natura strettamente penalistica di ciò che la determina). Da questo punto di vista, lo schema adottato dal Decreto sarebbe quello, tipicamente penalistico o comunque ad esso assimilabile, di una convergenza di responsabilità: il sistema sanzionatorio proposto dal d.lgs. 231/2001 fuoriesce, in sostanza, dagli schemi tradizionali del diritto penale per così dire nucleare ma certo non da quelli di tipo concorsuale, posto che l'imputazione dell'illecito all'ente non sostituisce l'addebito da muovere alla

¹⁵ Cass., Sez. I, 30 marzo 2017 n. 21724, in *Dejure*

¹⁶ DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 115 ss.

persona fisica ma si aggiunge ad esso quale fatto (per quanto autonomo, comunque) agevolativo del primo secondo un paradigma in tutto e per tutto analogo a quello del concorso nel reato. Quanto poi all'obiezione (indubbiamente più suadente) circa l'impossibilità di estendere a questa nuova materia i caratteri di riprovevolezza e di risocializzazione del reo su cui si fonda l'idea stessa della pena criminale, la risposta è su più fronti. Sotto il profilo soggettivo viene evidenziato come, nell'impianto del d.lgs. 231/2001, l'ente risponde non già per un atteggiarsi della volontà secondo i criteri psicologico-causali tipici del dolo (evidentemente inapplicabili), quanto per una negligenza organizzativa - l'omesso adempimento delle misure elencate negli artt. 6 e 7 del Decreto - che a certe condizioni è riprovevole tanto quanto la negligenza comportamentale su cui si basa l'addebito colposo per le persone fisiche. Quanto poi al tema della finalità rieducativa, essa può ritrovarsi in contenuto e caratteri dell'apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001, che sotto vari profili è modulato proprio dalla disponibilità dell'ente a "rientrare nella legalità" dotandosi di modelli organizzativi idonei ad evitare il ripetersi del reato.

A tutti questi argomenti, sempre a sostegno del carattere a tutti gli effetti penale della responsabilità dell'ente, si aggiunge poi *last but not least* il fatto che, sempre nel Decreto, ad accertare la responsabilità dell'ente sia proprio il giudice penale, per giunta attraverso una disciplina che riprende e adatta alla materia istituti (ad es. procedimenti speciali come il rito abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti) e fasi (indagini preliminari, fase cautelare, giudizio dibattimentale) proprie del processo penale, e che, in termini generali, fa comunque espresso richiamo alle disposizioni del codice di rito (cfr. art. 34 d.lgs. 231/2001).

c) Vero è che fra le prese di posizione sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente, si registrano anche conclusioni terze rispetto alla secca dicotomia responsabilità penale vs. responsabilità amministrativa e che proprio per questo vengono di solito classificate come intermedie: si tratta, in effetti, di posizioni non di rado dichiaratamente orientate a superare la rigidità di quello schema e di conseguenza assai attente a valorizzare le specificità che fanno del sottosistema introdotto nel 2001 un *unicum* nel panorama giuridico italiano. Negli esiti, tuttavia, queste posizioni si caratterizzano a ben vedere per un ge-

nerale ridimensionamento di significato e valore del *nomen* impresso dal legislatore alla responsabilità dell'ente, accostandosi così assai più alla tesi della natura penale della responsabilità che a quella della natura amministrativa; e ciò in quanto i loro fautori, una volta puntualizzate le specificità di cui sopra, finiscono poi in genere col sottolineare il carattere comunque punitivo e dunque sostanzialmente penale delle sanzioni contenute nel d.lgs. 231/2001, riconoscendone così la piena collocabilità nell'universo teorico e problematico proprio del diritto penale *stricto sensu*.

Così per ciò che riguarda l'idea secondo cui l'apparato sanzionatorio disegnato dal d.lgs. 231/2001, rappresenterebbe un vero e proprio, peculiare *tertium genus* fra sanzione penale e sanzione amministrativa. A questa tesi, ispirata soprattutto da un passaggio della Relazione Ministeriale al Decreto, sembra (se pur dopo qualche incertezza) aver aderito anche la giurisprudenza di legittimità, almeno a partire dalla famosa sentenza Thyssenkrupp¹⁷; sentenza nella quale, rifacendosi proprio alla su menzionata Relazione, si sottolinea per l'appunto come con il d.lgs. 231 sarebbe stato introdotto un «corpus normativo di peculiare impronta, un *tertium genus* se si vuole»¹⁸, il quale tuttavia fa comunque parte del più ampio e variegato sistema punitivo e presenta evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale, che renderebbero comunque «doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale».

Allo stesso modo, a soluzione sostanzialmente penalistica approda poi la tesi di chi, sottolineando come il ricorso del legislatore alla definizione della responsabilità come amministrativa sia stato in realtà motivato dall'esigenza di eludere l'ostacolo consistente nel principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, parla di una responsabilità para-penale (e dunque in qualche modo anch'essa terza rispetto ai due estremi amministrativo-penale) ma comunque assimilabile, per severità delle sanzioni, a quella penale, e perciò da analizzarsi alla luce dei principi di rilevanza anche costituzionale che

¹⁷ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 in *Dejure* e tutti i richiami alle incertezze della giurisprudenza precedente.

¹⁸ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735 in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in *Dejure*.

governano la materia penalistica strettamente intesa¹⁹.

E in ugual maniera ascrivibili ad un indirizzo sostanzialmente penalistico sono infine quegli Autori i quali, muovendo dal presupposto secondo cui sia le sanzioni amministrative che quelle penali sarebbero in realtà riconducibili ad un paradigma comunque repressivo, attribuiscono al dibattito circa la natura amministrativa o penale della responsabilità un carattere più simbolico che “di sostanza”: ferma l’indiscutibile originalità dei criteri di imputazione del fatto all’ente, l’apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 consterebbe in realtà di sanzioni già utilizzate sia nel diritto penale classico, sia nella disciplina dell’illecito amministrativo e che per la loro severità pongono, in entrambi i casi, problemi di garanzia; nel caso del d.lgs. 231/2001, il legislatore italiano ha ritenuto di affidare la soluzione di quei problemi al diritto e al processo penale e dunque il sottosistema punitivo per l’ente non può che confrontarsi con principi e categorie critiche proprie del diritto penale²⁰.

3. *I riferimenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’uomo e della Corte costituzionale: il contenuto punitivo-afflittivo della matiere penale quale categoria fondante la natura penale di un sistema sanzionatorio.* Se questo, pur a grandi linee, è nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza di legittimità lo stato del dibattito sulla natura della responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001, l’essenza (quanto meno sostanzialmente) penalistica di tale responsabilità può in effetti ritenersi pressoché unanimemente condivisa: sia che le si qualifichi *sic et simpliciter* come penali, sia che le si consideri come di *species* terza ed innovativa rispetto ai tradizionali strumenti sanzionatori propri del diritto penale o del diritto amministrativo, le sanzioni applicabili all’ente vengono in genere ricondotte, per gravità o anche solo per modo di disciplina, ad una più generale matrice di tipo comunque punitivo e dunque considerate già in quanto tali (a prescindere cioè dal loro formale inserimento nel catalogo delle pene criminali in senso stretto) meritevoli di attenzione critica alla luce degli strumenti dogmatici e politico-costituzionali che nello Stato di Diritto rappresentano il necessario argine razionale al potere di

¹⁹ FIORELLA, v. *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5101 ss.

²⁰ V. PULITANÒ, *Diritto Penale*³⁰, cit., 522.

punire.

Non solo: oltre che per la sua amplissima condivisione da parte della dottrina che si è occupata del d.lgs. 231/2001, l'assunto si giustifica anche alla luce di argomenti di maggior respiro, ed in particolare per la sua consonanza con i più consolidati sviluppi della giurisprudenza sia della Corte EDU che della Corte Costituzionale, entrambe oramai da tempo propense a riconoscere l'esistenza di sanzioni non solo formalmente (cioè per espressa disposizione legislativa) ma anche sostanzialmente penali e come tali assoggettabili alle garanzie tipiche dello *jus puniendi*.

Quanto alla Corte EDU, cui sicuramente va riconosciuta la paternità di questa impostazione, merita qui di essere ricordato ed approfondito l'indirizzo interpretativo sviluppatosi in merito alla individuazione della c.d. *matière pénale*; un indirizzo che, come noto, ha avuto grande risonanza all'interno degli ordinamenti nazionali e che, contenuti generali a parte, a noi pare finisca anche col fornire indicazioni utili a meglio focalizzare la natura punitiva dell'apparato sanzionatorio descritto dal d.lgs. 231/2001.

Nello svolgere le proprie funzioni, e di fronte alla varietà dei sistemi giuridico-penali interni agli Stati, la Corte si è trovata, già nei primi anni di attività, davanti all'esigenza di individuare una definizione univoca di materia penale, tale da fornire a sua volta un parametro generale e omogeneo di compatibilità delle disposizioni statuali con gli artt. 6 e 7 C.E.D.U. ed evitare così decisioni con un grado di tutela differenziato tra soggetti dei vari ordinamenti in virtù della sola diversità del *nomen iuris* attribuito alla norma dal legislatore nazionale; e in questo percorso di progressiva definizione della "materia penale", fondamentale rimane a tutt'oggi la c.d. sentenza Engel²¹, il cui intento era ed è proprio quello di evitare ciò che in dottrina viene comunemente definito come truffa delle etichette, vale a dire la possibilità, da parte del legislatore interno, di qualificare formalmente come amministrativa una misura che invece, nella sostanza, presenta caratteristiche proprie della pena criminale e di eludere così l'applicazione delle più stringenti garanzie caratterizzanti la disciplina penalistica sia sul versante processuale sia su quello sostanziale.

²¹ Per una trattazione più approfondita del tema MANES-CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 149 ss.

Questa pronuncia individua in particolare tre passaggi (ormai noti come gli Engel *criteria*), in base ai quali, secondo la Corte, l'interprete dovrebbe pervenire, in progressione, ad una corretta definizione della natura di questo o di quel meccanismo sanzionatorio:

-inizialmente andrebbe valutata la qualificazione che formalmente il legislatore ha attribuito alla norma;

-tale qualificazione andrebbe poi confrontata con la natura dell'infrazione (*nature of the offence*)²²;

-occorrerebbe, infine, vagliare il grado (nel senso di severità) della sanzione (*the degree of penalty*) cui il soggetto autore dell'illecito risulta sottoposto.

Secondo la Corte EDU, insomma, a proiettare una certa sanzione nell'alveo delle categorie e delle garanzie proprie del diritto penale non è solo ed esclusivamente la qualifica formalmente attribuitale dal legislatore, ma anche la sua natura intrinseca e sostanziale; una natura che, sempre secondo la Corte, va accertata comparando, alla luce della tecnica giuridica dello Stato convenuto, il *nomen* attribuito alla sanzione dal legislatore con i caratteri qualificanti il comportamento sanzionato (ad es. bene aggredito, grado e intensità dell'offesa, livello di imputazione soggettiva etc.) nonché, ove i primi due indicatori si rivelino ancora insufficienti, la gravità delle conseguenze che quella sanzione determina nella sfera giuridica del destinatario.

L'assonanza fra questa giurisprudenza e gli indirizzi maturati nella dottrina italiana sulla natura della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* è assolutamente evidente: anche per la Corte EDU può esistere un diritto sostanzialmente penale cui ascrivere norme e sanzioni che recano diversa, formale intestazione. Ciò che tuttavia qui appare particolarmente interessante sono proprio i parametri su cui si basa il metodo di accertamento *testé* descritto: parametri - beninteso- elaborati con l'evidente intento di fornire alla stessa Corte un criterio affidabile in sede di giudizio di conformità del diritto nazionale ai principi

²² Questo criterio è stato presto abbandonato: per valutare la «*very nature of the offence*», secondo i giudici, si dovevano rintracciare la «portata non generale delle disposizioni» e «la tipologia degli interessi tutelati». Se, quanto al primo criterio, è noto come esistano reati a soggettività ristretta, rispetto al secondo possiamo rilevare come nella prassi e nelle successive motivazioni della Corte il criterio è stato del tutto abbandonato per focalizzarsi sull'indagine circa le conseguenze dell'illecito. Sul tema, v. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 13 ss.

della C.E.D.U., e che vanno pertanto sempre e comunque contestualizzati alla luce di questa funzione; ma parametri che al tempo stesso nulla vieta di testare quali criteri-guida oltremodo utili anche in chiave più generale. Si tratta, del resto, di criteri che hanno avuto “sorprendenti” sviluppi anche in altri ambiti giurisdizionali: mentre l’approccio “garantista” della Corte EDU è quasi insito nella finalità, che gli è propria, di tutela dei diritti umani, non altrettanto ci si poteva attendere ad es. dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, la quale, notoriamente, si trova a dover coordinare la massima estensione dei diritti dell’individuo con esigenze di coerenza del sistema e di effettività dello stesso; e invece anche la C.G.U.E., proprio sulla scorta degli impulsi dei giudici di Strasburgo e di una crescente sensibilità dei giudici interni sul tema, ha agito verso il riconoscimento di una nozione sostanziale della *matière pénale*, alcune volte riconoscendo una tutela più ampia, con principi di derivazione penalistica, a materie formalmente qualificate come amministrative, come nel caso delle sanzioni amministrative c.d. “accentrate”²³; altre volte i giudici di Lussemburgo si sono spinti fino al riconoscimento di una natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative del caso, come nella sentenza *Bonda*²⁴ e nella successiva *Fransson*.²⁵

Ebbene, si può, anche alla stregua di (almeno uno di) questi criteri confermarci la qualificazione in termini strettamente penalistici della responsabilità e delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001?

Ad onor del vero, i primi due criteri Engel non appaiono granché utili, e ciò in quanto, a ben vedere, nel caso del Decreto essi sembrerebbero in realtà annullarsi a vicenda: la definizione della natura dell’apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 costituisce infatti un problema proprio a causa dell’ambiguità scaturente dall’essere l’espressione responsabilità amministrativa riferita ad *offences* a cui l’ordinamento italiano, all’atto della loro previsio-

²³ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 95 ss.

²⁴ Corte Giust., Grande sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*. Interessante notare come al §37, seppur con formulazione autonoma, vengono sostanzialmente riprese le conclusioni della sentenza *Engel* e i relativi criteri.

²⁵ Corte Giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*. Nonostante la questione interessasse il c.d. *ne bis in idem*, il fatto che alla base del “sillogismo” effettuato dal giudice ci sia proprio il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione conferma quanto le conclusioni già emerse nella sentenza *Bonda* e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

ne, ha invece espressamente attribuito la qualifica (e dunque la natura) di reato. E quand'anche, per assurdo, volesse ritenersi che l'assorbimento di quei reati nel sottosistema 231 autorizzi ad eventualmente riqualificarli sotto un'altra tipologia di illecito, il criterio della "natura dell'infrazione" (o se si preferisce "del fatto illecito") sarebbe a sua volta, comunque, di scarsa utilità per almeno due ragioni. La prima è l'impossibilità di una *reductio ad unum*, sotto il profilo strutturale e/o di disvalore, della oramai consistente congerie e varietà di incriminazioni (i c.d. reati presupposto) legittimanti una condanna dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001: l'apparato sanzionatorio del Decreto abbraccia oramai una tale quantità e qualità di fattispecie (delitti ma anche contravvenzioni; reati previsti dal codice penale ma anche dalle leggi complementari; offese a beni di rango costituzionale ma anche a beni, almeno non espressamente, previsti dalla Costituzione; fattispecie sia di danno che di pericolo, anche astratto o presunto; condotte sia dolose che colpose; e così via) da rendere quanto meno velleitario qualsiasi tentativo di caratterizzazione in chiave unitaria di quelle fattispecie. La seconda ragione consiste nelle incertezze che (nella stessa giurisprudenza della Corte EDU successiva alla sentenza Engel) a tutt'oggi sembrano caratterizzare i tentativi di una distinzione di contenuto fra illecito penale e illecito amministrativo: superata col maturare dello Stato sociale di Diritto l'antica distinzione giusnaturalistico-illuminista fra *mala quia mala* da un lato e *mala quia vetita* dall'altro²⁶, e nonostante lo sforzo profuso nella ricerca di nuovi e più laici criteri differenziali²⁷, la distinzione fra le due tipologie di illecito continua a rimanere sospesa fra concezioni di tipo qualitativo da un lato e quantitativo²⁸ dall'altro, e non sembra co-

²⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2003, *passim*. Come noto, la ricostruzione del grandissimo illuminista italiano ebbe seguito anche in Germania dove fu ripresa da Feurbach stesso, il quale sostenne come l'illecito di polizia non fosse basato su un *Rechtsverletzung*, bensì consistesse in una *Gesetzverletzung*, ossia in un illecito privo di un'offesa riconoscibile ai sensi del diritto naturale, ma connessa al generale diritto soggettivo pubblico dello Stato ad esigere il rispetto e l'osservanza delle proprie leggi. Cfr. BRUNELLI, *Pena e moralismo penale nella rilettura di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 41 ss.

²⁷ In particolare, per un approfondimento circa gli sviluppi di questa teoria: dal modello naturalistico alle "evoluzioni tedesche" fino a Franco Bricola, che individua l'illecito penale nella violazione di un bene di rango costituzionale, vd. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, *cit.*, 8 ss.

²⁸ Cfr. l'oramai "classico" PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, *passim*.

munque ad altro potersi ancora oggi richiamare che all'idea (anch'essa in ogni caso di matrice illuministica) secondo cui l'illecito penale sarebbe (o dovrebbe essere) tendenzialmente più grave dell'illecito amministrativo.

4. (continua) *La natura afflittiva della sanzione come unico, possibile paradigma di rilevanza.* Assai più significativo per una caratterizzazione delle sanzioni del d.lgs. 231/2001 in termini di vera e propria responsabilità penale sembra invece il terzo degli Engel criteria, vale a dire quello della severità della sanzione (*degree of penalty*), il quale, com'è evidente, sposta l'analisi su contenuto e caratteri di quest'ultima e sulla valutazione complessiva del sistema sanzionatorio di cui essa fa parte.

È di per sé evidente che il primo, per certi versi naturale indice sintomatico circa l'essere una sanzione definibile come vera e propria pena, non può che individuarsi nell'*argumentum libertatis*: la natura della sanzione è senza dubbio penale là dove ad essere sacrificato è il bene supremo della libertà personale. A parte tuttavia l'evidente inutilizzabilità di questo indizio là dove, come per l'appunto nel caso degli enti collettivi, la sanzione *naturaliter* applicabile non potrebbe mai essere la libertà personale strettamente intesa, appare evidente come, a fronte delle tante formalizzazioni sanzionatorie in grado di incidere comunque sulla persona e sul suo livello di integrazione sociale (si pensi qui ad es. alle pesanti conseguenze e limitazioni ricollegabili alle misure di prevenzione, o agli effetti economico-sociali di una misura interdittiva)²⁹, l'assenza di forme di vera e propria restrizione della libertà personale non possa comunque, come dire, considerarsi dirimente³⁰; e che dunque l'*argumentum libertatis* va quanto meno integrato alla stregua di criteri di valutazione più elastici, capaci a loro volta di assorbire anche forme di stigmatizzazione meno tradizionali della pena detentiva.

Ebbene, sono stati proprio gli sviluppi successivi alla sentenza Engel ad indur-

²⁹ Con particolare riferimento al corredo di conseguenze accessorie derivanti l'infrazione di una misura di prevenzione personale si v. in part. le osservazioni di CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione fra 'critica' e 'progetto': per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 526 ss., nonché MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021, 92 ss. e 487 ss.

³⁰ Cfr. in generale MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 16.

re gradualmente la Corte EDU a superare la rigidità del criterio della libertà personale³¹ e ad approdare definizioni più adattabili in linea con questa esigenza. Prendendo atto dell'impossibilità di definire *ex ante* una tipologia di illeciti cui associare la necessaria natura penale della responsabilità, la linea evolutiva della Corte è stata nel senso di dare essa stessa sempre più rilievo al criterio della "severità della sanzione" piuttosto che ai primi due criteri "Engel"³²; e ciò fino ad arrivare alla storica sentenza *Öztürk vs Germania*, dove i giudici, ripudiando un concetto di severità meramente quantitativo (anche qui impossibile a predeterminarsi in ragione delle tante differenze interne all'Unione) individuano nella finalità dissuasiva e nell'effetto (esclusivamente o prevalentemente) punitivo le qualità che certificano a tutti gli effetti il carattere penale di una sanzione, comunque denominata, così assoggettandola (qui sì in proporzione al suo concreto incidere sulla vita del destinatario) agli artt. 6 e 7 della C.E.D.U.³³

La pronuncia può definirsi storica proprio perché rappresenta a tutt'oggi un punto di riferimento nella puntuale individuazione del terzo degli Engel criteria e con ciò del concetto di materia penale nel diritto dell'Unione: a partire dalla sentenza in esame, la giurisprudenza della Corte EDU sembra insomma essersi per l'appunto attestata sul principio secondo cui, ferma restando la possibilità per gli Stati di modulare le garanzie imposte dagli artt. 6 e 7 C.E.D.U. sulla base della gravità dell'illecito e della sanzione che ne consegue, a confluire nella "materia penale" e a sottostare ai suoi principi-limite è tutto ciò che, a scopo dissuasivo, il legislatore nazionale sanziona in termini esclusivamente punitivo-afflittivi, vale a dire limitando i diritti dell'autore dell'illecito con un castigo che si aggiunge al male commesso senza in sé nulla cambiare rispetto a quel male³⁴. In luogo di improbabili e quanto mai incerti

³¹ Ne sono esempi le sentenze Corte EDU, 23.3.1994, *Ravnsborg c. Svezia*, §35, oppure Corte EDU, 22.2.1996, *Putz c. Austria*, §33. La rilevanza delle decisioni in esame sta nella constatazione della Corte per cui la natura penale può essere addirittura esclusa anche in presenza di pene detentive, quando queste presentino un contenuto afflittivo di poco conto.

³² Per approfondire le implicazioni dell'utilizzo delle c.d. teorie *fuzzy*, vd. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 21 ss.

³³ *Ozturk vs Germany* in [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57553"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

³⁴ Ritorna quindi come determinante non tanto la distinzione basata sulla distinzione teleologica tra prevenzione e repressione, quanto quella tra sanzioni esecutive e punitive, dove a guidarci interviene la definizione, ancora estremamente attuale, di Bobbio secondo cui le prime sarebbero volte a estinguere,

misuratori della gravità in senso quantitativo, a farsi largo è così il criterio della “*caratteristica*” o se si vuole dell’“*effetto*”: se è vero che una sanzione, pur finendo sempre e comunque con l’incidere negativamente nella sfera giuridica del suo destinatario, può in realtà caratterizzarsi per effetti (ripristinatorio, compensativo, neutralizzante un pericolo etc.)³⁵ fra loro assai diversi, ecco allora che – al di là della sua qualificazione formale – essa potrà definirsi penale allorché dietro il sacrificio imposto a seguito di un comportamento illecito altro non è dato scorgere che un puro e semplice castigo.

Come tutti criteri chiamati a sintetizzare la complessità delle articolazioni interne agli ordinamenti giuridici post-moderni, anche questo criterio è tutt’altro che perfetto e può anzi suscitare ulteriori interrogativi (si pensi qui ad es. al carattere ibrido della c.d. giustizia riparativa, che, per quanto per l’appunto riparativa, aspira al contempo a conservare anche un carattere punitivo); non vi è dubbio tuttavia che esso, nella sua semplicità (staremmo quasi per dire ovvietà), ha comunque il pregio di isolare ciò che nella sostanza, al di là di ogni possibile tecnicismo definitorio, rende nello Stato di Diritto la materia penale bisognosa di argini politico-costituzionali, e di estendere così (se pur con diverse, possibili graduazioni) quegli argini, così come le stesse categorie dogmatiche legittimanti il ricorso alla pena (si pensi qui alla offensività e alla colpevolezza), a tutto ciò che, quale che sia il nome, come una vera e propria pena effettivamente è concepito ed applicato³⁶.

Non si può del resto, a tal proposito, fare a meno di sottolineare come a questa impostazione sia stato dato, come si diceva, ulteriore, autorevole suggello anche dalla nostra Corte costituzionale. Il punto di svolta è avvenuto in particolare con la sentenza 196/2010, sollecitata a sua volta da un’ordinanza di rimessione con la quale il giudice a quo aveva contestato, ai sensi degli artt. 117 Cost. e 7 C.E.D.U., la legittimità costituzionale dell’art. 186, co. 2 lett. b) Cod.

in tutto o in parte, il male prodotto, mentre le seconde avrebbero lo scopo, o meglio la funzione, di infliggere un male.

³⁵ V. *Il sistema penale*, a cura di Paliero, Milano 2024, 540 ss.

³⁶ «Al riconoscimento della natura sanzionatoria di una misura, [...], non può che conseguire l’estensione di determinate tutele, senza che si riveli necessaria né opportuna l’adozione di un qualsiasi ulteriore criterio selettivo, anche considerando che eventuali esigenze (iper)preventive non rappresentano certo contro-interessi di rango costituzionale in grado di giustificare una deroga alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo» MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 51.

della strada così come modificato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92: secondo il remittente, nel qualificare, nel caso della guida in stato di ebrezza, la confisca del veicolo come misura di sicurezza ai sensi dell'art. 240 c.p., il legislatore avrebbe conferito natura preventivo-cautelare (e dunque estensibile anche a fatti pregressi la riforma) ad una misura avente in realtà, a causa delle sue modalità applicative (ad es. perché applicabile anche a mezzo incidentato e temporaneamente inutilizzabile) natura punitiva; ed avrebbe dunque in tal modo dato luogo ad un contrasto fra lo stesso art. 186 Cod. della strada e l'art. 7 C.E.D.U. (contenente fra gli altri il principio di irretroattività della pena) così come, per l'appunto, interpretato dalla Corte Europea sulla scia della pronuncia Engel. Nella sentenza, la Corte costituzionale ha sostanzialmente fatto proprie queste osservazioni; e dopo aver preso atto dell'impossibilità di sanare il contrasto fra l'art. 186 Cod. della strada e l'art. 7 C.E.D.U. in via ermeneutica, ha dichiarato lo stesso art. 186, co. 2 lett. c) costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 117 Cost. limitatamente alle parole «ai sensi dell'art. 240 secondo comma del codice penale», conferendo così, come si diceva, ulteriore forza e solidità al principio secondo cui una sanzione (così come evidentemente la responsabilità che ne determina l'applicazione) è da considerarsi penale tutte le volte in cui, comunque formalmente denominata, essa, nella sfera giuridica del suo destinatario, si configura in termini punitivo-afflittivi.

5. Il regime sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 e il suo carattere afflittivo: verso una verifica di tipo analitico. Che le sanzioni introdotte col d.lgs. 231/2001, ambiguità terminologiche a parte, possano considerarsi pene a tutti gli effetti, è dunque confermato da un ampio ed autorevole quadro di riferimenti giurisprudenziali, che autorizzano a considerare pena qualsiasi misura, comunque denominata, avente carattere di vero e proprio castigo: una sanzione può insomma qualificarsi come penale non solo per forma ma anche per sostanza; e tale sostanza non può per l'appunto a sua volta che risiedere nella finalità punitivo-afflittiva che il diritto positivo oggettivamente le assegna. Si tratta, beninteso, di una giurisprudenza sviluppatasi per finalità, come dire, contingenti, vale a dire col preciso intento di ben delineare il perimetro applicativo degli

artt. 6 e 7 della C.E.D.U. e a cui non può pertanto attribuirsi, almeno allo stato attuale, valore definitorio o dogmatico; ciò non di meno essa, nel consacrare a principio giuridico ciò che per la cultura liberale può considerarsi scontato (e cioè che quella che viene comunemente definita “la questione penale” non investe solo ciò che il legislatore formalmente definisce “pena” ma il potere statale di punire in quanto tale) autorizza l’interprete ad andare oltre le definizioni formali ed a vigilare sulla reale portata applicativa di una sanzione, fornendo così un supporto argomentativo di particolare solidità anche rispetto a questioni di natura sistematico-ricostruttiva, quale per l’appunto quella della natura sostanzialmente penale della responsabilità dell’ente designata dal d.lgs. 231/2001.

Ma il punto è proprio questo: hanno le sanzioni 231 un simile carattere punitivo o afflittivo che dir si voglia?

Ad un primo esame, la risposta sembrerebbe scontata: la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza propendono, come si è visto, per la natura penale della responsabilità dell’ente; e la stessa genesi storico-politica del d.lgs. 231/2001 dimostra come a spingere negli scorsi decenni verso il progressivo superamento del brocardo *societas delinquere non potest* sia stata -da noi come in altri ordinamenti- soprattutto un’esigenza tipicamente general-preventiva, e cioè quella di fronteggiare la criminalità d’impresa attraverso la minaccia di strumenti repressivi dotati a loro volta di un’effettiva capacità dissuasiva. A ciò potrebbe poi aggiungersi, che almeno alcuni degli argomenti solitamente utilizzati a favore del carattere penale della responsabilità (e dunque delle sanzioni), paiono, in effetti, particolarmente persuasivi: così ad es. il fatto che il suo accertamento è devoluto alla cognizione del giudice penale ed è sottoposto a garanzie processuali che ricalcano in gran parte l’impianto del c.p.p. (indizio, questo, ci vien fatto di aggiungere, della consapevolezza del legislatore circa l’assimilabilità delle sanzioni da irrogare alle tradizionali pene per la persona fisica e della conseguente opportunità di blindarne l’applicazione, fin dove compatibili, con le garanzie proprie del processo penale); o ancora il fatto che, per quanto “terza” o comunque innovativa rispetto alle tradizionali definizioni di responsabilità, quella utilizzata dal d.lgs. 231/2001 (responsabilità amministrativa da reato) è probabilmente da ricon-

dursi più ad un espediente linguistico-definitorio, finalizzato a sua volta ad aggirare le possibili obiezioni dogmatiche e costituzionali ad una responsabilità penale in senso stretto, che non alla volontà di dar vita ad una vera e propria terza via.

È pur vero tuttavia che criteri e metodo Engel esigono, come si è visto, un confronto con il contenuto sostanziale (il su cennato criterio della finalità-effetto) di una sanzione, così come regolato dal diritto positivo; ed è dunque soprattutto in virtù di questo decisivo passaggio che all'interprete sarà consentito considerare le sanzioni 231 come penali a tutti gli effetti: se per contenuto (o carattere, o fine) punitivo-afflittivo si intende l'inflizione all'autore dell'illecito di una sofferenza il cui effetto prescinde dalla riparazione del danno o dalla rimozione del pericolo per trasformarsi invece in un vero e proprio castigo, allora è soprattutto nella disciplina positiva e nella sua applicazione giurisprudenziale che esso deve potersi rinvenire; ed è proprio all'approfondimento di questo interrogativo che le pagine che seguono sono dedicate.

6. *Le sanzioni pecuniarie: contenuto e caratteristiche generali.* Come stabilito dall'art. 10 comma 1 d.lgs. 231/2001, fra le sanzioni applicabili all'ente collettivo, quella pecuniaria rappresenta la sanzione principale, infatti per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria; scelta questa in linea con la tradizione illuministico-liberale, che vede la sanzione pecuniaria come il *leading pattern* delle sanzioni amministrative e/o dei sostituti della pena detentiva, e che si caratterizza soprattutto per un sistema di calcolo per quote che nel 2001, all'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, rappresentò ha rappresentato una vera e propria novità nel nostro sistema.

Ai fini della sua commisurazione, il legislatore delegante aveva imposto che si rispettassero determinati limiti edittali e che, all'interno di questi, si istituisse un meccanismo per parametrare un *quantum* di sanzione che fosse a sua volta correlato anche ai proventi del reato e alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente (art. 11, co. 1, lett. g) della legge delega 29 settembre 2000, n. 300).

Da ciò la scelta del legislatore delegato di adottare un sistema bifasico (simile

peraltro a quelli già esistenti in altri ordinamenti)³⁷, in cui all'ammontare reale della sanzione si giunge percorrendo due momenti valutativi, ognuno a sua volta ispirato a propri, specifici criteri-guida: da un lato la determinazione del numero di quote-sanzione da infliggersi (cfr. art. 11, co. 1); dall'altro l'individuazione, fra un minimo ed un massimo edittali e in base alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, dell'importo della singola quota (art. 11, co. 2), parametro quest'ultimo che lo stesso legislatore (in evidente assonanza con quanto già previsto per le pene pecuniarie per le persone fisiche) impone, come diremo fra poco, di considerare a scopi di "efficacia" del trattamento sanzionatorio così applicato.

(a) Quanto al primo passaggio, l'art. 11, co. 1 fornisce come parametri di valutazione alcuni indici attinenti la gravità oggettivo-soggettiva dell'illecito, evidentemente indispensabili per stabilire un rapporto di proporzione fra il male commesso e la sanzione da irrogarsi. Anzitutto la rilevanza dell'offesa arrecata dal reato (la gravità del fatto), eventualmente ragguagliata in ragione di eventuali condotte riparative successive al realizzarsi dello stesso (l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto)³⁸. In secondo luogo, un criterio che lo stesso art. 11 descrive come grado di responsabilità dell'ente, e che a nostro sommo avviso con altro non può identificarsi che con la maggiore o minore serietà del difetto organizzativo rispetto al rischio da cui il reato è scaturito³⁹: insomma, con la maggiore o minore riprovevolezza della ne-

³⁷ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 26.

³⁸ In quanto componente oramai integrante (e anzi ampiamente valorizzata) dei sistemi punitivi moderni, il "ravvedimento operoso" rappresenta, anche nel contesto 231, una scelta pressoché scontata, oltre che per ragioni politico-criminali oramai ben note, anche per ragioni di personalizzazione del trattamento sanzionatorio. L'unico aspetto problematico potrebbe qui individuarsi nella necessità di coordinare questa disposizione con quella, sostanzialmente analoga, contenuta nell'art. 12, co. 2 del Decreto, che attribuisce allo stesso comportamento *post-delictum* la qualità di circostanza attenuante. In realtà, in questo secondo caso, il ravvedimento produce effetti (riduzione della sanzione da un terzo alla metà) ed è sottoposto a limiti temporali (la dichiarazione di apertura del dibattimento) talmente specifici, che ne fanno una figura "speciale" rispetto a quella indicata dall'art. 11 comma 1; ed è pertanto giocoforza concludere che quest'ultima, dal canto suo, finisce con l'assumere un ruolo residuale, applicabile, quale elemento di commisurazione della sanzione-base, a tutte quelle ipotesi (ad es. il fatto che l'attività riparativa sia stata posta a dibattimento già avviato) che non possono ricondursi all'art. 12, co. 2.

³⁹ Perché anche la responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* possa dirsi "personalizzata" in ragione delle specificità del caso concreto e non degenerare in automatismi commisurativi, è necessario che anche la colpa d'organizzazione, al pari di quella antropomorfa, venga graduata in ragione del grado di riprovevolezza

gligenza organizzativa imputabile all'ente⁴⁰. Infine, quale ulteriore criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria, l'art. 11, co. 1 individua la circostanza che, dopo il fatto, l'ente abbia adottato comportamenti, anch'essi di tipo lato sensu riparatorio, finalizzati a prevenire la commissione di ulteriori illeciti (ad es. revisione di parti del Modello Organizzativo, modifica dei protocolli operativi interni, rimozione di soggetti rivelatisi gravemente inadeguati a gestire l'area di rischio interessata etc.)⁴¹: un parametro questo che, nella sua indubbia originalità, sembra comunque anch'esso doversi ricondurre al *genus* della gravità del difetto organizzativo, in chiave questa volta criminologica, nel senso che una così pronta reazione auto-correttiva potrebbe essere la spia a sua volta di una lacuna occasionalmente verificatasi in un contesto complessivamente votato alla legalità, e dunque tale da potersi considerarsi meno grave in quanto priva di pericolosità sociale⁴².

dell'ente-autore. Diversa può infatti essere la "qualità" della colpa concretamente riscontrabile: un conto ad es. è la totale, grave assenza di *risk assessment* rispetto a settori di attività manifestamente rischiose rispetto al reato verificatosi, altro è una occasionale, e magari per certi aspetti "comprensibile", sottovalutazione del manifestarsi di quei rischi rispetto ad una specifica situazione fino a quel momento ben presidiata.

⁴⁰ Si tratta infatti di una azione di derivazione comunitaria, che impone di misurare il grado di colpevolezza dell'ente inteso come "persona morale" (equivalente alla corporate *blameworthiness* di derivazione anglosassone), e quindi la pena sarà maggiore quando il fatto sia espressione di un orientamento aziendale (in quanto indice di un maggior allarme sociale, di una maggiore partecipazione dell'ente al reato, di una maggiore riprovevolezza del fatto), minore quando l'illecito derivi da colpa di organizzazione.

⁴¹ Vedremo in realtà come questo aspetto - il frequente dipendere della sanzione da comportamenti c.d. "rimediali" da parte dell'ente - rappresenti un elemento assai significativo per un esatto inquadramento in chiave teleologica del sistema sanzionatorio 231.

⁴² Il criterio legale del "grado di responsabilità dell'ente" assorbe a nostro sommo avviso anche ciò che in dottrina viene indicato come "modalità" della condotta dell'ente stesso (si pensi ad es. all'ipotesi in cui il CdA abbia superficialmente respinto, dopo pochissimi minuti di discussione, una proposta di revisione di parti del Modello Organizzativo mostratesi poi effettivamente inadeguate ad evitare il reato), e che a detta di alcuni non andrebbe ricompreso negli indici di gravità del fatto ex art. 11 comma 1, pena il sovrapporsi del disvalore della condotta dell'ente a quello della condotta della persona fisica, e con ciò una violazione del principio di autonomia della responsabilità dell'ente contenuto nell'art. 8 d.lgs. 231/2001. A noi sembra che una simile "sovrapposizione" appartenga in realtà alla fisiologia stessa del rapporto di immedesimazione organica fra ente e persona fisica su cui si regge l'apparato del d.lgs. 231/2001, e che il principio dell'art. 8 inerisca assai più alle vicende attinenti la punibilità che quelle qualificanti il fatto da cui scaturisce la colpa d'organizzazione. Può semmai accadere che le suddette "modalità", e con esse un importante criterio di valutazione del grado di colpevolezza dell'ente, non siano direttamente conoscibili dal giudice, in quanto non è possibile identificare l'autore persona fisica; e che, proprio in base al principio di cui all'art. 8, l'ente venga comunque condannato e si debba comunque quantificare la sanzione pecuniaria da infliggergli. Per ovviare al problema di incertezza del *quantum* sanzionatorio nel caso di specie, resterebbe qui comunque la possibilità, per il giudice, di

(b) Una volta individuato il numero di quote in relazione alla gravità del reato, occorre passare alla quantificazione della singola quota andando a definirne l'importo secondo i criteri dell'art 11, co. 2: essa è fissata «sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione». Non è passato inosservato, come la disposizione presenti una certa affinità con l'art 133-*bis* c.p.; mentre, tuttavia, tale articolo descrive un modello c.d. a somma complessiva, dove cioè le condizioni economiche del reo sono poste allo stesso livello, se non in secondo piano, rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, col suo sistema bifasico l'art. 11 consente invece di scindere la valutazione della gravità dell'illecito da quella della capacità patrimoniale dell'ente, assicurandosi che quest'ultima non si perda nell'insieme dei criteri commisurativi ma sia oggetto di uno specifico, ineludibile passaggio valutativo. Sul fatto che detto passaggio venga poi a sua volta finalizzato a scopi di efficacia della sanzione, torneremo più avanti; qui basti sottolineare come, per evitare che la ricerca della maggior efficacia possibile della sanzione si spinga fino a coinvolgere il patrimonio delle persone fisiche immedesimate nell'ente (cosa questa non certo inverosimile visto l'ampissimo ambito operativo del d.lgs. 231/2001 e la possibilità che le sanzioni colpiscano semplici società di persone o addirittura comitati) sfoci in una vera e propria *deterrence trap*⁴³, l'art. 27, co. 1 del Decreto limita la quantificazione della sanzione pecuniaria nei soli limiti del patrimonio o del fondo comune dell'ente. Ai fini della valutazione il giudice può avvalersi, oltre che delle scritture contabili e anche tenendo in considerazione le dimensioni dell'ente e la sua posizione sul mercato⁴⁴, di perizie, soprattutto per organizzazioni aziendali particolarmente complesse per cui il giudice non ha le capacità né la possibilità di analizzare adeguatamente le informazioni necessarie⁴⁵.

individuare astrattamente il "grado" dei soggetti all'interno dell'organizzazione societaria cui potrebbe ragionevolmente appartenere l'atto (es. perché sono i soli ad avere il potere di compiere una determinata attività).

⁴³ Sul tema cfr il classico di COFFEE, JR., «*No soul to damn: nobody to be kick*»: *an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Mich. Law Rev.*, 1981, 389 ss.

⁴⁴ Come si legge nella relazione che ha accompagnato l'adozione del d.lgs. 231/2001, al § 5.1.

⁴⁵ Allo sforzo di evitare fenomeni di *deterrence trap* va certamente ricondotto il filone giurisprudenziale che considera essenziali, nella commisurazione della sanzione pecuniaria per l'ente, i criteri generali di cui all'art. 133 c.p., di cui va dato atto nella motivazione della sentenza, pena l'annullamento della stessa per vizio di motivazione (Cass., Sez. V, 16 giugno 2019, n. 38115, in *Dejure*).

(c) In ottemperanza a quanto richiesto dalla legge delega, l'art. 12, co. 1 d.lgs. 231/2001 prevede infine due circostanze attenuanti, il cui ricorrere riduce automaticamente della metà l'importo-base determinato in base al su descritto art. 11⁴⁶. Una, potrebbe quasi dirsi scontata, è quella della particolare tenuità del danno patrimoniale cagionato dal reato (cfr. lett. b); l'altra, anch'essa in qualche modo riconducibile ad un generale concetto di tenuità, è rappresentata dalla circostanza che *l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente ne ha ricavato un vantaggio minimo*. Quanto alla prima, si tratta di una delle circostanze attenuanti di più consolidata tradizione; ed avendo essa carattere assolutamente oggettivo ed impersonale (nel senso della sua indifferenza alla natura individuale o collettiva del soggetto danneggiante), si può ragionevolmente supporre che valgano, anche ai fini della sua applicazione in ambito 231, tutto quanto maturato, in dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 62 n. 4 c.p.⁴⁷. Quanto invece alla seconda, la "particolare tenuità" va ravvisata non tanto nel fatto oggettivamente considerato, quanto nel grado di coinvolgimento dell'ente, il cui interesse o vantaggio connesso al reato può in effetti in alcuni casi risultare talmente marginale e/o irrisorio da lasciar supporre che più che, più che porsi al servizio degli scopi illeciti dell'ente, l'autore materiale del reato abbia al contrario strumentalizzato a proprio vantaggio un normale e corrente *business* aziendale⁴⁸. La previsione, beninteso, va ben coordinata con i criteri di commisurazione della sanzione-base indicati dall'art. 11, cosa questa non sempre agevole (si pensi ad es. al caso in cui alla tenuità dell'interesse o vantaggio faccia da contrappeso un difetto organizzativo particolarmente grave e riprovevole);

⁴⁶ Per una critica a detto automatismo LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 145.

⁴⁷ Anche in questo caso, dunque, per particolare tenuità dovrà intendersi un danno estremamente lieve, il quale deve essere considerato oggettivamente, a prescindere, cioè, dalle condizioni economiche del soggetto danneggiato, e rifarsi alla sola deminutio patrimoniale che sia conseguenza diretta del reato, con riferimento quindi al solo momento della commissione del fatto illecito.

⁴⁸ Si pensi qui al caso del funzionario di istituto di credito che commette concussione ai danni di un correntista richiedente a sua volta l'accesso ad un prestito "agevolato" di natura pubblica, estorcendogli, in cambio del suo non ostacolare la pratica, una parte del prestito stesso. Che dall'apertura di una nuova posizione creditoria la banca, come si dice, "ci guadagni" non vi è dubbio; ma altrettanto indubbio è che a spingere qui verso il reato (e a meno che non si scopra che si tratta, in quell'istituto, di pratica diffusa o addirittura istituzionalmente "incoraggiata") sia stato soprattutto un interesse all'illecito arricchimento individuale, e che rispetto a ciò, l'interesse della banca a che il malcapitato correntista aumenti la schiera delle tante o tantissime posizioni creditorie di cui essa è titolare, appare del tutto marginale.

non vi è dubbio tuttavia che essa esprime una scelta di politica criminale apprezzabile in quanto consente di punire in misura non eccessivamente gravosa quelle situazioni (tutt'altro che infrequenti) in cui il nesso fra lacuna organizzativa e reato, più che la spia di una politica aziendale strategicamente orientata al conseguimento di profitti illeciti, si appalesa come un fatto isolato o addirittura occasionale.

Sempre l'art. 12, questa volta al secondo comma, prevede la possibilità di attenuare la sanzione (da un terzo alla metà) quando l'ente, a seguito del reato, si sia reso artefice di condotte riparatorie entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado⁴⁹; una riduzione questa - vale la pena di sottolinearlo - che rappresenta il massimo, possibile premio accordabile all'ente in termini di sanzione pecuniaria anche nelle situazioni in cui il cumularsi *post delictum* di diverse e significative condotte *lato sensu* riparative (risarcimento del danno, messa a disposizione del profitto illecitamente conseguito e adozione di un più adeguato modello organizzativo) rende invece possibile la non applicazione di sanzioni interdittive (cfr. art. 17 d.lgs. 231/2001).

Fra le due condotte espressamente prese in considerazione, a rappresentare una vera e propria novità (in evidente sintonia con la centralità dei Modelli Organizzativi nell'impianto normativo di imputazione del fatto all'ante) è la circostanza che, dopo il realizzarsi del reato, l'ente abbia «adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi»; un *refrain*, questo, che nel d.lgs. 231/2001 torna a più riprese e che, come avremo modo di puntualizzare più avanti, riveste un'importanza centrale nella individuazione di *ratio* e scopi dell'intero apparato punitivo del Decreto.

Più in linea con la tradizione antropomorfa è invece l'altra circostanza («l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso»), la quale, così come quella della tenuità del danno patrimoniale, ri-

⁴⁹ Anche questa modalità rappresenta come noto una costante delle attenuanti a contenuto premiale. La riparazione deve peraltro essere integrale, atteso che il riferimento contenuto nella norma all'essersi l'ente "efficacemente adoperato" deve ritenersi riferito esclusivamente alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato Cass., Sez. IV, 2 marzo 2021, n. 21522, in www.giurisprudenzapenale.com.

produce anch'essa analoga attenuante prevista dal codice penale per le persone fisiche (cfr. l'art. 62 n. 6 c.p.)⁵⁰; anche se, va precisato, con una differenza, rappresentata dal fatto che (come si evince dalla presenza della congiunzione "e") risarcimento integrale ed eliminazione delle conseguenze dannose devono qui compiersi entrambe.⁵¹ È, quest'ultima, un'attenuante che sembrerebbe presentare problemi di coordinamento con l'analogo ravvedimento operoso che si è visto essere elemento di commisurazione della sanzione-base ai sensi dell'art. 11, co. 1 d.lgs. 231/2001. In realtà, ciò che – almeno in linea di prima approssimazione e per quanto in questa sede interessa – a noi pare di poter affermare è che, stando tenore letterale delle disposizioni qui a confronto, al ravvedimento rilevante ai fini della sanzione-base non possa che assegnarsi una funzione premiale per così dire di ripiego: con esso resta cioè salva la possibilità di premiare l'ente resosi protagonista di una condotta di resipiscenza operosa, ma che, per oggettiva ed insuperabile *impossibilità*, anche economica, non abbia potuto realizzare uno dei due requisiti congiuntamente previsti dall'art. 12, co. 2 lett. a).⁵² Se così è, per quanto, forse, criticabile sul piano della tecnica legislativa (se l'interpretazione appena abbozzata è giusta, una clausola di riserva a favore del ravvedimento *ex art. 12* avrebbe infatti eliminato ogni dubbio), questa duplice possibilità di valorizzazione del ravvedimento operoso *post delictum* merita di certo un particolare apprezzamento: una volta incentivato alla integrale riparazione del danno l'ente che è in condizione di farlo, il Decreto conserva un premio (se pur, almeno tendenzialmente, di minore consistenza) anche per l'ente che, non versando in una tale condizione, si è comunque profuso in uno sforzo in chiave più genericamente rimediale; e così facendo, oltre ad ulteriormente incentivare comportamenti

⁵⁰ Per questo può affermarsi che, analogamente a quanto accade per l'attenuante della tenuità del danno, anche in questo caso il ravvedimento, nella sua dimensione applicativa, finisce col mutuare dal diritto penale antropomorfo alcuni aspetti problematici, primo fra tutti quello, di sicuro più controverso, della sua compatibilità con il delitto tentato (in senso affermativo: Cass., Sez. II, 19 marzo 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 1362; in senso contrario: Cass., Sez. II, 20 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1991, 549) dei suoi limiti applicativi rispetto alla figura del reato continuato [da un lato, si ritiene necessario il risarcimento integrale con riferimento a tutti i fatti oggetto della continuazione (v. Cass., Sez. II, 23 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1506); dall'altro non sono mancate opinioni contrarie, secondo cui il risarcimento deve limitarsi al solo fatto di maggior gravità: cfr. Cass., Sez. II, 9 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 78)].

⁵¹ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 149.

⁵² AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, cit., 70.

virtuosi *post delictum*, esso offre al giudice un prezioso e più puntuale strumento di individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

7. (continua) *Il carattere meramente afflittivo delle sanzioni pecuniarie.* Tutto ciò verificato, la conclusione circa il carattere meramente afflittivo della sanzione pecuniaria 231 risulta inevitabile. Se è vero infatti che le sanzioni pecuniarie rappresentano una delle più emblematiche e sperimentate misure afflittive dell'era moderna, è altrettanto vero che nell'impianto fin qui esaminato non sembra potersi rinvenire passaggio o dato che smentisca una simile vocazione, e che impedisca dunque di ascrivere questo tipo di sanzione al paradigma punitivo evocato dai criteri Engel.

Il segnale più eloquente in tal senso è anzitutto il principio sopra richiamato, secondo cui, come lapidariamente disposto dall'art. 10 del Decreto, le sanzioni pecuniarie si applicano «sempre»; espressione questa che va intesa non solo nel senso che esse costituiscono la sanzione principale per l'illecito commesso, ma anche nel senso che si tratta di sanzioni indefettibili, posto che, come sopra sottolineato, una volta previste nella specifica misura edittale, da esse non si prescinde nemmeno in presenza di condotte riparative in grado addirittura di esentare l'ente da sanzioni interdittive previste per lo stesso fatto (cfr. il già richiamato art. 17 d.lgs. 231/2001, che per l'applicazione delle misure premiali in esso descritte fa comunque salva l'applicazione delle pene pecuniarie).

Ma il carattere meramente afflittivo di questa tipologia di sanzioni traspare anche da altri indici rivelatori: così ad es. il riferimento alle condizioni economico-patrimoniale dell'ente quale parametro di valutazione circa la "efficacia" della sanzione da infliggere, criterio anche qui mutuato dal diritto penale antropomorfo (l'art. 133-*bis* c.p.), dove con esso viene per l'appunto garantita l'effettività del sacrificio economico imposto all'autore dell'illecito e dunque la percezione di quel sacrificio come vero e proprio castigo; o ancora l'esclusione dell'istituto del pagamento in misura ridotta (art. 10, co. 4 d.lgs. 231/2001), i cui automatismi evidentemente mal si conciliano con la ricerca di una misura sanzionatoria che sia di volta in volta efficace nel senso appena descritto, e che viene pertanto escluso proprio in coerenza ed a rafforzamen-

to della reale afflittività della sanzione da infliggersi.

Siamo qui insomma di fronte ad un apparato che sembra riproporre, senza novità di rilievo, il tipico carattere punitivo-repressivo delle sanzioni pecuniarie, in particolare di quelle appartenenti al diritto penale criminale; e in questo senso appare giocoforza concludere che nell'affrontare la nuova sfida politico-criminale posta dalla responsabilità da reato delle persone giuridiche, il legislatore italiano ha comunque, anzitutto, fatto ricorso ad uno strumento afflittivo fra i più tradizionali e consolidati.

8. *Le sanzioni interdittive.* Collocate, nell'elenco dell'art. 9 d.lgs. 231/2001 in posizione immediatamente successiva alla sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive sono state mutate dal legislatore del 2001 dall'esperienza interna e comunitaria⁵³, oltre che da quella di singoli ordinamenti, soprattutto europei⁵⁴. In quanto, per l'appunto, interdittive, esse condividono l'effetto di privare l'ente di un diritto o di una capacità funzionale, inibendone così, in tutto o in parte, le attività; la qual cosa conferisce loro una indiscutibile, marcata onerosità (ancor più rilevante nei casi in cui esse vengano a cumularsi con una sanzione pecuniaria), e ne rende necessaria, per evidenti ragioni di proporzione, la specifica espressa previsione da parte della norma incriminatrice (cfr. art. 13 d.lgs. 231/2001). Proprio per questa loro accentuata, intrinseca capacità di far male, alle sanzioni interdittive viene da sempre attribuita una particolare efficacia deterrente, che sul piano politico-criminale induce per così dire "a preferirle" alle sanzioni pecuniarie⁵⁵: il rischio dell'utilizzo della

⁵³ Alcune delle misure interdittive previste dal d.lgs. 231/2001 erano infatti già presenti nell'ambito interno e comunitario quali sanzioni amministrative *stricto sensu* "settoriali", cioè comminabili alle persone giuridiche in settori oggetto a loro volta di specifica regolamentazione: così ad es. il divieto di contrattare con la PA, che era già stato introdotto col d.l. 29 ottobre 1999, n. 454 con riferimento ad alcune violazioni commesse da enti gestori di pubbliche fognature; o ancora l'esclusione da agevolazioni e/o finanziamenti pubblici, che già nel 1989 la CEE, con un apposito Regolamento (n. 714), aveva introdotto per il caso di inosservanza di disposizioni in materia di produzione di carni bovine.

⁵⁴ Esempio in tal senso è rappresentato dalla vasta gamma di sanzioni interdittive predisposta dal diritto francese, su cui, in particolare, si veda GUERRINI, *La responsabilità personale delle «personnes morales» nel nuovo Codice penale francese*, in *St. sen.*, 1993, 405 ss.

⁵⁵ Per una più approfondita trattazione del tema, si vedano anche PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 4, 1042 ss; MANNA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 4, 919 ss.

sanzione pecuniaria, infatti, sta nella possibilità, da parte dell'ente, di considerare l'eventuale sanzione come un costo sostenuto per conseguire un determinato guadagno, con la possibilità quindi, soprattutto per società di maggiori dimensioni, di parametrare *ex ante* la propria condotta illecita all'eventuale sanzione pecuniaria che sarà irrogata a seguito della condanna, in modo da conseguire comunque un profitto al netto del "costo" sostenuto per il pagamento della sanzione⁵⁶. L'efficacia delle sanzioni interdittive, invece, risiede nell'idoneità ad incidere non sul patrimonio, bensì sull'attività (dunque, se si tratta di società commerciale, sul profitto) per cui l'ente è stato costituito e che rappresenta la ragione stessa della sua esistenza⁵⁷; ed è anche per questo che esse non si prestano a facili valutazioni preventive in termini di impatto sulla realtà operativa e funzionale del soggetto che ne viene colpito. Per le stesse ragioni, alle sanzioni interdittive viene peraltro attribuita particolare capacità inibitoria rispetto ad un abuso della delega di funzioni, meccanismo in grado come noto di scaricare verso il basso la responsabilità dei soggetti apicali e di creare, generalmente fra i sottoposti, un procuratore alla sanzione.

Nell'attuale formulazione del d.lgs. 231/2001, le singole misure corrispondono a quelle elencate inizialmente dalla legge delega (art. 11, co. 1 lett. l), sia pure con la mancata trasposizione della sanzione, prevista alla lettera a) di quell'elenco, della chiusura dello stabilimento o sede commerciale⁵⁸; una misura, quest'ultima, che è tuttavia prevista dall'art. 517-*bis* c.p. per alcune ipotesi aggravate di delitti contro l'economia pubblica ed il commercio, anch'essi reati-presupposto per la responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25-*bis*.1 d.lgs.

⁵⁶ Secondo BRICOLA, *Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 657, «la pena pecuniaria, per quanto elevata [...] viene scontata tra i costi [...] e smaltita con maggior facilità rispetto a misure che si ripercuoterebbero per contro, sull'organizzazione e dimensione dell'impresa».

⁵⁷ In tal senso DE VERO, *Il sistema sanzionatorio*, cit. 173.

⁵⁸ L'elenco contenuto nell'art. 9 d.lgs. 231/2001, ricordiamolo, ricomprende le seguenti sanzioni: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere prestazioni essenziali di pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi (quest'ultima risulta essere una grande novità in quanto focalizza l'espressione dell'attività di un'impresa nella capacità di pubblicizzarsi, attribuendo un valore centrale non solo all'attività effettivamente svolta, ma all'aspetto di marketing che vi è dietro). Quanto Sanzione questa che peraltro - giova ricordarlo - era già ed è tutt'ora prevista dall'art. 517-*bis* c.p. in caso di condanna per alcuni delitti contro l'industria e il commercio).

231/2001, e che dunque (con una asimmetria rispetto alle altre sanzioni interdittive che possono colpire l'ente che non manca a dire il vero di destare qualche perplessità) risulta alla fine, se pur limitatamente a questo settore, addirittura applicabile anche in mancanza dei presupposti del d.lgs. 231/2001 per l'imputazione del fatto all'ente.

Quanto alla disciplina, meritevoli di richiamo sono due qui due aspetti particolarmente interessanti ai nostri fini.

Il primo è rappresentato dal fatto che esse hanno di norma carattere *temporaneo* (da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni: art. 13, co. 2), carattere che però per alcune (interdizione dell'attività, divieto di contrattare con la P.A. e divieto di pubblicizzare beni o servizi) può diventare definitivo o in presenza di ipotesi di "reiterazione" (è l'espressione con cui il d.lgs. 231/2001 traduce il concetto di recidiva: cfr. art. 20 d.lgs. 231/2001), qualificate a loro volta da specifici indici di entità del profitto realizzato e dal numero-frequenza di condanne già riportate (cfr. l'art. 16, commi 1 e 2), ovvero (ma per la sola l'interdizione dell'attività) là dove risulti che l'ente o una sua unità organizzativa viene «stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati» ricompresi nel catalogo dei reati-presupposto per la responsabilità ex d.lgs. 231/2001.

Il secondo (e senz'altro ancor più interessante) aspetto consiste invece nel fatto che, in coerenza con la notevole capacità di pregiudizio per la vita dell'ente che esse possiedono, la loro applicazione (lungi dall'essere, come le sanzioni pecuniarie, indefettibilmente connessa all'accertamento della responsabilità) è soggetta a criteri di *frammentarietà* e - come dire - "di cautela". Questo, di certo, è ciò che si evince con riferimento all'*az*: oltre, infatti, a dover essere di volta in volta espressamente previste, e oltre a rappresentare addirittura un possibile oggetto di "scambio" nell'ipotesi - assai conosciuta nella prassi giudiziaria - di ravvedimento operoso dell'art. 17 d.lgs. 231/2001⁵⁹, le sanzioni

⁵⁹ La disposizione distingue, come noto, due meccanismi di ravvedimento operoso che possono portare alla non applicazione di una delle misure interdittive (entrambi, comunque, da realizzarsi prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado). Il primo, a carattere generale, è che l'ente (a) abbia proceduto all'integrale risarcimento del danno e all'eliminazione del pericolo (o si sia comunque attivato in tal senso); (b) abbia eliminato le carenze organizzative determinanti il reato attraverso l'adozione di un modello organizzativo idoneo prevenire reati della stessa specie; (c) abbia infine messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca. Il secondo, riservato invece ai soli casi in cui la

interdittive sono comunque riservate dal legislatore a casi particolarmente gravi, in cui l'illecito commesso, più che di una episodica negligenza organizzativa, appare essere frutto di una vera e propria politica d'impresa, improntata a sua volta ad una radicata "acquiescenza" al rischio da reato; fermo restando in ogni caso, che, anche col ricorrere di tale presupposto, ad esse non può comunque farsi ricorso là dove ricorra una delle attenuanti di lieve entità dell'interesse o vantaggio perseguiti o del danno cagionato contemplate, come si è visto, dall'art. 12, co. 1 per le sanzioni pecuniarie. Ma un chiaro segnale di "cautela" da parte del legislatore nel ricorrere a queste sanzioni può evincersi rispetto ad alcune disposizioni che, ad integrazione dei criteri generali contenuti nell'art. 11 del Decreto, pongono particolari vincoli o al contrario concedono specifiche prerogative alla discrezionalità del giudice nella determinazione del *quid* e del *quantum* della sanzione interdittiva da irrogare: così l'art. 14, co. 1, che limita l'oggetto della sanzione «alla specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente» e dunque al solo ramo in relazione al quale l'attività dell'ente desta un particolare allarme sociale; o il comma 2 dello stesso art. 14, che consente al giudice di limitare il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione a singoli contratti o comparti amministrativi; o - ancora nell'art. 14, questa volta al quarto comma - il precetto che impone di limitare la sanzione dell'interdizione dall'attività - senza dubbio la più "devastante" per l'ente - ai soli casi in cui «l'applicazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata»⁶⁰. Tutte disposizioni, queste, che, com'è agevole dedurre, nel circoscrivere in modo così minuzioso e puntuale i presupposti legitti-

misura abbia a pregiudicare strutture o attività dichiarati di interesse strategico nazionale ai sensi del della L. 24 dicembre 2012, n. 231, in cui l'attivazione richiesta all'ente per il conseguimento del "premio" della non applicazione della misura è limitato alla sola adozione del suddetto modello organizzativo "idoneo", peraltro dallo stesso art. 17 presunto come tale in presenza di alcuni indici di natura socio-economica. Si tratta di una disciplina che riveste notevole importanza ai fini di una precisa caratterizzazione in termini teleologici dell'apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 e su cui, per questo, avremo modo di tornare a tempo debito. Per un primo approccio critico sui meccanismi appena descritti si v. comunque fra gli altri LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 156.

⁶⁰ Ad una logica di ultima ratio possono a nostro sommo avviso vedersi allineati anche i casi di definitività delle sanzioni interdittive previsti, come si è detto, dall'art. 16 del d.lgs. 231/2001: sono ipotesi nelle quali l'ente o risulta istituzionalmente costituito allo scopo di commettere reati o, in quanto gravemente recidivo, ha dimostrato una spiccata tendenza all'insensibilità verso le sanzioni interdittive, per cui non si vede altro modo di limitare tale tendenza a commettere illeciti, se non quello di interdirlo definitivamente dall'attività.

manti il ricorso alle sanzioni interdittive, ne restringono l'ambito di applicabilità ad un numero di casi rigorosamente selezionato; e la cui presenza induce a ritenere che, all'atto della redazione del d.lgs. 231/2001, sulle suggestioni di natura generalpreventiva che esse come si è visto sono in grado di suscitare, abbiano alla fine prevalso la preoccupazione per i costi economico-sociali che un'applicazione troppo generalizzata potrebbe comportare e la conseguente volontà di circoscriverle entro margini di stretta necessità ed ineluttabilità.

9. (segue) *L'istituto del commissariamento giudiziale.* A fornire ulteriore - e decisiva - riprova di simili preoccupazioni (e dunque delle ragioni alla base dei caratteri di frammentarietà ed *extrema ratio* appena segnalati) è l'istituto del commissariamento giudiziale, previsto dall'art. 15 d.lgs. 231/2001; una misura definibile a tutti gli effetti come sostitutiva di sanzioni interdittive⁶¹ che comportano l'interruzione dell'attività dell'ente, ed a cui il Decreto consente di far ricorso, in luogo della sanzione stessa e per un tempo pari alla sua durata, là dove si accerti che detta interruzione pregiudicherebbe gravemente un servizio pubblico, ovvero avrebbe pesanti ricadute sul piano occupazionale, o ancora coinvolgerebbe strutture gestrici di *asset* economico-produttivi c.d. strategici per l'interesse nazionale⁶². Si tratta senza dubbio di una misura che tiene conto della tradizionale obiezione, da sempre sollevata a sostegno del brocardo *societas puniri non potest*, secondo cui, essendo la persona giuridica (*rectius*, l'ente) null'altro che l'estrema sintesi concettuale di una comunità di persone con ruoli e responsabilità differenziati, la sanzione a lei diretta finirebbe in realtà col colpire indistintamente coloro che ne fanno parte, *ivi* compresi coloro i quali con la materiale commissione del reato nulla hanno a che vedere; un'obiezione che, evidentemente, il legislatore italiano non ha accolto nella sua interezza, ma di cui, nel consentire il ricorso ad una misura sostitutiva in grado a sua volta di attutire l'impatto socio-economico di sanzioni pregiudizievoli anche per interessi di natura generale (e più in generale nel

⁶¹ In questo senso la prevalente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., Sez. VI, 28 giugno 2022, n. 40563, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 28 settembre 2011, n. 431083, in *Dejure*.

⁶² L'art. 15 comma 1 lett. c) del Decreto fa qui specifico riferimento agli stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale ai sensi dell'art. 1 d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito con modificazioni, dalla L. 24 dicembre 2012, n. 231.

conferire, come si è visto, carattere di *extrema ratio* all'intero comparto delle sanzioni interdittive), dimostra senz'altro di aver tenuto conto. Certo - potrebbe osservarsi- anche le sanzioni pecuniarie possono in alcuni casi avere delle ricadute sul piano sociale ed economico: il loro pagamento potrebbe "impoverire" l'ente al punto da rendergli particolarmente difficile la prosecuzione dell'attività e ad indurlo ad es. a ridurre i costi per il personale o quelli necessari a mantenere la qualità di un servizio pubblico datogli in gestione. Va da sé, tuttavia, che una cosa sono le possibili, infinite e perciò imprevedibili conseguenze derivanti dall'inflizione di una misura punitiva, altro è ciò che, in base ad una regola d'esperienza, può ragionevolmente prevedersi e calcolarsi nel quadro del rapporto costi-benefici direttamente collegati all'inflizione di quella misura; e da questo punto di vista, a noi pare indubitabile che la scelta di circoscrivere alle sole sanzioni interdittive il ricorso a misure sostitutive di contenimento dei possibili costi sociali della responsabilità dell'ente sia fornita di una solida base razionale.

Quanto agli aspetti più strettamente operativi, la misura del commissariamento sembra aver ripreso alcuni dei caratteri propri di uno strumento previsto dal sistema di responsabilità da reato dell'ente negli Stati Uniti d'America, vale a dire l'istituto della *corporate probation*, col quale l'ente in stato di messa alla prova, viene al contempo sottoposto ad un controllo giudiziale ed obbligato all'assolvimento di alcuni obblighi, aventi o meno carattere patrimoniale.⁶³ Preso atto che la sanzione (una qualsiasi sanzione interdittiva), per quanto formalmente limitata nel contenuto (ad es. divieto di accedere solo ad una certa tipologia di finanziamento o di contratto pubblico, sospensione di un'autorizzazione riguardante solo un passaggio della catena produttiva etc.), finirebbe in realtà col bloccare, anche in via solo temporanea, l'intera attività dell'ente, e verificato il ricorrere di una delle situazioni che secondo l'art. 15, co. 1 d.lgs. 231/2001 renderebbero quel blocco pregiudizievole per gli interessi della collettività, il giudice «dispone» (così declinato, il verbo lascia intendere che col ricorrere di questi presupposti il provvedimento è obbligatorio) la prosecuzione dell'attività dell'ente così come la nomina di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che si sarebbe do-

⁶³ Argomento approfondito già dal classico SLAPPER-TOMBS, *Corporate crime*, London, 1999, 210.

vuta applicare⁶⁴; ed è poi lo stesso il giudice a dover specificare con la sentenza quale sia l'ambito di operatività che spetta al commissario, al fine di consentirgli di adottare le misure necessarie per eliminare i difetti organizzativi e predisporre i modelli di controllo idonei per prevenire i reati simili a quello che si è verificato (art. 15, co. 3).

Viene così imposto all'ente un percorso, il cui dominio rimane saldamente nelle mani dell'autorità giudiziaria, sia nella persona del giudice che ha emesso la condanna (al quale il commissario sarà obbligato a richiedere l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione: così ancora art. 15, co. 3)⁶⁵, che in quella del giudice dell'esecuzione, cui spetta il potere di nomina del commissario (art. 79, co. 1) e al quale il commissario è obbligato a relazionare periodicamente (ogni tre mesi) circa l'andamento della gestione e le modalità con cui sono stati attuati i modelli organizzativi, così come l'entità del profitto da sottoporre a confisca (art. 79, co. 2; relazione questa che con la stessa tempistica va inviata anche al pubblico ministero).

Un aspetto che merita di essere sottolineato è il riapparire, nella disciplina del commissariamento, dei modelli organizzativi *ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, sulla cui assenza, inidoneità o inefficace attuazione, si basa come noto l'imputazione del reato all'ente. L'obbligo, per l'ente commissariato, di adottare ed efficacemente attuare un modello organizzativo c.d. rimediante rispetto alle carenze che hanno determinato il reato e con ciò idoneo a prevenirne il ripetersi, è infatti implicitamente imposto dalle disposizioni appena richiamate, le quali, come si è visto, pur non facendo espressamente riferimento a un tale obbligo, sembrano tuttavia presupporlo là dove indicano gli adempimenti di cui il commissario deve dar conto nell'ambito della sua gestione. L'estendersi al sistema sanzionatorio del ruolo dei modelli organizzativi è fe-

⁶⁴ Secondo una parte della dottrina (cfr. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, cit., 74), il pregiudizio per l'occupazione cui fa riferimento la lettera *b*) dell'art. 15 comma 1 potrebbe arrivare a ricomprendere anche eventuali crisi occupazionali di società connesse (nel senso di dipendenza economica: ad es. un fornitore che vive esclusivamente o quasi delle prestazioni in favore dell'ente da sanzionare). Per quanto la lettera dell'art. 15 sembrerebbe in effetti spingere verso questa interpretazione (l'articolo fa infatti riferimento alle "ripercussioni" sull'occupazione in ragione anche delle "condizioni economiche del territorio" in cui l'ente è situato), non risultano tuttavia a chi scrive, almeno al momento, decisioni giudiziali in questo senso.

⁶⁵ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 162.

nomeno che già da tempo ha attirato le attenzioni della dottrina⁶⁶; e vedremo più avanti come esso rappresenti un importante punto di riferimento anche ai fini di questa trattazione.⁶⁷

10. (segue) *Le misure avverso l'inosservanza delle sanzioni interdittive e la preminenza delle sanzioni ad effetto ablatorio.* Un'ultima considerazione sulle sanzioni interdittive merita il meccanismo di tutela dell'effettività delle stesse, incentrato su di una risposta a carattere repressivo verso chi (persona fisica ed ente a cui interesse o vantaggio la prima abbia agito) dimostri insensibilità verso le sanzioni già irrogate e vigenti. Il primo comma dell'art. 23 d.lgs. 231/2001 prevede a tal fine, uno specifico reato-presupposto (la trasgressione agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure, punita con detenzione da sei mesi a tre anni), per la cui commissione (sempre che ovviamente ricorrano i presupposti per l'imputazione ai sensi degli artt. 5-7 d.lgs. 231/2001) l'ente interessato si troverà a rispondere con una sanzione pecuniaria e confisca del relativo profitto. Questo articolo (efficacemente definito come «*sub specie* della necessaria coazione psicologica che ne deriva per coloro che devono rispettare le diverse sanzioni interdittive imposte dal giudice, in sede di condanna o anche in via cautelare nel corso del processo») ⁶⁸ svolge una funzione di chiusura del sottosistema sanzioni interdittive recuperando a tal fine sanzione pecuniaria e confisca, le quali finiscono così a loro volta (in coerenza col carattere di vere e proprie sanzioni generali loro assegnate dal

⁶⁶ MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., 84 ss.; TORRE, *“La capacità di pena”*, cit., 86 ss.

⁶⁷ Nonostante la previsione di questo istituto sia sicuramente coerente ed opportuna, nella pratica il suo ruolo rischia di essere sminuito dall'impossibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione in (almeno parziale) autonomia e dalla vincolatività delle disposizioni indicate nella sentenza: ciò potrebbe portare ad una gestione non abbastanza rapida rispetto a quella che oggi viene richiesta alla *governance* delle società di maggiori dimensioni (perché probabilmente solo a queste si rivolgerà l'applicazione pratica dell'istituto), con conseguente fallimento degli obiettivi preposti alla nomina del commissario. Per questo, secondo una parte della dottrina, il ruolo del commissario giudiziale potrebbe essere rivalutato, potendo diventare un tramite tra l'ente e il giudice nell'adozione di un idoneo *compliance program*, al fine di superare le incertezze circa la valutazione del nuovo modello di prevenzione adottato per usufruire della “inapplicazione” delle sanzioni interdittive ex art. 17 v. MASUCCI, *Le sanzioni per l'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 407 ss., secondo il quale una tale, nuova disciplina potrebbe prendere spunto dalla figura dei c.d. *mandatory compliance monitors* emersa di recente nell'esperienza statunitense proprio nell'ambito di programmi di monitoraggio dei *compliance programs* di imprese sotto vigilanza.

⁶⁸ AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, cit., 77.

d.lgs. 231/2001), con l'assumere, anche da questo punto di vista, un ruolo di oggettiva preminenza nel quadro delle sanzioni previste dal Decreto.

11. (segue) *Il carattere meramente (o comunque prevalentemente) afflittivo-punitivo delle sanzioni interdittive.* Se questi, pur in estrema sintesi, sono i fondamentali su cui si reggono le sanzioni interdittive del d.lgs. 231/2001, altro non sembra anche qui potersi intravedere che un impianto sanzionatorio di natura (quanto meno) prevalentemente punitivo-afflittiva. Vero è che queste sanzioni, grazie al loro contenuto inibitorio, producono anche una temporanea neutralizzazione dell'ente, sia essa totale (l'interdizione dall'esercizio dell'attività) o parziale (la sospensione o la revoca di atti autorizzatori funzionali alla commissione dell'illecito), così determinando un effetto impeditivo-cautelare rispetto ad un paventabile rischio sociale, rappresentato a sua volta proprio dalla possibilità per l'ente responsabile di continuare ad operare nel settore in cui è maturato il reato; al punto che l'art. 14 del Decreto, nell'indicare i criteri di scelta della sanzione interdittiva da applicare al caso concreto, impone al giudice di tener conto «della idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso». È altrettanto vero però che una temporanea neutralizzazione del reo è effetto collaterale anche di sanzioni indiscutibilmente punitive (esempio paradigmatico, nel diritto penale antropomorfo, la stessa pena detentiva)⁶⁹; e che la “idoneità a prevenire” cui fa riferimento il suddetto art. 14 deve poi in realtà fare conti con una disciplina che, lungi dall'essere strutturalmente predisposta ad arginare un pericolo sociale o alla chirurgica rimozione di una patologia criminogena manifestatasi nel reato, pare in realtà per lo più governata da un intento monitorio e castigativo rispetto all'offesa realizzatasi col reato e agevolata dalla colpevole disorganizzazione dell'ente⁷⁰. Il dato emerge da un'attenta riflessione su presupposti applicativi e contenuto di queste sanzioni, così come sopra riassunti: da un

⁶⁹ PALIERO, *Il sogno di Clitemestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 447 ss.; EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero “Il mercato della premialità”*, in *Studi Paliero*, cit., 389 ss.

⁷⁰ FIORELLA, *Dogmatica e responsabilità ex crimine della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 3-4, 649 ss.; FIORELLA, *Criteri d'imputazione della responsabilità amministrativa da reato all'ente* (Intervento presentato al convegno Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche tenutosi a Roma nel 26-28 giugno 2006).

lato, esse sono circoscritte ai soli casi in cui alcuni indizi, tassativamente elencati come si è visto dall'art. 13, co. 1 del Decreto, rimandano ad un più generale atteggiamento di sostanziale accettazione del rischio-reato da parte dell'ente, e dunque ad una tendenziale, maggiore pericolosità sociale di quest'ultimo; dall'altro, all'atto della pronuncia del giudice (e tolta l'ipotesi del sostituto del ricorso al commissariamento giudiziale, dove come si è detto, viene se pur implicitamente imposta l'adozione di un modello organizzativo rimediale e che però, si ricorderà, ha carattere del tutto eccezionale), all'effetto afflittivo prodotto con l'inibizione (contrattare con la P.A., giovare di un certo provvedimento autorizzatorio, svolgere un certo ramo di attività etc.) non si affianca alcuno specifico rimedio per evitare che, una volta decorsi i termini (peraltro, perentoriamente mai superiori ai due anni) di (parziale o totale) interdizione, quella tendenza torni a concretizzarsi in altre, analoghe o addirittura più gravi forme di colpa d'organizzazione; così che la "idoneità preventiva" della sanzione di volta in volta da applicarsi ai sensi del suddetto art. 14 su altro non pare potersi qui calibrare che sulla capacità di "ammonire" l'ente e di fungere così da reale monito rispetto a possibili ricadute nel reato. Il tutto, con un ulteriore, decisivo corollario: e cioè che all'irrogazione di una sanzione interdittiva non potrà comunque procedersi là dove, pur ricorrendone i presupposti (ad es. la reiterazione degli illeciti), il fatto a cui essa dovrebbe applicarsi è a sua volta caratterizzato da minima compartecipazione dell'ente collettivo o da esiguità del danno cagionato (è il principio, come si ricorderà, sancito dall'art. 13, co. 3 del d.lgs. 231/2001).

Vero è che un interesse del legislatore per un recupero alla legalità dell'ente qualificabile come socialmente pericoloso nei termini anzidetti, sembra emergere dal su ricordato meccanismo premiale dell'art. 17 del Decreto, in virtù del quale all'applicazione di una sanzione interdittiva può rinunciarsi a condizione che l'ente, fra le altre cose, si adoperi per eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato attraverso l'adozione e attuazione di modelli organizzativi c.d. rimediali. Si tratta tuttavia, com'è evidente, di un "interesse" che non si riflette in alcun modo sui contenuti afflittivi della sanzione, la quale anzi, proprio perché oggetto di scambio con un percorso (*lato sensu*) riabilitativo, si conferma qui come solo ed esclusivamente puniti-

va: nel caso dell'art. 17 d.lgs. 231/2001 l'ordinamento utilizza l'effetto deterrente delle sanzioni interdittive per indurre l'ente colpevole ad eliminare le condizioni che lo rendono strumentalizzabile a fini criminali; il che è tanto utile per una lettura in chiave teleologica del sistema sanzionatorio 231 quanto apprezzabile (e anzi suscettibile di ulteriori sviluppi) sul piano politico-criminale, ma nulla cambia rispetto al contenuto e agli effetti tipici di quelle sanzioni, le quali, fuori dal contesto applicativo dell'art. 17 d.lgs. 231/2001, altro effetto non producono se non l'afflizione della temporanea inibizione di diritti e/o prerogative.

Per quanto insomma circoscritta a casi di patologica colpa d'organizzazione, la temporanea neutralizzazione dell'ente, propria delle sanzioni interdittive, più che i caratteri di una cura, mostra i contenuti tipici di un castigo, proporzionato a sua volta all'entità dell'offesa e al grado di coinvolgimento soggettivo (sotto forma qui di cointeressenza con l'autore persona fisica) nella commissione del reato. Che poi, in una prospettiva *lato sensu* teleologica, la minaccia di un simile castigo possa a sua volta vedersi indirizzata a funzioni anche diverse e/o ulteriori dalla più tradizionale funzione deterrente, è cosa che appartiene evidentemente ad un altro universo concettuale (quello per l'appunto dei fini e dell'utilizzo in chiave politico-criminale della sanzione), su cui ci soffermeremo nei prossimi capitoli. Ciò di cui allo stato della nostra indagine può a questo punto prendersi atto è che, come le pene pecuniarie, anche le sanzioni interdittive del d.lgs. 231/2001 hanno un contenuto meramente afflittivo mostrano e sono dunque vere e proprie pene, nel senso precisato dai parametri Engel.

12. *La pubblicazione della sentenza e la confisca.* L'istituto della pubblicazione della sentenza di condanna ha avuto origine nell'ordinamento statunitense⁷¹, dove è stato peraltro oggetto di particolare attenzione per quelle che, secondo alcuni settori della dottrina di *common law*, sono o potrebbero essere le sue potenzialità sul piano special-preventivo: si è rilevato in particolare come sarebbe di prioritario interesse, per l'ente che ha subito la sanzione, reintegrare la propria immagine verso il pubblico attraverso una condotta di stret-

⁷¹ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 166.

ta osservanza della legge⁷².

Si tratta di una prospettiva senza dubbio di grande interesse. Tuttavia, come appena anticipato, un'analisi sul piano teleologico è ciò che ci proponiamo di fare nel prossimo capitolo, ed è dunque in quella sede che avremo modo di riprendere la tematica della eventuale finalizzazione di questo istituto all'uno e/o all'altro scopo della pena. In questa sede, in coerenza con gli scopi assegnati a questo capitolo, non si può che prendere atto, del contenuto - a noi pare - indubitabilmente punitivo che caratterizza anche questa misura. Già prevista come pena accessoria dall'art 36 c.p., nonché, come sanzione amministrativa, dall'art. 7 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 in materia alimentare, la pubblicazione della sentenza di condanna, non sembra, nel d.lgs. 231/2001, presentare elementi di novità tali da "riqualificarla" in senso diverso da quello meramente afflittivo tradizionalmente assegnatole nel nostro ordinamento⁷³. Essa viene dall'art. 18 associata alle sanzioni interdittive, all'inflizione delle quali *può* eventualmente sommarsi quale misura accessoria; e ciò senza che detto articolo, una volta fatto rinvio all'art. 36 c.p. per ciò che riguarda le modalità esecutive (sede di pubblicazione, durata, costi etc.), indichi a sua volta un qualche, specifico elemento tale da conferire all'effetto infamante che la pubblicazione della sentenza di condanna produce un carattere diverso da quello di un castigo aggiuntivo a quello già inflitto con la sanzione interdittiva. Lo stesso potere discrezionale circa l'*an* dell'inflizione della misura non risulta sottoposto ad autonomi criteri-limite, finendo così col confluire sotto gli stessi criteri previsti per le sanzioni interdittive⁷⁴; e ciò autorizza a concludere nel senso che la pubblicazione della sentenza di condanna altro non rappresenta che un'afflizione supplementare a quella inflitta con la san-

⁷² WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993, 37.

⁷³ Né sembra potersi ipotizzare una sua assimilazione alla pubblicazione della sentenza di condanna ex art. 186 c.p., che come noto è una sanzione civile a carattere compensativo cui fare ricorso «qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per ripagare il danno non patrimoniale cagionato dal reato» [su questa distinzione, con i fondamentali riferimenti giurisprudenziali, per tutti DI MARTINO, *Pene accessorie*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale - Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di De Francesco, Torino 2011, 144. Nella sua "agile" formulazione, l'art. 18 d.lgs. 231/2001 non fa infatti in alcun modo riferimento (come invece, per l'appunto, fa l'art. 186 c.p.) ad esigenze o finalità di tipo risarcitorio, limitandosi a prevedere la sanzione ed a rinviare alla norma (l'art. 36) che nel Codice penale disciplina la pubblicazione come pena accessoria, così implicitamente assimilandola a quest'ultima.

⁷⁴ AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, cit., 76.

zione interdittiva, ed a cui si fa ricorso là dove, in base a quegli stessi criteri, il fatto appaia di tale gravità e rilevanza da meritare un particolare rigore punitivo.

Quanto invece alla confisca-istituto, come noto, da diversi anni al centro del dibattito penalistico, non possiamo qui che muovere dalla consistente mole di contributi dottrinali⁷⁵ e di pronunce della giurisprudenza di legittimità⁷⁶ che, negli ultimi anni, hanno accompagnato l'accavallarsi (anche grazie all'impulso delle fonti sovranazionali e comunitarie)⁷⁷ delle diverse confische oramai operanti nel nostro come in altri ordinamenti⁷⁸; contributi e pronunce che hanno a più riprese sottolineato il carattere oramai "polivalente" e perciò in non pochi casi manifestamente punitivo che questa misura ha oramai assunto nelle sue molteplici configurazioni normative⁷⁹.

⁷⁵ Limitandoci qui (nell'oramai sterminato panorama di lavori dedicati a questa misura e ai suoi plurimi contesti applicativi) ai contributi di maggior rilievo, FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, *passim*; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, sopr. 390 ss.; ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 504 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, sopr. 443 ss. Per una ricostruzione aggiornata del dibattito sulla natura giuridica della confisca si v. inoltre PIERDONATI, *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente*, Milano, 2020, 99 ss.

⁷⁶ Per una sintesi aggiornata rinviamo qui all'ampia disamina di PULITANÒ, *Diritto penale cit.*, 485 ss.

⁷⁷ Accurate ricostruzioni sul punto in DAMATO-DE PASQUALE-PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, 275 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi*, cit., 79 ss.

⁷⁸ In quanto ritenuto uno strumento particolarmente efficace di contrasto della criminalità organizzata e di quella economica, l'istituto della confisca ha acquisito un ruolo centrale anche in sistemi penali diversi da quello italiano: ampi riferimenti comparatistici in MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di Maugeri, Milano, 2008, 1 ss. Per più specifiche comparazioni fra singoli sistemi, BERNASCONI, *Confisca, criminalità organizzata e riciclaggio secondo il diritto svizzero*, in *in Le sanzioni patrimoniali*, cit., 483 ss.; WILFERT, *Die Beweissituation im Recht der selbständigen Einziehung in Deutschland und England*, Baden Baden, 2022, *passim*; SERAFIN, *Vermögensabschöpfung - zwischen Effektivität und Rechtsstaatlichkeit: ein deutsch-polnischer Rechtsvergleich*, Freiburg, 2020, *passim*; TRINCHERA, *Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 164 ss.

⁷⁹ MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 720. Oramai la definizione della confisca quale istituto "polivalente", "proteiforme" o similia, è premessa o conclusione di pressochè ogni approfondimento sulla natura giuridica di questo istituto (cfr. fra gli altri ALESSANDRI, *Confisca e imprese: spunti e problemi*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, cit., 1074; TORRE, *La "capacità di pena"*, cit., 122; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1261; e rappresenta a tutt'oggi un insuperato criterio di valutazione anche secondo la giuri-

Il d.lgs. 231/2001 richiama due diverse ipotesi di confisca. La prima è quella dell'art. 6, co. 5 d.lgs. 231/2001, dove la misura è prevista quale conseguenza di un reato non causato da colpa d'organizzazione ma pur sempre commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente; figura questa che, non potendo evidentemente qualificarsi come una sanzione o addirittura una punizione (se non a costo di dover ammettere un'inammissibile forma di responsabilità per fatto altrui)⁸⁰, viene inquadrata come una misura di tipo perequativo, finalizzata in particolare alla «compensazione dell'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto i cui effetti (...) sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure inconsapevolmente) un profitto geneticamente illecito»⁸¹.

sprudenza di legittimità (significative in tal senso Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Dejure*, e ancor prima Corte cost. 25 maggio 1961, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it* e ancor prima, che in motivazione riconoscono le diverse funzioni, preventiva o punitiva, che la confisca può di volta in volta assumere). Si tratta peraltro di un'espressione oramai ricorrente e diffusa nella stessa manualistica, costretta anch'essa a prendere atto dell'impossibilità di mantenere un rapporto regola-eccezione fra la figura, a lungo paradigmatica e come tale trattata nella didattica del diritto penale, dell'art. 240 c.p. e le tante ipotesi di confisca (si v. per tutti l'accurato elenco in PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 482 ss.), via via accavallatesi nel nostro ordinamento, fra codice e leggi complementari (in questo senso ad es. FIORELLA, *Le strutture*, cit., 639 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, Torino, 2021, 550; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁹, Bologna, 2023, 834; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova, 2020, 653 ss.). Che la confisca, al netto della collocazione codicistica fra le misure di sicurezza, rappresentasse in realtà una misura funzionalmente assai versatile era noto anche alla più autorevole dottrina formatasi in epoca precedente al recente espandersi della misura: così ad es., con la solita incisività, VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, vol. I, 1661.

⁸⁰ In questo senso PISANI, *La confisca del profitto del reato tributario tratto dall'ente: dalla prevenzione alla riparazione*, in *Rivista 231*, 2021, 79 ss.

⁸¹ Così in un significativo passaggio Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Dejure*; e ancora Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Dejure*, che pur non avendo ad oggetto la confisca dell'art. 6 comma 5 d.lgs. 231/2001, richiama tuttavia quest'ultima come paradigmatico esempio di confisca «di tipo ripristinatorio, tesa a sterilizzare le accumulazioni di origine illecita». La riconducibilità di questa tipologia di confisca al «ceppo» di quella sanzionatoria prevista dagli artt. 9 e 19 d.lgs. 231/2001 viene in queste pronunce esclusa in ragione del fatto che l'art. 53 comma 1 d.lgs. 231/2001, nell'individuare le cose assoggettabili a sequestro a fini di confisca fa riferimento al solo art. 19 del Decreto, lasciando così intendere una netta separazione fra i due istituti (più problematico, tuttavia, sulla separabilità di questi due istituti ALESSANDRI, *Confisca e imprese: spunti e problemi, La pena ancora*, cit., 1077). Per un diverso inquadramento di questa tipologia di confisca si v. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 430 (secondo cui, anche se in modo del tutto peculiare, anche questa confisca manterrebbe carattere sanzionatorio) nonché DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 96 (la quale ritiene che la misura conservi qui comunque la funzione di neutralizzazione del rischio del profitto da reato).

La seconda ipotesi di confisca – assai più rilevante ai nostri fini – è quella che l’art. 9 espressamente qualifica come sanzione e che trova la sua disciplina di riferimento nell’art. 19 dello stesso Decreto. Ebbene, a noi pare che sia proprio quest’ultima a prestarsi ad una lettura ancora una volta in chiave punitivo-afflittiva: le due varianti, descritte dall’art. 19, della confisca c.d. di proprietà (qui riferita al prezzo, ovvero al profitto non solo del reato ma anche della prosecuzione dell’attività dell’ente che sia stato commissariato)⁸², e della confisca c.d. di valore o per equivalente (quest’ultima da applicarsi là dove non sia possibile applicare la prima)⁸³, presentano infatti proprio i caratteri che oramai da tempo inducono la dottrina (e, come accennato, la stessa giurisprudenza costituzionale)⁸⁴ a conferire a queste due tipologie di ablazione patrimoniale un carattere punitivo e non preventivo⁸⁵: la confisca di proprietà, perché indefettibile e svincolata da qualsiasi verifica di pericolosità reale o personale (quest’ultima nel senso di predisposizione al rischio-reato da parte dell’ente)⁸⁶; la confisca di valore, perché allo stesso modo estranea a qualsiasi prognosi di pericolosità e, in aggiunta, priva di un vincolo di pertinenzialità con lo stesso illecito determinante la condanna dell’ente⁸⁷.

⁸² Per alcuni rilievi problematici sulla seconda ipotesi si v. ALESSANDRI, *Confisca e imprese*, cit., 1077.

⁸³ Sulla definizione dei concetti di “prezzo” e “profitto” nell’art. 22 d.lgs. 231/2001. Un problema particolarmente sentito nella prassi è stato ed è quello dell’esatta quantificazione del profitto confiscabile, da sempre oscillante fra una concezione “aziendalistica”, cioè limitata al solo utile effettivo e non al risparmio di spesa (questione particolarmente pressante rispetto ai delitti-presupposto derivanti dalla violazione di regole anti-infortunistiche) o all’intero ricavo, ed una concezione più ampia, tendente ad inglobare (in armonia -si dice- col riferimento alle nozioni di interesse o vantaggio conseguiti su cui si radica la responsabilità dell’ente) l’insieme delle utilità in qualche modo pertinenti al reato: per un quadro generale, con ampi approfondimenti critici, ALESSANDRI, *Confisca e imprese*, cit., 1078 ss., nonché LANZI, *La confisca (art. 19)*, in *Diritto penale dell’economia*, cit., 2744 ss.

⁸⁴ Ci riferiamo qui alla sentenza della Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196 che nel qualificare come punitiva e non preventiva la confisca dell’art. 186 del codice della strada, ha fra le altre cose fatto riferimento proprio al carattere obbligatorio ed indefettibile della stessa.

⁸⁵ Per un quadro generale NOTARO, *Le singole misure di sicurezza, in Le conseguenze sanzionatorie del reato*, cit. 525.

⁸⁶ ALESSANDRI, *Confisca e imprese*, cit., 1089; FONDAROLI, *Le ipotesi*, cit., 25 ss. Secondo un’opinione formatasi fin dai primi commenti all’art. 240 c.p., è proprio l’obbligatorietà dell’ablazione delle cose che “costituiscono il prezzo del reato” (espressione, come si è accennato, fatta propria dal c.p. del 1930 e ora riprodotta nell’art. 19 d.lgs. 231/2001) a conferire alla confisca un carattere punitivo anziché preventivo: cfr. l’ampio dibattito descritto, peraltro con decisi rilievi critici proprio su questo punto, da MASSA, *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. VIII, 980 ss. In tempi più recenti GRASSO, *Art. 240*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit. 522 ss.

⁸⁷ TORRE, *La “capacità di pena”*, cit., 122. Per un’ampia disamina, anche giurisprudenziale, degli orientamenti – assolutamente dominanti – secondo cui a marcare la natura punitiva della confisca per equiva-

Vero è che, in alternativa a questa lettura, ad oggi prevalente, se ne affiancano almeno altre due: la prima, ispirata da quanto affermato negli stessi lavori preparatori al codice penale del 1930, è quella secondo cui, anche con simili requisiti, la misura manterrebbe comunque una funzione preventiva, se pur in un senso tutto peculiare, cioè quale misura atta ad eliminare non tanto una possibile, potenzialità di danno insita nella *res* confiscata, quanto l'idea e l'attrattiva del reato per il colpevole⁸⁸; la seconda è invece quella secondo cui, là dove prevista come conseguenza obbligatoria e per equivalente di una condanna, la confisca-sanzione - analogamente a quanto abbiamo effettivamente visto essere per la confisca dell'art. 6, co. 5 d.lgs. 231/2001 - assolverebbe ad una funzione compensativa o di riequilibrio economico, assimilabile a quella svolta in campo civilistico dall'istituto del c.d. ingiusto arricchimento⁸⁹.

Si tratta tuttavia, a nostro sommo avviso, di impostazioni che, se pur per ragioni diverse, non appaiono convincenti. Quanto alla prima, può osservarsi che la "perdita di attrattività" del reato è anche lo scopo comunemente definito come "dissuasivo" o di "deterrenza" della minaccia penale; e che quindi, se l'effetto "preventivo" da ricollegarsi alla confisca è lo stesso della pena, non è dato allora comprendere in che cosa essa possa contenutisticamente e funzionalmente distinguersi da quest'ultima. Quanto invece all'altra - e senz'altro più stimolante - impostazione (la confisca quale istituto a carattere compensativo), essa, se pur in parte supportata dalla presenza, nel d.lgs. 231/2001, del su citato art. 6, co. 5, non sembra poi però potersi conciliare col sistema sanzionatorio 231 complessivamente considerato: da un lato, infatti, assimilare la confisca-sanzione dell'art. 19 a quella dell'art. 6, co. 5, finirebbe col fare della disposizione dell'art. 19 un inutile doppione di quanto già disposto proprio dall'art. 6, co. 5⁹⁰; dall'altro, una funzione compensativa della confisca-

lente sarebbe soprattutto la mancanza di pertinenzialità con la *res* confiscata PIERDONATI, *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente*, Milano, 2020, 116 ss.

⁸⁸ Così FORNARI, *Confisca (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1251; MASSA, *Confisca*, cit., 985 ss. In senso parzialmente conforme PULITANO, *Diritto penale*, cit., 483.

⁸⁹ MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., 131, secondo la quale in questi casi il ruolo della confisca sarebbe quello di consentire all'ordinamento «di sottrarre quanto il reo non ha diritto a detenere non essendo il reato un legittimo acquisto di beni».

⁹⁰ La cui formulazione «è comunque disposta la confisca [...]» è infatti così ampia da ricomprendere agevolmente sia i casi di condanna sia quelli di esenzione da pena dell'ente.

sanzione risulta comunque difficilmente conciliabile con misure quale ad es. la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività a cui, come si è accennato, viene sottoposto l'ente condannato e commissariato ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 231/2001: misura questa che, in quanto avente ad oggetto un profitto lecito e addirittura maturato sotto direzione giudiziale, lungi dal potersi ricondurre ad una pretesa funzione riparatoria da ingiusto arricchimento, altro non può rappresentare a sua volta che un castigo, qui minacciato con l'evidente intento di evitare che la possibilità di un commissariamento *soft* induca l'ente a relativizzare i costi di una condanna e di rendere così ulteriormente "sconveniente" la commissione di un reato.

In realtà, l'unico modo per dare coerenza ad un così complesso ed articolato insieme normativo, non può a nostro sommo avviso che essere quello di mantenere una visione separata delle confische del d.lgs. 231/2001, riconoscendo per l'appunto nella confisca-sanzione degli artt. 9 e 19 (anche nella versione prevista per l'ente commissariato) tutti i tratti tipici di un provvedimento ablativo con funzione punitiva, e solo in quella dell'art. 6, co. 5 le caratteristiche di una funzione invece compensativa⁹¹. In questo senso, a noi pare che contenuto e modalità applicative della confisca-sanzione tradiscano in modo evidente un'idea di ablazione del profitto quale mezzo orientato assai più alla deterrenza che alla neutralizzazione dei rischi di re-investimento in attività criminose; nella supposizione, da parte del legislatore, che di fronte ad un "essere economico" quale l'ente, la minaccia di un illecito fonte, diretta o indiretta, di profitto sia in grado di ottenere un effetto dissuasivo particolarmente forte⁹².

Oltre che, a noi pare, coerente con il dato normativo e con la poliedricità che, come si è detto, viene oggi pressoché universalmente riconosciuta alla confisca, una simile impostazione è probabilmente anche in grado di cogliere in modo assai più realistico l'essenza politico-criminale di questo istituto; al quale, in materia responsabilità delle persone giuridiche e più in generale di con-

⁹¹ Prospetta invece la possibilità che anche la confisca *ex art. 6, co. 5* possa ascrivere ad un paradigma punitivo ALESSANDRI, *Confisca e imprese*, cit., 1077.

⁹² In questa chiave, si v. le assai penetranti considerazioni di PALAZZO, *Bene giuridico e tipo di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, 228: «è chiaro che una sanzione commisurata al profitto [...] si presenta dotata di rilevante efficacia dissuasiva».

trasto al crimine economico, viene oramai (non senza eccessi) manifestamente riconosciuta una particolare efficacia dissuasiva e general-preventiva che induce a sua volta i legislatori ad esaltarne gli aspetti punitivi inserendola nel novero delle misure afflittive che si abbattono sulla sfera giuridica del reo in conseguenza della condanna⁹³.

La valutazione circa l'importo della confisca per equivalente deve tener conto della sola entità del prezzo o del profitto, in quanto aumentare l'importo in virtù della gravità del fatto o del grado di responsabilità dell'ente comporterebbe una duplicazione della risposta sanzionatoria, dando rilievo a criteri già considerati nella valutazione sulla sanzione pecuniaria.

La confisca per equivalente assume, inoltre, un'apprezzabile dimensione pratica, in quanto consente di apprendere il prezzo o il profitto in realtà, come quella societaria, in cui la corretta individuazione del bene potrebbe risultare particolarmente difficoltosa vista la complessità organizzativa di determinati enti o la possibilità per questi di occultare o di cedere il bene nel normale svolgimento della propria attività.

Ai fini dell'individuazione del profitto, la Corte di Cassazione è recentemente intervenuta per specificare che esso è identificabile «con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto» e che può essere determinato «anche sulla base di dati notori precisi, desunti da analisi statistiche e corroborati da specifiche norme di riferimento»⁹⁴. Si esclude invece che per profitto possa intendersi il corrispettivo di una prestazione lecita nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito, per cui il profitto dovrà essere determinato al netto dell'effettiva utilità conseguita dal danneggiato.

Per quanto riguarda la confisca per equivalente, l'ammontare deve essere determinato dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale

⁹³ Con particolare riferimento alla legislazione italiana e alle fonti comunitarie si v. l'ampio quadro delineato da MAUGERI, *Confisca (diritto penale)*, in *Enc Dir. Annali*, Milano, 2015, vol. VIII, 185 ss.

⁹⁴ Cass., Sez. II, 6 novembre 2019, n. 50710 in *Dejure*. Nel caso specifico si trattava di una fattispecie di corruzione nel settore dei lavori pubblici, dove la Corte ha ritenuto corretta la quantificazione del profitto nell'importo del 10% dell'appalto, trattandosi dell'utile medio ricavato dalle analisi statistiche sulle imprese operanti nel medesimo settore, dato confermato dalla presenza dell'art. 122 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, all'epoca vigente, che individuava la medesima percentuale da riconoscere alle imprese in caso di recesso da parte della stazione appaltante.

dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente⁹⁵.

13. *Annotazione conclusiva.* Già riconosciuta, dunque, dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie attraverso l'analisi dei criteri fondanti l'imputazione di responsabilità, la natura penale dell'apparato sanzionatorio previsto dal d.lgs. 231/2001 riceve ulteriore (e, oseremmo dire, ancor più robusta) conferma da una rigorosa analisi condotta alla stregua dei c.d. criteri Engel: a prescindere dalle definizioni formali, le sanzioni elencate dall'art. 9 del Decreto mostrano un effetto ed un contenuto meramente afflittivi; e ciò perché, per quanto assai articolate nella loro disciplina, esse sembrano risolversi, come si è visto, sempre e comunque in ablazioni e/o restrizioni che, più che orientate alla rimozione di una patologia criminogena manifestatasi nel reato, paiono assai più ispirarsi a un intento monitorio e castigativo rispetto all'offesa realizzatasi col reato e agevolata dalla colpevole disorganizzazione dell'ente.

Il dato, oltre a probabilmente mettere la parola fine alla *querelle*, mai interamente sopita, circa la natura (amministrativa o penale) della responsabilità 231, a noi pare assai significativo sotto almeno due aspetti.

Il primo è quello di una ulteriore conferma della intuizione dogmatica sottesa alla sentenza Engel e poi in vario modo ripresa, oltre che da posizioni dottrinali più articolate e/o generali, dalla nostra stessa giurisprudenza costituzionale e di legittimità: il carattere o, se si preferisce, la natura, penale di una sanzione risiede non solo nella qualifica in tal senso formalmente attribuitale dal legislatore, ma può svelarsi anche nel contenuto *sostanzialmente punitivo* che quella sanzione, comunque denominata, presenta alla luce della disciplina di

⁹⁵ Secondo parte della dottrina, in commento a questa sentenza, bisognerebbe attribuire alla confisca solo l'espansione propria per conseguire un fine ripristinatorio con apprensione del profitto illecito al patrimonio dello stato, completandosi poi il sistema di tutela del danneggiato con la disciplina delle restituzioni e del risarcimento del danno. Ciò consentirebbe di evitare un eccessivo aggravio sanzionatorio e la violazione del *ne bis in idem* sostanziale, direzione già intrapresa con la pronuncia delle S.U. in esame ma non ancora sufficiente per una piena tutela dell'ente: cfr. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 4, 1758.

riferimento. In questo senso, il d.lgs. 231/2001 dimostra come il tema della responsabilità da reato delle persone giuridiche, nato e sviluppatosi in dottrina come una questione tutta interna al potere di punire, abbia mantenuto questa caratterizzazione al di là di ogni possibile qualificazione letterale.

Il secondo aspetto riguarda il rapporto fra le sanzioni per l'ente ed i principi propri del diritto penale. Proprio perché sostanzialmente punitivo e dunque incentrato su vere e proprie pene, il sistema sanzionatorio 231 va comunque (cioè anche qui a dispetto delle definizioni formali del tipo di responsabilità) approcciato e studiato alla luce delle categorie politico-ideologiche fondanti il diritto penale liberale, a cominciare da quelle solitamente ascritte al capitolo dei c.d. fini della pena: nella tradizione illuministico-liberale, infatti, la ricerca delle diverse, possibili ragioni legittimanti il ricorso alla sanzione penale (ad oggi schematicamente compendiabili, come noto, nelle teorie della retribuzione, della prevenzione generale e della prevenzione speciale) è motivata anch'essa (al pari di altri principi-limite riguardanti il reato e l'imputazione del fatto) da esigenze di garanzia del singolo da un uso dispotico e arbitrario del castigo di fonte statale; e non vi è dunque a questo punto alcuna ragione per ritenere che, là dove una diversa definizione nasconda in realtà una vera e propria pena, una simile esigenza non abbia ragione di manifestarsi, e anzi proprio in ragione dell'ambiguità della lettera della legge, riproporsi con particolare forza.

Preso atto insomma del carattere (meramente o prevalentemente) afflittivo delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001 (carattere a questo punto, a noi pare, comprovato oltre ogni ragionevole dubbio), il passo successivo consiste nel verificare quale sia il senso politico-criminale della sofferenza inflitta all'ente attraverso l'applicazione di quelle sanzioni; cosa questa che comporta inevitabilmente un confronto con le costruzioni teoriche a tutt'oggi ricorrenti sul punto, sì pensate ed elaborate nell'ambito del diritto penale antropomorfo ma che, proprio per la *ratio* di garanzia dal dispotismo penale che le ispira e che vale evidentemente anche per le persone giuridiche, appaiono comunque un ineludibile punto di riferimento anche in questa materia.