

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscicato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

Marco Colacurci

L'illecito “riparato” dell'ente

Uno studio sulle funzioni della *compliance* penalistica
nel d.lgs. n. 231/2001



Giappichelli

RINGRAZIAMENTI

Il primo debito di gratitudine che ho contratto nella scrittura di questo libro è verso il Professore Stefano Manacorda, che mi ha indirizzato, ormai qualche anno fa, al tema, e ha poi seguito pazientemente gli sviluppi del lavoro. A lui sono grato, più di ogni altra cosa, per aver provato a insegnarmi un metodo con cui affrontare il lavoro di ricerca, fatto di rigore e curiosità.

Nel corso di questi anni ho avuto la fortuna di prendere parte a progetti di ricerca nazionali e internazionali incentrati su temi vicini a quello della presente indagine, per me formidabili occasioni di crescita e confronto. Per questo motivo, sono particolarmente grato alla *Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*. Allo stesso modo, ringrazio il Professore Adán Nieto Martín, per avermi coinvolto in diverse iniziative dell'*Universidad de Castilla-La Mancha*.

Sono riconoscente alla *Queen Mary University* di Londra e al *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht* di Friburgo per i soggiorni di ricerca, momenti fondamentali nello sviluppo del libro.

Un ringraziamento va al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", per avermi permesso di portare avanti il mio lavoro, e in particolare ai docenti di diritto penale, al personale bibliotecario e tecnico-amministrativo, e a tutti i colleghi e amici della cattedra di diritto penale incontrati nel corso degli anni. Per i momenti di riflessione e confronto, e per le immediate e puntualissime riletture delle svariate versioni del libro, un ringraziamento speciale va al Dottor Mario Iannuzziello.

Infine, ringrazio la mia famiglia, ormai esperta, suo malgrado, di *compliance* penalistica.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La preminenza della dinamica riparatoria della *compliance* su quella, classica, di imputazione del reato all'ente nel Decreto 231. – 2. La *compliance* riparatoria al vaglio del principio costituzionale di colpevolezza (dell'ente). – 3. Il metodo: un approccio comparatistico “verticale” e finalizzato alla formulazione di proposte di riforma. – 4. Il piano dell'indagine.

1. *La preminenza della dinamica riparatoria della compliance su quella, classica, di imputazione del reato all'ente nel Decreto 231*

Il presente lavoro vuole focalizzare l'attenzione sulla dimensione riparatoria della *compliance* nel contesto del sistema disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001. Si ritiene, infatti, che la previsione di una serie di premi associati a condotte *post factum* dell'ente attribuisca al momento sanzionatorio una particolare capacità personalizzante, valorizzando la componente riparatoria e al contempo ridimensionando il ruolo di quella imputativa, legata cioè all'ascrizione del reato presupposto all'ente. Ne risulta un sistema di responsabilità costantemente rivolto alla *compliance*, ancorché tardiva, e in cui la punizione, almeno nelle forme più severe, è relegata a ipotesi residuale.

Inquadrate da una simile angolazione, il Decreto 231 sembra così dare attuazione a quel delitto riparato¹ attraverso cui si am-

¹ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, 574 ss., dove l'A. pone in luce come l'impianto disciplinato dal Decreto 231 sembri appunto dare attuazione in modo prototipico all'ideale del delitto riparato per come definito in diversi altri lavori quali: ID.,

bisce a produrre «una riconversione epistemologica del diritto penale in un apparato completamente rimodellato sulla pena post-riparatoria»².

Lo sforzo ricostruttivo che s'intende intraprendere in questa sede si colloca lungo il sentiero autorevolmente tracciato in letteratura. Il cambio – se non il vero e proprio ribaltamento – di prospettiva che discende dall'eleggere a oggetto principale d'indagine la dimensione riparatoria della *compliance* spinge a guardare con lenti in parte nuove al sistema predisposto dal Decreto 231, sollecitando una parziale rilettura delle modalità con cui allo stesso è data attuazione.

Come noto, nell'introdurre nel nostro ordinamento un sistema di responsabilità da reato degli enti, il legislatore delegato ha eletto a fondamento del nuovo congegno normativo la *compliance* d'impresa: pur disciplinato in modo alquanto minimalista, il modello di organizzazione, epigone del *compliance program* statunitense, gioca un ruolo centrale nell'ascrizione all'ente del reato presupposto. Quest'ultimo non dovrà soltanto essere realizzato da una persona fisica capace di agire in nome e per conto dell'ente, ma dovrà, altresì, caratterizzarsi per un *quid pluris*, attinente alla non corretta organizzazione interna nella prevenzione del tipo di reato verificatosi.

Una simile scelta è diretta, evidentemente, a connotare anche la responsabilità d'impresa in senso personalistico, rifuggendo, almeno all'apparenza, da modelli ascrivibili di stampo oggettivistico. Dalla *compliance* si può inferire, infatti, la personalità dell'ente, quantomeno in relazione all'attitudine organizzativa di quest'ultimo nel conformarsi alla legge.

In tal modo, il modello organizzativo è lo strumento prescelto per disinnescare l'impatto già dirompente della disciplina che per la prima volta riconosce una responsabilità da reato dei soggetti

Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 236 ss.; ID., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020, 1 ss.

²Così definisce la propria proposta M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017, 15.

collettivi, consentendo di configurare una colpevolezza dell'ente apparentemente rispettosa dell'art. 27 Cost.³.

Alla qualificazione della responsabilità dell'ente in senso am-

³ Sin da subito dopo l'entrata in vigore del Decreto 231, la dottrina si è divisa sulla tipologia di responsabilità ascrivibile all'ente, nonostante negli ultimi tempi sembri registrarsi un certo consenso per l'opzione penalistica. Una questione che, lungi dall'aver una rilevanza puramente accademica, ha significative conseguenze sia in ordine all'applicabilità nei confronti degli enti collettivi delle garanzie costituzionali previste in ambito penale (sostanziale e processuale) sia in riferimento alla configurabilità della costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti e, più ampiamente, in tema di cooperazione giudiziaria: così G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio* *societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 941 ss. In particolare, le ragioni a sostegno della natura penalistica della responsabilità si rinvergono nella generale ambizione del sistema normativo in questione a modellarsi secondo gli stilemi penalistici, in particolare imponendo il rispetto, seppur all'interno di una legge ordinaria, del principio di legalità e dei suoi corollari, nonché del principio di colpevolezza, unitamente alla dipendenza della responsabilità amministrativa dell'ente dal verificarsi di un (fatto di) reato, alla conoscenza dei fatti devoluta al giudice penale, al carattere punitivo delle sanzioni applicabili. A favore dell'opzione amministrativistica, oltre al criterio nominalistico, vi sarebbero alcune significative deviazioni rispetto al processo penale degli individui, *in primis* in relazione al potere di archiviazione, detenuto direttamente dal pubblico ministero, cui si accompagna la durata quinquennale della prescrizione, nonché la disciplina sulle vicende modificative degli enti, ispirata a logiche prettamente civilistiche. Segnalava già le criticità insite nella scelta legislativa di qualificare come amministrativa la responsabilità dell'ente V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 879 ss. Per una ricognizione degli argomenti a favore ora dell'opzione penalistica ora di quella amministrativistica, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, 12 ss., nonché A. MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2018, spec. 106 ss. In giurisprudenza si propende, notoriamente, per la soluzione compromissoria del *tertium genus*, che richiede in ogni caso che siano rispettate le tradizionali garanzie penalistiche nei confronti degli enti: v. sin da ora Sez. Un., sent. n. 38343 del 18 settembre 2014, *Thyssenkrupp*, in www.giurisprudenzapenale.com. Tale sentenza, come vedremo ampiamente *infra*, cap. V, par. 4, funge da spartiacque nella prassi applicativa del Decreto 231: con riguardo alla natura della responsabilità dell'ente, essa si conforma alla posizione sostenuta nella Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001, disponibile in www.aodv231.it, secondo la quale si tratta, appunto, «di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia» (par. 2).

ministrativistico non è corrisposta la rinuncia a configurare un sistema rispettoso delle tradizionali protezioni accordate in ambito penale⁴. Sul modello organizzativo è ricaduto il compito di fondare il rimprovero all'ente da cui desumere la colpevolezza nell'ottica dell'imputazione del reato.

Una raffinata elaborazione teorica fa dunque da sfondo alla "importazione" di un modello normativo di matrice notoriamente statunitense, in relazione all'adempimento di obblighi di fonte sovranazionale che richiedevano all'Italia di prevedere forme di responsabilità diretta da reato degli enti⁵ e rendevano ineludibile il confronto con la perdurante validità o meno del dogma *societas delinquere non potest*, una questione che ciclicamente agitava il dibattito penalistico interno⁶.

Se già da tempo si era autorevolmente evidenziato come non vi

⁴V., ad es., A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061: «Tra i profili caratterizzanti la recente introduzione nell'ordinamento della responsabilità penale dell'ente collettivo derivante da reato, si pone, indubbiamente, la ricerca di un tendenziale contemperamento tra esigenze di prevenzione ed esigenze di garanzia. Nelle intenzioni del legislatore, l'obiettivo prioritario di "minimizzare" il rischio-reato all'interno delle organizzazioni complesse doveva, infatti, essere perseguito mediante il necessario adeguamento dei criteri di imputazione al principio di personalità della responsabilità penale, in termini di addebito di colpevolezza».

⁵In particolare, tra le fonti sovranazionali richiamate dalla legge delega n. 300/2000 si rinvencono la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997, nonché il secondo Protocollo della Convenzione sulla Protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 19 giugno 1997; se la prima imponeva agli Stati contraenti di assumere «*misure necessarie conformemente ai propri principi giuridici a stabilire la responsabilità delle persone morali*» per i reati di corruzione ivi previsti, il secondo stabiliva che «*ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili*» per i fatti di frode, corruzione e riciclaggio previsti dalla Convenzione Pif. Sottolinea il ruolo giocato dal secondo Protocollo alla Convenzione Pif nell'ispirare la disciplina interna, C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1353 ss.

⁶Parla di un interesse ciclico per la questione nel dibattito dottrinale interno A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984, 12. Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali precedenti all'entrata in vigore del Decreto 231, tra i tanti cfr. M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, Padova, 2014, 861 ss.

fossero sbarramenti ontologici alla possibilità di concepire un'azione riferibile anche a un soggetto collettivo, sgomberando il campo da pregiudiziali fondate sulla presunta "umanità" del diritto penale⁷, maggiori resistenze incontrava (e incontra tuttora) l'idea che il principio costituzionale di colpevolezza possa trovare attuazione anche in relazione agli enti, tanto nella sua dimensione ristretta di divieto di responsabilità per fatto altrui quanto in quella allargata di responsabilità personale colpevole⁸.

La scelta compiuta dal legislatore italiano appare coerente con quelle elaborazioni teoriche volte a costruire un concetto autonomo di colpevolezza dell'ente distinto dal corrispettivo soggettivo della persona fisica⁹. Al fine di evitare le "secche" di meccanismi imputativi di stampo meramente oggettivista, si è concepito un sistema fondato sull'attività di auto-organizzazione dell'im-

⁷ Lo rilevava già G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, 175 ss.; successivamente, nello stesso senso, ID., "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.

⁸ Sviscera analiticamente le preclusioni d'ordine dogmatico e costituzionale al superamento del *societas delinquere non potest*, ricorrendo in particolar modo agli argomenti sviluppato nell'ambito dottrinale tedesco, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS edizioni, Pisa, 2012, 117 ss. Come noto, precedentemente all'introduzione del Decreto 231 vi era stato chi aveva valorizzato la soluzione organicista, ritenendo che il rapporto di immedesimazione tra individuo e organizzazione consentisse di imputare a quest'ultima se non altro il fatto oggettivo, così permettendo l'applicazione nei confronti del soggetto collettivo pericoloso di misure di sicurezza: è questa, notoriamente, la posizione di F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss. Simile soluzione era già stata proposta al Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale del 1922 a Bucarest, i cui atti sono pubblicati in *Rev. intl. dr. pen.*, 1929, come riportato, ad es., da K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 619. Ricorrendo al medesimo criterio, secondo altri, si sarebbe potuto, altresì, rinvenire in capo all'ente l'elemento soggettivo del reato. La possibilità di una responsabilità penale della *societas* era tuttavia esclusa poiché si riteneva che, in questo caso, la pena non potesse esercitare alcuna funzione rieducativa, in ragione dell'assenza di una personalità "collettiva" su cui incidere: così, ad es., A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, cit., spec. 39 ss.

⁹ Per un'ampia ricostruzione, al contempo storica e comparatistica, dei modelli ascrittivi della responsabilità da reato agli enti v. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

presa in funzione di prevenzione del rischio-reato, da concretizzare nel modello organizzativo¹⁰.

Il paradigma innovativo della *compliance* è stato così utilizzato per perseguire finalità conservative e rassicuratrici circa il rispetto delle garanzie penalistiche anche nei confronti delle persone giuridiche, giocando un ruolo centrale nella configurazione, pratica e dogmatica, dell'illecito dell'ente.

Nella sua declinazione interna, la *compliance* è stata dunque concepita per svolgere, prima di tutto, una funzione imputativa. La capacità di dare conto dell'attitudine organizzativa dell'ente nella prevenzione del reato renderebbe la responsabilità di quest'ultimo "personale", giacché l'illecito sarebbe il frutto di una disorganizzazione interna e, talvolta, di una precisa politica aziendale. In questo modo, l'ente risponderrebbe per un fatto proprio, distinguibile dal reato presupposto da cui pure dipende la responsabilità. Da questa prospettiva, sarebbe rispettato almeno il disposto del co. 1 dell'art. 27 Cost.¹¹.

Con riguardo, invece, al co. 3 dell'art. 27 Cost., in letteratura si è sostenuta con ricchezza argomentativa l'incompatibilità tra il principio del finalismo rieducativo della pena e un sistema di responsabilità da reato degli enti, anche qualora questo sia fondato sul paradigma della *compliance*. La mutevolezza dell'attività d'impresa, ossia la costante capacità di rinnovarsi nel personale e nelle unità produttive, reciderebbe l'identità tra l'autore dell'illecito e il destinatario della sanzione, impedendo a quest'ultima di esplicare la propria funzione rieducativa.

Inoltre, la natura intrinsecamente eticizzante del rimprovero penale presupporrebbe la sussistenza di componenti psicologiche idonee a farne comprendere le ragioni da parte del suo destinatario, un elemento assente in caso di entità collettive. Piuttosto, si è

¹⁰Cfr. Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001, cit., par. 3.3: «Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al versarsi in re illecite), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei compliance programs da tempo funzionante negli Stati Uniti».

¹¹*Ibidem*.

osservato come l'apertura all'applicazione di sanzioni penali anche nei confronti di tali soggetti rischi di "annacquare" la portata di un principio che storicamente non trova una completa attuazione nel nostro ordinamento già nei confronti delle persone fisiche¹².

A siffatte ricostruzioni sembrano contrapporsi quelle che, muovendo dalla constatazione circa la capacità della *compliance* di incidere in maniera particolarmente precisa all'interno della struttura aziendale, osservano come questa consenta un esercizio del potere punitivo nei confronti dell'ente oltremodo "personalizzato"¹³. Da una simile prospettiva, la possibilità di imporre, o quantomeno sollecitare, una variegata attività *post delictum* – capace, tra le altre cose, di modificare gli assetti organizzativi interni – renderebbe la sanzione dell'ente ancora più personale di quanto non accada nel campo della responsabilità individuale¹⁴.

¹² Queste posizioni sono state sostenute, in particolare, da A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, cit., 57 ss., poi ribadite in ID., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 207 ss., nonché da M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1031 ss., il quale sostiene che «l'inevitabile impronta etica che il diritto penale ha sempre posseduto nelle intese normative anche costituzionali porta a riconoscere che nel nostro ordinamento la personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. si radica, prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presuppone, identificabili solo in capo a persone fisiche» (1036). Accomuna tali posizioni, rinvenendo in esse, in ultima istanza, la condivisa preoccupazione a che una responsabilità penale delle persone giuridiche conduca surrettiziamente verso illegittime forme di responsabilità collettiva, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 27. Sulla (in)applicabilità dell'art. 27 co. 3 Cost. alle persone giuridiche, cfr. anche G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 48 ss. Invece, sulle perduranti difficoltà ad assicurare il rispetto del principio di colpevolezza all'interno del nostro ordinamento, anche a seguito delle note sentenze della Corte Costituzionale del 1988, v. di recente D. PULITANÒ, *Il principio di personalità della responsabilità penale*, in A.M. STILE-S. MANACORDA-V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Esi, Napoli, 2015, 291 ss.

¹³ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit. 574 ss.; v. anche ID., *La personalità della responsabilità, tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss.

¹⁴ In termini concordi, V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex*

In tal modo, si darebbe sostanza a un vero e proprio scopo rieducativo della pena dell'ente, qualora inteso nel senso "laico" di stimolare il reingresso dell'attore economico nel mondo degli affari¹⁵. La corretta riorganizzazione interna dell'ente incolpato o condannato assumerebbe le forme di una "rieducazione", identificandosi con il processo di ristrutturazione dell'organizzazione aziendale in senso conforme alla legge¹⁶.

L'estrema personalizzazione del rimprovero consentita dalla *compliance* verrebbe a bilanciare la rinuncia all'accertamento della colpevolezza dell'ente. Secondo la ricostruzione teorica a cui si fa qui riferimento, infatti, il reato presupposto sarebbe imputato all'ente sulla base dei (soli) criteri oggettivi, e la valutazione del modello organizzativo assumerebbe rilievo non già ai fini del giudizio sulla sussistenza o meno della colpevolezza dell'ente, ma nella commisurazione della sanzione¹⁷.

d.lgs. 231/2001 tra diritto e processo, Giappichelli, Torino, 2021, 633: «Si tratta di un micro-sistema illuminato dalla ratio di incoraggiare condotte virtuose post delictum, capaci di recuperare il deficit organizzativo dell'ente all'origine del suo coinvolgimento nel reato e che, dunque, si prospetta come antagonista alla più tradizionale logica fondata sull'archetipo della esclusione/neutralizzazione del soggetto colpevole».

¹⁵ V. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistemici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003, spec. 22, dove si osserva come il sistema dettato dal Decreto 231 sia in grado di conseguire i fini di rieducazione della pena nel momento in cui si abbandoni un approccio eticizzante per abbracciarne uno razionalistico-pragmatico.

¹⁶ Ritengono che il sistema delineato dal Decreto 231 rispetti la funzione rieducativa della pena, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 517 ss. Gli Aa., in particolare, esaltano il *favor riparandi* del decreto, evidenziando come «il virtuoso comportamento dell'ente è il reale obiettivo delle sanzioni comminate: vero "perno" attorno a cui ruota l'intera relativa disciplina sanzionatoria, rappresentando il fattore di "equilibrio" del sistema di recupero alla normalità dell'attività collettiva, così permettendo di escludere conseguenze punitive esorbitanti» (521). In senso concorde, da ultimo, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. 47 ss.

¹⁷ M. DONINI, *La personalità della responsabilità, tra tipicità e colpevolezza*, cit., 1623: «Si tratta di illeciti senza prova della colpevolezza in senso penalistico, ma con una responsabilità assai più personale di quella criminale». L'A. ritiene che all'ente non sarebbe applicabile il principio di colpevolezza, neppure nella versione ristretta di cui all'art. 27 co. 1 Cost., opzione percorribile soltanto a costo di sdoppiarne la

Si tratta, dunque, di uno scenario che sembra divergere in modo significativo da quelle teorizzazioni che rinvergono nella *compliance* il parametro di riferimento per valutare la condotta dell'ente e da cui far derivare o meno l'addebito di responsabilità. Se in quest'ultimo caso la *compliance* è colta in una dimensione per così dire statica, cristallizzata al momento in cui si è verificato il reato, nell'altro se ne valorizza, invece, la dimensione dinamica, comprensiva (anche) del comportamento successivo al verificarsi dell'illecito.

Il presente lavoro concentrerà l'attenzione su tale ultimo aspetto, nell'ottica di individuare le chiavi interpretative più adatte a leggere il sistema e avanzare proposte di riforma volte a ricondurlo a maggiore razionalità.

2. *La compliance riparatoria al vaglio del principio costituzionale di colpevolezza (dell'ente)*

La presa di consapevolezza della preminenza della dimensione riparatoria della *compliance* determina un disallineamento rispetto al principale – almeno all'apparenza – obiettivo perseguito dal legislatore delegato ossia costruire un sistema di responsabilità da reato degli enti rispettoso del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

A ben vedere, l'impianto normativo contenuto nel Decreto 231 si caratterizza per la compresenza di anime diverse, nel tentativo di combinare inedite ambizioni pragmatiche di prevenzione e riparazione dei reati d'impresa con il rispetto delle tradizionali garanzie penalistiche¹⁸. Ne risulta una marcata dualità, che a sua

semantica a livello concettuale, costituzionale, teorico e politico-criminale, in ciò rifacendosi a posizioni condivise da altri autorevoli Autori, quali, ad es., T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004, 13 ss., nonché G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 225 ss.

¹⁸ D'altro canto, è proprio la presenza di caratteristiche tipiche dei sistemi penali così come di quelli amministrativi a far propendere la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 per la qualificazione della responsabilità da

volta si riflette sul modello organizzativo e sull'intera *compliance*. Quest'ultima, concepita per fornire un parametro di riferimento nel giudizio sulla colpevolezza dell'ente, concorre, altresì, a comporre l'oggetto della prestazione riparatoria, da realizzare in assenza di un previo accertamento della responsabilità e dietro la promessa di premi conseguibili nel corso del processo a carico dell'ente.

Intraprendere una ricostruzione dell'impianto del Decreto 231 significa, allora, rilevare lo scarto che viene a insinuarsi tra pena minacciata e pena applicata, tra teoria dell'illecito (dell'ente) e prassi punitiva, tra ambizioni dogmatiche di compatibilità costituzionale del sistema di responsabilità e finalità preventive e riparatorie perseguite in concreto.

La circostanza per cui la *compliance* non sembra svolgere – almeno non nella maggioranza dei casi – quella funzione imputativa che sembrerebbe costituirne la *ratio essendi*, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, conduce a interrogarsi su come operi il meccanismo sanzionatorio nei confronti dell'ente alla luce della costante sollecitazione alla riparazione. In particolare, bisognerà approfondire le modalità di coinvolgimento dell'ente nella dinamica sanzionatoria, per verificare se questi possa compiere «*libere scelte d'azione*»¹⁹, così aderendo alla pretesa statutale in modo conforme al principio di personalità della responsabilità²⁰.

Non sembra, infatti, potersi sostenere *ictu oculi* un'illegittimità costituzionale delle norme relative all'ascrizione della responsabilità dell'ente per contrasto con l'art. 27, co. 1 e 3, Cost. né, tanto meno, un'illegittimità convenzionale in ragione del mancato ri-

reato degli enti collettivi quale «*tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*» (par. 1.1).

¹⁹ È la nota formula usata da Corte Cost., sent. n. 364/1988, in *www.giurocost.org*, par. 8.

²⁰ È quanto sostenuto, ad es., da G. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in *Legis. pen. web*, 2 settembre 2019, 10-11. In senso conforme, M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148 ss. Più ampiamente, *infra*, cap. I, par. 7, e cap. V, par. 10.

spetto del corredo garantistico previsto per la *matière pénale*²¹, nel cui perimetro applicativo la dottrina maggioritaria riconduce la responsabilità prevista dal Decreto 231²².

Senza dunque ricorrere all'argomento formalistico – per cui quella dell'ente sarebbe una responsabilità amministrativa che esula dal campo applicativo della garanzia costituzionale in questione²³ – deve infatti segnalarsi come il richiamo alla nozione convenzionale di materia penale non sia risolutivo, quantomeno rispetto al parametro della colpevolezza.

Nonostante la giurisprudenza della Corte Edu abbia nel tempo dilatato il raggio d'azione delle garanzie riconnesse a una siffatta nozione²⁴, questo rimane comunque più circoscritto rispetto a

²¹Sul concetto di materia penale, all'interno di una vastissima bibliografia, tra i lavori più recenti cfr. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giuffrè, Milano, 2018; M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2017; A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.

²²Così, ad es., C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Soc.*, 2014, 477: «anche a voler considerare 'amministrativa' la responsabilità 'ex 231', questa non può sfuggire alla griglia di garanzie consolidate, da almeno un trentennio, in Europa per la *matière pénale*». Analogamente, P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 76 ss. V. anche F. CONSULICH, *L'ente alla corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, 21 ss.; A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'"utile" al "giusto". Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Giappichelli, Torino, 2018, 77 ss.; FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, 103 ss. Accenni alla questione anche in F. VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012, nonché in L. FOFFANI, *Verso un modello amministrativo di illecito e sanzione d'impresa "iper-punitivo" e fungibile alla sanzione penale?*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 249 ss.

²³Sulle recenti tendenze anche giurisprudenziali a estendere il principio di colpevolezza alle sanzioni amministrative, FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 26 ss.

²⁴Si tratta, in particolare, del diritto a un processo equo (art. 6 della Convenzione Edu), del principio di legalità dei reati e delle pene (art. 7), del diritto di ricorso in materia penale e del divieto di *bis in idem* (artt. 2 e 4 Protocollo VII). Circa la progressiva estensione delle garanzie, il riferimento è, soprattutto, al riconoscimento dei principi di retroattività della *lex mitior* e (di un nucleo minimo) del principio di

quanto previsto dal nostro ordinamento costituzionale per la pena tradizionalmente intesa²⁵, specie con riguardo al principio di colpevolezza, ricostruito come noto a partire dal principio di legalità e configurato in una dimensione alquanto minimalista, nonché apparentemente suscettibile di compressioni, laddove giustificate, da parte degli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa²⁶.

colpevolezza, entrambi ricavati da un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 Cedu; per una sintesi efficace su questi temi, FR. MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, 236 ss.

²⁵ V. soprattutto quanto sancito da Corte Cost., sent. n. 49/2015, disponibile in www.giurcost.org. In dottrina, tra i tanti, cfr. D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318 ss. Con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. et al. c. Italia*, disponibile in www.penalecontemporaneo.it, spec. par. 233. Per una ricognizione del contenuto della sentenza, A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU*, Grande Camera, in materia urbanistica, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 8, 221 ss.; particolare attenzione alle statuizioni in merito alla responsabilità degli enti in T.E. EPIDENDIO, *La Grande Camera della Corte Edu sulla confisca senza condanna: 'oltre l'urbanistica la guerra tra le corti', l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, in *Giur. cost.*, 2018, 2154 ss.

²⁶ Sebbene la questione, a livello convenzionale, sia dapprima emersa con riferimento all'art. 6 Cedu, dunque in relazione al rispetto delle garanzie del giusto processo e in particolar modo della presunzione di non colpevolezza, a partire dal noto caso *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, serie A n. 141-A, in cui comunque la Corte aveva notoriamente stabilito che non è in contrasto con la Convenzione prevedere forme di responsabilità obiettiva, in merito, invece, all'ancoraggio del principio di colpevolezza all'art. 7 Cedu, il *leading case* è notoriamente rappresentato da Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. et al. c. Italia*, in www.osservatoriocedu.eu, con nota di FR. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss. Sebbene in questa pronuncia la Corte abbia individuato un nucleo minimo di colpevolezza da garantire a livello convenzionale, la successiva giurisprudenza sembra assegnare a tale principio una natura piuttosto circoscritta, giacché si riconosce la possibilità, per gli Stati nazionali, di prevedere deroghe alla sua piena applicazione: sul punto, v. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*. Più recentemente, la già citata sentenza *G.I.E.M.* sembra nuovamente statuire la necessità, per l'applicazione di una sanzione rientrante nella nozione di materia penale, dell'accertamento dell'elemento psicologico in capo all'autore del reato (cfr. par. 242). Nella vasta dottrina, cfr. D. PULITANÒ, *Il principio di personalità della responsabilità penale*, cit., 291 ss.

Di conseguenza, se, da un canto, permane l'esigenza di configurare lo statuto garantistico dell'ente a livello tanto sostanziale quanto processuale²⁷, dall'altro, la problematica inerente al rispetto del principio di colpevolezza imporrà di verificare come si atteggi in concreto il rapporto tra il mancato accertamento della responsabilità in relazione al reato presupposto e l'estrema personalizzazione della risposta sanzionatoria derivante dalla sollecitazione alla riparazione.

Ne risulta ribadita la necessità di concentrare l'attenzione sulla componente dinamica della *compliance* relativa al comportamento *post delictum* dell'ente. Al riguardo, si ritiene opportuno sottolineare, sin da ora, come già la scelta terminologica compiuta dal legislatore interno, che fa riferimento ai soli modelli organizzativi, abbia favorito letture statiche della *compliance*.

Quest'ultima viene identificata con la mera redazione di un modello cartaceo, da presentare all'occorrenza alle autorità di controllo, e con la nomina di un Organismo di Vigilanza, senza che si presti, invece, analoga attenzione alla natura di processo da sottoporre a costante valutazione e suscettibile di continuo miglioramento.

Una dimensione dinamica parzialmente obliterata nel dibattito scientifico, con un conseguente ridimensionamento dell'attenzione per la funzione riparatoria, da cui discende la necessità di focalizzare l'attenzione su quest'ultima.

3. *Il metodo: un approccio comparatistico "verticale" e finalizzato alla formulazione di proposte di riforma*

Avviare un'indagine sulle interconnessioni sussistenti tra *compliance* e riparazione, per verificarne l'effettiva declinazione all'in-

²⁷ Evidenzia questo aspetto, alla luce dell'inversione dell'onere probatorio prevista dal sistema d'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente in caso di reato commesso da un apicale, C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione*, cit., 478; più di recente, sottopone la controversa disciplina della prescrizione contenuta nel Decreto 231 al confronto con la giurisprudenza della Corte Edu, pur senza ricavarne elementi decisivi in ordine alla sua illegittimità, E. BASILE, *La prescrizione nel D.lgs. n. 231/ 2001 al crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali*, in *Le Soc.*, 2018, 213 ss.

terno del sistema delineato dal Decreto 231 dal punto di vista tanto della disciplina legislativa quanto dell'applicazione pratica, impone di fissare, sin dal principio, le coordinate metodologiche entro cui muoverà una simile attività.

Eleggere a oggetto principale di osservazione la *compliance* d'impresa, e la *compliance* penalistica in particolare, significa confrontarsi con un modello giuridico oggetto di "circolazione"²⁸, in questo caso da un contesto ordinamentale di *common law* ad uno di *civil law*. È dunque necessario avere contezza delle possibili «manipolazioni»²⁹ a cui lo stesso può andare incontro, com'è effettivamente accaduto nel caso italiano. Un fenomeno frequente, tanto più allorché vi sia un «assorbimento selettivo di singole soluzioni»³⁰ da un ordinamento all'altro, come la migliore dottrina comparatistica insegna.

Rimandando al prosieguo l'analisi della nascita e della successiva diffusione della *compliance*, va sin d'ora segnalato come il suo successo nello scenario internazionale non possa essere ricondotto *sic et simpliciter* a un imperialismo giuridico degli Stati Uniti, ma debba piuttosto ascrivere a processi di armonizzazione, omologazione e assimilazione di cui il diritto penale, in un contesto globalizzato e senza frontiere, è divenuto il volano³¹.

²⁸ Sulla circolazione dei modelli giuridici, E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁹ Così, testualmente, R. SACCO-P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, VI ed., Utet, Torino, 2015, 15.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ In dottrina, assegna un ruolo centrale alla regolamentazione dell'economia nei processi di armonizzazione del diritto nel mercato globale J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*, in 80 *Mich. L. Rev.*, 1981-82, spec. 1474 ss.; per una tassonomia delle forme di armonizzazione dei sistemi penali, S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale nella prospettiva internazionale* (Atti del convegno di studi svoltosi a Courmayeur, 8-10 ottobre 1999), Giuffrè, Milano, 2000, 32 ss. Sul tema, v. anche M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. 13 ss. Più in generale, sui processi di armonizzazione del diritto penale, tanto nello scenario internazionale quanto "locale", v. soprattutto M. DELMAS MARTY-M. PIETH-U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale-Harmonising Criminal Law*, Société de législation comparée, Parigi, 2008, 327 ss., nonché M. DELMAS MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, ed. it. a cura di F. PALAZZO, trad. it. a cura di A. BERNARDI, Giuffrè, Milano, 1992, 246 ss. Nella letteratura

In questo caso, simile tendenza s'innesta sul campo della regolamentazione dell'economia, ulteriore e significativo motore di siffatti *trend*, accordandosi a fenomeni variegati quali l'attività di organizzazioni internazionali come Onu, Ocse *etc.*, che fanno proprie emergenze veicolate *in primis* dagli Stati Uniti, la più o meno spontanea imitazione normativa messa in atto da singoli Stati sensibili all'influenza statunitense, nonché la diretta applicazione nei confronti di autori stranieri di leggi statunitensi munite di un regime di extraterritorialità estremamente ampio, accettato più o meno "supinamente" dagli altri Stati sotto la spada di Damocle della perdita della possibilità, per le proprie imprese, di accedere al mercato statunitense³².

D'altra parte, è noto come il diritto penale dell'economia sia uno degli ambiti in cui l'internazionalizzazione delle scelte di politica criminale abbia manifestato in maniera più vistosa i propri effetti, e il progressivo superamento del dogma *societas delinquere et puniri non potest* su scala mondiale ne rappresenta un esempio emblematico³³.

In letteratura si è evidenziato come l'internazionalizzazione delle scelte di politica criminale abbia spinto verso un cospicuo ampliamento nel ricorso alla comparazione da parte (anche) degli

interna, con particolare riferimento al campo della responsabilità da reato degli enti collettivi, da ultimo cfr. C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex-crimine delle multinazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 152 ss., nonché S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le soc.*, 2015, 473 ss. In precedenza, cfr. tra gli altri M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 477 ss.

³² È quanto emerge nitidamente, ad es., in A. GARAPON-P. SERVAN SCHREIBER (a cura di), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, Parigi, 2013, *passim*.

³³ Questo dato è stato particolarmente valorizzato in relazione alla vera e propria "esplosione" del contrasto alla corruzione quale obiettivo di politica criminale veicolato dagli Stati Uniti e capace di orientare in senso iper-repressivo le scelte dei singoli Stati, a sua volta intimamente connesso al progressivo riconoscimento, nello scenario comparato, della responsabilità da reato degli enti collettivi: nella letteratura interna, v. soprattutto S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee di indagine penalistica*, Jovene, Napoli, 1999, spec. 135 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012, spec. 355 ss. Più ampiamente, *infra*, cap. III, par. 8 ss.

studiosi di diritto penale³⁴, e nel momento in cui si concentra l'attenzione su di un settore limitato (per quanto esteso) come la *compliance* diviene necessario dotarsi dell'armamentario epistemologico tipico del comparatista.

Nella consapevolezza delle difficoltà insite nell'adoperare un simile strumento, e della natura eterogenea delle finalità che possono essere di volta in volta perseguite³⁵, il presente lavoro aspira

³⁴ Così M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, spec. 490 ss. V. anche, tra i tanti, F. PALAZZO-M. PAPA, *La comparazione nel diritto penale*, in *IDD., Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Giappichelli, Torino, 2013, 2 ss.

³⁵ V. M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, cit., 465 ss., dove, come già può evincersi dal titolo dell'articolo, l'A. individua, all'interno di più ampie articolazioni delle tipologie di comparazione penalistica, due paradigmi fondamentali, l'uno dotato di una finalità anzitutto descrittiva, l'altro orientato, invece, a costruire un diritto nuovo e per così dire "migliore". Se l'A. propende per il secondo paradigma, respingendo in particolare l'idea di una supposta neutralità del processo descrittivo insito nel lavoro del comparatista, al contempo evidenzia come tale componente sia insita nella comparazione. Per una ricostruzione del dibattito sulla comparazione come scienza e come metodo, nell'ottica di un'esaltazione della funzione conoscitiva dei modelli giuridici messi a confronto mediante la comparazione, R. SACCO-P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 8 ss.; con precipuo riferimento alla comparazione in ambito penalistico, F. PALAZZO-M. PAPA, *La comparazione nel diritto penale*, cit., 36 ss. Esalta l'opportunità di un avvalersi di un metodo d'indagine interdisciplinare e volto all'internazionalizzazione della scienza penale V. MILITELLO, *L'identità della scienza penale giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 106 ss. Il quasi contestuale riconoscimento di una responsabilità da reato degli enti collettivi in ordinamenti collocati a diverse latitudini ha d'altronde sollecitato approcci comparatistici allo studio della materia, con la presa in esame di una molteplicità di sistemi, un dato che a ben vedere caratterizza già gli iniziali approfondimenti sul tema, ben prima che il d.lgs. n. 231/2001 fosse all'orizzonte: si veda, ad es., lo studio di F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest"*, cit., 591 ss., ma v. anche la monografia che ha funto da "apripista" alla declinazione contemporanea del tema nel dibattito interno, il lavoro di C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*. Più recentemente, cfr. soprattutto S. MANACORDA-F. CENTONZE-G. FORTI (a cura di), *Preventing Corporate Corruption: the Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, New York, 2014; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., spec. 193 ss., con significative considerazioni su importanza, ruolo e difficoltà insite nella comparazione; A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall' "utile" al "giusto"*, cit., spec. 120 ss.; ID.-A. GAITO-A.S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2018, nonché, con precipuo riferimento alle

a rapportarsi al tema oggetto di studio mediante un approccio per così dire verticale. Prendendo le mosse dall'esplicita derivazione della legislazione italiana dal modello statunitense, si procederà a riannodarne i fili pratici e teorici, a partire dalle prime forme in cui si è manifestato fino a seguirne la parabola evolutiva, tanto all'interno dei confini statunitensi quanto all'esterno, osservando dall'alto la circolazione in contesti ordinamentali più vicini a quello italiano, per poi focalizzare l'attenzione su quest'ultimo.

Tale operazione proverà dunque a illuminare, quantomeno parzialmente, le ragioni politiche, economiche e politico-criminali che stanno dietro all'affermazione del paradigma della *compliance*, a partire dalla sua iniziale emersione nel contesto della *regulatory law* fino alla sua successiva "criminalizzazione", da intendersi tanto quale adozione di "*criminal law lens*" nell'approccio alla *compliance* quanto nella progressiva creazione di obblighi penalmente sanzionati di organizzazione in chiave di minimizzazione del rischio-reato³⁶.

A tal fine, recependo l'insegnamento consolidato della dottrina comparatistica, non si avrà di mira soltanto la legge, *the law* – operazione peraltro particolarmente complessa allorché si volga lo sguardo a sistemi di *common law* – ma si cercherà di abbracciare, seppur in maniera limitata, tutto ciò che concorre alla formazione del diritto nel contesto di riferimento, ossia le voci dottrinali, le pronunce della giurisprudenza, gli orientamenti degli uffici dell'accusa, *etc.*³⁷.

Un approccio caldamente suggerito allorché si voglia esplorare la *compliance* d'impresa di marca statunitense, se si pensa che la saldatura tra questa e il diritto penale sia avvenuta nella maniera più intensa con l'approvazione delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* del 1991, frutto del lavoro della commissione governativa incaricata di razionalizzare il sistema sanzionatorio

sanzioni applicate agli enti, e traendo insegnamenti dall'esperienza latino-americana quale terza via rispetto «alla direzione eurocentrica (ed in specie alla elaborazione tedesca)» e «alla ricca esperienza della famiglia giuridica di common law», V. MILITELLO, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 571 ss.

³⁶ *Infra*, cap. III, par. 1 ss.

³⁷ R. SACCO-P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 55 ss.

a carico degli enti, dopo aver già provveduto con quello degli individui.

Ancora, si presterà grande attenzione ai *memorandum* redatti dal *Department of Justice*, documenti di indirizzo dell'attività dei *prosecutor* federali, tipici di un sistema in cui l'esercizio dell'azione penale è discrezionale e demandato ad autorità elettive, dipendenti dal potere esecutivo. Ebbene, proprio a siffatti *memo*, nonché a ulteriori linee guida, bisognerà guardare per comprendere la ragion d'essere dei *pre-trial agreement*, forme di diversione processuale che consentono agli enti di andare esenti da processo e che costituiscono oggi uno dei prodotti di esportazione di maggior successo³⁸.

Un simile sforzo conoscitivo sarà per forza di cose parziale: nell'oggetto, soprattutto, ma anche in un'ottica strumentale, giacché si preferirà concentrare l'attenzione su quegli elementi riconducibili alla rilevanza della riparazione nel contrasto alla criminalità d'impresa di foggia statunitense. L'aspirazione, chiaramente, non è quella di compiere una consapevole manipolazione del dato analizzato, quanto piuttosto di esplicitare la curvatura che caratterizzerà la ricerca, orientata a evidenziare come, nella sua dimensione pragmatica, la *compliance* solleciti obiettivi di riparazione nel senso (almeno) di riorganizzazione, reintegrazione e risarcimento, strumentali a consentire il reingresso dell'ente nel mondo degli affari.

Allora, come già in parte accennato, la finalità descrittiva si coniuga con quella di miglioramento dell'ordinamento interno, nel tentativo di fornire una chiave interpretativa per "leggere" il Decreto 231 sgombrando il campo da alcune precomprensioni e strumentalizzazioni a cui il modello della *compliance* è stato sottoposto.

Se, difatti, manipolazioni – "traduzioni" e non già mere "trasposizioni"³⁹ – caratterizzano l'importazione in altri contesti di

³⁸ *Infra*, cap. III, par. 3 ss.

³⁹ Per questa distinzione terminologica, utilizzata per descrivere il processo d'importazione del modello del *plea-bargaining* dagli Stati Uniti ad ordinamenti di *civil law*, Italia compresa, v. M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harv. Intl. L. J.*, 2004, 1 ss.

istituti giuridici stranieri, una maggiore conoscenza del modello originale consente di analizzare in maniera più chiara i movimenti che connotano la prassi applicativa nell'ordinamento di riferimento, e che sovente si agitano al di sotto di etichette formali incapaci di descriverne la fattualità, anche nell'ottica di elaborare soluzioni innovative in prospettiva di riforma.

Con la "variante italiana" della *compliance* si assiste a un parziale fraintendimento del modello, inteso in prevalenza quale parametro di riferimento per misurare la colpevolezza organizzativa dell'ente, con conseguente messa in ombra della valenza riparatoria che pure pervade l'applicazione del Decreto 231. Lo studio della *compliance* statunitense è utile, allora, per dotarsi di una prospettiva interpretativa ulteriore, che permetta di rivedere il giudizio critico rispetto ad alcune apparenti deviazioni dal modello teorico a cui è ricondotta la *compliance* nell'ordinamento interno.

Al medesimo tempo, la valorizzazione del momento riparatorio quale elemento qualificante un istituto di matrice statunitense deve essere calibrata in modo adeguato. La marcata sollecitazione alla riparazione *post-delictum* d'impresa va infatti opportunamente collocata all'interno di un orizzonte permeato da spiccato pragmatismo, dovendosi quindi respingere la tentazione di rinvenire in essa tracce di una supposta "umanizzazione" del diritto penale, o, quantomeno, di un ridimensionamento del suo utilizzo nel senso dell'*extrema ratio*.

Da questa prospettiva, anzi, apparirà piuttosto difficile esprimere un giudizio: se, da un lato, riparazione, premialità e negoziazione contribuiscono a un minor utilizzo dello strumento penale, dall'altro lato una simile tendenza sarà stimolata dalla costante minaccia non solo di sanzioni penali particolarmente severe, ma dal ricorso all'armamentario penalistico in sé, con tutto il corredo simbolico e di stigma connesso. Ne risulta una declinazione in un senso decisamente accessorio, al medesimo tempo disciplinare, se non totalizzante, del diritto penale degli enti collettivi.

La finalità descrittivo-conoscitiva dell'analisi della *compliance* statunitense servirà, quindi, anche a farne emergere la coloritura prevalentemente pragmatica, conseguenza diretta delle forze economiche e politiche che sovente vengono a fronteggiarsi (prima del, o) nell'agone penale: *corporation* con fatturati annui da milioni di dollari e agenzie di controllo federali con capacità di *enfor-*

cement estese ben oltre i confini territoriali. Elementi degni di riflessione anche allorquando si voglia collocare la predilezione per il momento riparatorio all'interno di quei movimenti più ampi che negli ultimi anni stanno interessando il diritto penale degli individui, o almeno alcune delle sue componenti, in una direzione di maggiore umanizzazione, anche mediante l'apertura a forme di attenuazione della sanzione o di rinuncia alla punizione in ragione di comportamenti *post-delictum*.

4. *Il piano dell'indagine*

Alla luce delle premesse metodologiche appena illustrate, il presente lavoro cercherà in primo luogo di definire l'orizzonte teorico all'interno del quale si muove: dopo un primo inquadramento delle nozioni di *compliance* d'impresa e di *compliance* penalistica, si focalizzerà l'attenzione sul concetto di riparazione dell'ente.

Di questo verrà fornita una definizione ampia e dalla marcata connotazione pragmatica, anche a seguito dell'individuazione dei punti di contatto e degli elementi di difformità rispetto sia alla categoria della c.d. giustizia riparativa sia a quei costrutti teorici che sollecitano un approccio responsivo alle forme di criminalità realizzate all'interno di organizzazioni complesse, ponendosi inoltre in evidenza il legame stringente che avvince riparazione e premialità. A questo punto, si compirà una prima incursione all'interno del Decreto 231, per illustrare come siffatto legame trovi attuazione in scelte legislative che denotano un'inedita coerenza funzionale.

Quindi, si sottoporrà il sistema di responsabilità da reato degli enti a una prima verifica di compatibilità con il principio di colpevolezza per come sancito nei confronti degli individui dall'art. 27 Cost.; al medesimo tempo, si individueranno i possibili nuclei critici nell'assegnare importanza dirimente alla riparazione dell'ente a discapito dell'ascrizione "statica" della responsabilità.

Nel secondo capitolo, il lavoro procederà ad approfondire le caratteristiche della *compliance* penalistica, in uno sforzo di sistematizzazione delle funzioni assegnate alla stessa in seguito al suo

coinvolgimento nell'ambito del diritto penale, compendiabili in quella promozionale, imputativa e riparatoria.

Inoltre, si darà conto di alcune più recenti posizioni teoriche che veicolano un approccio integrato alla *compliance*, coniugando la riflessione giuridica e aziendalistica con le acquisizioni provenienti dal campo della psicologia cognitiva e della sociologia delle organizzazioni. Si tratta di teorie che aggiornano il paradigma oggetto di analisi e delle quali è opportuno dare conto già nella parte dedicata al suo inquadramento teorico, prima di procedere con la ricostruzione della storia evolutiva.

Il terzo capitolo, infatti, è dedicato allo studio del sistema ordinamentale degli Stati Uniti, dove la nascita della *compliance* si lega a doppio filo con il progressivo riconoscimento della responsabilità penale degli enti, un binomio che ne caratterizza l'evoluzione sino ai giorni nostri.

Come già accennato, ci si muoverà lungo il crinale rivolto alla riparazione, che sembra assumere l'importanza maggiore nell'ambito dei *pre-trial agreement* e nella correlata esperienza del *corporate monitorship*. Si darà conto, altresì, della capacità espansiva di tali accordi, sia nelle vesti di *global settlement* sia nella capacità di stimolare forme di imitazione normativa, come accaduto in particolare nel Regno Unito e in Francia.

Al contempo, si guarderà, ancorché in maniera cursoria, al dibattito accademico maturato negli Stati Uniti in merito a natura, struttura e "senso" della responsabilità da reato degli enti, con l'obiettivo di porre in evidenza una certa comunanza di argomenti nelle posizioni di chi, tanto Oltreoceano quanto in Italia, esalta l'importanza del momento riparatorio veicolato dalla *compliance*.

Una volta esaurita la prospettiva teorica e storica, si potrà transitare verso l'ordinamento italiano. Dapprima, si concentrerà l'attenzione sulla dimensione classicamente assegnata alla *compliance*, relativa all'ascrizione dell'illecito all'ente collettivo. In particolare, si osserverà come nella prassi giurisprudenziale il paradigma della colpa di organizzazione, da valutare a partire dalla corretta adozione *ante delictum* di un modello organizzativo adeguato, sia più evocato che effettivamente applicato, con l'effetto di attribuire a modelli imputativi fondati sull'immedesimazione organica un ruolo ancora oggi rilevante.

Constatate le difficoltà in punto di valutazione giudiziale del-

l'adeguatezza preventiva del modello organizzativo, e nella consapevolezza che le stesse discendono in parte dalla naturale propensione della *compliance* a favorire fenomeni di rientro *ex post delictum* nella legalità piuttosto che a fungere da parametro per valutazioni statiche di adeguata organizzazione, se ne cercheranno comunque le cause ulteriori, da rintracciare sia in alcune scelte del legislatore sia in certe tendenze della magistratura, inquirente e giudicante.

Di conseguenza, si tenterà di fornire una razionalizzazione di tali problematiche, individuando nella costruzione di un sistema pubblicistico di validazione preventiva di linee guida che possa agevolare l'implementazione e valutazione del modello organizzativo una possibile soluzione.

In seguito, si esaminerà la funzione riparatoria della *compliance* nel Decreto 231, a partire dall'analisi del dato legislativo. Si osserverà come la riparazione giochi un ruolo di primaria importanza anche ai fini dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, e come la costante interpretazione in senso discrezionale dell'esercizio dell'azione a carico dell'ente apra il campo a possibili fenomeni di premialità informale.

Alla luce di questa prima analisi si cercherà di rispondere alla domanda posta in dottrina se l'illecito dell'ente funga da reale paradigma dell'illecito riparato.

Nel capitolo conclusivo si amplierà l'analisi osservando le prospettive evolutive di un tale fenomeno in relazione ai movimenti esterni e interni al Decreto 231, che sembrano già incidere nella pratica applicazione. Il riferimento, *in primis*, è a quelli che possono essere inquadrati come "scivolamenti esterni" della *compliance*, la quale pare in effetti ricevere una certa considerazione in ambiti ad essa in linea teorica estranei, ma che nella declinazione concreta rivelano una particolare consonanza funzionale nel contrasto a determinati fenomeni delittuosi quali la criminalità di stampo mafioso, il c.d. caporalato e la corruzione.

In secondo luogo, si focalizzerà l'attenzione sul dibattito relativo all'estensione – *de lege lata* e *de lege ferenda* – delle nuove forme di non punibilità introdotte in favore delle persone fisiche anche nei confronti degli enti, con particolare attenzione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, guardato con favore da gran parte della dottrina.

Alla luce dell'analisi compiuta, si proverà a razionalizzare quanto osservato in materia di *compliance* riparatoria dell'ente al fine di suggerire possibili interventi all'interno del Decreto 231 in una prospettiva *de lege ferenda*. In particolare, si proporrà di estendere all'ente alcune delle cause di non punibilità oggi previste per gli individui, nonché la medesima messa alla prova, mediante tuttavia accorgimenti che diano conto della componente organizzativa della *compliance* nonché del ruolo delle persone offese e più in generale degli *stakeholder*.