

PUNIRE LE PERSONE GIURIDICHE:
NE VALE ANCORA LA PENA?
BREVI CONSIDERAZIONI *

*Cristina de Maglie***

1. Con il decreto legislativo n. 231 del 2001 il nostro sistema si è dotato finalmente di un *modello di responsabilità penale* della persona giuridica.

Una riforma che, come afferma la bella relazione che accompagna il decreto, era “ormai improcrastinabile” per ragioni interne ed esterne all’ordinamento, che premevano per la criminalizzazione degli enti.

Da un lato, l’analisi comparatistica aveva dimostrato ampiamente come la criminalizzazione dell’impresa fosse una scelta “obbligata”, per esigenze di armonizzazione e coordinamento con gli altri Paesi europei.

D’altra parte le ragioni di politica criminale che aprono la strada alla responsabilità penale delle società erano state lumeggiate da più parti: l’assodata dannosità e pericolosità del reato d’impresa; la difficoltà e – in certi casi – l’impraticabilità di soluzioni sistematico-sanzionatorie mirate esclusivamente sulle persone fisiche; lo spostamento degli obiettivi del diritto penale post-moderno e in particolare del diritto penale dell’economia dalla repressione alla prevenzione dei reati¹.

Il progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale del 2000 (progetto Grosso) per primo si era fatto portavoce di queste istanze, dedicando un intero titolo, il settimo, alla responsabilità delle persone giuridiche: una responsabilità che sebbene non qualificata espressamente come “penale”, risultava “ancorata a presupposti penalistici e governata dalle garanzie forti del diritto penale”. Ed è in questa situazione spirituale favorevole, che si è materializzato il decreto legislativo 231: un vero e proprio microsistema complesso, che affronta il problema della responsabilità degli enti sia sul versante sostanziale che su quello processuale.

* È il testo della relazione tenuta al Convegno “*Vale ancora la pena? La risposta al reato nell’epoca contemporanea*” svoltosi a Firenze il 17 e 18 ottobre 2024, con riferimenti bibliografici ridotti all’essenziale.

** Ordinario di diritto penale nell’Università di Pavia.

¹ PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

2. Il modello italiano è stato profondamente influenzato dall'esperienza comparatistica.

Sono sempre attuali gli studi nordamericani di sociologia dell'organizzazione con la distinzione decisiva tra “*crime in the corporation*” e “*corporate crime*” e il conseguente abbandono della prospettiva tradizionale *antropocentrica*, a favore dell'*approccio organizzativo*².

Il cuore del sistema italiano è rappresentato dai *modelli di organizzazione, gestione e controllo (MOG)*, plasmati sui *compliance programs* di stampo statunitense e ispirati alla *carrot-stick-philosophy*.

Il meccanismo è noto.

Negli anni novanta del secolo scorso, dopo la constatazione del fallimento degli *ethical codes* nel contrastare la *corporate criminality*, nasce negli Stati Uniti l'esigenza di modificare radicalmente le tecniche di controllo dei reati commessi dalle persone giuridiche.

L'obiettivo – ambizioso – è quello di conciliare la delicatezza di un intervento meramente moralizzante, come quello di un codice etico tradizionale, con le esigenze di una tutela forte, reclamata dall'importanza dei valori in gioco.

La soluzione va così trovata in un intreccio armonioso tra le varie esigenze strategiche: una soluzione, certamente difficile ma senz'altro vantaggiosa sul terreno dell'interazione e dell'integrazione dei due modelli di tutela: punitivo penalistico e persuasivo deontologico.

Vengono perciò individuate nuove forme di prevenzione più invasive e penetranti.

La finalità di prevenzione generale dei reati assume così una valenza ed una coloritura particolare, eccentrica rispetto alla definizione ed al contenuto tradizionali: il modello più evoluto di prevenzione generale del *corporate crime* si sostanzia alla fine degli anni '90 nell'introduzione nel sistema di moderni programmi di adeguamento – i *compliance programs* della legislazione statunitense: una serie di regole dettagliate e formulate in modo chiaro che la persona giuridica si dà allo scopo di prevenire, scoprire e denunciare i reati commessi dai suoi dipendenti. Regole messe a punto dall'impresa stessa con l'ausilio di specialisti, ma che – a differenza dei codici etici – trovano la loro fonte nella legge dello Stato che conferisce autorità, obbligatorietà e dignità alla loro attuazione; regole provviste di un apparato di sanzioni pronte a scattare in caso di violazione: la sanzione rende dunque credibili e dà legittimazione a questi programmi di autoregolamentazione.

Nella situazione esemplificata, questi modelli di autodisciplina penetrano nell'impresa con forza plasmatrice e ristrutturano l'organizzazione interna allo scopo di soffocare i focolai criminosi prima che esplodano con aggressività irrimediabile.

² DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

Solo una *presenza ingombrante* di protocolli formativi della cultura della persona giuridica è in grado di eliminare o, quantomeno, di ridurre i fenomeni criminosi, perché riesce ad imbrigliare le fonti generatrici di reato, che in caso contrario si esprimerebbero liberamente concretizzandosi in condotte delittuose.

In altre parole, questo *nuovo* modello di *prevenzione* si realizza introducendo all'interno dell'azienda un apparato di controlli preventivi, che funge da filtro e da raccordo tra impresa e giustizia penale. Si tratta di una struttura intermedia che riempie il vuoto tra organizzazione e giudice penale ed è in grado di rendere meno traumatico e improvviso l'intervento dell'autorità giudiziaria. In questo schema, i dirigenti della società assumono la qualità di *garanti* del rispetto dei programmi di adeguamento. Il ruolo ufficiale dei *managers* si giustifica pienamente: solo i dirigenti dell'impresa sono in grado – nel sostanziale isolamento che caratterizza le organizzazioni postmoderne – di districarsi con facilità (e comunque con maggior disinvoltura di un eventuale esperto esterno) nei meandri della struttura sociale; solo i dirigenti interni possono, con maggiore celerità degli organismi di controllo esterno, percepire le patologie dell'impresa al loro insorgere e aggredirle con maggior risolutezza.

Il dovere in cui si sostanzia questa posizione di garanzia che investe i dirigenti è dunque *duplice* e consiste sia nella cooperazione con la pubblica Autorità nella prevenzione dei reati, che nella collaborazione all'attività investigativa una volta che il reato è stato commesso.

Quanto agli effetti di questi programmi di collaborazione.

La presenza di un sistema intermedio di controllo extrapenale attutisce l'invadenza e l'atrocità della giustizia penale, perché penetrando in modo pervasivo nella struttura dell'impresa riesce a disattivare e a rimuovere le fonti di rischio di commissione di reato. La sanzione penale interverrà solo in termine di residualità: quando – per inosservanza delle regole di *compliance* – siano falliti clamorosamente i meccanismi preventivi intermedi.

Una volta dimostrato che il delitto si è realizzato nonostante l'effettiva, completa e diligente osservanza dei precetti di autoregolamentazione, la persona giuridica otterrà ampi benefici: da uno sconto notevole di pena all'esclusione di invasive procedure di supervisione *post delictum*; anche i dirigenti che hanno rispettato le regole fondanti la posizione di garanzia saranno premiati andando esenti da pene.

Se invece si accerta che il reato si è verificato per la mancata ottemperanza dei programmi di adeguamento, l'invadenza della giustizia penale si manifesterà in modo deflagrante: ci saranno pene altissime sia per le società che per i *manager-garanti* che hanno omesso di esercitare i controlli necessari a far rispettare i *compliance programs*.

Con il sistema cautelare previsto dalla 231, in presenza di una "effettiva e regolare" esistenza di modelli organizzativi in grado di funzionare come "freni inibitori"

alla propensione criminale della società, la colpevolezza di questa resta esclusa da una causa di *non esigibilità* della condotta conforme³.

3. Sono passati ventitré anni dalla riforma, e il bilancio non è positivo. La responsabilità penale delle persone giuridiche è un argomento molto dibattuto nei convegni e sulle riviste specialistiche, ma poco sperimentato dalla prassi nelle aule di giustizia; questo è il risultato, nonostante il catalogo dei reati presupposto abbia ormai assunto dimensioni rilevanti.

Le cifre parlano chiaro. Basta consultare l'osservatorio sull'applicazione del D.lgs. 231/2001 presso il tribunale di Milano, curato e messo a disposizione da Marco Scoletta, per formulare conclusioni che denunciano una scarsa effettività della normativa; un'ineffettività che stupisce se si considera che questi dati – dal 2016 al 2022 – (n. provvedimenti: 228; sentenze che includono una condanna: 51; sentenze concluse con patteggiamenti: 73; etc.) provengono dalla sede di Milano, la sede giudiziaria che più di ogni altra dovrebbe fare uso del decreto 231...

Le ragioni di questo insuccesso sono state analizzate e autorevolmente valutate in tutte le sedi opportune; le proposte di riforma sono tutte meritevoli di riflessione⁴.

Ritengo comunque che alla base della scarsa effettività del modello 231 ci siano *due ragioni* di fondo.

La prima riguarda la "penalità" in generale; la seconda concerne la "percezione della filosofia" alla base della responsabilità penale dell'ente.

In dettaglio.

4. Per quanto riguarda il "sistema" della penalità, sono illuminanti, soprattutto per il tema qui affrontato, le riflessioni di Carlo Enrico Paliero, riconosciuto come uno tra i più autorevoli esperti di politica criminale.

Già nel saggio sul "*Sogno di Clitennestra*"⁵ e, soprattutto, nel recente, complesso studio sul "*Mercato della penalità*"⁶, l'Autore si interroga sulle origini della penalità e

³ PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, voce in DONINI (a cura di), *Enc. Dir., I tematici*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 64 ss.

⁴ CENTONZE-MANACORDA (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna, 2023.

⁵ PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 447 ss.

⁶ PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021.

del bisogno di pena, dimostrando come nella penalità esista un *nucleo duro* di tipo *vendicatorio* che è molto difficile da estirpare.

Secondo Paliero, le varie “spiegazioni” sulla penalità si sono dimostrate tutte fallaci: non sono convincenti quelle di tipo *politico à la Foucault*⁷, che la inquadrano come strumento di distribuzione del potere, né quelle di tipo *sociologico à la Garland*, che arrivano a concepire la penalità come “istituzione sociale”⁸. Tantomeno persuasive sono le teorie politico-economiche, come la costruzione di Rusche e Kirchheimer, culturalmente allineata con l’ideologia della Scuola di Francoforte.

Tutte spiegazioni avvincenti, ma da cui emerge che:

[...] il sistema della penalità risulta privo di uno scopo *suo*, di una *sua* funzione: il sistema stesso è servente al *mezzo*, non ne è protasi (come la dommatica, classica e moderna, tende invece a ricostruirla) bensì la sua apodosi. All’interno del (suo) sistema, lo scopo *serve* al *mezzo* (e non viceversa) poiché lo scopo (quello *vero*) è esterno al sistema stesso e alla sua logica binaria (reato↔pena)⁹.

Alla fine, scrive Paliero, la *spiegazione* più credibile ce la danno le *concezioni emotive* della penalità, che fondano il loro paradigma nella sociologia di Émile Durkheim.

E qui l’Autore riporta un passaggio decisivo della costruzione durkheimiana.

In primo luogo la pena consiste in un atto passionale [...]: per quanto proceda da una reazione del tutto meccanica e da movimenti passionali e in gran parte irriflessi, la funzione che sostiene non è per questo meno utile. Soltanto tale funzione non sussiste dove la si vede abitualmente. La pena non serve [...] a correggere il colpevole o a intimidire possibili imitatori [...]. La sua vera funzione è mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità. Categoricamente così negata, la coscienza comune perderebbe necessariamente parte della sua energia se una reazione emozionale della comunità non intervenisse per compensare tale perdita: il rilassamento della solidarietà sociale sarebbe l’inevitabile risultato¹⁰.

Ed ecco la conclusione lucida, durissima, convincente: la pena è “[...] rimasta almeno in parte un atto di vendetta!”.

Questa pulsione vendicatoria ha un bisogno “irresistibile” di afferrare “il corpo

⁷ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, tr. it., Torino, 1976.

⁸ GARLAND, *La cultura del controllo*, tr. it., Milano, 2004.

⁹ PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., 97 s.

¹⁰ DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, tr. it., Milano, 1971, 125.

(e talora l'anima) del colpevole di turno"¹¹ per mettere le cose in ordine...

Stefano Tomelleri, partendo dalle riflessioni di Friedrich Nietzsche e di René Girard, analizza la società in cui viviamo e la etichetta sapientemente come la "società del risentimento"; in questo contesto, gli individui vivono in una condizione di "frustrazione permanente", perché si sentono ostacolati, paralizzati, bloccati in tutti i loro desideri, le loro aspirazioni, le loro ambizioni¹².

Allora,

Come un'onda su di uno scoglio, così il desiderio di vendetta si infrange contro l'altro trionfante e rifluisce verso il soggetto, che si lascia costantemente sommergere dal risentimento¹³.

E il risentimento dell'essere umano tardo-moderno ha bisogno di trovare un *capro-espiatorio* su cui scagliarsi: più soffriamo, più siamo torturati nel corpo e nell'anima, più vogliamo che soffrano e siano torturate le persone che ci stanno vicine.

Gabrio Forti e Silvano Petrosino ci spiegano molto bene questo meccanismo, che è "folle" ma che, allo stesso tempo, è "logico"¹⁴.

(...) a proposito del capro espiatorio (...) bisogna riconoscere l'attivarsi di un processo che corrisponde a una certa logica economica: infatti se si è prodotta una perdita o una colpa, *conviene* allora che uno solo paghi per tutti¹⁵.

È il trionfo della *logica economica*. È la "tentazione contabile", in altre parole, che sta alla base del principio del capro espiatorio. Una logica antica, ma che continua ad attanagliare l'uomo calcolatore della nostra epoca.

André Girard svela il "meccanismo" del capro espiatorio¹⁶.

È un meccanismo centrato sui concetti di "mimesi" e di "desiderio".

Gli umani sono soggetti che desiderano, ma tra il soggetto desiderante e l'oggetto desiderato si inserisce un altro soggetto: il modello. Girard dice che noi desideriamo "per imitazione". Accade però che il soggetto che in un primo momento fa da modello,

¹¹ FORTI, *L'ombra perduta e la sete di biasimo*, in FORTI-PETROSINO, *Logiche follie, sacrifici umani e illusioni della giustizia*, Milano, 2022, 65.

¹² TOMELLERI, *La società del risentimento. Alle origini del malessere contemporaneo*, Milano, 2023.

¹³ GIRARD, Prefazione a TOMELLERI, *La società*, cit., 12.

¹⁴ FORTI-PETROSINO, *Logiche follie*, cit.

¹⁵ PETROSINO, *La tentazione contabile. Religiosità, religione e pulsioni sacrificali*, in FORTI-PETROSINO, *Logiche follie*, cit., 47.

¹⁶ GIRARD, *Il capro espiatorio*, tr. it., Milano, 1987.

diventa poi il soggetto invidiato. Ed è questo il momento in cui nasce l'odio. Questo odio, se non controllato, si propagherebbe in modo devastante nelle società, portandole così all'autodistruzione. Ed è qui che scatta il meccanismo del capro espiatorio: un meccanismo che consente di incanalare l'odio accumulato dalla società su un bersaglio unico. È questo un soggetto che viene scelto perché ha delle caratteristiche particolari.

5. Si deve a Maurizio Catino il merito di aver individuato come l'antico fenomeno del capro espiatorio si riproponga nelle organizzazioni complesse.

Nel contesto organizzativo "il capro espiatorio perde la sua natura archetipa, per diventare uno strumento di razionalità organizzativa"¹⁷.

Viene perciò utilizzato da una serie di soggetti, interni ed esterni alla persona giuridica, per deviare la responsabilità penale dell'impresa verso alcuni individui, che sono in qualche modo coinvolti nell'evento negativo, ma finiscono per pagare colpe che sono *anche* di altri¹⁸.

Il capro espiatorio organizzativo si distingue dalla figura archetipa e dal capro espiatorio innocente, dando vita a una categoria con struttura e finalità completamente diverse.

La *figura archetipa* è nota: il capro espiatorio è una persona (in passato anche un animale) che viene sacrificata dalla collettività per espiare le sue colpe. La vittima sacrificale viene perciò allontanata dalla comunità, nel convincimento profondo che questa cacciata purificherà la collettività e le consentirà di superare lo stato di crisi.

Il *capro espiatorio innocente* è invece quello che paga al posto di altri individui, per responsabilità che non sono sue. A differenza dell'archetipo, la sua punizione non riguarda peccati generici, realizzati dalla collettività, bensì "fatti specifici", rispetto ai quali risulta completamente estraneo.

Il sacrificio del singolo avviene per scopi di interesse comune, per placare l'ansia collettiva di insicurezza, per contenere la rabbia sociale di fronte a situazioni di crisi culturale, disagio economico, instabilità politica.

Il capro espiatorio innocente viene così additato come la causa scatenante di queste condizioni; la sua punizione esemplare consente ai persecutori di eludere quei problemi che sembrano intrattabili.

¹⁷ CATINO, *Il capro espiatorio nelle organizzazioni complesse*, in AA.VV., *L'ombra delle 'colonne infami'. La letteratura e l'ingiustizia del capro espiatorio*, Milano, 2022, 251 ss.

¹⁸ CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022.

Il *capro espiatorio organizzativo* – dice Maurizio Catino – appare in situazioni di crisi profonda in cui si trovano le società.

Gli scandali d'impresa, gli incidenti e più ingenerale, i fallimenti organizzativi minano l'immagine e la reputazione delle organizzazioni, generando stigma organizzativo, rischi legali e conseguenze economiche, oltre ai danni causati dall'evento.

A questo punto, le strategie difensive dell'impresa possono essere due:

a. riconoscere che la responsabilità del fatto è dell'*organizzazione*, che deve mettere a punto tutte le misure di cambiamento e di miglioramento perché il fatto non si ripeta in futuro (*approccio organizzativo*).

b. Concentrare l'accertamento della responsabilità penale sulle *persone fisiche* che sono state *immediatamente* coinvolte nell'evento. L'individuazione di una mela marcia (*bad apple*) è un modo di trasferire e scaricare la responsabilità *solo* sulle persone fisiche, accusandole di negligenza, di inerzia, di omissione di vigilanza... Una strategia ben costruita, che colpisce i singoli, ma non tocca l'impresa. Ed è così che l'organizzazione esce indenne dal disastro e dallo scandalo, non deve cambiare nulla della sua politica interna, risparmia spese per le modifiche della gestione e spese legali. Senza contare che con questa tattica, l'opinione pubblica si tranquillizza, perché ha l'impressione che il problema di fondo sia stato risolto.

Ma non è così.

Le due tipologie di capro espiatorio per così dire tradizionali (la figura *archetipa* e il capro espiatorio *innocente*) hanno il seguente fattore in comune: l'assoluta estraneità del prescelto – una persona innocente – ai fatti che gli vengono contestati.

Il capro espiatorio *organizzativo* è invece quell'individuo che paga per le colpe *anche* di altre persone. È – come dice Catino – un soggetto – o possono essere più individui – che è in qualche modo "*coinvolto* nella genesi e nella dinamica dell'evento per il quale è ritenuto colpevole, altrimenti la costruzione del capro espiatorio non risulterebbe credibile".

Addirittura, spiega la letteratura specialistica di lingua anglosassone, il capro espiatorio può essere in certi casi "consensuale": un soggetto, che in cambio di vantaggi economici o di avanzamento di posizione nell'ambito dell'impresa, si accolla la responsabilità del fatto tipico per coprire il gruppo dirigente e risparmiarlo da indagini imbarazzanti, distruttive per la reputazione dell'impresa¹⁹...

Ed è così che il capro espiatorio organizzativo perde la sua misteriosa dimensione

¹⁹ FISSE-BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993.

mistica e sacrificale per divenire una forma – disinvolta – di “*organization policy*”. Si tratta allora di una vera e propria strategia intenzionale dell’impresa, che mira ad un risultato consapevole: quello di proteggere la persona giuridica, deviando la ricerca della responsabilità dall’organizzazione all’individuo, in modo da riuscire a superare una situazione di crisi, evitando costi economici, rischi legali, processi, stigma.

Sono allora ragioni di *convenienza* che premono per questa soluzione tattica.

Naturalmente il candidato a ruolo di capro espiatorio organizzativo, non può essere un soggetto qualunque, scelto a caso tra i componenti del gruppo aziendale.

Deve infatti ricoprire una funzione *eziologicamente* connessa all’evento e ci deve essere *proporzionalità* tra il ruolo gerarchico ricoperto e l’evento che si è verificato.

D’altra parte, la magistratura, quando si concentra sulle responsabilità delle persone fisiche, riserva l’attenzione su chi è più visibilmente vicino al risultato negativo che si è verificato. Non solo: i *media* preferiscono sbattere in prima pagina un mostro in carne ed ossa, per incanalare le emozioni dell’opinione pubblica verso precisi orientamenti di politica criminale.

Insomma, il diritto penale, anche nella tardo-modernità non riesce a sganciarsi dalla persona fisica.

Il *focus* sull’individuo è un approccio molto difficile da abbandonare, molto comodo e molto utile per tranquillizzare le coscienze.

In definitiva, il *focus* sulla persona fisica ci libera dal male²⁰.

6. Se queste brevi riflessioni riguardano il clima politico-criminale in cui si radica in generale la penalità, altre più specifiche concernono il modello della 231.

Io ritengo che la ridotta, non soddisfacente – rispetto alle aspettative – applicazione della normativa sulla responsabilità penale delle persone giuridiche sia dovuta anche ad un *fattore emotivo*. Una *resistenza ideologica* a comprendere le grandi potenzialità della legge. Potenzialità di formare una cultura d’impresa rispettosa dell’etica.

Ancora una volta, è utile dare uno sguardo all’esperienza statunitense, che ha vissuto – dopo gli entusiasmi iniziali – una crisi profonda nell’applicazione dei *compliance programs*²¹.

La nostra migliore letteratura ci ha sempre avvertiti sulla questione. L’etica non

²⁰ TOMELLERI, *Il capro espiatorio. L’uso strategico della violenza*, Torino, 2023.

²¹ DE MAGLIE, *Alla ricerca di un “effective compliance program”: venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, 375 ss.

riuscirà *mai* a fondersi nel carattere dell'impresa e rimarrà solo un mero artificio retorico «finché non sia posta in grado di affrontare il problema dell'autorealizzazione della persona. Non è possibile insomma discorrere di etica d'impresa senza riflettere sulle questioni di fondo che investono la persona e, dunque, sul ruolo che perfino all'interno di una realtà aziendale possono assumervi i “beni relazionali” rispetto a quelli meramente “posizionali”»²².

Sono queste le perplessità che hanno indotto una parte della letteratura nord-americana a procedere ad un'analisi minuziosa e spietata di *compliance programs in action* presso diverse *corporations*: l'obiettivo è stato quello di capire le ragioni di fondo che hanno portato all'insuccesso delle strategie di autodisciplina.

Così, negli ultimi anni, alcuni specialisti di “*business ethics*”, che hanno avuto la possibilità di prendere in concreto visione di numerosi *compliance and ethics programs* adottati dai vari tipi di *organizations*, hanno individuato due modelli di programmi.

A. un modello cd. “estrinseco”, centrato sugli incentivi offerti alle persone giuridiche (cd. *incentive-based approach to compliance*);

B. un modello cd. “intrinseco”, basato sull'etica dell'impresa (cd. *ethic-based approach*)²³.

In dettaglio.

A. Maurice Stucke illustra con chiarezza i requisiti del primo modello.

Un *compliance program* di tipo “estrinseco” spinge le imprese a calcolare i costi ed i benefici della strategia di *compliance*: ciò significa, in primo luogo, che l'organizzazione deve essere in grado di valutare i risultati dei suoi investimenti nell'attività di autoregolamentazione. In altre parole, “un'impresa deve riuscire a misurare qual è la probabilità di ottenere l'incentivo e qual è l'entità dell'incentivo”; in secondo luogo, per riuscire a stabilire i costi della *compliance*, l'*organization* deve sapere quali sono le attività ulteriori che deve intraprendere, per quanto tempo dovrà metterle in atto e a quanto ammonta il costo di tutte queste operazioni. Infine – ricorda Stucke – per incoraggiare le aziende a concentrare le loro energie sulla *compliance*, le *Guidelines* “implicano un accordo”: se una *firm* si impegna ad adottare un protocollo di autoregolamentazione e rispetta i sette requisiti stabiliti dalla legge, otterrà uno sconto di pena previsto.

In altre parole, in base all'*extrinsic-approach*, le persone giuridiche vorranno

²² FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018.

²³ STUCKE, *In Search of Effective Ethics & Compliance Programs*, in 39 *Jour. Corp. L.* 2013-2014, 769 ss.

sapere chiaramente “che cosa ci si aspetta da loro per ricevere l’incentivo” e le Corti ed il *Department of Justice* dovranno essere in grado di rispondere con precisione a questa domanda.

È allora evidente come questo “modello estrinseco” sia centrato su un paradigma meramente utilitaristico. Qui la regola di *compliance* si rivolge alla “*societas-oeconomica*”, a cui interessa esclusivamente soppesare la convenienza della strategia di auto-regolamentazione e che quindi si preoccupa di formulare una valutazione orientata alla mera opportunità. Un’impostazione, questa, che si aggancia in modo convincente alle teorie di *criminal law and economics*, in particolare a quelle che considerano “la *persona giuridica* espressione *per sé* di *razionalità di scopo economico*”. In questo paradigma viene invece completamente frustrata ogni aspirazione rivolta alla costruzione di una cultura d’impresa eticamente orientata.

Peraltro, non sembra dalle indagini svolte che l’*extrinsic model* abbia conseguito risultati apprezzabili.

B. La situazione cambia completamente, secondo gli specialisti, qualora la società adotti un “*ethic based program*”.

In questo caso, l’obiettivo non è tanto la deterrenza, cioè la minaccia di sanzioni in caso di violazione delle specifiche regole di *compliance*; qui si cerca invece di orientare tutte le forze interne della *corporation* allo scopo di sviluppare una cultura dell’organizzazione rispettosa dei valori dell’etica degli affari. Il problema non è più tanto quello di motivare la *societas* ad impegnarsi per riuscire ad acquisire il *financial incentive*, ma è quello di indurre l’impresa a costruire ed a promuovere una *corporate culture* che sia basata su una giustificazione morale.

È una prospettiva nuova, questa, che coinvolge in prima persona gli alti dirigenti dell’impresa, affinché si impegnino a fondo in un vero e proprio processo rieducativo interno e motivino i dipendenti a “fare la cosa giusta perché è la cosa giusta da fare”: l’acquisizione di una *organization culture* eticamente orientata diviene, in questo modello, l’obiettivo da raggiungere “per sé stesso”.

La differenza tra le due prospettive, come spiega Maurice Stucke, si può allora così sintetizzare: il quesito alla base dell’*extrinsic approach* è quello che induce i vertici dell’impresa a valutare “che cosa è possibile fare legalmente” e “quali sono i costi ed i vantaggi della strategia di *compliance*”; l’*intrinsic approach* è quello invece che mira a realizzare “qual è la cosa etica e giusta da compiere”.

L'acquisizione di un "*ethical carachter*" costituisce allora un valore in sé da perseguire e da raggiungere: una virtù che, una volta acquisita dall'organizzazione, rappresenterà nel mondo degli affari una qualità competitiva vincente.

È comunque opportuno sottolineare che i due modelli di *compliance* sopra indicati *non sono alternativi* e non si escludono a vicenda: la soluzione convincente sta nello studiare il giusto equilibrio tra le due impostazioni.

In altre parole, in un *compliance and ethics program* che si propone di essere *effective*, l'elemento opportunistico della "*carrot-stick philosophy*", non scompare ma diventa l'effetto collaterale che deriva dall'aver creato e applicato nell'azienda una *corporate culture* rispettosa dell'etica.

In definitiva, l'esperienza statunitense degli ultimi anni ha dimostrato la difficoltà di trovare un *compliance program* che sia veramente efficace, se non ha una componente etica.

È opportuno riflettere su queste indicazioni.

ABSTRACT

Dopo ventitrè anni dall'introduzione nel sistema italiano della responsabilità delle persone giuridiche, il bilancio non è positivo. L'Autrice individua due ragioni alla base della scarsa effettività della normativa. A. La difficoltà di abbandonare le concezioni vendicatorie della pena con la conseguente ricerca ossessiva di un capro espiatorio-persona fisica; B. La resistenza ideologica a comprendere le potenzialità della normativa di formare l'etica dell'impresa.

PAROLE CHIAVE

Responsabilità penale impresa – Ineffettività riforma – Concezione vendicatoria pena
– Capro espiatorio organizzativo – Etica e mercato

* * *

PUNISHING CORPORATIONS: IS IT STILL WORTH IT?

ABSTRACT

The ineffectiveness of the Italian Reform of Corporate Criminal Liability relies on two factors. Vitality of vengeful conception of criminal punishment, traditionally focused on scapegoat; difficulty to accept the compliance program capacity to shape organizational culture.

KEYWORDS

Corporate criminal liability – Crime in the corporation – Corporate crime –
Scapegoating – Ethics and market