

# SULL'IDONEITÀ DELLA SANZIONE PECUNIARIA PER LE PERSONE GIURIDICHE. UNA RIFLESSIONE DAL DIRITTO SPAGNOLO CON SPUNTI DI DIRITTO ITALIANO

Relazione al Congresso italo-spagnolo  
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Patricia Faraldo Cabana\*

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il diritto dell'Unione europea impone la previsione di sanzioni penali a carico della persona giuridica? – 3. La disciplina spagnola della multa penale per le persone giuridiche. – 4. Breve contrasto col sistema italiano di sanzione amministrativa. – 5. La sanzione pecuniaria è adeguata per le persone giuridiche? – 6. Conclusioni. – 7. Bibliografia.

\* Professoressa *Catedrática* di Diritto Penale presso la *Universidad de La Coruña*, Spagna, e *Marie Curie fellow* presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo, Germania. Traduzione di Stefano Zirulia, Assegnista PostDoc in Diritto Penale, Dipartimento di Scienze penalistiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano.

# 1. Introduzione

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad un mutamento fondamentale nel sistema penale di vari Stati membri dell'Unione europea, i quali hanno introdotto la responsabilità penale per le persone giuridiche, o comunque una sorta di responsabilità amministrativa dipendente da reato che molti autori non esitano a definire, nella sostanza, "penale"<sup>1</sup>. È il caso, rispettivamente, di Portogallo, Francia, Finlandia, Belgio e Svizzera, da un lato; e dell'Italia, dall'altro. In Spagna, uno degli aspetti di maggiore rilievo della *Ley Orgánica 5/2010*, del 22 giugno, che ha modificato il codice penale adesso vigente (a sua volta introdotto dalla *Ley Orgánica 10/1995*, del 23 novembre), è stata proprio l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche<sup>2</sup> per la commissione di determinati reati<sup>3</sup>. In questo modo si è posto fine ad una tradizione secolare basata sul principio "*societas delinquere non potest*". Un mutamento di tale portata è stato giustificato evidenziandosi come fosse il diritto dell'Unione europea ad imporre al legislatore interno di procedere in tal senso<sup>4</sup>. Tuttavia, l'affermazione secondo cui la riforma fosse oggetto di un obbligo di fonte europea, pur non essendo errata, deve essere ridimensionata, anzitutto, perché le disposizioni dalle quali parrebbe *prima facie* evincersi l'obbligo di prevedere una responsabilità autenticamente penale per le persone giuridiche, ad un più approfondito esame non risultano così univoche come si suppone. Nel prosieguo ci si soffermerà proprio su questo profilo.

<sup>1</sup> Si esprime in tal senso, in Italia, MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", *Revista Penal*, n. 13, 2004, p. 118. Vid. anche FOFFANI, L., in DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 80; PADOVANI, T., "Il nome dei principi e i principi dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche", in DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 16-17; PALIERO, C. E., "Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest", *Corriere Giuridico* 7/2001, p. 845. In generale sul problema della qualificazione vid. ALESSANDRI, A., "Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina", in ALESSANDRI, A. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 45.

<sup>2</sup> La disciplina di tale responsabilità si condensa, nei suoi elementi essenziali, all'interno delle seguenti disposizioni del codice penale spagnolo (c.p.s.): art. 31 *bis*, che contiene gli elementi costitutivi dell'imputazione; art. 33.7, indicante le pene applicabili alle persone giuridiche; artt. 52 e 53, relativi alla multa; art. 66 *bis*, in materia di commisurazione della pena; 116.3, ai sensi del quale la responsabilità penale della persona giuridica si applica congiuntamente a quella civile; art. 130.2, secondo il quale i fenomeni di trasformazione, fusione, acquisizione o scissione dell'ente non estinguono la sua responsabilità penale. Vengono inoltre in rilievo quelle norme incriminatrici, di cui al Libro II del codice penale, che prevedono espressamente la possibilità che dei reati in esse configurati rispondano anche le persone giuridiche.

<sup>3</sup> Come in Italia, in Spagna è stato adottato un sistema tassativo delle fattispecie nelle quali è prevista la responsabilità penale delle persone giuridiche. A tal fine è solitamente inserita, all'interno delle singole norme incriminatrici di parte speciale, la seguente formula: "Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de (el o los delitos correspondientes), se le impondrá (n) la (s) pena (s) de...", aggiungendosi in numerose ipotesi la clausola che consente l'applicazione delle pene di cui alle lettere da b) a g) del comma 7 dell'art. 33 c.p.s., secondo le regole di cui all'art. 66 *bis* c.p.s. Le fattispecie incriminatrici previste dal codice penale spagnolo come fonte di responsabilità per gli enti sono le seguenti: traffico di organi (art. 156 *bis*); tratta di esseri umani (art. 177 *bis*); reati in materia di sfruttamento della prostituzione e prostituzione minorile (art. 189 *bis*); accesso abusivo ai sistemi informatici (art. 197.3); truffa (art. 251 *bis*); varie fattispecie di reato lesive degli interessi dei creditori sociali, anche nell'ambito di procedure esecutive e concorsuali (art. 261 *bis*); danneggiamento di sistemi informatici e telematici (art. 264.4); reati contro l'economia pubblica e contro i consumatori, nonché corruzione tra privati (art. 288); ricettazione e riciclaggio (art. 302.2); frode fiscale, frode contro la previdenza sociale e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e dell'Unione Europea (art. 310 *bis*); reati contro i diritti dei lavoratori (art. 318 *bis* 4); reati in materia di gestione del territorio e urbanistica (art. 319.4); reati contro l'ambiente (art. 327 e 328.6); emissione di radiazioni ionizzanti (art. 343.3); fabbricazione, alterazione, trasporto, detenzione o commercio di esplosivi (art. 348.3); reati in materia di sostanze stupefacenti (art. 369 *bis*); falsificazione di carte di credito e di debito e di *travellers checks* (art. 399 *bis*); corruzione (art. 427.2); traffico di influenze illecite (art. 430); corruzione di pubblico funzionario appartenente ad uno Stato estero o ad un'organizzazione internazionale (art. 445.2); organizzazioni e gruppi criminali (art. 570 *quater*) e reati in materia di finanziamento del terrorismo (art. 576 *bis* 3). In questo elenco si apprezza una certa confusione fra i reati commessi abitualmente per mezzo di o per persone giuridiche ed i reati commessi da associazioni per delinquere. E se vogliamo fare un paragone con l'elenco italiano dei reati-presupposti, va rilevata innanzitutto la mancata inclusione dell'omicidio "corporativo" colposo e le lesioni colpose gravi.

<sup>4</sup> Il preambolo della *Ley Orgánica 5/2010* non fonda su ragioni di carattere politico-criminale o dogmatico la necessità di prevedere sanzioni penali a carico delle persone giuridiche, ma richiama la copertura offerta a questo tipo di responsabilità dall'abbondante produzione normativa germogliata in seno all'Unione europea. La normativa UE, recita infatti il preambolo, ha elaborato una serie di "strumenti giuridici internazionali che richiedono una risposta penale chiara nei confronti delle persone giuridiche", ed ha altresì specificato le "figure di reato alla cui commissione possono con maggiore probabilità concorrere le persone giuridiche: corruzione nel settore privato e nelle transazioni commerciali internazionali, pornografia e prostituzione minorile, tratta di esseri umani, riciclaggio, immigrazione illegale, attacchi ai sistemi informatici...".

## 2. Il diritto dell'Unione europea impone la previsione di sanzioni penali a carico della persona giuridica?

Non vi è dubbio che alcuni strumenti di diritto europeo impongano agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che le persone giuridiche possano rispondere o possano essere considerate responsabili per alcuni illeciti di natura penale. Fin qui potrebbe, in effetti, intendersi che il legislatore europeo esiga l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche a livello nazionale. Un più attento esame, tuttavia, rivela maggiori sfumature nel dettato normativo europeo. Infatti, riguardo il regime sanzionatorio, ciò che il legislatore sovranazionale richiede è soltanto la predisposizione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive", le quali da un lato devono includere "sanzioni pecuniarie di natura penale o non penale", ovvero anche di natura "amministrativa"; e dall'altro lato possono altresì assumere forme diverse dal pagamento di una somma, che abbracciano la "esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico", il "divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale", l'"assoggettamento a sorveglianza giudiziaria", il "provvedimento giudiziario di scioglimento", e talora anche l'"obbligo di adottare misure specifiche volte ad eliminare le conseguenze del reato che hanno dato luogo alla responsabilità della persona giuridica", nonché la chiusura temporale o definitiva dello stabilimento utilizzato per commettere il reato. Se dunque è offerta come scelta al legislatore nazionale l'imposizione di sanzioni di natura non penale, di solito amministrativa, ciò esclude che il regime di responsabilità penale formi l'oggetto di un vero e proprio obbligo, costituendo piuttosto una delle possibilità sul tappeto. In conclusione, è più che discutibile che la normativa europea imponga la previsione di un modello di responsabilità penale delle persone giuridiche, se come tale se intenda la necessità di prevedere delle pene a carico di enti collettivi. Piuttosto, ciò che emerge da una corretta esegesi dei testi normativi, è che la imposizione di sanzioni penali rappresenti una delle strade percorribili, all'interno di un più ampio ventaglio di alternative. La qualificazione della sanzione come amministrativa o penale discende unicamente dalla valutazione del legislatore nazionale. La Spagna ha scelto la responsabilità penale; l'Italia, quella amministrativa. In tutti i due casi, la sanzione pecuniaria è la regina del sistema punitivo contro le persone giuridiche.

## 3. La disciplina spagnola della multa penale per le persone giuridiche

La pena pecuniaria è la principale sanzione penale delle persone giuridiche. Nel catalogo delle pene che possono essere inflitte agli enti collettivi compare in primo luogo la multa per quote o proporzionale (art. 33.7 c.p.s.)<sup>5</sup>. Essa è, per regola, di applicazione obbligatoria<sup>6</sup>, lad-

<sup>5</sup> Art. 33.7 c.p.s.: "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

<sup>6</sup> L'unica eccezione è prevista per i reati di associazione per delinquere ed associazione con finalità di terrorismo, rispetto ai quali è obbligatoria soltanto la pena dello scioglimento del sodalizio, mentre tutte le altre, compresa la pena pecuniaria, sono facoltative (art. 570 *quater* c.p.).

dove invece le restanti pene soggiacciono ad un regime di applicazione facoltativa, ancorché con alcune eccezioni<sup>7</sup>.

Il modello di commisurazione della pena pecuniaria è, per regola, quello proporzionale, sebbene in alcuni casi (per esempio, nei reati contro l'ambiente) il modello di commisurazione sia quello delle quote-giornaliere o tassi giornalieri<sup>8</sup>.

Con riferimento al modello della multa proporzionale, l'importo si determina in proporzione al beneficio ottenuto per sé o per altri, al danno cagionato, al valore o alla quantità del provento ottenuto fraudolentemente o indebitamente. Trattandosi di persone giuridiche, si prevede la possibilità di sostituire la multa proporzionale con una multa per quote quando non sia possibile determinare questi importi. La durata della multa dipende dalla durata della pena detentiva che sarebbe possibile imporre alla persona fisica (art. 52.4 c.p.s.):

- a. Multa da due a cinque anni, se il delitto commesso dalla persona fisica è punito con pena detentiva superiore a cinque anni.
- b. Multa da uno a tre anni, se il delitto commesso dalla persona fisica è punito con pena detentiva superiore a due anni.
- c. Multa da sei mesi a due anni in tutti gli altri casi.

Nella parte speciale del codice penale, sebbene il fattore moltiplicativo si fa dipendere a volte dalla pena detentiva prevista per le persone fisiche per lo stesso reato, seguendo il modello descritto, altre volte, però, si fissa autonomamente.

La regola è che il pagamento della multa proporzionale deve avere per oggetto l'intera somma calcolata e deve essere eseguito in un'unica soluzione; tuttavia il giudice può, in via eccezionale, concedere la facoltà di pagamento frazionato fino a un massimo di cinque anni, quando il suo importo rappresenta un pericolo per la sua sopravvivenza o per i posti di lavoro, o quando ci siano ragioni di interesse generale (art. 53.5 c.p.s.). In questo modo, il pagamento frazionato è una possibilità eccezionale che il giudice può autorizzare per causa giustificata. Sembra ragionevole interpretare che il giudice dovrà fare uso di questa facoltà qualora sia prevedibile che il condannato potrà pagare frazionatamente<sup>9</sup>. Qualora dopo la pronuncia della sentenza mutino *in peius* le condizioni economiche del condannato, il giudice o il tribunale possono, in via eccezionale e a seguito di adeguate indagini sulla situazione concreta, sia ridurre l'importo della multa dentro le cornici editali del reato, sia autorizzare termini più lunghi per il pagamento (art. 52.3 c.p.s.), senza previsione di un termine massimo.

Con riferimento al modello dei tassi giornalieri, adottato, per esempio, nei reati ambientali, l'importo della quota giornaliera per le persone giuridiche va da un minimo di 30 euro a un massimo di 5.000 euro (art. 50.4 c.p.s.). L'importo della pena pecuniaria per le persone giuridiche oscilla così tra un minimo di 5.400 euro (6 mesi x 30 giorni x 30 euro) ed un massimo di 9 milioni di euro (5 anni x 360 giorni x 5.000 euro). Qualora l'importo finale risulti eccessivo rispetto alla gravità del fatto commesso, è obbligatorio ridurlo tanto rispetto alla persona giuridica quanto rispetto alla persona fisica<sup>10</sup>. Tale modulazione ha invero poco senso, giacché presuppone una sorta di responsabilità condivisa tra la persona fisica e quella giuridica, il quale non pare coerente col fatto che non è necessaria una previa declaratoria di responsabilità penale della prima al fine di affermare la responsabilità della seconda<sup>11</sup>.

“Qualora dopo la pronuncia della sentenza mutino le condizioni economiche del condannato, il giudice o il tribunale possono, in via eccezionale e a seguito di adeguate indagini sulla situazione concreta, modificare sia l'importo delle quote giornaliere che i termini per il loro pagamento” (art. 51 c.p.s.). Questa disposizione non distingue tra la variazione della situazione

<sup>7</sup> Si consenta il rinvio al mio lavoro FARALDO CABANA, P., “¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?”, in DE LA CUESTA ARZAMENTI, J. L./ PÉREZ MACHÍO, A. I. (Dirs.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, San Sebastián, 2013, pp. 77-113.

<sup>8</sup> N.d.T.: si tratta del modello previsto dall'art. 50 c.p.s., ai sensi del quale il giudice prima determina l'ammontare della pena in termini temporali, poi quantifica la quota giornaliera sulla base delle condizioni economiche del reo, ed infine, moltiplicando i risultati delle due precedenti operazioni, ottiene l'ammontare finale della pena pecuniaria.

<sup>9</sup> Cfr. BAUCCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, in CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (a cura di), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 553.

<sup>10</sup> Art. 31-*bis*.2 ultimo inciso c.p.s.: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

<sup>11</sup> L'art. 31-*bis*.2 c.p.s. dispone chiaramente che “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”, ad esempio per morte dell'imputato.

economica *in melius* ovvero *in peius*. Ciò nonostante, nei casi di variazione *in melius* non si potrà né aumentare le quote né ridurre i termini per il pagamento, poiché ciò condurrebbe, senza alcuna ragionevole giustificazione, ad applicare un trattamento sfavorevole rispetto a quello derivante dal modello di commisurazione proporzionale, con riferimento al quale è espressamente previsto (cfr. art. 52.3 c.p.s.) che si tenga conto soltanto delle variazioni *in peius* al fine di ridurre l'importo della pena pecuniaria o autorizzare il suo pagamento a rate.

Il giudice determinerà l'estensione temporale della pena pecuniaria all'interno della cornice edittale prevista per ciascun reato, secondo le regole dettate dal Capitolo II, “*De la aplicación de las penas*”, del Titolo III del codice penale spagnolo (art. 50.5 c.p.s.), ossia sulla base della gravità dell'offesa e della colpevolezza (dovrà tenere in considerazione, ad esempio, il tipo di condotta, le cd. *eximentes incompletas*<sup>12</sup>, le circostanze aggravanti e attenuanti...). Parimenti dovrà determinare l'importo delle quote giornaliere, tendo qui in considerazione esclusivamente la situazione economica del reo, dedotta da elementi quali il suo patrimonio, le sue entrate, i suoi debiti e carichi familiari, così come le sue ulteriori circostanze personali. Si tratta di espressioni evidentemente pensate per le persone fisiche, “che dovranno essere reinterpretate...nell'ottica del loro significato per la persona giuridica”<sup>13</sup>.

Nel sistema delle quote giornaliere la regola è che il pagamento deve avere per oggetto l'intera somma calcolata e deve essere effettuato in un'unica soluzione; tuttavia il giudice può, in via eccezionale, concedere la facoltà di pagamento frazionato (art. 53.5 c.p.s.).

Se la persona giuridica condannata non adempie l'obbligo di pagare la pena pecuniaria entro il termine stabilito, intenzionalmente o per causa di forza maggiore, il giudice può disporre l'amministrazione giudiziaria fino al pagamento (art. 53.5 c.p.s.). Non è prevista una durata massima dell'amministrazione giudiziaria. Tuttavia, se consideriamo che la pena pecuniaria sia esigibile finché non si prescrive, ossia per dieci anni (art. 133.1 in combinato disposto con l'art. 33.7 c.p.s.), se ne può dedurre che non è possibile superare quel termine. Alcuni autori, invece, fissano la durata massima in cinque anni, applicando la previsione di cui all'art. 33.7 lett. g) c.p.s.<sup>14</sup>; altri ritengono che debba durare finché venga raggiunto l'obiettivo di pagare la sanzione irrogata<sup>15</sup>. In ogni caso, questa misura costituisce esclusivamente uno strumento volto a garantire pagamento della pena pecuniaria, e non deve perciò essere confuso con la pena dell'amministrazione giudiziaria<sup>16</sup>. Sicché i poteri dell'amministratore giudiziario devono ritenersi limitati a quelli volti al perseguimento di tale finalità.

## 4.

### Breve contrasto col sistema italiano di sanzione amministrativa

L'art. 10, comma 1, del Decreto legislativo n. 231/2001, del 8 giugno 2001, stabilisce che “per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria”. Si tratta, dunque, di una sanzione di necessaria applicazione, come nel sistema spagnolo. Viene applicata per quote, con l'idea di scongiurare, una volta per tutte, il pericolo che la sanzione applicata si riveli sproporzionata, per eccesso o per difetto, alle reali condizioni economiche dell'ente, “con tutto quel che ne consegue (in negativo) sul piano dell'efficacia preventiva della

<sup>12</sup> N.d.T.: si tratta di particolari circostanze attenuanti previste dall'art. 21, n. 1, del codice penale spagnolo, che sussistono quando l'agente realizza il fatto in presenza di alcuni soltanto degli elementi costitutivi di una causa esimente.

<sup>13</sup> DE LA MATA BARRANCO, N./ BILBAO LORENTE, M./ ALGORTA BORDA, M., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal* n. 87, 2011, p. 17. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española”, in FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (a cura di), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 209, afferma espressamente che “è criticabile la mancata introduzione di regole precise per determinare l'importo delle quote nell'ambito della multa per le persone giuridiche, data la complessità di tale compito”.

<sup>14</sup> Così BAUCCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, cit., pp. 553-554.

<sup>15</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 214, il quale, peraltro, precisa come il principio di proporzione imponga la cessazione dell'amministrazione giudiziaria “allorchè si constati l'impossibilità di riscuotere la sanzione pecuniaria, alla luce delle circostanze della persona giuridica e dei poteri e delle funzioni dell'amministrazione giudiziaria”.

<sup>16</sup> Cfr. BACH FABREGÓ, R./ GIMENO CUBERO, M. A., “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas”, in QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 78; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 213, puntualizza che la finalità dell'istituto non è salvaguardare i diritti dei lavoratori o dei creditori, bensì garantire l'intero pagamento della multa.

risposta sanzionatoria<sup>17</sup>. Per la sua commisurazione si impongono sia limiti quantitativi che qualitativi. L'importo di una quota, infatti, deve essere compreso tra la soglia minima di lire cinquecentomila e quella massima di lire tre milioni, ciò è, tra euro 258 ed euro 1.549. Il numero di quote non può essere inferiore a cento (il che significa una sanzione pecuniaria con un limite minimo di euro 25.800) né superiore a mille (limite massimo, euro 1.549.000). Nell'ambito di queste forbici, il numero delle quote si determina "tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti" (art. 11.1 D.lgs. n.231). L'importo della quota, da parte sua, "è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia delle sanzioni" (art. 11.2 D.lgs. n.231)<sup>18</sup>. Il successivo art. 12 prevede poi una serie di circostanze in base alle quali la sanzione può essere ridotta anche in misura notevole.

Come è ben saputo, la dottrina italiana è divisa tra assertori della natura schiettamente penale dell'illecito dell'ente<sup>19</sup>, sostenitori della natura amministrativa<sup>20</sup> e coloro che ne affermano la natura di *tertium genus*, a carattere misto penale-amministrativo<sup>21</sup>. Molto si è discusso, e tuttora si discute, di quale sia la reale natura della responsabilità da reato degli enti collettivi<sup>22</sup>. Con indipendenza di questa scelta, la sanzione che costituisce il perno del sistema continua ad essere quella pecuniaria, di obbligatoria imposizione. Il tratto più rilevante della sanzione pecuniaria contro persone giuridiche in Italia è l'abbandono del tradizionale modello della pena pecuniaria per le persone fisiche, il sistema di commisurazione a somma complessiva (*ex* art. 133-*bis* c.p., che però consente al giudice aumenti e diminuzioni oltre i limiti edittali), a favore del meccanismo di calcolo per quote o a tasse giornaliera. In Spagna, però, si preferisce per le persone giuridiche il modello della multa proporzionale, sebbene per le persone fisiche il sistema applicato sia quello per quote.

Il sistema di commisurazione a somma complessiva, usato sia nel diritto amministrativo spagnolo ed italiano sia nel diritto penale italiano, ha dei limiti già abbondantemente evidenziati dalla dottrina<sup>23</sup>. Può invece ritenersi adeguato, rispetto alle persone giuridiche, il modello di commisurazione per tassi giornaliera, tanto apprezzato nel caso di persone fisiche? In dottrina si registrano, sul punto, opinioni divergenti. Un primo orientamento ne esalta i vantaggi rispetto al modello proporzionale, rilevandone la maggiore aderenza ai canoni di uguaglianza e non discriminazione<sup>24</sup>, mentre un'altra corrente di pensiero ne evidenzia gli svantaggi, in particolare quelli derivanti dalle difficoltà di determinare la capacità economica del reo, nonché la relativa esiguità della sanzione massima prevista<sup>25</sup>. A mio avviso, il modello delle quote giornaliera, sia nell'Ordinamento spagnolo sia nell'italiano, presenta alcuni non trascurabili svantaggi nel settore della responsabilità delle persone giuridiche. Anzitutto la quota giornaliera minima, ritenuta alla portata degli enti dotati di minori risorse, è in Spagna troppo bassa, il che si traduce in una scarsa capacità deterrente. In Italia, invece, l'elevato importo del limite minimo esibisce un rigore sproporzionato nei confronti della piccola impresa. D'altra parte, in Italia è troppo bassa la quota giornaliera massima, la quale nemmeno se combinata con la durata massima può avere effetto deterrente per le grandi imprese che sono state le protagoniste

<sup>17</sup> DE SIMONE, G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012, p. 318. Cfr. anche GUERRINI, R., "Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231/2001", in DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., pp. 69-70.

<sup>18</sup> Su questi criteri, RIVERDITI, M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009, p. 285-292. Anche LOTTINI, R., "Il sistema sanzionatorio", in GARUTI, G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, p. 138 ss, approfondisce i singoli concetti.

<sup>19</sup> Per esempio PALIERO, C. E., "Il d.lgs. 8 giugno 2001", cit., p. 845, il quale parla di un "nuovo" modello di responsabilità penale.

<sup>20</sup> Per tutti, si veda MARINUCCI, G., "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee", *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1203.

<sup>21</sup> Tra gli altri, FERRUA, P., "Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni", *Rivista di diritto e procedura penale* 2001, pp. 1479 ss.; e DE RISIO, A., "Societas delinquere potest?", *Giurisprudenza di merito* 5/2005, pp. 1153 ss.

<sup>22</sup> Ampiamente DE SIMONE, G., *Persone giuridiche*, cit., pp. 324 ss.

<sup>23</sup> Vid. per tutti GOISIS, L., *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata: profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, 2008; MIEDICO, M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Egea, Milano, 2008.

<sup>24</sup> In tal senso si esprime, tra gli altri, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 92, secondo il quale la ragione d'essere del modello delle quote giornaliera, nonché il suo principale vantaggio, è l'adeguatezza alle possibilità economiche del condannato, che consente di evitare fenomeni discriminatori.

<sup>25</sup> Cfr. per la Spagna MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 237; per l'Italia BERNASCONI, A., "L'apparato sanzionatorio", in PRESUTTI, A./ BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 183.

delle grandi catastrofi ambientali o finanziarie, mentre in Spagna l'importo di nove milioni di euro sembra meno suscettibile di risolversi in un mero costo di gestione, sebbene di nuovo per le grandi imprese possa non avere effetto deterrente<sup>26</sup>. Queste cifre possono apparire sufficientemente elevate, quanto meno se le si confronta con quelle previste in altri paesi<sup>27</sup>, e tuttavia vi sono ordinamenti che non prevedono alcun limite massimo, come l'Inghilterra e il Galles. Senza dimenticare che esistono sanzioni pecuniarie di natura amministrativa di importo superiore<sup>28</sup>.

La sanzione pecuniaria proporzionale è specialmente adeguata quando l'ente ne ha ricavato un vantaggio o un profitto dal reato commesso dalla persona fisica. Certo che si può produrre la "deterrence trap", cioè è, l'imposizione di una sanzione che superi ogni possibilità reale di assorbimento da parte dell'ente, il che gli fa perdere gli effetti deterrenti. Nonostante, è possibile prendere misure diverse per evitarlo, come per esempio tenere in conto per imporre un determinato fattore di moltiplicazione (x 2, x 3, x 4, ecc.) "non solo le circostanze attenuanti e aggravanti del fatto, ma principalmente la situazione economica del colpevole", come fa l'art. 52.2 c.p.s. In ogni caso, la ragione fondamentale che giustifica la preferenza per il modello di multa proporzionale si trova nella classe di reati che fanno scattare la responsabilità sia penale (in Spagna) sia amministrativa (in Italia) delle persone giuridiche: reati economici o caratteristici della criminalità organizzata, che di solito producono ingenti profitti. Il problema è che la sanzione pecuniaria proporzionale, che si determina usando parametri che moltiplicando il profitto ottenuto o che si sarebbe potuto ottenere, finisce per farsi effettiva su beni che possono anche avere origine lecita, approssimandosi nei suoi effetti alla confisca dei beni, che non ha un limite di valore. Questo dà luogo ad una confusione non desiderabile. La sanzione pecuniaria non dovrebbe avere una finalità confiscatoria; la confisca non dovrebbe avere una finalità punitiva<sup>29</sup>. Solamente la forma combinata di questi due misure può offrire una soluzione giusta nell'ambito della responsabilità degli enti.

Una possibile via di mezzo sarebbe la previsione di una sanzione pecuniaria seguendo il modello per quote, con un minimo abbastanza basso e senza limite massimo o (se si hanno dubbi di legittimità costituzionale, in particolare sotto il profilo del principio di legalità, perché esse difetterebbero della predeterminazione legale) con un massimo che il giudice possa elevare ancora sostanzialmente nel caso che si tratti di una grande impresa, seguendo modelli già conosciuti nel diritto italiano<sup>30</sup>.

## 5.

### La sanzione pecuniaria è adeguata per le persone giuridiche?

La sanzione pecuniaria, sia penale sia amministrativa, è la punizione più usata contro le persone giuridiche. Questa primazia, riscontrabile nella maggioranza degli ordinamenti europei, si giustifica generalmente sulla base del fatto che un ente collettivo non può essere condannato alla pena detentiva, diversamente da una persona fisica che può soffrire la privazione

<sup>26</sup> Come abbiamo visto, l'importo della pena pecuniaria per le persone giuridiche in Spagna oscilla tra un minimo di 5.400 ed un massimo di nove milioni di euro. In Italia, la banda di oscillazione della sanzione pecuniaria è più ridotta. Si estende tra un minimo di 25.800 e un massimo di euro 1.549.000. Si pretendeva, in sostanza, garantire un "adeguamento effettivo alle condizioni dell'ente, in considerazione del carattere estremamente variegato della realtà economica dell'impresa nel nostro paese", secondo la Relazione.

<sup>27</sup> La più alta pena pecuniaria irrogabile nei Paesi Bassi è pari a 740.000 euro. Cfr. KEULEN, F./ GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", in PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Dordrecht, 2011, p. 185. Invece, in Francia si può arrivare fino a 5 milioni di euro. Cfr. DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", in PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.), op. cit., p. 166.

<sup>28</sup> Per esempio, l'art. 23.1 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), prevede che la Commissione potrà "irrogare", una cifra che può essere enorme. Con riferimento ai criteri di calcolo, v. le Diretrici per il calcolo delle sanzioni pecuniarie imposte in applicazione dell'art. 23, comma 2, lett. a) del Regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 201/02) (Testo rilevante ai fini del SEE).

<sup>29</sup> Questo tema meriterebbe un approfondimento dei rapporti tra strumenti confiscatori e sanzioni pecuniarie. L'economia del presente lavoro non consente una autonoma trattazione. Si rimanda sull'argomento a FORNARI, L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padova, 1997, p. 247 ss.

<sup>30</sup> Il Codice Rocco prevedeva la facoltà per il giudice di aumentare fino al triplo la pena pecuniaria, quando per le condizioni economiche del reo essa dovesse presumersi inefficace (artt. 24, c. 3 e 26, c. 2 c.p.).

di libertà<sup>31</sup>. Perché, invece, non si usano tanto le sanzioni interdittive?

Ci sono altri due fattori chiave per spiegare la diffusione della sanzione pecuniaria. Il primo, innegabile, fa riferimento ai minori costi che deve sopportare lo Stato per la sua esecuzione. Il secondo, molto più discusso, è centrato sulla presunzione che tale sanzione abbia un grande potenziale deterrente. Questa presunzione a sua volta è basata sull'assunto che la persona giuridica, analogamente alla persona fisica, compia scelte razionali sulla base di un bilanciamento tra costi e benefici<sup>32</sup>.

Tuttavia, questa valutazione positiva della sanzione pecuniaria non può non sorprendere se si considerano, da un lato, le osservazioni critiche che sono state formulate in dottrina con riferimento ai suoi asseriti effetti preventivi, i quali risulterebbero a ben vedere assenti, e ciò per diverse ragioni sulle quali mi soffermerò nel prosieguo; e, dall'altro lato, che tradizionalmente il livello della sanzione pecuniaria si è mantenuto abbastanza basso, riducendo così ulteriormente i suoi potenziali effetti deterrenti. Andiamo con ordine.

I principali sostenitori della sanzione pecuniaria, sia per le persone fisiche, che specialmente per le giuridiche, si collocano nella scuola di Chicago. Dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto, si parte da un modello nel quale le persone prendono decisioni razionali tendenti alla massimizzazione dei benefici ed alla minimizzazione dei costi. Applicata al diritto penale e amministrativo, questa teoria prevede che l'infrazione venga commessa quando i benefici ricavati da lei superano i costi prevedibili<sup>33</sup>.

La teoria della scelta razionale permette di determinare quale sia la sanzione ottimale e con che grado di intensità debba essere imposta. Così come ha originariamente affermato Gary Becker nel 1968<sup>34</sup>, la multa è la pena ideale per le persone fisiche, perché risparmia alla società il costo della prigione e permette al condannato di continuare a lavorare. Nel suo studio egli afferma che, se alcuni criminali possono pagare la pena pecuniaria e altri no, i primi devono essere puniti con una pena pecuniaria e per i secondi devono essere ricercate altre pene<sup>35</sup>. La prima conseguenza di questa proposta è che la scelta delle pene deve realizzarsi non sulla base della gravità del reato, quanto piuttosto sulla capacità del reo di far fronte al pagamento della pena pecuniaria. La seconda è che un delinquente solvente non deve andare in prigione ogni volta in cui sia in grado di pagare la pena pecuniaria.

Becker non ha fatto riferimento nel suo studio alla criminalità d'impresa. Lo ha fatto Richard Posner<sup>36</sup>. Secondo questo autore, lo scopo che deve perseguire la pena pecuniaria nell'ambito della criminalità collettiva è quello di motivare l'impresa (in realtà i soci) a organizzarsi in modo da prevenire la commissione di reati. Si è, infatti, ipotizzato che i reati commessi dalle persone giuridiche rispondano a motivazioni razionali, ed in particolare ad un bilanciamento tra costi e benefici, con la conseguenza che l'impresa si asterrà dal commetterli

<sup>31</sup> E' famosa la citazione attribuita al primo Lord Thurlow (1731-1806), il quale avrebbe chiesto "Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?". L'autore che più ha contribuito a renderla popolare è COFFEE, J. C. Jr., "No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment", *Michigan Law Review* 79(3), 1981, pp. 386-459.

<sup>32</sup> E' un argomento comune in dottrina. Si veda per tutti CHAMBLISS, W. J., "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", *Wisconsin Law Review* 1967, pp. 705-719; BRAITWAITE, J./ GEIS, G., *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, in *Crime and Delinquency* 28, 1982, p. 302; MILLER, E. H., "Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants", *Vanderbilt Law Review* 46, 1993, pp. 203 ss.; PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", in CLARKE, R. V./ FELSOM, M. (Eds.), *Routine Activities and Rational Choice: Advances in Criminological Theory. Volume 5*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1993, *passim*; ULEN, T. S., "The Economic Case for Corporate Criminal Sanctioning", in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), *Debating Corporate Crime*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1997, pp. 119-141. Contro questa presunzione che la persona giuridica si comporti come quella fisica, si vedano le interessanti considerazioni di ERMANN, M. D./ RABE, G. A., "Organizational Processes (not rational choices) Produce most Corporate Crimes", in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), cit., *passim*; LAUFER, W. S., "Corporate Bodies and Guilty Minds", *Emory Law Journal* 43, 1994, pp. 647-730; METZGER, M. B./ SCHWENK, C. R., "Decision Making Models, Devil's Advocacy, and the Control of Corporate Crime", *American Business Law Journal* 28, 1990, pp. 323-377.

<sup>33</sup> Cfr. GRASMICK, H. G./ BURSİK, R. J., "Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model", *Law and Society Review* 24, 1990, pp. 837-861; PILLAVIN, I./ GARTNER, R./ THORNTON, C./ MATSUEDA, R., "Crime, Deterrence, and Rational Choice", *American Sociological Review* 51, 1986, pp. 101-119.

<sup>34</sup> Citato da BECKER, G., "Crime and Punishment: An economic approach", in BECKER, G./ LANDES, W. (Eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 1974, pp. 1-54. Si veda anche BECKER, G., *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1976.

<sup>35</sup> Cfr. BECKER, G., "Crime and Punishment", cit., pp. 31-32.

<sup>36</sup> POSNER, R. A., "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review* 17, 1980, pp. 409-418; dello stesso autore, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup> ed. Aspen Publishers, New York, 2002, pp. 437-439.



se minacciata da una sanzione la cui esecuzione (“*expected punishment cost*”)<sup>37</sup> equivalga come minimo al beneficio che essa spera di ottenere attraverso l’illecito. Posner mostra come, giacché la sanzione per eccellenza per gli enti collettivi è quella pecuniaria, non è chiaro perché debba avere natura penale, posto che i costi imposti dalle garanzie del processo penale hanno senso, dal punto di vista economico, solo quando la sanzione penale inflitta comporta costi più pesanti che il mero trasferimento di denaro allo Stato. La conclusione è che sia preferibile sanzionare gli enti collettivi con sanzioni pecuniarie di natura non penale.

Nonostante la chiarezza teorica di questa proposta ci sono vari aspetti che risultano criticabili. Lasciando da parte la questione che per le persone fisiche si introduce un doppio regime sanzionatorio, il quale non compensa le diseguaglianze sociali, ma anzi le perpetua<sup>38</sup>, è di carattere generale l’obiezione che l’applicazione speculare della legge della domanda e dell’offerta al diritto penale non è sostenibile. Come segnala Paliero<sup>39</sup>, questa legge è anzitutto rivolta al mercato dei beni, ossia di quelle risorse materiali che assegnano dei vantaggi a tutti gli operatori economici – tanto i produttori quanto i consumatori –. Inoltre, la legge in parola ha per oggetto un modello di comportamento volto a promuovere le decisioni relative ai beni, non a disincentivarle. Al contrario, la logica che sottostà al “mercato della pena” è esattamente inversa: in questo mercato si distribuisce un bene negativo – la pena –, che presuppone costi per tutti e non apporta alcun beneficio, né pubblico né privato. Si tratta di un mercato la cui logica è orientata a deprimere, non a sviluppare le proprie dinamiche, e soprattutto mira a scoraggiare sia la domanda di pena – da parte del reo con il suo comportamento criminale – come l’offerta di pena – da parte dello Stato –. Certo è che in questo mercato c’è un beneficio finale, rappresentato dal mantenimento dell’ordine sociale grazie alla prevenzione dei reati, e tuttavia questo beneficio non è quantificabile, quindi non è apprezzabile in termini economici, il che significa che fuoriesce dalla razionalità del modello. Inoltre tanto il comportamento degli attori istituzionali quanto quello degli attori individuali in questo mercato è, almeno in parte, e in alcuni casi completamente, anelastico, nel senso che sia insensibile a modifiche della quantità e del prezzo del bene offerto dal “mercato della pena”. Detto brevemente, buona parte del comportamento criminale non risponde ai parametri di una “scelta razionale”, come ci indicano gli studi criminologici dedicati all’analisi del tipo criminale. Non solo esistono crimini passionali, ma anche sottoculture criminali che non rispondono a una razionalità economica. A volte anche i criminali razionali per eccellenza, le persone giuridiche, agiscono irrazionalmente. Ciò accade, per esempio, quando l’infrazione nasce da ignoranza o dalla mancanza di capacità tecnica o organizzativa di soddisfare la norma, indipendentemente dal livello della pena pecuniaria. A questo si aggiunge che ci sono indizi del fatto che la massimizzazione del profitto può non essere, in assoluto, una spiegazione adeguata al comportamento aziendale, ben potendo venire in rilievo motivazioni di diverso tipo, ad esempio le ambizioni di carriera e le lotte di potere tra gruppi di azionisti nelle società quotate<sup>40</sup>.

In secondo luogo, continua ad essere difficile determinare il livello ottimale della pena pecuniaria. Bisogna, infatti, considerare che la maggioranza dei delitti imputabili a persone giuridiche siano delitti socioeconomici in senso lato, come quelli ambientali, con un tasso molto basso di scoperta e ancora più basso di perseguimento e condanna. La percezione della minaccia sottesa alla sanzione riflette la probabilità che questa sia inflitta. Si deve conoscere e tenere in considerazione questo dato al momento della determinazione dell’ammontare della pena pecuniaria, ragione per cui esiste una vivace diatriba al riguardo<sup>41</sup>. In ogni caso, vi è un notevole consenso sul fatto che l’importo debba essere rilevante, proprio in ragione del summenzionato basso livello di accertamento e di perseguimento dei delitti generalmente attribuiti alle persone giuridiche<sup>42</sup>. Ma la previsione di sanzioni pecuniarie sufficientemente

<sup>37</sup> Su questo concetto, COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389; dello stesso autore, “Making the Punishment fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction”, *Northern Illinois University Law Review* 1980, pp. 7-8. L’*“expected punishment cost”* si calcola sulla base di due fattori: l’importo della pena pecuniaria e la probabilità della sua applicazione.

<sup>38</sup> Saranno, infatti, sempre gli stessi a soffrire lo stigma della prigione, le classi economicamente disagiate; mentre chi può permetterselo sarà sanzionato con pene pecuniarie non stigmatizzanti, la cui imposizione non ha lo stesso effetto della prigione.

<sup>39</sup> PALIERO, C. E., “L’economia della pena”, *Riv. ital. dir. proc. pen.* 2005, p. 1372.

<sup>40</sup> Cfr. LEVIN, M. H., “Corporate probation conditions: Judicial creativity or abuse of discretion?”, *Fordham Law Review* 52, 1983, p. 641.

<sup>41</sup> Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions: corporate sentences beyond fines”, in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (eds.), cit., pp. 147-148; HEINE, G., “Sanctions in the field of corporate criminal liability”, in ESER, A. (ed.), *Criminal responsibility of Legal and Collective Entities*. Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 1999, pp. 242 ss.

<sup>42</sup> Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, cit., p. 204.

elevate per ottenere un effetto deterrente può impedire la sopravvivenza delle aziende a cui queste effettivamente si applicano<sup>43</sup>: si produce così la c.d. “*deterrence trap*”, ossia la trappola della deterrenza<sup>44</sup>. Gli effetti preventivi della pena pecuniaria a nulla servono quando la persona giuridica è incapace di far fronte alla sanzione.

D'altra parte, siccome la persona giuridica è cosa diversa rispetto alle persone fisiche che la dirigono, non è neppure chiaro se una pena pecuniaria elevata, della quale è destinataria la persona giuridica, comporti effetti dissuasivi tanto sui rappresentanti legali e sugli amministratori, che sono coloro che veramente possono essere più colpiti nella propria carriera professionale dallo stigma inerente al reato<sup>45</sup>, quanto sui quadri più preoccupati di conseguire una promozione a tutti i costi<sup>46</sup>.

Queste critiche mi sembrano difficili di refutare. Altre, nonostante, hanno dei punti deboli. Per esempio, si è indicato che la previsione di sanzioni pecuniarie eccessive può produrre effetti indesiderati, chiamati “*overspill*”<sup>47</sup>, che gravano su terzi innocenti: sostanzialmente, soci, obbligazionisti, creditori<sup>48</sup>, lavoratori<sup>49</sup> e clienti o consumatori<sup>50</sup>. Anzi tutto, io non comprenderei tra questi terzi innocenti i soci e gli obbligazionisti<sup>51</sup>, perché, per come si configura il modello di imputazione di responsabilità penale/amministrativa della persona giuridica in Spagna e in Italia sono anch'essi considerati responsabili – sebbene a loro non si imponga direttamente una sanzione – di non aver esercitato un debito controllo sui rappresentanti legali e sugli amministratori di fatto e di diritto dell'ente. Per quel che attiene agli effetti sui creditori e i lavoratori, conviene tenere presente che non c'è pena o sanzione che non imponga costi a terzi innocenti, e che i costi sopra illustrati non paiono sproporzionati, soprattutto perché quando lo sono il giudice è obbligato a considerarlo nel processo di applicazione della sanzione alla persona giuridica. Piuttosto, mi pare preoccupante quanto detto sopra rispetto alla riluttanza dei giudici di altri paesi ad imporre sanzioni pecuniarie elevate, proprio per evitare questo presunto effetto su terzi innocenti; fenomeno meglio noto come “*nullification*”<sup>52</sup>.

Da ultimo, la sanzione pecuniaria può essere considerata un costo imprenditoriale in più<sup>53</sup>, che la persona giuridica può trasferire sui clienti e i consumatori attraverso l'aumento dei prezzi dei suoi prodotti e servizi. Questa è una critica frequente, sulla quale i commentatori insistono costantemente. Bisogna tuttavia considerare che, in un mercato concorrenziale, non risulti facile per l'impresa aumentare i prezzi senza perdere competitività. D'altra parte, se l'impresa avesse potuto aumentare i prezzi rimanendo competitiva, non lo avrebbe forse già fatto prima, senza la necessità di aspettare l'imposizione di una sanzione pecuniaria?<sup>54</sup>

<sup>43</sup> Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions”, cit., p. 148.

<sup>44</sup> Al riguardo, è imprescindibile COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 389 ss.

<sup>45</sup> In dottrina si è andata abbandonando la posizione secondo cui solo la persona fisica sarebbe capace di avvertire l'effetto stigmatizzante della condanna, effetto che una struttura inanimata come la persona giuridica non potrebbe invece percepire. Sul punto, ad esempio COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389. Oggi, infatti, si sa che l'immagine è molto importante per le società quotate, le quali investono ingenti somme di denaro in campagne pubblicitarie volte a migliorarla. Si veda tra gli altri FISSE, B., “Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions”, *Southern California Law Review* 56(6), 1983, p. 1153.

<sup>46</sup> Cfr. HEINE, G., “Sanctions”, cit., p. 244. PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., “Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime”, *Law and Society Review* 30(3), 1996, pp. 549 ss., scoprono che le considerazioni morali costituiscono per gli amministratori e i dirigenti una fonte importante di controllo sociale. Solo nei settori in cui è meno forte l'inibizione morale predominano le considerazioni di tipo razionale e strumentale.

<sup>47</sup> “Quando la persona giuridica prende il raffreddore, altri starnutiscono” (COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 401).

<sup>48</sup> La sanzione pecuniaria è criticata perché riduce il patrimonio dell'ente e pertanto la garanzia di pagamento dei creditori sociali. Cfr. KENNEDY, C., “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms”, *California Law Review* 73(2), 1985, p. 455.

<sup>49</sup> Il diminuire della capacità produttiva può obbligare l'ente a modificare la propria strategia d'impresa, riducendo il personale e così incidendo negativamente sui livelli di occupazione. Cfr. COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402.

<sup>50</sup> Cfr. RUSH, F. L., “Corporate Probation: Invasive Techniques for Restructuring Institutional Behavior”, *Suffolk University Law Review* 21(1), 1986, p. 455.

<sup>51</sup> Si veda, tuttavia, COFFEE, J. C. Jr., “Making the Punishment”, cit., p. 6. Nel senso che la pena pecuniaria non fa nulla di più che privare gli azionisti dell'arricchimento ingiusto derivante dal reato, si veda J. B. McADAMS, “The Appropriate Sanctions for Corporate Criminal Liability: An Eclectic Alternative”, *University of Cincinnati Law Review* 46, 1977, pp. 994-995. Sul punto si veda anche KREINER RAMIREZ, M., “The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, *Arizona Law Review* 47, 2005, pp. 991 ss.; DE MAGLIE, C., *Etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 347-348.

<sup>52</sup> Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, cit., p. 207.

<sup>53</sup> Al respecto, si veda COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402; LEVIN, M. H., “Corporate Probation Conditions”, cit., p. 639; ORLAND, L., “Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship”, *American Criminal Law Review* 17, 1980, p. 516.

<sup>54</sup> Cfr. COOTER, R., “Prices and Sanctions”, *Columbia Law Review* 84(6), 1984, pp. 1523 ss.

## 6. Conclusioni

Analogamente a quanto accade rispetto alle pene applicabili alle persone fisiche, esiste un acceso dibattito dottrinale sulle finalità delle sanzioni penali ed amministrative applicabili alle persone giuridiche. Oltre alla funzione general-preventiva, le sanzioni per le persone giuridiche hanno una evidente vocazione special-preventiva, giacché mirano a controllare o neutralizzare, in via provvisoria o definitiva, una persona giuridica che ha manifestato una spiccata pericolosità attraverso i reati commessi da coloro che ne esercitano la direzione e gestione. Tale pericolosità dell'ente è in relazione diretta con la sua incapacità di organizzarsi in maniera tale che i suoi amministratori, rappresentanti e dipendenti non commettano reati. Da questo punto di vista, incoraggiare la persona giuridica ad adottare misure preventive non può che rappresentare uno degli obiettivi fondamentali del diritto penale o amministrativo. Come abbiamo messo in luce, tale considerazione spinge i fautori dell'analisi economica del diritto a difendere la sanzione pecuniaria come quella più adeguata per gli enti collettivi, giacché questi ultimi si comportano in maniera razionale, secondo la logica del calcolo tra costi e benefici, sicché una sanzione pecuniaria sufficientemente elevata per compensare il danno arrecato alle vittime, maggiorata dalle spese processuali, dovrebbe avere necessariamente effetti preventivi. Tale orientamento si regge, come sopra illustrato, su due pilastri fondamentali: la concezione della persona giuridica di tipo imprenditoriale come un soggetto razionale e la convinzione che sia possibile calcolare sanzioni pecuniarie sufficientemente dissuasive, ma che al contempo possano essere pagate dall'ente condannato senza colpire eccessivamente terzi innocenti. Entrambi questi argomenti sono stati oggetto di ragionevoli critiche. A ciò si aggiunga che la sanzione pecuniaria da sola non stimola l'impresa a modificare la propria organizzazione interna con lo scopo di implementare misure efficaci per prevenire e scoprire quei reati che in futuro potrebbero essere commessi per il suo tramite o avvalendosi della sua copertura<sup>55</sup>. Di qui l'importanza di altre sanzioni non pecuniarie che siano in grado di incidere sull'organizzazione interna della persona giuridica. È opportuno che la pena pecuniaria sia accompagnata da sanzioni interdittive che eliminino la pericolosità dell'ente e/o lo incoraggino o lo obblighino a riorganizzarsi in maniera tale da prevenire la commissione di reati. Sotto questo profilo, l'amministrazione giudiziaria (commissario giudiziale nella terminologia italiana) sembra una delle misure dotate di maggiore potenziale, a condizione beninteso che nella sua applicazione concreta venga configurata come una sorta di "probation" corporativa che consenta sia la rimozione di amministratori e dirigenti, sia l'imposizione di nuove strutture organizzative volte alla prevenzione dei reati. Non risulta invece opportuno incentrare tutta l'attenzione sull'esistenza di modelli organizzativi per la prevenzione dei reati. Alcuni studi mettono, infatti, in luce come questi modelli siano finalizzati più ad attenuare la responsabilità penale o amministrativa dell'ente che ad ottenere un reale mutamento della condotta corporativa che garantisca il futuro rispetto della legge<sup>56</sup>.

In secondo luogo, bisogna parimenti tenere conto che la mera imposizione di una sanzione pecuniaria, anche elevata, non trasmette alla società il messaggio che la condotta criminosa dell'ente sia intollerabile, bensì, piuttosto, l'impressione che il crimine sia accettabile a condizione che l'impresa ne paghi il prezzo<sup>57</sup>, cosa che inevitabilmente riduce la fiducia della comunità nei confronti del sistema sanzionatorio.

<sup>55</sup> Cfr. già STONE, C. D., *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper & Row, New York, 1975, p. 57. Non manca chi sostiene che la multa sia più adeguata rispetto ad altre misure, come la "probation", per realizzare le finalità della pena. In tal senso, WRAY, C. A., "Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines", *The Yale Law Journal* 101(8), 1992, pp. 2031 ss.

<sup>56</sup> Ad esempio, KRAWIEC, K. D., "Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance", *Washington University Law Quarterly* 81, 2003, pp. 510 ss., secondo il quale le indagini empiriche mostrano come né i codici di comportamento né i *compliance programs* costituiscano meccanismi efficaci per impedire "condotte socialmente indesiderabili all'interno delle organizzazioni"; McKENDALL, M., et al., "Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines", *Journal of Business Ethics* 37, 2002, pp. 376-379.

<sup>57</sup> Cfr. FISSE, B., "Sentencing options against corporations", *Criminal Law Forum* 1(2), 1990, p. 220; KAHAN, D. M./ POSNER, E. A., "Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", *Journal of Law & Economics* 42, 1999, p. 380.