



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ E DELLO SPORT

Settore Scientifico Disciplinare IUS 18

IL TRAPIANTO GIURIDICO
DEI *COMPLIANCE PROGRAMS* DAL SISTEMA
STATUNITENSE AL SISTEMA PENALE ITALIANO:
UN APPROCCIO STORICO-COMPARATIVO AL PRINCIPIO
SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

IL DOTTORE

Dr. Castrenze MINASOLA

IL COORDINATORE

Ch.mo Prof. Guido SMORTO

IL TUTOR

Ch.ma Prof.ssa Maria MICELI

CICLO XXV

ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2015

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

PARTE I

UN APPROCCIO STORICO-COMPARATIVO

AL PRINCIPIO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*”:

DAL *DELINQUERE* DELL’*UNIVERSITAS* AL *DELINQUERE* “*UT UNIVERSI*”

E DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI MODERNE.

Capitolo I

La genesi non romanistica del principio “*societas delinquere non potest*” e la sua riconduzione sostanziale all’opera del canonista Sinibaldo dei Fieschi (INNOCENZO IV 1243-1254).

Precisazioni sulla portata semantica del termine “*societas*”.Pag. 12

1.1 La *persona ficta* in Sinibaldo dei Fieschi (poi Papa con il nome di Innocenzo IV dal 1243 al 1254) e il problema della sua capacità a delinquere tra pene secolari e pene spirituali.

1.2 Precisazioni sulla portata semantica del termine “*societas*” all’interno del brocardo “*societas delinquere non potest*”.

1.3 Alcuni precedenti romanistici della *persona ficta* di Innocenzo IV.

1.4 Conclusioni.

Capitolo II

Il problema delle Persone giuridiche nel diritto romano: *Collegia, Universitates e Societates “quibus permissum est corpus habere”*.Pag. 29

2.1 Il problema delle Persone giuridiche nel diritto romano: *Collegia, Universitates e Societates “quibus permissum est corpus habere”* (D. 3.4.1 pr.-1).

2.2 Sui limiti del delinquere delle *societates “quibus permissum est corpus habere”* in ambito penale privato.

2.3 Altri passi del Digesto rilevanti per uno “statuto” unitario relativo alle persone collettive: sul piano dei rapporti obbligatori (D. 3.4.7.1), sul piano dei rapporti reali (D. 1.8.6.1), sul piano dei rapporti successori (D. 46.1.22).

2.4 *Collegia* e libertà associativa nel diritto romano.

Capitolo III

“Collegium delinquere potest?”: il crimen sodaliciorum e il principio *societas delinquere non potest* nel diritto romano tardo-repubblicano.

Note a margine di Cic., *pro Plancio* 18.45: una proposta interpretativa sulle locuzioni “*decuriasse Plancium*” et “*sequestrem fuisse*”.Pag. 63

3.1 “*Collegium delinquere potest?*”: definizione del problema. 3.2 La *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C. e il *crimen sodaliciorum*. 3.3 “*Decuriasse Plancium*” et “*sequestrem fuisse*”: una proposta interpretativa per Cic., *pro Plancio* 18.45. 3.4. Sul possibile fondamento del potere consolare di scioglimento dei *collegia illicita*. 3.5 La *lex Licinia de sodaliciis* e la liquidazione dei patrimoni delle disciolte associazioni: il problema dell’interpretazione di D.4.7.12. 3.6 L’evoluzione storica del *crimen sodaliciorum* e il nuovo modo di intendere l’illiceità dei collegi in epoca imperiale. 3.7 Conclusioni.

Capitolo IV

Il delinquere “*ut universi*” delle corporazioni medievali: l’influenza del diritto germanico sulla concezione della persona giuridica e sul delitto corporativo, l’opera dei glossatori e l’insegnamento di BARTOLO, ALBERICO da Rosate e ODOFREDO.Pag. 89

4.1 L’influenza del diritto germanico sulla concezione della persona giuridica e sul delitto corporativo. 4.2 L’opera dei glossatori. 4.3 L’insegnamento di Bartolo, Alberico da Rosate e Odofredo.

Capitolo V

La c.d. teoria della finzione di SAVIGNY: la “riemersione” del principio “*societas delinquere non potest*”.

Tradizione e ripensamenti su D. 4.3.15.1 Pag. 100

5.1 La c.d. teoria della finzione di Savigny: differenze ed analogie con la *persona ficta* di Innocenzo IV. 5.2 Tradizione e ripensamenti su D. 4.3.15.1 . 5.3 Osservazioni sul contesto storico-dottrinale in cui maturò la teoria della finzione di Savigny.

Capitolo VI

Profili di continuità tra il *delinquere* dei collegi illeciti romani, quello delle corporazioni medievali e quello delle società ferroviarie all'alba della rivoluzione industriale.Pag. 106

CONCLUSIONIPag. 108

PARTE II

IL TRAPIANTO GIURIDICO DEI *COMPLIANCE PROGRAMS* NEL SISTEMA PENALE ITALIANO: GENESI, CIRCOLAZIONE E LIMITI DEI MODELLI DI ADEGUAMENTO

Capitolo I

Osservazioni generali sulla circolazione dei modelli giuridici.Pag. 110

Capitolo II

Considerazioni sulla circolazione sulla circolazione del modello processuale e sostanziale statunitense ed in particolare sulla circolazione del modello della responsabilità penale delle persone giuridiche.Pag. 114

Capitolo III

Genesi ed evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese. Osservazioni sul fondamento storico della *vicarius liability*.Pag. 117

Capitolo IV

Genesi della responsabilità delle persone giuridiche nel diritto statunitense.....Pag. 124

Capitolo V

Tra *vicarius liability* e *strict liability*: la soluzione “*soft*” del *Model Penal Code* (M.P.C.) per la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto statunitense e il suo arresto minoritario.Pag. 127

Capitolo VI

Limiti alla tecnica sanzionatoria dei *fines* del *Model Penal Code* alla luce delle dottrine di analisi economica e influenza delle stesse sulla elaborazione di una tecnica più matura nelle *Federal Sentencing Guidelines*.Pag. 129

- 6.1 La sanzione ottimale per le Persone giuridiche.
- 6.2 Un'applicazione di analisi economica al diritto romano.
- 6.3 Persone giuridiche e "*deterrence trap*".
- 6.4 L'approccio "*Stick and Carot*", in particolare l'effetto "attenuante" degli indici di colpevolezza dei *programs* (c.d. *culpability score*).

Capitolo VII

Verso la costruzione di un modello di responsabilità penale autonomo della persona giuridica basato sulla c.d. "colpa di organizzazione".

***Ethos* dell'oratore ed *ethos* dell'impresa: un suggestivo "prestito" aristotelico.Pag. 135**

Capitolo VIII

Centralità dei *Compliance Program* e suoi requisiti di efficacia.....Pag.138

- 8.1. Dalla *check list* originaria alla previsione di requisiti generali per i *programs* nella riforma del 2003.
- 8.2. Struttura del *compliance program* (§ 8B2.1. U.S.S.G.).
- 8.3 Il carattere "*advisory*" delle *Guidelines*: l'evoluzione giurisprudenziale e la sentenza *Booker* del 2005.

Capitolo IX

***Compliance programs* e discrezionalità dell'azione penale dei *Prosecutors* statunitensi: rilievi comparativi rispetto all'esercizio dell'azione penale contro le persone giuridiche nel sistema italiano.Pag. 160**

- 9.1 Discrezionalità dell'azione penale nel sistema statunitense e il cambio di *policy* del governo statunitense dal 1999 ad oggi.
- 9.2 Rilievi comparativi rispetto all'esercizio dell'azione penale contro le persone giuridiche nel sistema italiano.
- 9.3 L'apparente limitato effetto empirico dei *programs* nel sistema statunitense: possibili spiegazioni. Le tabelle ufficiali della *Sentencing Commission*.

Capitolo X

La circolazione del modello in Europa: il modello francese e “le due anime” della persona giuridica francese nella dicotomia tra formante legislativo e formante giurisprudenziale.Pag. 175

Capitolo XI

Il trapianto giuridico nel sistema italiano del *program* statunitense: l’evoluzione verso l’effetto scriminante e il problema del carattere obbligatorio o facoltativo dei *programs* italiani.

Richiami alla riforma del diritto societario del 2003.Pag. 181

Capitolo XII

Efficacia del trapianto nel sistema italiano: diversità del substrato economico-manageriale del sistema statunitense da quello italiano.

Le Linee Guida della Confindustria italiana.Pag. 191

Capitolo XIII

Aspetti problematici del d.lgs. 121/2011 sulla responsabilità delle persone giuridiche in materia ambientale: un’occasione perduta dal legislatore italiano per l’elaborazione di *programs* in materia ambientale?

Rilievi storico-comparativi con la tutela dell’ambiente nel diritto romano.Pag. 196

Capitolo XIV

Il “ritorno” in patria del modello della responsabilità penale delle persone giuridiche : verso una forma di colpevolezza legata al “difetto di organizzazione” (c.d. “*management failure*”) anche nel sistema inglese : il “*Corporate Homicide Act*” del 2007.Pag. 207

| | |
|---|-----------------|
| CONCLUSIONI | Pag. 212 |
| INDICE DELLE OPERE CITATE NELLA PARTE I | Pag. 223 |
| INDICE DELLE OPERE CITATE NELLA PARTE II e Conclusioni | Pag. 237 |
| INDICE DELLE PRINCIPALI FONTI ANTICHE ANALIZZATE | Pag. 246 |
| INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE DI <i>COMMON LAW</i> | Pag. 252 |
| INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE DI <i>CIVIL LAW</i>..... | Pag. 252 |
| SITI DI INTERESSE ISTITUZIONALE | Pag. 252 |
| <i>SUMMARIUM</i> | Pag. 253 |
| ABSTRACT | Pag. 255 |

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Secondo una diffusa opinione il superamento del principio “*societas delinquere non potest*” è da attribuire al sistema di *common law*, ed in particolare al sistema statunitense con la sentenza *New York Central and Hudson Railway v. U.S.A.* del 1909¹, è altresì abbastanza consolidata l’idea, nella tradizione romanistica, da Ferrini a Savigny, che gli enti collettivi non possano delinquere.

La conseguenza ovvia di queste premesse è che solo in epoca moderna si sia arrivati a concepire una responsabilità penale delle persone giuridiche, tanto più, affermazione questa volta condivisibile, che il brocardo “*societas delinquere non potest*”, ad onta della lingua in cui è espresso, non è stato elaborato dalla giurisprudenza romana, ma molto più probabilmente dalla scienza penalistica ottocentesca, allorquando gli Stati si dovettero confrontare con la forza economica e criminale delle nuove società commerciali moderne, specie di quelle ferroviarie.

Se tuttavia si vuole approfondire l’indagine, senza per altro trascurare il diritto intermedio, e pervenire a più corretti risultati circa la genesi della responsabilità penale delle persone giuridiche, bisogna necessariamente procedere con un approccio storico-comparativo, e questo non solo perché l’argomento della responsabilità penale delle persone giuridiche è uno di quelli che meglio si presta all’applicazione del metodo storico-comparativo, ma perché solo attraverso questo tipo di approccio è possibile “svelare” meglio l’apparente mistero di un modello di responsabilità, che, *prima facie*, sembra sorgere improvvisamente all’alba dell’evo moderno.

Per altro, come è stato scritto da uno dei massimi studiosi di trapianti giuridici <<*il diritto comparato è storia giuridica che tratta il rapporto tra sistemi*>>², seguendo questa autorevole definizione, e combinando una tecnica di comparazione sia diacronica che sincronica, nella prima parte di questo

¹ Cfr. C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, pag. 14 e ss.,.

² A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un “approccio” al diritto comparato*, Università di Camerino, 1984, pag. 6.

lavoro, privilegiando l'approccio diacronico, si concentrerà la ricerca sulla genesi e l'evoluzione delle prime forme di responsabilità collettiva, nella seconda parte della ricerca, privilegiando un approccio sincronico, si procederà ad una comparazione tra i sistemi penali vigenti.

Il dubbio che deve animare e stimolare l'indagine è però quello di ricercare nelle nebbie della storia, in primo luogo nei sistemi di *civil law*, se mai già nel diritto intermedio ci siano state delle elaborazioni dottrinali (per tutti Bartolo) o provvedimenti legislativi, che abbiano contemplato, già prima che nel sistema di *common law*, forme di responsabilità delle persone giuridiche o comunque forme di responsabilità collettive.

Con uno specifico, e ci sembra inedito tentativo, in questa tesi di dottorato si cercherà, inoltre, di arretrare l'indagine sino ai collegi illeciti romani di età tardo repubblicana, al fine di verificare se, nel periodo sopra indicato, vi sia una possibile operatività sostanziale del principio *societas delinquere potest*, nella specie riferito ai *collegia illicita* e perciò riproponibile nella forma *collegium delinquere potest*, o in quella, riscontrabile nelle fonti, di "*collegium poena teneatur*"³.

Sembra tuttavia opportuno, ai fini di un immediato chiarimento sulla genesi non romanistica del principio "*societas delinquere non potest*", aprire questa ricerca con un primo approfondimento sulla sua elaborazione sostanziale da parte del grande canonista Innocenzo IV, nella cui opera il principio è espresso nella forma "*Quia impossibile est quod universitas delinquat*", mentre si può sin da subito anticipare che l'attuale forma lessicale, "*societas delinquere non potest*", è probabilmente dovuta alla scienza giuridica ottocentesca.

Si chiariranno nel corso dell'indagine le ragioni di questa diversità semantica, ma preme sin da ora sottolineare che il pontificato di Innocenzo IV si svolge

³ Si tratta in particolare dell'epigrafe, presumibilmente della metà del II sec. a.C., che riferisce ad un collegio funerario, appunto con la locuzione "*collegium poena teneatur*", la pena per somme distratte da parte del suo custode, così ricostruita dal MOMMSEN, CIL. VI, 10296: "*Poena autem infra s[cripta] ita locum habeto ut si quid a custode commi]ssum fuerit, collegium poena teneatur, vel [custodem distrahat ante proximas k.] Apr.*"; cfr. *amplius* in argomento S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio "*societas delinquere non potest*" nel diritto associativo tardo antico, in *IAH*, 5/2013, pag. 29-48.

tra 1243 al 1254, e ciò sin da ora ci allerta circa la possibilità che forme di responsabilità collettive furono concepite già nel diritto intermedio.

Per altro, sia nella specifica indagine riguardante l'opera Innocenzo IV, sia nell'indagine sul diritto romano, il problema del riscontro di eventuali forme di responsabilità penale collettiva è logicamente preceduto, almeno secondo l'impostazione tradizionale della dottrina dominante, dal problema della configurabilità delle persone giuridiche come enti a se stanti o, comunque, come corpi collettivi unitari, di cui il problema della loro responsabilità penale è quindi solo un corollario e, tuttavia, non si deve fin da ora preconconcettualmente escludere la possibilità che l'indagine porti a dimostrare che possibili forme di responsabilità penale collettiva nel diritto romano prescindano dallo schema moderno della persona giuridica.

Appare comunque necessario premettere nell'indagine di diritto romano una preliminare ricognizione dei contributi dottrinali sul problema delle persone giuridiche nel diritto romano, mentre nell'indagine sull'opera di Innocenzo IV l'analisi della problematica sulla responsabilità penale dell'*universitas*, dovrà essere necessariamente preceduta dalla ricognizione di quella che è la sua più importante invenzione, ossia la *persona ficta*⁴, i cui risultati saranno per così dire più tardi "riasmblati" nell'opera di Savigny, che darà vita, nell'Ottocento, alla nota teoria delle finzione.

Circa la più specifica indagine sui *programs* essa sarà condotta su quei sistemi giuridici, principalmente quello statunitense e quello italiano, in cui questo istituto è presente, o perché introdotto in via legislativa, come nei suddetti sistemi, o perché enucleato in via giurisprudenziale, come nel sistema francese.

L'indagine per altro, inquadrata nel più ampio spettro della circolazione dei modelli cercherà di cogliere, ove possibile, le ragioni che hanno portato al trapianto giuridico dell'istituto dei *compliance programs* dal sistema statunitense a quello italiano e l'originalità o meno di questa invenzione giuridica.

⁴ "Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona" (INN. c. 57 X, 2, 20).

PARTE I

UN APPROCCIO STORICO-COMPARATIVO AL PRINCIPIO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*”: DAL *DELINQUERE DELL’UNIVERSITAS* AL *DELINQUERE “UT UNIVERSI”* E DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI MODERNE.



INNOCENZO IV

“Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona” (INN. c. 57 X, 2, 20)

“Quia impossibile est quod universitas delinquat” (INN. c. 53 X, 5, 39)

Capitolo I

La genesi non romanistica del principio “*societas delinquere non potest*” e la sua riconduzione sostanziale all’opera del canonista Sinibaldo dei Fieschi (INNOCENZO IV 1243-1254).

Precisazioni sulla portata semantica del termine “*societas*”.

Sommario: 1.1 La *persona ficta* in Sinibaldo dei Fieschi (poi Papa con il nome di Innocenzo IV dal 1243 al 1254) e il problema della sua capacità a delinquere tra pene secolari e pene spirituali.

1.2 Precisazioni sulla portata semantica del termine “*societas*” all’interno del brocardo “*societas delinquere non potest*”.

1.3 Alcuni precedenti romanistici della *persona ficta* di Innocenzo IV.

1.4 Conclusioni.

1.1 Il concetto di persona giuridica come ente astratto, centro d’imputazione di diritti e obblighi, distinto dalle persone fisiche che la compongono, è probabilmente riconducibile, nella sua prima elaborazione concettuale, al grande canonista Sinibaldo dei Fieschi (poi Papa con il nome di Innocenzo IV dal 1243 al 1254), il quale per primo affermò: “*cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*”⁵, cioè quando una causa riguarda una collettività, questa va considerata come unica persona, si è parlato pertanto di “*persona ficta*”.

In particolare così recita il passo per esteso: “*cum collegium in causa universitatis fingatur una persona, dignum est, quod per unum iurent, licet per se iurare possint, si velint... et etiam propter facilitatem ponendi et respondendi, alias autem quilibet per se in animam suam iurare debet*”⁶.

⁵ Sull’argomento F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, II, Milano 1936, pag. 5-90; F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, Torino, 1915, pag. 77 e ss.; R. FEENSTRA, *L’istorie des fondations. A propos de quelques études recentes*, in *TR*, 1956, pag. 380-447; F. TODISCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979; A. CAMPITELLI, voce “*Persona*” (*diritto intermedio*), in *Enc. Dir.* XXXIII (1983), pag. 181-193. Per un dettagliato commento del testo ancora A. CAMPITELLI, “*Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*”. *Riflessioni sul Commento di Sinibaldo dei Fieschi*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 61, 1988, pp. 65-76; più di recente F. BELVISI, *Alle origini dell’idea di istituzione. Il concetto di “collegium” come “persona ficta” in Sinibaldo dei Fieschi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno 23, n. 1/ 1993, pag. 3-23; A.M. PUNZI NICOLÒ, *La persona giuridica in diritto canonico. Tra valorizzazione e relativizzazione*, in *Persone Giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 89-110.

⁶ INN. c. 57 X, 2, 20. Il passo è contenuto nell’unica opera di INNOCENZO IV: *Apparatus (Commentaria) in quinque libros decretalium*, prima ed. stampa Strassburg, 1477, riferimenti del RUFFINI all’ed. di Venezia 1570. L’opera, in cinque libri, elaborata da INN. a cavallo della sua elezione al soglio pontificio nel 1243, commenta le decretali del suo predecessore Papa GREGORIO IX e fu poi inserita, dallo stesso INN., nella sua decretale *Romana ecclesia*. Per un approfondimento sulla figura di INN., pontefice e giurista, cfr. A.

Il passo innocenziano si riferisce, come evidente, al giuramento dell'*universitas*, in particolare si rileva che quando un *collegium*, una collettività, deve affrontare una *causa universitatis*, cioè che interessa il *collegium* come *corpus* unico, quella collettività (*collegium*) "*fingatur una persona*" va considerata come un'unica persona (giuridica), pertanto "*dignum est*", appare consono, che attraverso uno solo ("*per unum*") giurino tutti i membri della collettività ("*iurent*"), come se fosse un'unica persona.

Ciò, per altro, "*etiam propter facilitatem ponendi et respondendi*", questo cioè anche per un motivo pratico: rendere più facile al *collegium*, in *causa universitatis*, cioè nelle cause che lo riguardano nella sua unitarietà, proporre l'azione processuale o difendersi da essa ("*ponendi et respondendi*")⁷.

Rimane comunque la possibilità ai singoli membri della collettività di giurare ciascuno personalmente ("*licet per se iurare possint, si velint*"), proprio perché non si deve dimenticare che i membri del *collegium* "*fingatur una persona*", perciò non può che rimanere fermo in capo ai singoli membri del *collegium* la possibilità di giurare direttamente, altrove lo stesso Innocenzo, infatti, avvertirà che le *universitas* "*nomina sunt iuris, et non personarum*".

Ci si riferisce in particolare al **canone 53 X, 5, 39 De sententia excommunicationis**, in cui Innocenzo affronta lo spinoso problema della possibilità dell'*universitas* (o del capitolo ecclesiastico) di essere scomunicata o, per quanto qui più ci interessa, di commettere delitti, così esprimendosi: "*Universitas autem non potest excommunicari: quia impossibile est quod universitas delinquat: quia universitas, sicut et capitulum, populus, gens, et huismodi, nomina sunt iuris, et non personarum*"⁸.

A fronte della grande invenzione della "*persona ficta*", cui potevano riferirsi unitariamente, e con grande utilità pratica, le situazioni processuali del *collegium*, Innocenzo si trovò però subito ad affrontare le obiezioni, mosse anche dagli stessi canonisti suoi contemporanei, in primo luogo se

PIOLA, *Innocenzo IV Fieschi pontefice e sommo giurista*, in *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 1969, pag. 101-115.

⁷ Cfr. A. CAMPITELLI, "*Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*". *Riflessioni sul Commento di Sinibaldo dei Fieschi*, cit., p. 73.

⁸ INN. c. 53 X, 39, 5 *De sententia excommunicationis*.

l'universitas, così unitariamente costruita, potesse essere scomunicata o addirittura commettere delitti.

Il grande canonista dovette pertanto, per così dire “ridimensionare” la portata innovativa della sua invenzione e si così trovò costretto a ricordare che comunque non di persone reali si parlava nel caso di *universitas, capitulum, populum gens*, ma solo di “*nomina iuris*”, invenzioni del diritto, che pertanto *l'universitas* o il *capitulum* non potevano essere scomunicate o delinquere.

Affermò, in proposito, in altro canone: “*Universitas ... consensum alicuius facto praestare non potest, cum consensus corporis (sit) nec corpus habeat*” e così per il *capitulum*, “*Capitulum, quod est nomen intellectuale, et res incorporales, nihil facere potest nisi per membra sua*”⁹.

Fu, per altro, proprio quest’ultimo testo che fece parlare della “*persona ficta*”, come persona necessariamente rappresentata, da cui l’endiadi, “*persona ficta et rapraesentata*”, usata in seguito da commentatori e decretalisti, per indicare la persona giuridica¹⁰.

Proprio su questo passo appunta però la sua attenzione quella dottrina¹¹, che pur non contestando l’originalità dell’invenzione innocenziana della “*persona ficta*”, ritiene che la teoria della finzione in senso stretto sia un’invenzione del Savigny, attraverso un “riasseblaggio” terminologico della teoria di Innocenzo; ancora tale dottrina si preoccupa di precisare che è alla Scuola francese del XII secolo, piuttosto che ai canonisti, che si deve attribuire l’elaborazione del concetto di *persona rappresentata*¹².

In verità il dibattito circa l’originalità dell’invenzione innocenziana della “*persona ficta*” è molto risalente, già il Gierke, nella sua monumentale opera *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, osservava che: «La dottrina delle persone giuridiche ci si presenta nell’opera di Innocenzo IV in uno stato di così

⁹ INN. c. 64, X, *Romana eccles.* Si vedano sul punto le acute osservazioni F. RUFFINI in *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 14 e 15, ivi anche i testi dei suddetti canoni innocenziani.

¹⁰ F. RUFFINI op. ult. cit., pag. 15; conforme A. CAMPITELLI, voce “*Persona*” (*diritto intermedio*), cit., pag. 192.

¹¹ R. FEENSTRA, *L’histoire des fondations. A propos de quelques études recentes*, cit., pag. 412 e ss.,.

¹² R. FEENSTRA, *L’histoire des fondations. A propos de quelques études recentes*, cit., pag. 428; sul punto cfr. anche A. CAMPITELLI, voce “*Persona*” (*diritto intermedio*), cit., pag. 192.

improvvisa perfezione, che fa meraviglia *a onta che non manchi una certa preparazione anteriore*>>¹³.

Ancora il Ruffini, col dichiarato intento di mettere in luce la “vitalità trionfatrice”¹⁴ dell’antica dottrina canonista italiana, esalta la forza innovatrice dell’invenzione innocenziana a fronte della povertà delle fonti romane da cui essa avrebbe tratto una qualche ispirazione.

Pur non volendo aderire pienamente all’una o all’altra posizione, sembra comunque non potersi negare il peso che la tradizione romanistica ha nella formazione di Innocenzo IV¹⁵; sul punto autorevole dottrina¹⁶ ricorda, infatti, come il grande canonista si sia formato alla scuola di Jacobo Baldovino, di Azzone e dello stesso Accursio, ascoltando i problemi già affrontati da Pillio e Rogerio in tema di *universitas*.

L’apporto fondamentale per la creazione della “*persona ficta*” trae però indubbiamente linfa vitale principalmente dalla teologia, da quella tendenza già manifestatasi nei primi secoli della vita ecclesiastica “a spiritualizzare i rapporti materiali e a contraddistinguerli con un linguaggio figurativo”¹⁷, così che, già nei più antichi padri della Chiesa, vedi San Paolo¹⁸, la Chiesa è definita *Corpus Mysticum*¹⁹, più precisamente la Chiesa è la comunità solidale dei

¹³ O. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlino, 1887 (ristampa invariata Graz 1954), in particolare § 8 pag. 246, traduz. di F. RUFFINI in *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 6.

¹⁴ F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 9.

¹⁵ Non si può, infatti, non richiamare, come precedente romanistico dell’invenzione della *persona ficta* di INNOCENZO, la disposizione giustiniana in materia di giuramento dell’ente collettivo, C. 2.58.2.5: “*Hoc etiam huic legi addendum esse sancimus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit nullo mandato prolati, sed per fideiussionem ratam rem dominum habiturum suam personam firmaverit, ne vel ex hac machinatione lex circumscribi videatur, sancimus si quid tale in posterum emerit, sive pro una persona quis litem movere voluerit sive pro aliquo corpore vel vico vel alia universitate, fideiussionem quidem solitam praestare, litem autem ulterius minime procedere, nisi intra a iudice statuendum tempus faciat personas principales sacramentum subire, vel praesente adversario, si hoc maluerit, vel alio pro eo agente, vel penitus altera parte cessante inter acta apud defensorem locorum huiusmodi sacramentum vel ab ipso pro quo agitur vel plurima parte vel idonea universitatis procedat*”, ma il testo giustiniano richiedeva ancora quindi il giuramento “*vel plurima parte vel idonea universitatis*”, non giungendo ancora all’affermazione innocenziana per cui per l’*universitas*, “*dignum est, quod per unum iurent*” (INN. c. 57 X, 2, 20).

¹⁶ A. CAMPITELLI, “*Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*”. *Riflessioni sul Commento di Sinibaldo dei Fieschi*, op. cit., p. 67.

¹⁷ Così testualmente ed efficacemente F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 13.

¹⁸ PAOLO, *Prima lettera ai Corinzi*, 12, 27: “*Ora voi siete corpo di Cristo e sue membra*”.

¹⁹ Secondo il RUFFINI, op. ul. cit., pag. 14, tale riferimento al *corpus mysticum* avrebbe determinato la successiva fortuna della locuzione di “corpi morali” con cui saranno poi denominate le persone giuridiche.

fedeli unificata dalla presenza vivificante del Cristo che ne costituisce il capo divino, quindi *Corpus Mysticum Christi capitis*²⁰.

Tale *corpus ecclesiae* non si compone, tuttavia, solo dei singoli fedeli (*membra minora*) ma anche (e diremmo soprattutto) degli enti ecclesiastici (*membra maiora*), ben distinti dai fedeli²¹, tali enti ecclesiastici, sia pure indirettamente, possono considerarsi istituiti da Dio stesso, indirettamente perché in via principale sono istituiti per via legale o gerarchica, nelle forme del diritto civile o canonico, ma comunque di derivazione divina perché fanno comunque parte, come *membra maiora*, del *corpus mysticum* della Chiesa²², per questa via quindi si realizza l'estensione del concetto di *corpus mysticum* dalla Chiesa alle altre persone giuridiche ecclesiastiche²³.

Rileva sul punto la dottrina, che tale formazione divina degli enti ecclesiastici si contrappone a quella "corporativa" tipicamente romana²⁴ (sul concetto di persona giuridica in diritto romano *amplius infra* Cap. 2.1), che richiede la previa autorizzazione statale (almeno, ci pare opportuno aggiungere, dall'età del principato), mentre la persona giuridica ecclesiastica, proprio perché d'istituzione divina, non richiede alcun riconoscimento (e più precisamente non richiede alcun riconoscimento dall'autorità statale!), né, continua la suddetta dottrina, ancora a differenza del diritto romano, è necessaria una base patrimoniale per la configurazione della persona giuridica.

Una diversa spiegazione del termine "corpi morali" viene però fornita da ORESTANO, (*Persone e Persone giuridiche nell'età moderna*, Torino, 1968, ora anche in *Persone giuridiche e Storia del diritto* di L. PEPPE, Torino 2004 nota 26 pag. 9), il quale attribuisce al PUFFENDORF (1632-1694), esponente della Pandettistica tedesca, l'uso per la prima volta dell'espressione "*entia moralia*", che secondo l'opinione di ORESTANO avrebbe attinenza al campo dei *mores* umani, cui sia gli enti che le persone fisiche comunque afferiscono.

²⁰ Sul *Corpus ecclesiae mysticum* diffusamente la fondamentale opera di E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, trad. it., Einaudi, Torino, 1989, pag. 167 e ss.; secondo R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959, pag. 150 e ss., l'influenza delle dottrine patristiche può affermarsi anche in relazione al diritto romano ed in particolare a partire dall'editto di Costantino (313).

²¹ Osserva ancora altresì acutamente il RUFFINI, op. cit., pag. 12, che l'esigenza di distinguere le persone giuridiche ecclesiastiche dalla comunità dei fedeli rispondeva anche ad un processo di rapido accentramento e gerarchizzazione dell'ordinamento ecclesiastico che tendeva ad immobilizzare "sotto di sé tutto l'elemento laico come semplice oggetto passivo di amministrazione".

²² Su tutto questo si veda F. BELVISI, *Alle origini dell'idea di istituzione. Il concetto di "collegium" come "persona ficta" in Sinibaldo dei Fieschi*, cit., pag. 9 e ss.,.

²³ Sull'importanza della dottrina del *corpus mysticum* nel processo di entificazione della Chiesa e delle varie strutture che la compongono cfr. anche P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2011, pag. 220 e ss., che sottolinea lo sforzo costante, sin dalla riflessione di San Paolo, di separare concettualmente e soggettivamente la Chiesa, struttura purissima, dai fedeli portatori del fardello dei peccati, per cui secondo l'autore la locuzione corpo "morale", ancor oggi in uso, sarebbe il segno di quell'antica genesi teologica della persona giuridica.

²⁴ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I*, Torino 2011, pag. 207.

Di qui la possibilità per Innocenzo IV di distinguere, con classificazione innovativa, “*collegia realia*”, dove accanto all’elemento personale si pone un fondamentale elemento reale, il territorio, in cui tali collegi esercitano la loro attività (tra questi Innocenzo pone *civitates, burgi, ecclesiae*) e “*collegia personalia*”, caratterizzati dalla prevalenza del tradizionale elemento personale (tra questi Innocenzo pone *collegia professionum, negociacionum, officiorum, religionum, scholarium*)²⁵.

Sul punto la dottrina²⁶ ha evidenziato un’altra interessante *fictio* innocenziana concernente la personificazione ideale dell’*officium*, così espressa da Innocenzo nel canone 28, X. 1, 6, n. 5: “*fingantur enim eadem personae cum praedecessoribus*”, relativa cioè alla possibilità di considerare “un’unica persona” tutti coloro che fisicamente si succedevano nello stesso ufficio per assicurare l’identità giuridica dell’ufficio stesso.

È stata per altro rilevata²⁷ la possibile influenza di tale costruzione innocenziana sulla figura inglese della *corporation sole*²⁸, nella quale l’ufficio si perpetua all’infinito, mentre la persona fisica ne è solo il rappresentante temporale (per es. il Re, i vescovi, il *Master* di *Oxford*).

Tornando alle ragioni che inducono Innocenzo IV ad affermare “*quia impossibile est quod universitas delinquat*” va ancora evidenziato che è abbastanza concorde in dottrina²⁹ l’opinione che la sensibilità giuridica di Innocenzo sia stata influenzata dal timore che colpendo la persona giuridica con la scomunica (o, come vedremo, anche con un’eventuale sanzione civile) si possano colpire altresì delle persone innocenti (quali infanti, persone non ancora nate, o comunque che si sono opposte al delitto corporativo), così, infatti, lo stesso Innocenzo (ancora c. 53 X, 39, 5): “*Item in universitate sunt pueri unius diei. Item eadem est universitatis quae est tempore delicti et quae*

²⁵ F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 17.

²⁶ F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 115.

²⁷ F. FERRARA, ult. cit., pag. 114.

²⁸ Sulla classificazione delle *corporations* inglesi in *aggregate* e *sole corporations* si veda W. HOLDSWORTH, *A History of english law*, Vol. III, London, 1942, pag. 479 e ss.

²⁹ W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 64, 1948, pag. 77-96, in particolare sul punto pag. 82; cfr. anche G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, Milano, 2000, pag. 46.

futuro tempore, quo nullo modo delinquant: esset autem multum iniquum quod huiusmodi qui ullo modo delinquant excommunicarentur".

Si tratta di una preoccupazione che, come vedremo nella seconda parte di questa ricerca, non è estranea alla dottrina moderna: la dottrina statunitense³⁰ parla al riguardo di effetto "overspill" (o "effetto di traboccamento") della sanzione, che coinvolge cioè terzi innocenti, altrimenti denominato anche dalla dottrina nostrana "effetto ricaduta"³¹, e costituisce uno degli argomenti tutt'oggi utilizzati da chi è contrari alla responsabilità penale delle persone giuridiche.

Il rigore dell'affermazione innocenziana "*impossibile est quod universitas delinquat*" è, però, dallo stesso Innocenzo temperato attraverso l'ammissibilità di una sanzione pecuniaria (sembrerebbe di natura penale) a carico dell'*universitas*, così Innocenzo al c. 53 X, 5, 39: "*Fatemur tamen quod si rectores alicuius universitatis, vel alii, aliquod maleficium fecerint, vel etiam sine mandatum fecerint, sed postea universitatis quod suo nomine erat factum ratum habet, quod universitatis punietur speciali pene suspensionis et interdicti. Item pena capitali vel mortis vel relegationis (non) punietur universitates si contra eam agatur criminaliter, sed pena capitis mutabitur in pecuniariam*".

Il passo appare chiaro nei presupposti fondanti l'eventuale responsabilità penale dell'*universitas*: l'*universitas* risponde se i rettori hanno agito per mandato dell'*universitas* o se, pur non avendo agito su mandato dell'*universitas*, il loro comportamento è stato poi ratificato³².

Meno chiaro è il significato dell'inciso "*si contra eam agatur criminaliter*", poiché se è vero che da tale inciso si può sostenere la natura penale della pena pecuniaria inflitta all'*universitas*, eventualmente quale conversione di una pena capitale ("*sed pena capitis mutabitur in pecuniariam*"), non è chiaro

³⁰ J. COFFEE, "No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in 79 Mich. L. Rev. 1980-1981, pag. 401.

³¹ C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, pag. 347-348, tale dottrina, in accordo con gli economisti americani, ritiene tuttavia che l'effetto *overspill* sia comunque parte delle "regole del gioco", del rischio d'impresa, e comunque corrisponda al vantaggio illecito di cui la società fruisce con il suo comportamento antiggiuridico, sicché in definitiva l'effetto *overspill* riequilibra l'ordine giuridico-economico violato.

³² In argomento G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, cit., pag. 44, *ibidem* nota 81 testo del c. 53 X, 5, 39.

perché, se Innocenzo poco prima ha affermato che *“impossibile est quod universitas delinquat”*, poco dopo affermi la possibilità di *“contra eam agatur criminaliter”*, cioè di agire penalmente sia pure con la sola risultante di una pena pecuniaria.

Sul punto una possibile spiegazione, in dottrina, è data da Ullmann³³ tenendo conto del tenore complessivo del passo (che fa riferimento anche alle pene spirituali della sospensione e dell’interdetto) e della spiegazione che dello stesso passo fornirà Alberico da Rosate, circa cento anni dopo la morte di Innocenzo IV.

Ullmann, ci sembra correttamente, osserva che non c’è contraddizione nel fatto che Innocenzo affermi che si può agire *“criminaliter”* contro un’*universitas*, poiché l’affermazione *“impossibile est quod universitas delinquat”*, si riferisce all’impossibilità che l’*universitas “delinquat”* in senso canonistico e quindi subisca la sanzione spirituale della scomunica (non a caso, ci si limita sommessamente ad aggiungere, l’inciso *“impossibile est quod universitas delinquat”* è contenuto proprio nel canone 53 *De sententia excommunicationis*): il temperamento del principio si muove quindi nell’ambito delle pene spirituali e cioè attraverso la previsione di pene spirituali più miti e cioè la sospensione e l’interdetto.

L’inciso *“contra eam agatur criminaliter”*, si riferisce invece al *“delinquere”* dell’*universitas* in senso secolare, per cui è pienamente ammissibile, secondo questa ricostruzione, ammettere che anche nel pensiero di Innocenzo l’*universitas* possa delinquere ed essere colpita da una pena pecuniaria di natura penale.

Tale costruzione sarebbe poi confermata dal pensiero di Alberico da Rosate, che cento anni più tardi dalla morte di Innocenzo, nei suoi commentari, affermerà appunto che Innocenzo aveva inteso la punizione dell’*universitas* in senso *“secolare”*³⁴, escludendo solo la possibilità che essa fosse scomunicata³⁵, poiché non c’è un’anima che possa essere tradotta all’inferno!

³³ W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 83.

³⁴ Cfr. sul punto W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 83.

³⁵ Storicamente, a conferma di tale ricostruzione, si può ricordare con quanta energia INNOCENZO IV sostenne la sua tesi che l’*universitas* non può essere scomunicata nel celebre Concilio di Lione del 1245,

Affermerà ancora qualche secolo più tardi il Lord Cancelliere *Edward Thurlow* (1731-1806, Cancelliere dal 1778, confermato nel 1783)³⁶, per escludere la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese: “*No soul to be damned, no body to be kicked!*”³⁷; è probabile che nella formulazione di tale principio il Cancelliere *Edward Thurlow* sia stato influenzato dal pensiero di Innocenzo o, comunque, dal diritto canonico, infatti, pur essendo un Cancelliere laico, (essendosi chiusa l’era dei Cancellieri ecclesiastici nel 1529 con il Cancelliere *Wolsey*)³⁸, il Cancelliere *Edward Thurlow* era pur sempre il figlio di un ecclesiastico, l’arcivescovo di *Durham*, ed è pertanto molto probabile che il diritto canonico abbia influenzato la sua formazione.

Sebbene quindi Innocenzo sembra concedere una modesta apertura alla possibilità di infliggere una pena pecuniaria, di natura penale, all’*universitas*, nel seguito del commento al canone *Gravem, de sententia excommunicationis*, si affretta però a precisare che (e sembra appoggiare) la tesi di coloro che affermano che contro l’*universitas* si può agire solo civilmente (“*Quidam tamen dicunt, et forte e non male, quod et si possit contra universitatem agi civiliter*”)³⁹.

Si precisa all’uopo che la sentenza deve essere eseguita sui beni dell’*universitas* (“*mandabitur executioni in bonis universitatis*”) e se questi siano insufficienti, si potrà privare l’*universitas* dei suoi privilegi, ma in questo caso si potrà in alternativa ricorrere a una colletta “*per libram et solidum*”, da cui però dovranno essere esentati “*illi qui contradixerunt maleficio, pueri et alii qui omnino sunt sine culpa*”: risorge quindi, anche per la sanzione meramente civile, la preoccupazione di Innocenzo di tenere fuori dalla responsabilità civile gli innocenti, cioè gli infanti, e quelli che si opposero al delitto corporativo o comunque sono esenti da colpa.

cfr. P. TORELLI, *Storia del diritto italiano, Le persone*, Milano, 1966, pag. 124 e ss., in particolare sul punto pag. 131.

³⁶ Cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000, pag. 531.

³⁷ Il principio per esteso era così formulato: “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?*”.

³⁸ Cfr. sul punto G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, cit., pag. 175.

³⁹ Sul punto ancora G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti de XII-XIII secolo, cit., pag. 44 e ss.,.

Storicamente va infine ricordato che le idee di Innocenzo sulla *persona ficta*, trovano, secondo la dottrina, un preciso riscontro normativo nella costituzione federiciana *Generalia iura*, dove l'imperatore stabilisce che le *Universitates*, nelle cause in cui sono attrici o convenute, devono essere rappresentate da *syndici* e ciò non solo nei giudici civili ma a maggior ragione in *criminalibus causis et capitalibus accusationibus*, perché non rimanessero impuniti i delitti corporativi⁴⁰.

1.2 Rimane infine da affrontare l'aspetto della trasformazione semantica del canone innocenziano "*impossibile est quod universitas delinquat*" nel noto brocardo "*societas delinquere non potest*".

Sul punto appare assai illuminante l'analisi condotta dalla dottrina più recente, che parla della possibilità di un "adattamento" dell'antico brocardo innocenziano, caratterizzato dal termine *universitas*, alla nuova realtà economico-sociale dell'800, da parte, probabilmente, della scienza giuridica ottocentesca.⁴¹

Fu quindi probabilmente all'alba della rivoluzione industriale, in concomitanza dell'emergere della forza economica (e criminale) delle imprese commerciali, che il principio prese l'attuale forma lessicale, "*societas delinquere non potest*", e il termine *universitas*, più squisitamente romano-canonistico, fu sostituito dal termine "*societas*".

L'*universitas* cioè, termine caratterizzante le collettività medievali, cede ora il posto al termine *societas*, emblematico della nuova forza economico sociale delle società commerciali moderne, in specie quelle ferroviarie.

Fuorviante è invece condurre l'indagine sul termine "*societas*", relativo al brocardo "*societas delinquere non potest*", intendendolo nel senso tecnico

⁴⁰ B. PASCIUTA, *Procedura e amministrazione della giustizia nella Legislazione Federiciana: un approccio esegetico al Liber Augustalis*, in AUPA, Vol. XLV.2, 1998, pag. 363-412, in particolare sul punto pag. 374-375.

⁴¹ Su questo possibile "adattamento" del termine "*societas*" alla nuova realtà economico-sociale del 1800, si veda L. PEPPE, "*Societas delinquere non potest*". *Un altro brocardo se ne va*, in *Persone Giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 143-157, in particolare sul punto pag. 156-157 e, da ultimo, L. PEPPE, *La responsabilità, in particolare penale, della persona giuridica tra radici romanistiche e scienza giuridica europea del 1800*, in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*. Curr. E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris, De Boccard, 2012, pag. 645-654.

romanistico più maturo di contratto consensuale, cioè come *societas consensu contracta*⁴².

L'originario significato del termine *societas* richiama, secondo la dottrina, una collaborazione paritaria tra due soggetti per uno scopo comune⁴³, per altro, tale termine, come sopra osservato, non era probabilmente nemmeno presente nell'originaria formulazione del brocardo.

Ci sembra invece conducente ricordare, come è stato evidenziato negli studi di autorevole altra dottrina⁴⁴, che nelle fonti romane è frequente l'accostamento dei termini *collegium corpus* e *universitas*⁴⁵ e il tentativo di elaborare, in età più avanzata, una terminologia unitaria (incardinata soprattutto sui termini *corpus* ed *universitas*) per indicare collettività organizzate di persone distinte dalle persone fisiche che li compongono.

Si è poi opportunamente posto in evidenza, da parte di altra dottrina⁴⁶, anche la maggiore ampiezza del termine *socius* rispetto a *societas*, stante la "parentela etimologica" del termine *socius* con *sequi*, che richiama il procedere, l'andare insieme, proprio della materia associativa; in maniera altrettanto opportuna, sotto il profilo genetico del contratto di *societas*, la stessa dottrina ha evidenziato l'uso del termine *coire* (accanto al più noto *contrahere*), che ci sembra richiamare il "*corpus coierit*" di D. 47.22.3.1⁴⁷, tipico della materia associativa⁴⁸.

⁴² Sul punto la fondamentale voce enciclopedica di M. TALAMANCA, voce "*Società*" (*diritto romano*), in *Enc. Dir.* XLII (1990), pag. 814-857, in particolare l'autore (op. ult. cit. pag. 820) sottolinea come l'attenuata genericità dello schema negoziale della società consensuale romana la rende duttile alla più svariata gamma delle esigenze economico-sociali; si cfr. sul punto anche P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010, pag. 77 e ss.,.

⁴³ L. PEPPE, *La responsabilità, in particolare penale, della persona giuridica tra radici romanistiche e scienza giuridica europea del 1800*, cit., pag. 649.

⁴⁴ B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pag. 551 e ss.

Cfr. anche B. ALBANESE, Voce "*Persona*" (*diritto romano*), in *Enc. Dir.* XXXIII (1983), pag. 169-181, in particolare sulle persone giuridiche pag. 180-181.

⁴⁵ Per una dettagliata disamina dei *loci* in cui questo avviene si veda sempre B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato romano*, cit., nota 3 pag. 552.

⁴⁶ F. CANCELLI, voce "*Società*" (*diritto romano*) in *NN.D.I.*, XVII (1975), pag. 495-516, in particolare sul punto pag. 495-496.

⁴⁷ D. 47.22.3.1 (*Marcianus 2 iud. publ.*): *In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat.*

⁴⁸ Spiega, però, più precisamente il CANCELLI (op. ult. cit., pag. 496) che il termine *coire* sarebbe un residuo storico dell'epoca anteriore al contratto, in cui il rapporto di *societas* si concludeva "*re*", mettendo in comune delle cose, ma questo ci sembra non escluda la riconducibilità del termine anche all'idea associativa; *contra* M. TALAMANCA, voce "*Società*" (*diritto romano*), cit. pag. 820, ritiene che il diritto romano non abbia mai conosciuto una *societas re contracta*.

Nel senso tecnico romanistico più maturo di contratto consensuale, cioè come *societas consensu contracta*, un problema di imputazione della *poena* alla cassa comune, pagata da un *socius*, a seguito di condanna in un'*actio iniurarum*, si pone nelle fonti solo in materia di *societas omnium bonorum*, quindi nell'ambito del diritto penale privato e viene negativamente risolto dai giuristi romani dell'età del principato.

La questione è, però, assai dibattuta tra i giuristi romani dell'inizio del principato, ci si riferisce in particolare a:

D. 17.2.52.18 (Ulp. 31 *ad ed.*) *Per contrarium*⁴⁹ *quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet. Et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. Cui congruit, quod servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum.*

Secondo quanto si ricava dal suddetto passo i giuristi Atilicino (proculiano), Sabino e Cassio ammettevano l'imputazione della *poena* agli altri soci (quindi alla cassa comune) solo in caso di condanna del *socius* per *iniuria iudicis*, ma non nel caso di condanna subita dal *socius ob maleficium suum*, e ciò perché, stante la natura afflittiva della pena, le conseguenze del *maleficium* del *socius* non potevano che ricadere che su di lui⁵⁰, mentre nel caso di *iniuria iudicis*, nulla poteva rimproverarsi al suo operato, in quanto la condanna ingiusta

⁴⁹ Ci si riferisce all'ipotesi opposta appena trattata da Ulpiano in D. 17.2.52.16, che riporta il responso di Nerazio circa il dovere del socio di una *societas omnium bonorum* di conferire nella cassa comune la pena pecuniaria conseguita per atti ingiusti commessi contro la sua persona o ex lege Aquilia per danni subiti dalla sua persona o dal figlio in potestà (*Socium universa in societatem conferre debet Neratius ait, si omnium bonorum socius sit: et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit*).

⁵⁰ Cfr. A. SALAMONE, *Iudicati velut obligatio*. Storia di un dovere giuridico. Napoli, 2007, pag. 424.

appariva quasi come frutto del caso fortuito⁵¹ e quindi il *socius damnatus* avrebbe potuto attingere alla cassa comune.

Secondo quanto si ricava, inoltre, dal tenore letterale del passo i suddetti giuristi classici avrebbero avuto presente l'opinione di Servio, riferita da Aufidio, relativa alla ripartizione delle perdite in caso di condanna di uno dei soci per *iniuria* del giudice, ma la dottrina avanza il dubbio che il passo di Servio abbia trattato la questione non sotto il profilo del *maleficium* ma di un *actio in personam*⁵², se mai dal passo di Servio, secondo tale dottrina, i giuristi classici avrebbero solo tratto la soluzione relativa alla condanna ingiusta, come fatalità o caso fortuito⁵³, per il resto si può quindi forse affermare l'originalità della soluzione data dai giuristi classici per quanto riguarda la soluzione di non imputare agli altri soci la condanna in caso di *maleficium* (questione che come si deduce dall'*incipit* del passo era stata trattata *apud veteres*, ma che non sappiamo come fosse stata da risolta).

Sul diverso crinale del diritto criminale una possibile operatività sostanziale, del principio *societas delinquere potest*, com'è stato anticipato nelle premesse, può probabilmente essere riferito solo ai *collegia illicita* e perciò riproponibile nella forma *collegium delinquere potest (amplius infra Cap. III)*, o in quella, riscontrabile nelle fonti, di "*collegium poena teneatur*".

Ci si riferisce, in particolare, ad un'*inscriptio*, presumibilmente della metà del II sec. a.C., che riferisce ad un collegio funerario, appunto con la locuzione "*collegium poena teneatur*", la pena per somme distratte da parte del suo custode, così ricostruita dal Mommsen, CIL. VI, 10296: "*Poena autem infra s[cripta ita locum habeto ut si quid a custode commi]ssum fuerit, collegium poena teneatur, vel [custodem distrahat ante proximas k.] Apr.*".

1.3 Va, inoltre, precisato che la *persona ficta* di Innocenzo IV, ha, comunque, un importante precedente romanistico, rispetto al concetto di persona giuridica pubblica, nel *populus Romanus*, che, già dai giuristi del I sec. a.C., era

⁵¹ Cfr. F. BONA, *Società universale e società questuaria in generale nel diritto romano*, in *SDHI*, 37 (1967) pag. 366-389, in particolare sul punto pag. 387, conforme A. SALAMONE, *op. ult. cit.*, pag. 423.

⁵² F. BONA, *op. ult. cit.*, pag. 387, conforme A. SALAMONE, *op. ult. cit.*, pag. 423.

⁵³ F. BONA, *op. ult. cit.*, pag. 387.

considerato come *corpus*, distinto dai singoli individui che lo compongono, ci si riferisce in particolare al celebre passo di Alfeno Varo, che affrontando il problema del permanere dell'identità del *iudicium* (*eadem res*), nonostante il mutare dei singoli giudici investiti del giudizio, richiama a sostegno l'identità del popolo, nonostante il mutare dei singoli individui che lo compongono, di seguito D. 5.1.76 (Alf. 6 dig.):

*Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: **et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret**: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari.*

La considerazione unitaria della *civitas*, come *coetus hominum iure sociatus*⁵⁴, emerge poi, secondo una parte della dottrina, anche in Cic. *de off.* 1.34.124:

*Ac ne illud quidem alienum est, de magistratuum, de privatorum, [de civium], de peregrinorum officiis dicere. Est igitur proprium munus magistratus intellegere se **gerere personam civitatis** debereque eius dignitatem et decus sustinere, servare leges, iura describere, ea fidei suae commissa meminisse.*

ove il “*gerere personam civitatis*” da parte del magistrato rivela l’idea di una soggettività della *civitas* (*persona*) distinta dai singoli soggetti che la

⁵⁴ Ci si riferisce a Cic. *De rep.* 6.13.13: “... *concilia cetusque hominum iure sociati, quae civitates appellatur*”, a cui fa eco Cic. *De rep.* 1.25.39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communi sociatus.*

compongono⁵⁵ e al contempo introduce, attraverso la locuzione “*gerere personam*”⁵⁶, il concetto del magistrato come organo della *civitas*⁵⁷, soggetto non distinto da essa, che ad essa dà voce e volontà, ne consegue che il *populus Romanus* ha una propria volontà astratta, espressa dai propri organi, che si concretizza nell’espressione “*populus iubet*”⁵⁸.

Di “*persona colonia*” parlano, infine, anche i Gromatici, così Agennius Urbicus, agrimensore del V sec. d.C., nel passo 40.1 del suo trattato *De controversiis agrorum* (ed. Thulin), nel parlare della “*adsignatio*”, procedimento amministrativo con cui si assegnavano i fondi italici e provinciali, individua tra i possibili assegnatari le *coloniae*, che qualifica appunto come “*personae publicae*”⁵⁹, e quindi “centri di imputazione autonomi”⁶⁰, assegnatarie dirette dei fondi. Di seguito il passo richiamato:

⁵⁵ Cfr. sul punto U. COLI, voce “*Civitas*” in *NNDI*, III (1959) pag. 337-343, in particolare pag. 337; *contra* P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, pag. 30, ove si ritiene non raggiunta, nell’esperienza repubblicana romana, una concezione della *civitas* e del *populus* come ente politico-giuridico, ma si debba, invece, parlare del *populus* inteso come *corpus*, solo come ente plurimo collettivo, che conserva la propria identità, nonostante il variare dei singoli componenti; va, comunque, sul punto osservato, che anche il COLI (op. ult. cit., pag. 337) attribuisce al termine *populus* una valenza concreta, che si contrappone a quella astratta del termine *civitas*, e precisa che i Romani per indicare il loro Stato (e quindi, aggiungeremo noi, se stessi come collettività) usavano con preferenza la locuzione *populus Romanus*, mentre per indicare le altre città-Stato usavano sia *civitates* che *populi*.

⁵⁶ Sulla necessità di un ulteriore approfondimento della locuzione “*gerere personam civitatis*” troppo semplicisticamente tradotta con l’espressione “rappresentare la comunità politica” si cfr. anche E. STOLFI, *La nozione di “persona” nell’esperienza giuridica romana*, in “*Filosofia politica*”, XXI.3 (2007), pag. 379-391, più spec. pag. 386 e ivi nota 51.

⁵⁷ Pertanto il magistrato non impersona lo Stato (come probabilmente si potrebbe dire del *Rex* durante il *Regnum*), ma è organo dello Stato, *rectius* della “*persona civitatis*”: il magistrato, infatti, non è lo Stato, da solo non può esaurire tutta la costituzione della *civitas*, ma è solo un organo della “*persona civitatis*”, che sola nel suo complesso detiene tutto il potere, ciò, per altro appare coerente con la concezione ciceroniana della costituzione della *libera res publica* come *quartum genus rei publicae*, in grado di realizzare l’*optimus status* attraverso la *temperatio*, cioè una equilibrata distribuzione dei poteri tra gli organi della *civitas*, che da un lato, in positivo, tende alla loro collaborazione ed integrazione, dall’altro, in negativo, limita ed equilibra l’attività degli stessi attraverso reciproci controlli (cfr., su queste ultime considerazioni, M. MICELI, ‘*Governo misto*’, “*quartum genus rei publicae*” e separazione dei poteri, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006, pag. 659-697, in particolare sul punto pag. 684 e ss.).

⁵⁸ Cfr. in questo senso G. VALDITARA, *Lo Stato nell’antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, pag. 492, ma sulla personificazione della volontà del *populus Romanus*, quale ente contrapposto alla collettività dei singoli, esemplificata dall’espressione “*populus iubet*” già U. COLI, op. ult. cit., pag. 337; *contra* P.CERAMI-G.PURPURA (op. ult. cit. pag. 31 nota 12); nelle fonti, per altro, ci sembra potrebbe essere espressione di tale personificazione della volontà del *populus Romanus* la celebre definizione di *lex* contenuta in Gaio, *Gai 1.3*: “*Lex est quod populus iubet atque constituit*”; sostiene, tuttavia, il carattere collettivo e non astratto della volontà del *populus Romanus* anche R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino, 1968, pag. 215, che riporta a sostegno Cic. *De inv.* 2.22.67, dove si riscontra la locuzione “*voluntas omnium*”, indice di una volontà collettiva del *populus* (R. ORESTANO, ult. cit. pag. 215 e ivi nota 75).

⁵⁹ L’*adsignatio* costituisce un rapporto giuridico (pubblico o meramente patrimoniale) tra un fondo italico o provinciale e un privato o, come si ricava dal *De controversiis* di Agennio Urbico, delle “*publicae*

Agen. Urb. *De contr.* 40.1 (ed. Thulin)⁶¹: “Nunc ut ad **publicas personas** respiciamus, coloniae quoque loca quaedam habent adsignata in alienis finibus, quae loca solemus praefecturas appellare.”.

In un ulteriore passo è dato poi riscontrare l’uso, altrettanto significativo, della locuzione “*persona coloniae*”, di seguito il passo:

Agen. Urb. *De contr.* 46.19 (ed. Thulin)⁶²: *Sunt autem loca publica haec, quae inscribuntur ut “SILVA ET PASCUA PUBLICA AUGUSTINORUM”. Haec videntur nominibus data; quae etiam vendere possunt. “Est alia inscriptio, quae diversa significazione videtur esse, in quo loco inscribitur “SILVA ET PASCUA” aut “FUNDUS SEPTICIANUS COLONIAE AUGUSTAE CONCORDIAE”. Haec inscriptio videtur ad personam coloniae ipsius pertinere neque ullo modo abalienari posse a re publica”.*

Il passo distingue la diversa condizione di alienabilità di fondi oggetto di *adsignatio*, che due differenti *inscriptiones* ci dicono alienabili se “*Augustinis*” e, invece, inalienabili se “*ad personam coloniae (...) pertinere*”⁶³.

I due passi richiamati attestano, per altro, l’uso del termine *persona* riferito alle *coloniae*, come “*personae publicae*”, mentre in D. 50.16.16 possiamo riscontrare il riferimento al riconoscimento di una personalità, anche privata, relativa alla sfera dei rapporti patrimoniali, per *municipia* e ancora *coloniae*⁶⁴:

D. 50.16.16 (Gai 3 *ad ed. prov.*): *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, “publicanum” appellamus. Nam “publica” appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim **privatorum loco habentur.***

personae”, nella specie le *coloniae* (cfr. F. GRELLE, <<Adsignatio>> e <<publica persona>> nella terminologia dei Gromatici, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, 1964, pag. 1136-1141).

⁶⁰ Sul punto P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, cit. pag. 35.

⁶¹ AGEN. URB. *De contr.* 40.1, ed Thulin, *Corpus agrimensorum Romanorum*, Lipsia, 1913 = 80.1, ed. Lachmann, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, Berlino, 1848-52.

⁶² AGEN. URB. *De contr.* 46.19, ed Th. = La. 86.1 .

⁶³ Cfr. F. GRELLE, <<Adsignatio>> e <<publica persona>> nella terminologia dei Gromatici, cit., pag. 1140.

⁶⁴ Cfr. sul punto A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei “collegia” in diritto romano*, in *IURA*, XXXI (1980), pag. 1-20, in particolare sul punto pag. 6.

Precisa la dottrina che il passo descrive la posizione delle *civitates Romanae* rispetto al *populus Romanus*, che, dal punto di vista dei rapporti giuridici si pone in posizione di supremazia e non di parità nei confronti delle *civitates*, sicchè esse “*privatorum loco habentur*”, <<sono considerate alla stregua di privati cittadini>>⁶⁵.

1.4 Concludendo questa prima analisi del principio “*societas delinquere non potest*”, può senz’altro concordarsi con quella dottrina che ritiene di attribuire la formulazione formale del brocardo alla scienza ottocentesca⁶⁶, ma da un punto di vista sostanziale la sua prima elaborazione va ricondotta ad Innocenzo IV, nella forma lessicale “*quia impossibile est quod universitas delinquat*”⁶⁷, va però precisato che tale affermazione sembra, nel pensiero di Innocenzo, muoversi più sul piano delle pene spirituali e riferirsi all’impossibilità dell’*universitas* di essere scomunicata, pur ammettendo Innocenzo che “*contra eam agatur criminaliter*”, si possa agire penalmente contro l’*universitas*, ma solo colpendola con pena pecuniaria, tant’è che ove possibile Innocenzo consiglia di agire civilisticamente (“*si possit contra universitatem agi civiliter*”), tutto questo nella costante preoccupazione di evitare di colpire, punendo l’*universitas* anche degli innocenti (“*pueri et alii qui omnino sunt sine culpa*”).

⁶⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pag. 180.

⁶⁶ L. PEPPE, da ultimo, *La responsabilità, in particolare penale, della persona giuridica tra radici romanistiche e scienza giuridica europea del 1800*, cit., pag. 647.

⁶⁷ INN. c. 53 X, 5, 39 *De sent. Exc.*,.

Capitolo II

Il problema delle Persone giuridiche nel diritto romano: *Collegia, Universitates e Societates “quibus permissum est corpus habere”*.

Sommario: 2.1 Il problema delle Persone giuridiche nel diritto romano: *Collegia, Universitates e Societates “quibus permissum est corpus habere”* (D. 3.4.1 pr.-1).

2.2 Sui limiti del delinquere delle *societates “quibus permissum est corpus habere”* in ambito penale privato.

2.3 Altri passi del Digesto rilevanti per uno “statuto” unitario relativo alle persone collettive: sul piano dei rapporti obbligatori (D. 3.4.7.1), sul piano dei rapporti reali (D. 1.8.6.1), sul piano dei rapporti successori (D. 46.1.22).

2.4 *Collegia* e libertà associativa nel diritto romano.

2.1 Com'è stato autorevolmente scritto da Orestano: <<I Romani non conobbero una teoria delle persone giuridiche>>⁶⁸ ma in essi, aggiungeremmo noi inevitabilmente, si riscontra lo <<studio delle soluzioni date nell'esperienza romana a situazioni analoghe a quelle per cui modernamente si parla di persone giuridiche>>⁶⁹.

Ciò che anche a Roma esisteva, e non poteva non esistere con l'evoluzione del diritto e della società, erano quindi i problemi che la vita pratica poneva in relazione a situazioni che oggi noi risolviamo secondo lo schema delle persone giuridiche e a quei problemi i Romani diedero, caso per caso, delle “soluzioni”, pur non elaborando in maniera completa una teoria delle persone giuridiche.

⁶⁸ Sulle persone giuridiche in diritto romano ampia la letteratura, tra i contributi più significativi: E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pag. 99-120; G. IMPALLOMENEI, voce “*Persona Giuridica*”, (*diritto romano*) in *NN.D.I.*, XII (1965) pag. 1028-1032; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino, 1968; F. DE ROBERTIS, *Personificazione giuridica ed ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana*, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pag. 279-286; il già cit., B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979; P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origini e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, pag. 163 e ss.; P. CATALANO, *Il populus romanus e “il problema delle persone giuridiche in diritto romano”*, in *Atti del III colloquio “Diritto romano diritto canonico”*, Città del Vaticano, 1990, pag. 09-29; P. CERAMI-G. PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, pag. 25-35; L. PEPPE, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, pag. 69-86. Nella manualistica E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942, pag. 72 e ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946, pag. 63 e ss.; F. SCHULT, *Classical roman law*, Oxford, 1961, pag. 86 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1972, pag. 66 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pag. 174 e ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994 e 2006, pag. 268 e ss.; A. CORBINO, *Diritto privato romano*, Padova, 2010, pag. 220 e ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, pag. 235-254; G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, pag. 75 e ss. (*periodo antico*), pag. 253 e ss. (*periodo classico*), pag. 436 e ss. (*periodo post-classico e giustiniano*).

⁶⁹ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, cit., pag. 80 e ss.; nega che il pensiero romano abbia elaborato una teoria delle *personae* estesa ad entità diverse dalle persone fisiche anche B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato romano*, cit., pag. 551-552.

In maniera completa, diciamo, perché in effetti, almeno in epoca giustiniana, i Compilatori misero a punto una sorta di “statuto” unitario sulle diverse figure di aggregati di persone, attraverso l’elaborazione di una serie di principi comuni che, ad onta di una certa “dispersione” nel corpo della Compilazione giustiniana, per ragioni inerenti alla stessa sistematica complessiva del Digesto, potrebbero, comunque, essere considerati il precedente romanistico di una teoria delle persone giuridiche e che certo servirono ai giuristi medievali per l’elaborazione di una teoria unitaria sulle *universitates personarum*.

L’idea che, almeno in epoca giustiniana, ma senza escludere un primo germoglio di principi durante l’età del principato già dal periodo degli Antonini, si sia pervenuto all’elaborazione di un corpo unitario di principi concernenti gli aggregati di persone è sostenuta dall’Orestano⁷⁰, che individua propriamente una serie di principi comuni e coordinati che potrebbero costituire il precedente di una teoria delle persone giuridiche in diritto romano, e sono il particolare: D. 3.4 in materia procedurale, D. 47.22 *de collegiis et corporibus* in materia penale, D. 27.1 *de excusationibus* e D. 50.6 *de iure immunitatis*⁷¹.

Va dato atto, tuttavia, che altra autorevole dottrina che si è occupata diffusamente dell’argomento, il De Robertis⁷², ritiene che i *Collegia* (espressione comprensiva delle varie forme associative del mondo romano, dai collegi religiosi a quelli professionali a quelli obbligatori ed ereditari del Basso impero) abbiano avuto un *quantum*, variabile nel tempo⁷³, di capacità giuridica, tuttavia non tale da comportare il riconoscimento di una vera e propria personalità giuridica autonoma⁷⁴.

Così lo stesso passo, per es. D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 *ad ed.*), di seguito riportato, può, per chi sostiene l’idea di una personalità giuridica autonoma dei collegi,

⁷⁰ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, cit., pag. 170 e ss.,.

⁷¹ R. ORESTANO, ult. cit., pag. 177.

⁷² F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I e II, Bari 1971.

⁷³ Sostiene, altrove, sempre il DE ROBERTIS, che, anzi, va ritenuta destituita di fondamento la tesi che quella dei *Collegia* sia una capacità giuridica in continua espansione (Cfr. F. DE ROBERTIS, *La capacità giuridica dei Collegi romani e la sua progressiva contrazione*, in Atti del III colloquio “Diritto romano diritto canonico”, Città del Vaticano 1990, pag. 31-39, in particolare sul punto pag. 34).

⁷⁴ F. DE ROBERTIS, voce “*Collegium*”, in *NN.D.I.*, 3 (1959) pag. 484 e ss.,.

come l'Albertario⁷⁵, diventare espressione e prova che, almeno in epoca giustiniana, si sia raggiunta la consapevolezza, da parte dei Compilatori, dell'esistenza giuridica di un soggetto distinto dalle persone fisiche che lo compongono, ed invece, lo stesso passo, per chi, come il DE ROBERTIS, questa consapevolezza non è disposto ad ammettere, sarà sì l'esempio del più alto "ardimento costruttivo" in materia di personificazione giuridica⁷⁶, ma non sarà comunque il riconoscimento di una personalità giuridica autonoma:

D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ad ed.): *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

[“Relativamente all’ordine dei decurioni o altre collettività, non importa se <i>componenti</i> restino tutti gli stessi o ne resti una parte o tutti siano cambiati. Persino se la collettività si riduce ad uno solo, si preferisce ammettere che questi possa convenire ed essere convenuto, poiché su uno solo è ricaduto il diritto di tutti e il nome della collettività sussiste”]⁷⁷.

Il dibattito dei due autori si concentra, a tacer d’altro, sull’inciso “*stet nomen universitatis*”, cioè sulla possibilità che l’*universitas* continui a sopravvivere, giuridicamente, nonostante si sia ridotta *ad unum*, cioè abbia perduto la pluralità dell’elemento personale fisico che la compone.

Secondo il De Robertis, questo, sia pure eccellente ardimento costruttivo dei Compilatori, serve essenzialmente solo ad assicurare la liquidazione dei rapporti giuridici sorti durante la vita dell’*universitas*, di cui ora “*stet nomen*”, residua e sopravvive solo il *nomen*, per favorire la liquidazione dei rapporti processuali, ma l’*universitas* è estinta⁷⁸.

⁷⁵ E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 99 e ss.

⁷⁶ F. DE ROBERTIS, *Personificazione giuridica ed ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana*, cit., pag. 279-286.

⁷⁷ Traduzione di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, Milano 2005, pag. 252.

⁷⁸ F. DE ROBERTIS, *Personificazione giuridica ed ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana*, cit., pag. 283. Interessante anche la spiegazione complessiva che il DE ROBERTIS dà del passo, in particolare si evidenzia la contrapposizione tra l’immutabilità dell’*Universitas*, pur nel variare dell’identità fisica dei

Secondo l'Albertario, invece, quest'affermazione, che mai un giurista classico avrebbe fatto, in quanto convinto che la collettività svanisca se si riduce a un sol membro, è invece fondamentale per provare la consapevolezza di una nuova concezione dei Compilatori giustiniani circa l'esistenza di una persona giuridica diversa dalle persone fisiche che la compongono⁷⁹.

Ci sembra, concordando con la tesi dell'Orestano, che il problema sia allora quello di capire se l'insieme dei principi espressi dai Compilatori, siano tra loro consapevolmente "coordinati", sebbene, come lo stesso Orestano afferma, solo per ragioni inerenti al piano generale della Compilazione, collocati in titoli lontani e diversi⁸⁰.

All'uopo, sommariamente, passiamo quindi in rassegna qualche altro passo. Appare per prima opportuno, per completare il discorso sul *quantum* della capacità giuridica di *collegia* e *societates*, richiamare D. 3.4.1 pr.-1:

D. 3.4.1 pr.-1 (Gai 3 *ad ed. prov.*): *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere <haberi>⁸¹ conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est **corpus habere** vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.*

1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

membri, e, di contro, l'ipotesi della sua estinzione (e riduzione al solo *nomen*) nel caso di *reductio ad unum*.

⁷⁹ E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 119.

⁸⁰ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, cit., pag. 177.

⁸¹ Così propone il DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano II*, cit., pag. 386-387, per meglio coordinarlo con il nominativo "*societas*" chiaramente errato sintatticamente.

[“Non è consentito a tutti senza distinzione costituire una società <commerciale>, un collegio <professionale> o una siffatta struttura corporativa: questa materia è infatti rigorosamente disciplinata sia da leggi, sia da senatoconsulti, sia da costituzioni imperiali. Soltanto per pochi scopi <di pubblica utilità> sono state costituite strutture corporative di tal genere: così è stato, appunto, consentito ai soci che riscuotono le entrate pubbliche o sfruttano le miniere d’oro e di argento, o le saline, di costituirsi in strutture corporative. Parimenti esistono a Roma determinati collegi, la cui struttura corporativa è stata confermata da senatoconsulti e costituzioni imperiali, come quella dei mugnai e certi altri <simili> e dei trasportatori marittimi, che si trovano anche nelle provincie.

1. È poi proprio di coloro ai quali è stato concesso di costituirsi in corporazioni, in quanto componenti di un collegio professionale, di una società commerciale o di altra organizzazione dello stesso tipo, di avere, sull’esempio della comunità politica, beni comuni, una cassa comune, e un rappresentante o sindaco, per mezzo del quale, come nella comunità politica, possa essere attuato e fatto tutto ciò che è necessario attuare e fare in comune”]⁸².

Il frammento di Gaio sopra riportato è tratto dal commentario di Gaio all’editto provinciale⁸³ ed assume una centrale importanza nella discussione sul problema della configurabilità della personalità giuridica nel diritto romano, discussione che, a sua volta, s’impenna in particolare sul significato da attribuire al termine *corpus* e alla locuzione “*corpus habere*” nell’economia del suddetto frammento.

Assai difficile, anche in relazione alle finalità di questa ricerca, è riassumere tutte le variegate soluzioni dottrinali proposte per la spiegazione dei nodi problematici del frammento di Gaio⁸⁴, tuttavia deve almeno preliminarmente ricordarsi come il passo viene considerato sostanzialmente privo di

⁸² Stante i numerosi problemi interpretativi a cui ha dato origine l’interpretazione di D. 3.4.1 pr.-1, si riporta quella che ci sembra la migliore traduzione effettuata dalla dottrina in P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, op. cit., pag. 81-82.

⁸³ Cfr. LENEL, *Pal. iuris* II, c. 194, per la ricostruzione della sistematica del *lib. 3 ad ed. prov.* di Gaio.

⁸⁴ Per un ampio commento e una panoramica della letteratura in argomento cfr. M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, Milano, 1981, pag. 178 e ss.; cfr. in argomento anche F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano* II, cit., pag. 386 e ss.,.

interpolazioni significative da parte della dottrina dominante, muovendosi rlievi soprattutto di ordine formale, tra i quali il più significativo riguarda la presenza del termine *societas* nel *principium* posto al nominativo anziché all'accusativo come avrebbe richiesto il coordinamento con *collegium*.

Questo ha fatto pensare che i Compilatori giustinianeî abbiano sostituito *societas* a *sodalicium*⁸⁵, erroneamente ponendo *societas* al nominativo.

Contro tale impostazione, è stato però efficacemente notato⁸⁶, che il termine *societas* doveva essere contenuto originariamente nel testo, in quanto il passo poi prosegue con una elencazione (esemplificativa) dei *socii* a cui era consentito *corpus habere: socii vectigalium*⁸⁷ *vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*.

Acquisita la genuinità del termine *societas* nel *principium*, il passo così si spiega: vi è una prima enunciazione generale nella quale Gaio precisa che “Non a tutti è consentito il privilegio di costituire una società o un collegio dotato di *corpus*, perché la materia è regolata da leggi senatoconsulti e costituzioni imperiali”.

Per l'ulteriore spiegazione del passo appare, poi, ancora efficacemente conducente la tesi avanzata in origine dallo stesso Mommsen⁸⁸, per cui Gaio distinguerebbe da un lato le *societates*, a cui il privilegio di “*habere corpus*” sarebbe concesso in generale, purchè rientrante in uno dei tipi elencati (ma l'elencazione va intesa in senso esemplificativo e quindi bene la dottrina più avveduta⁸⁹ ha ricollegato “*habere corpus*” alla esistenza di uno scopo di pubblica utilità, di cui i tipi elencati sono appunto esemplificativi), dall'altro i

⁸⁵ In questo senso per es. E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 103, perché ritiene che *collegium* e *corpus* esprimessero nelle fonti classiche lo stesso concetto, cioè un insieme di persone, mentre l'uso di *corpus* nel significato di un soggetto giuridico diverso dalle persone che lo compongono, può essere ricollegato solo a fonti postclassiche o giustiniane.

⁸⁶ M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, op. cit., pag. 181; concorda sulla “genuità” del termine “*societas*” anziché “*sodalicium*” anche il DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano II*, cit., pag. 390.

⁸⁷ Qui Gaio si riferisce alle *societas publicanorum*, ma un giurista del II sec. d.C., come Gaio, non parla più di *societas publicanorum* ma di *societas vectigalis* o *vectigalium* e questo perché le società *publicanorum* dal sec. II d.C. non si occupavano più di appalti di opere pubbliche ma solo di tributi (*vectigalia*) e perciò erano sopravvissute solo come *societates vectigalium*, cfr. in argomento M.R. CIMMA, op. ult. cit., pag. 164.

⁸⁸ Th. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis romanorum*, Kiliae, 1843, pag. 84 e ss.,

⁸⁹ Così P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, op. cit., pag. 81, che traduce “*Paucis admodum in causis*” con [soltanto per pochi scopi <di pubblica utilità>].

collegia a cui tale privilegio era concesso caso per caso e perciò Gaio può dire che “*collegia Romae certa sunt*”⁹⁰, e tuttavia anche per i *collegia* ci sembra sempre conducente il criterio della pubblica utilità, stante la successiva elencazione “*veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum*”, anche se il “*certa sunt*” richiama un criterio selettivo imperniato sì sulla pubblica utilità, ma connesso, almeno per i *collegia*, ad un regime di tipo autorizzatorio⁹¹, sostanzialmente legato alle problematiche relative alla *lex Iulia de collegiis* (*amplius infra* 2.4).

Ed invero, nel contesto del frammento di Gaio il termine “*corpus*” viene usato almeno in due significati diversi⁹²: uno più ristretto (“*neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus*”), che pone quasi sullo stesso piano *societas*, *collegium* e *corpus*, anche se quest’ultimo termine sembrerebbe comunque usato in un’accezione più ampia del quale fanno parte *societas* e *collegium*; l’altro più tecnico, compendiato nella locuzione “*corpus habere*”, cui sembrerebbe troppo riduttivo attribuire il semplice significato, come vuole il De Robertis, di provvedimento autorizzatorio⁹³.

Sebbene, infatti, quest’ultimo significato non può essere escluso almeno per i *collegia*, tuttavia l’espressione “*corpus habere*” sembra pervadere il frammento di un significato tecnico più ampio, quello di attribuzione un “*quantum*” di capacità giuridica ai collegi professionali e alle società commerciale ai quali è stato concesso di costituirsi in corporazioni, “*quantum*” di capacità giuridica che lo stesso frammento di Gaio individua nella possibilità di *habere res comunes, arcam comunem*, e di agire ed essere convenuti in giudizio tramite un “*actorem sive syndicum*”.

⁹⁰ Cfr. sul punto M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, op. cit., pag. 186.

⁹¹ Cfr. sul punto DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano II*, cit., pag. 242.

⁹² Sul punto M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, op. cit., pag. 195 e ss.,.

⁹³ Precisa sul punto ARANGIO-RUIZ, relativamente alle *societates publicanorum*, che la *lex Iulia de collegiis* non ha per prima attribuito la personalità giuridica alle *societates publicanorum*, ma bensì <<ha riconosciuto l’esistenza di ragioni sufficienti perché siffatte associazioni sopravvivessero, insieme con poche altre, al generale divieto di costituire *collegia*>> (V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965, pag. 81).

Non si tratta, tuttavia, dell'attribuzione della "personalità giuridica", come è stato sia pure autorevolmente sostenuto dal Savigny⁹⁴, perché, se di una piena attribuzione di personalità giuridica si fosse trattato, non si giustificerebbero successive disposizioni imperiali che concedono ai collegi la possibilità di manomettere e ricevere per legato⁹⁵; ci sembra, piuttosto, che il passo descriva la situazione giuridica in cui il "quantum" di capacità giuridica raggiunta da *collegia* e *societates*, nell'età dei Severi, ci permette di identificarli come centri di imputazione autonoma rispetto alle persone fisiche che li compongono.

Tale situazione è semanticamente compendiata dall'espressione "*corpus habere*" (*ad exemplum rei publicae*), esemplificativa dell'unità concettuale del "*corpus*" (*collegium* o *societas*) al di là dei singoli componenti e come espressione di "*situazioni unificate*"⁹⁶ in capo ad un nuovo centro di imputazione diverso dai singoli componenti⁹⁷.

La dottrina che ha approfondito la problematica del "diritto commerciale romano", ha individuato tali strutture corporative, autorizzate ad "*habere corpus*", nelle società commerciali⁹⁸ e nei collegi professionali incaricati di

⁹⁴ F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. Vittorio Scialoja), II, Torino, 1888, pag. 239 e ss., in particolare sul punto pag. 258.

⁹⁵ Così nota acutamente M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, op. cit., pag. 196; quanto ai provvedimenti imperiali richiamati (cfr. ancora M.R. CIMMA, op. ul. cit., pag. 185 nt. 68) ci si riferisce a:

- a) per la manomissione a D. 40.3.1 (Ulp. 5 *ad Sab.*): "*Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coeundi ius est, manumittendi potestatem dedit.*" e D. 40.3.2 (Ulp. 14 *ad Sab.*): "*Quare hi quoque legitimam hereditatem liberti vindicabunt.*";
- b) per la capacità di ricevere per legato a D. 34.5.20 (Paul. 12 *ad Plautium*): "*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeat: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*"

In particolare la citata dottrina (M.R. CIMMA, op. ul. cit., pag. 185 nt. 68) fa notare come i suddetti passi, ai fini della concessione della capacità di manomettere e di ricevere per legato, pongono la distinzione tra collegi che hanno *ius coeundi* e quelli che ne sono privi e confermano, pertanto, che la *lex Iulia de collegiis* non riguardava la concessione della "personalità giuridica" in senso moderno, ma solo la distinzione tra collegi leciti e illeciti, anche se questa comportava, inevitabilmente, delle conseguenze sul piano della capacità giuridica.

⁹⁶ L'espressione "situazioni unificate" è di ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, cit., pag. 126-127, che ivi ricorda il passo di Alfeno Varo (D. 5.1.76), che secondo l'autorevole dottrina rappresenta il primo testo giuridico in cui, per la prima volta, si prendono in considerazione queste situazioni unificate ed in particolare il problema del permanere dell'identità del *iudicium* (*eadem res*), nonostante il mutare dei singoli giudici investiti del giudizio, richiamando a sostegno della tesi dell'identità altri esempi quali la legione, il popolo, la nave e infine lo stesso corpo umano (Cfr. anche *supra* Cap. 1.3).

⁹⁷ In questo senso P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., pag. 83.

⁹⁸ Sul punto P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., pag. 77 e ss., la suddetta dottrina evidenzia quattro tipi di *societates alicuius negotiationis* con modalità e regole organizzative divergenti dalle società ordinarie, finalizzate ad assicurarne la rilevanza esterna (e la

pubblici servizi, ed ha altresì evidenziato come l'effetto del "*habere corpus*" si risolve nella possibilità di *habere res comunes, arcam comunem*, e di agire ed essere convenuti in giudizio tramite un *actorem sive syndicum*⁹⁹.

Circa la distinzione tra *actor* e *syndicus* si suole affermare, riprendendo la tesi del Mitteis¹⁰⁰, che la rappresentanza processuale delle *civitates* doveva essere, in epoca classica, affidata ad *actores*, nominati di volta in volta, ed invece, in epoca postclassica, affidata stabilmente a *syndici*¹⁰¹.

Secondo l'Albertario, tuttavia, l'espressione "*sive syndicum*" sarebbe stata aggiunta dai Compilatori giustiniane, tanto più che il termine *syndicus* non è latino ma di derivazione greca, come esplicitamente ci avverte Arcadius Charisius nel suo *liber singularis de muneribus civilis* riportato in D. 50.4.18.13 ("*Defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur.*"), e ciò ovviamente sul presupposto che anche la locuzione "*quos Graeci syndicos appellant*" sia essa stessa un'aggiunta dei Compilatori¹⁰².

stabilità imprenditoriale), stante il loro stabile esercizio di attività commerciali di preminente interesse pubblico (P.CERAMI-A.PETRUCCI, op. ult. cit. pag. 80-81).

In particolare le quattro *societates alicuius negotiationis* a rilevanza esterna sono individuate nelle:

- a) *Societates publicanorum*, attive nell'ambito degli appalti pubblici e della riscossione delle imposte (*societates vectigalium*), la cui rilevanza esterna è individuata nel fatto che il *pactum* concluso dal *magister* (dirigente della sede centrale) giova e nuoce a tutti socii, si richiama a sostegno di tale impostazione D. 2.14.14 (Ulp. 6 ad ed.), per altro anche il dirigente di una sede provinciale (*pro magistro*) sembrerebbe poter impegnare tutti i socii, argomento ricavato da una lettera commendatizia di Cicerone del 56 a.C. al governatore d'Africa Q. Valerio Orca (P.CERAMI-A.PETRUCCI, op. ult. cit. pag. 85);
- b) *Societates exercitorum*, relative all'*exercitio navium*, la cui rilevanza esterna è desunta da una catena di passi del Digesto, escerpiti: due passi dal *lib. 28 ad edictum* di Ulp. (D. 14.1.1.25 e D. 14.1.4 pr.-1), uno da Gaio (D. 14.1.2) e uno da Paolo (D. 14.1.3), per le cui problematiche interpretative si cfr. P.CERAMI-A.PETRUCCI, op. ult. cit. pag. 87 e ss.;
- c) *Societates argentariorum*, operanti nell'attività bancaria e caratterizzate dalla solidarietà attiva e passiva tra i *socii argentarii*, stante che i loro crediti "*simul facta sunt*", sono da computare come un solo debito, come esplicitamente si desume da D. 2.14.9 pr. ("*quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est*") (P.CERAMI-A.PETRUCCI, op. ult. cit., pag. 83-84);
- d) *Societates venaliciarum*, relative all'attività di commerciale di compravendita di schiavi, la cui rilevanza esterna si ricava da una clausola di stile del contratto societario attestata in D. 21.1.44.1 (Paolo 2 ad ed. aed. cur.), in forza della quale i mercanti di schiavi "*ut quidquid agunt in commune videatur agere*", cioè qualsiasi affare realizzino, lo realizzano nell'interesse di tutti i socii.

⁹⁹ Sul punto P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., pag. 82; in particolare sulla rappresentanza dei collegi romani, A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei "collegia" in diritto romano*, in *IURA*, XXXI (1980), pag. 1-20.

¹⁰⁰ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908, pag. 388 nota 41.

¹⁰¹ Adde E. ALBERTARIO, *Syndicus*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pag. 121-130.

¹⁰² E. ALBERTARIO, *Syndicus*, cit., pag. 124-128.

Contro tale impostazione, un'altra dottrina¹⁰³ ritiene che la locuzione "*quos Graeci syndicos appellant*", contenuta in D. 50.4.18.13 potrebbe essere genuina ed appartenere a Arcadius Charisius, dato che il suo *liber singularis de muneribus civilis* è pieno di grecismi, che sono parte integrante del linguaggio di questo giurista (vissuto tra la fine del III sec. e l'inizio del IV sec. d. C.), ne deriverebbe anche la genuinità dell'espressione "*sive syndicum*" in D. 3.4.1.1 e quindi, diversamente da quanto affermato dal Mitteis, la conseguente possibilità di ammettere che, già da età classica, il termine *syndicus* avrebbe potuto affiancare quello di *defensor*, per indicare rappresentanti processuali stabili (quindi presenti già da età classica), pur subendo il termine *defensor* la forte concorrenza lessicale del termine *syndicus* nei territori di influenza ellenica¹⁰⁴.

2.2 Così ricostruito il fondamentale frammento di Gaio, recepito in D. 3.4.1 pr.-1, possono, ora, svolgersi alcune considerazioni in materia di diritto penale privato, relativamente alle *societates* "*quibus permissum est corpus habere*" ("*ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*").

Viene in considerazione, per un possibile collegamento interpretativo:

D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 ad ed.): *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.*

[Bisogna tenere presente, d'altra parte, che in questo editto il pretore si esprime in termini generali e con riferimento al fatto in sé, senza aggiungere l'indicazione di chi l'abbia prodotto: perciò questo editto sarà applicato sia se il timore sia indotto da un singolo, sia se da un popolo, da un consiglio municipale, da un collegio o da una corporazione."]¹⁰⁵.

¹⁰³ E. DE SIMONE, "Actor sive syndicus", in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pag. 1063-1067.

¹⁰⁴ E. DE SIMONE, "Actor sive syndicus", cit., pag. 1064-1065.

¹⁰⁵ Traduzione di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, cit., pag. 285-286.

Da tale passo si ricava la possibilità di esercitare l'*in integrum restitutio propter metum* nei confronti "*vel populus vel curia vel collegium vel corpus*". Infatti, stante il carattere "*in rem scripta*"¹⁰⁶ della formula, che non fa riferimento all'autore della violenza ("*nec adicit a quo gestum*"), l'*in integrum restitutio* era proponibile anche nei confronti di un soggetto diverso dall'autore della violenza, purché fondasse la sua pretesa sul negozio estorto con *metus* (e secondo una parte della dottrina anche se in buona fede)¹⁰⁷, e quindi, nella specie, l'*in integrum restitutio* ci sembra fosse proponibile nei confronti del *corpus* o *collegium*, anche se il *metus* fosse stato esercitato da uno solo dei *sodales* ma nell'interesse del *collegium*¹⁰⁸.

In relazione al suddetto passo, per altro, autorevole dottrina¹⁰⁹, ritiene <<forse>> raggiunta da parte di Ulpiano la concezione della associazione come persona collettiva, ritenendo ciò implicito nella contrapposizione che il passo istaura tra *persona singularis* e *persona* collettiva (*populus, curia, collegium corpus*).

A nostro modesto parere il dubbio espresso dall'autorevole studioso può essere positivamente sciolto ricordando come in un altro passo, particolarmente noto, D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*), lo stesso Ulpiano esplicita, sia pure sul piano dei rapporti obbligatori, l'autonomia di debiti o crediti dell'*universitas* (*persona* collettiva) da quella dei singoli associati ("*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*")¹¹⁰.

Il combinato di D. 3.4.1 pr.-1 e D. 4.2.9.1, così interpretato, fa quindi ipotizzare che, contro le *societates* "*quibus permissum est corpus habere*", sia possibile esercitare l'*in integrum restitutio propter metum*, a scopo

¹⁰⁶ D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.*

¹⁰⁷ Sul punto, da ultimo, E. CALORE, *Actio quod metus causa*. Tutela della vittima e azione *in rem scripta*, Milano, 2011, pag. 155 e ss., e ivi nota 79, per una panoramica sulla letteratura in argomento.

¹⁰⁸ In questo senso ci sembrano ulteriormente superabili le sopra esposte perplessità del DUFF (op. ult. cit.) sulla colpevolezza dell'*in integrum restitutio* nei confronti di *corpus* o *collegium*.

¹⁰⁹ B. ALBANESE, Voce "*Persona*" (*diritto romano*), cit., pag. 180 nota 82; cfr. sul punto anche E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 387 nota 55.

¹¹⁰ Per un breve commento del passo cfr. anche *supra* Cap. 2.1.

reintegratorio rispetto ad un *metus* che sia stato esercitato dal *corpus* o *collegium*, avvalendosi della sua forza collettiva o corporativa¹¹¹.

Non manca, per altro, in dottrina¹¹², chi ritiene che D. 4.2.9.1 si riferisca più direttamente all'editto in materia di *metus*, cioè quello con cui viene promessa l'*actio quod metu causa* e, comunque, è stato osservato che il rimedio dell'*in integrum restitutio* si pone, nel diritto classico, come alternativo all'*actio quod metus causa*¹¹³, azione certamente di natura penale. Può, a tacer d'altro, inoltre ricordarsi come l'istituto dell'*in integrum restitutio propter metum* si fonderà, nel diritto giustiniano, con l'*actio quod metus causa*, azione penale, tanto che si può leggere nelle P.S. (1.7.1): "*Integri restitutio... est actio*".

Si aggiunga, poi, come stato notato da una più risalente dottrina¹¹⁴, che l'accostamento sistematico del *metus* al *dolus*, operato attraverso il comune inquadramento, almeno nel Digesto, delle due rubriche "*Quod metus causa gestum erit*" (tit. II) e "*De dolo malo*" (tit. III), sotto lo stesso titolo generale "*De in integrum restitutionis*" (D. 4.1) del libro IV del Digesto¹¹⁵, depone per la possibilità che *metus* e *dolus* siano stati considerati dai Compilatori come casi di *restitutio in integrum*¹¹⁶.

¹¹¹ Contra P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, cit., pag. 91, il quale ritiene che il riferimento contenuto in D. 4.2.9.1 al *corpus* non vada inteso nel senso di consentire l'esercizio di un'azione nei confronti di un ente collettivo, ma solo nel senso che chiunque è pregiudicato da un atto, riferibile al *corpus*, può richiedere una *restitutio in integrum*, non assurgendo, a detta di tale dottrina, il principio ivi espresso al rango di principio generale, per cui l'azione (o l'*exceptio*) contemplata dall'Editto nei confronti del *corpus* andrebbe intesa rivolta contro la persona, che facendo parte di quel corpo collettivo, ne ha tratto indebito profitto, tramite un *metus*, questo però sì riferibile al *corpus*.

Tuttavia, ci sembra, che tale dottrina cada in contraddizione se, pur riferendo la genesi del *metus* al corpo collettivo, poi neghi la possibilità che lo stesso si direttamente oggetto dell'azione *quod metus causa*, e trascuri, per altro, la valenza di *corpus*, come soggetto giuridico autonomo, con piena capacità giuridica, che D. 3.4.1, sembra attribuire al "*corpus habere*".

¹¹² B. KUPISCH, Considerazioni in materia di *metus*: l'*actio quod metus causa*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. VACCA, Padova, 2008, pag. 131-152, in particolare sul punto pag. 149; in questo senso anche S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Etc., cit., pag. 43.

¹¹³ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, pag. 161.

¹¹⁴ G. CERVENCA, *Studi vari sulla "Restitutio in integrum"*, Milano, 1965.

¹¹⁵ Diversa la sistemazione nel Codice, dove non c'è alcun titolo introduttivo comune a *metus* e *dolus*, la cui trattazione occupa rispettivamente i tit. XIX e XX del libro II, e che solo nel tit. XXI, relativo alla minore età, vede un primo riferimento alla *in integrum restitutio* (G. CERVENCA, *Studi vari sulla "Restitutio in integrum"*, cit., pag. 191 e ss).

¹¹⁶ G. CERVENCA, op. ul. cit., pag. 191.

Tale sistemazione comune nel Digesto, per *metus* e *dolus*, quest'ultimo anch'esso afferente al diritto penale privato¹¹⁷, trova riscontro nella ricostruzione dell'*XI liber ad edictum* di Ulpiano operata dal Lenel, infatti il tit. "*De in integrum restitutionibus*" apre il *liber XI*, precedendo i titoli "*Quod metus causa gestum erit*" e "*De dolo malo*"¹¹⁸, confermando così che l'impostazione del Digesto di accostare sistematicamente *metus* e *dolus*, esprime una posizione più vicina ai giuristi classici, a sua volta più inclini ad una applicazione più ampia dell'*in integrum restitutio*, rispetto al diritto vigente al tempo di Giustiniano, rivolto, invece, ad un'applicazione più restrittiva dell'istituto, di cui è riflesso la diversa sistemazione del Codice¹¹⁹.

Le considerazioni sopra svolte quindi autorizzano, probabilmente, ad ipotizzare una qualche capacità di diritto penale privato per le *societates "quibus permissum est corpus habere"*, da escludersi, invece, per le *societates omnium bonorum*, come si ricava esplicitamente dalla soluzione data dai giuristi classici in D. 17.2.52.18 (cfr. *supra* Cap. 1.2).

2.3 Nel ricostruire un possibile uno "statuto" unitario relativo alle persone collettive assume, poi, centrale importanza, sul piano dei rapporti obbligatori, il fondamentale passo di Ulpiano, Digesto 3.4.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*), relativo alla

¹¹⁷ La dottrina ha, tuttavia, evidenziato come la problematica del *dolus* non si esaurisca nell'ambito del c.d. *dolus praeteritus*, oggetto di definizioni da parte di taluni giuristi del I sec. a.C. (Aquilio Gallo, Servio Sulpicio, Labeone), la cui nozione si riferisce essenzialmente all'ambito negoziale, ma abbraccia anche il c.d. *dolus praesens*, mai definito dai giuristi, ma che permette di sanzionare qualunque comportamento contrario alla buona fede, non altrimenti sanzionato (es. nei c.d. *iudicia stricta*, dove la struttura dell'azione non permetteva al giudice l'accertamento di comportamenti dolosi, nei casi di lesione del credito da parte di terzi e di tutela di accordi privi di azione contrattuale, corrispondenti allo schema del *facio ut des*); concretizzandosi, poi, tale *dolus praesens*, in *iure*, in un dolo processuale (su queste problematiche si cfr. P. LAMBRINI, "*Actio de dolo malo*" e *risarcimento per fatto illecito*, in "*Actio in rem*" e "*Actio in personam*", in *ricordo di Maio Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, pag. 583-607, spec. pag. 589 e ss.). Tale ruolo del *dolus praesens* e quindi dell'*actio de dolo*, utilizzata come ci dice Pomponio, e poi Ulpiano, come *extrema ratio* dell'ordinamento giuridico romano, ogniqualevolta non c'era altro strumento per evitare di lasciare senza risarcimento dei danni ingiusti (P. LAMBRINI, op. cit. pag. 596), si rifletteva, per altro, sulla struttura dell'*actio de dolo*, affievolendone la penalità, così che: la sanzione era nel *simplum*; l'infamia, che derivava dalla condanna, poteva evitarsi con la restituzione; se uno dei correi restituiva gli altri erano liberati (deroga al cumulo delle azioni penali); gli eredi del reo erano perseguiti nell'*id quo interest* (su tutto questo cfr. ancora P. LAMBRINI, op. ult. cit. pag. 602-603).

¹¹⁸ LENEL, *Pal. Iuris II*, c. 460 (titoli "*De in integrum restitutionibus*" e "*Quod metus causa gestum erit*", in particolare per il frammento "*Animadvertendum autem...*", LENEL, *Pal. Iuris II*, c. 461) e LENEL, *Pal. Iuris II*, c. 465 per il tit. "*De dolo malo*".

¹¹⁹ Per quest'ultima considerazione cfr. G. CERVENCA, op. ul. cit., pag. 192, che ritiene il Codice esprima un tendenza ad applicare l'*in integrum restitutio* ai soli casi di minore età e assenza.

possibilità dell'*universitas* di essere titolare di crediti o di contrarre debiti autonomi rispetto a quelli dei singoli associati¹²⁰:

D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*

[“Se qualcosa è dovuta all'*universitas*, non per ciò è dovuta ai singoli suoi componenti; né questi sono di per sé tenuti a ciò a cui è tenuta l'*universitas*”]¹²¹.

La dottrina dominante è abbastanza pacifica nel riconoscere nel suddetto passo, sia pure con “sfumature” diverse, l’affermazione dell’autonomia dei rapporti obbligatori dell'*universitas* da quelli dei singoli componenti:

di <<distacco fra rapporti giuridici facenti capo alla corporazione e rapporti giuridici che fanno capo ai singoli componenti>> parla il Betti¹²²;

nel senso di una <<netta separazione fra i rapporti della persona giuridica e quelli dei singoli (...) in relazione alle *civitates*>> si pronuncia l’Arangio-Ruiz¹²³; di <<effetto saliente della personalità giuridica>>, in cui <<diritti ed obblighi si riferiscono alla corporazione come un tutto, e lasciano fuori completamente le persone dei singoli membri>>, discorre il Bonfante¹²⁴.

La dottrina più recente¹²⁵, anzi, si è spinta oltre, è ha ritenuto di poter rintracciare nella figura logica descritta da Ulpiano in D. 3.4.7.1, il precedente storico della figura moderna della c.d. “autonomia patrimoniale perfetta”, con la condivisibile precisazione, che mentre la *ratio* del sintagma moderno dell’autonomia patrimoniale perfetta trova fondamento <<nell’esigenza di proteggere i singoli dal rischio dell’attività economica>>, la nozione ulpiana

¹²⁰ In questo senso P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, cit., pag. 35; cfr. anche M. TALAMANCA, voce “*Società*” (*diritto romano*), cit., pag. 832.

¹²¹ Traduzione di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 269 ivi si precisa, nota 196, che le *universitates*, cui fa riferimento Ulpiano sono specificatamente i *municipia*, nello stesso senso V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 70.

¹²² E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 74.

¹²³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 70.

¹²⁴ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 67.

¹²⁵ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, cit., pag. 248-249.

nasce dall'esigenza di <<stabilizzare>>, sul piano privatistico, l'azione delle *universitates* e di enti affini¹²⁶.

Un'autorevole dottrina minoritaria¹²⁷, invece, nega l'autonomia del debito dell'*universitas* rispetto a quello dei singoli membri, ma è pur sempre costretta ad ammettere che i singoli associati, sul piano del rapporto obbligatorio, sono considerati oltre che "*uti singuli*" anche "*uti universi*" e così sottoposti a un diritto speciale.

Al passo sopra richiamato (relativo ai rapporti obbligatori) fa da contraltare, sul piano dei rapporti reali¹²⁸, il seguente passo di Marciano:

D. 1.8.6.1 (Marcian. 3 *Ist.*): *Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt.*

[Appartengono all'*universitas* non ai singoli alcune cose, che sono nelle città, come i teatri, stadii e simili, e le altre cose che sono comuni alla cittadinanza. Perciò il servo comune della città non si ritiene appartenere ai singoli *pro parte*, ma all'*universitas* e per questa ragione i *Divi Fratres* disposero per rescritto che il servo della città può essere torturato tanto contro un cittadino che a suo favore].

A proposito del suddetto passo la dottrina sopra richiamata sottolinea, inoltre, come il passo di Marciano sia indice della svolta, verificatosi a partire dell'età dei Severi, dell'affermazione di nuovi valori giuridici astratti e quindi del passaggio dal concetto collettivo di *universitas*, come *universi cives*, a quello di ente unitario astratto¹²⁹.

¹²⁶ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., pag. 249.

¹²⁷ G. IMPALLOMENE, voce "*Persona Giuridica*", cit., pag. 1029.

¹²⁸ Sul punto P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, cit., pag. 35.

¹²⁹ P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, pag. 32 e ss.,.

Di contrario avviso l'Albertario¹³⁰, che ritiene che il termine "*universitatis*", contenuto nel sopra richiamato passo di Marciano, sia ancora da intendere nel senso collettivo di *universorum civium*.

Il passo appena esaminato trova riscontro in un altro significativo passo del Digesto, che riguarda, ancora, il servo dei *municipia*¹³¹:

D. 48.18.1.7 (Ulp. 8 *de off. proc.*): *Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit [illorum] servus, sed rei publicae. [Idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis].*

Qui anche l'Albertario ritiene raggiunta la concezione dell'appartenenza del servo all'*universitas*, quale ente collettivo astratto, ma riferisce tale acquisizione concettuale al periodo post-classico giustiniano, ritiene dunque interpolato tutto quello che è racchiuso tra parentesi quadra, e che, pertanto, il testo genuino, come il precedente testo di Marciano D. 1.8.6.1, più sopra richiamato, riproponesse solo la tradizionale antitesi tra *res singulorum* e *res universitatis*, intese come appartenenti, collettivamente, agli *universi cives*¹³².

Per quanto, poi, le idee che nelle fonti romane si riscontrino, corrispondenti alla nostra figura delle persona giuridica, sono sostanzialmente rispondenti alla nostra persona giuridica a base associativa¹³³, non si può omettere di ricordare anche il controverso passo di Fiorentino sull'*hereditas*, in cui si è cercato di riscontrare un precedente storico della nostre moderne fondazioni. Si tratta, com'è noto, di:

¹³⁰ E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 103.

¹³¹ **Municipia, coloniae, populus Romanus** appaiono sin dalle origini soggetti di diritto autonomi rispetto ai singoli *cives* (in questo senso tra gli altri M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 177, afferma: "L'esistenza di associazioni che costituiscono soggetti di diritto autonomi rispetto alla personalità dei singoli associati si ha, anzitutto, per gli enti pubblici: lo Stato, e gli enti territoriali minori, le *civitates Romanae, coloniae* o *municipia* che siano."); in particolare la prima considerazione che l'Editto pretorio riserva ai *municipes* riguarda la rappresentanza processuale (sul punto fondamentale la ricostruzione del LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, pag. 100 e ss.): si tratta della rubrica "*Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*", poi riprodotta in D. 3.4.

¹³² E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 102 e ss.,.

¹³³ In questo senso, tra gli altri, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 269.

D. 46.1.22 (Flor. 8 inst.): *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae [defuncti, qui eam reliquit] vice fungitur, [sicuti municipium et decuria et societas].*

Il passo richiama la regola, ritenuta genuina dalla dottrina, per cui la fideiussione può accedere ad una obbligazione anche dopo la morte del debitore principale e prima dell'accettazione dell'eredità, mentre, la stessa dottrina, ritiene frutto di interpolazione la frase "*quia hereditas personae vice fungitur*"¹³⁴.

Anche l'Albertario ritiene il passo, chiaramente interpolato per quanto riguarda il riferimento a "*municipium et decuria et societas*", altresì alterato con riferimento all'*hereditas iacens* come persona giuridica, che esprime, secondo l'autore, la costruzione, postclassica-giustiniana, dell'*hereditas iacens* come persona fittizia¹³⁵.

In particolare, secondo il Di Marzo, la locuzione "*defuncti, qui eam reliquit*" sarebbe stata soppressa dai Compilatori per configurare l'*hereditas* come soggetto autonomo¹³⁶.

Contro questa impostazione altra dottrina¹³⁷ ritiene, invece, che la locuzione *quia hereditas personae [defuncti] vice fungitur*, sia probabilmente dovuta a Salvio Giuliano ed esprima, semplicemente, il concetto giuliano per cui il patrimonio giacente rappresenta il defunto, senza con ciò introdurre un nuovo concetto di *hereditas* come persona giuridica¹³⁸.

Il passo, quindi, è stato oggetto di dibattute analisi dalla dottrina, che qui non possono essere tutte ripercorse, ma è necessario almeno ricordare quello che

¹³⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pag. 79.

¹³⁵ E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 116.

¹³⁶ S. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *Studi in onore di V. Scialoja* 2, Milano, 1905, pag. 53- 68, spec. pag. 54-55, tesi che si basa sul confronto con un altro passo del libro XI delle Istituzioni di Fiorentino, riportato in D. 30.116.3, che così recita: "*Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur*", dove la locuzione "*defuncti, qui eam reliquit*" non è stata soppressa dai Compilatori (Adde ALBERTARIO, op. ult. cit. pag. 116).

¹³⁷ B. SANTALUCIA, Voce "*Fondazioni*" (*diritto romano*), in *Enc. Dir.* XXVII (1968), pag. 774-785, spec. 6. *Il problema dell'eredità giacente*, pag. 782-783.

¹³⁸ Oltre al concetto giuliano di un patrimonio giacente che rappresenta il defunto e a quella giustiniana dell'*hereditas* come persona giuridica, in origine si era anche avanzata l'idea, forse dovuta a Cassio Longino, di riferire il patrimonio giacente all'erede (sul punto B. SANTALUCIA, ult. cit., pag.782); cfr. in argomento anche M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., pag. 249-252.

ci sembra l'apporto dottrinale più significativo, ci si riferisce al contributo esegetico di G. Scaduto¹³⁹, ed in particolare alle sue conclusioni.

L'insigne studioso, infatti, pur condividendo che la costruzione dell'*hereditas* come soggetto autonomo sia da attribuire ai Compilatori, non esclude che, di volta in volta, anche i classici abbiano escogitato delle soluzioni volte a evitare le gravi conseguenze che derivavano dal principio classico che "*res hereditaria nullius est*"¹⁴⁰ (inammissibilità del furto, interruzione delle usucapioni, invalidità delle stipulazioni compiute dal servo), pur non arrivando ad elaborare quella soluzione unitaria poi data dai Compilatori di Giustiniano¹⁴¹, ma in qualche modo ponendone le basi.

Se ne conclude che:

- a) il quadro d'insieme, così esposto, sembra deporre per l'affermazione che certo in età giustiniana, ma senza poter del tutto escludere un primo germoglio di elaborazione concettuale dall'età dei Severi, già nel diritto romano, si sia giunti alla concezione di un ente giuridico astratto, distinto dai singoli membri, sia sul piano dei rapporti obbligatori che di quelli reali;
- b) che di conseguenza, alla fine di tale evoluzione, il termine *universitas* non si riferisce più alla collettività degli *universi cives*, ma a un ente astratto (sia esso *municipium* o *collegium*), distinto dai singoli membri dell'*universitas*, essenzialmente equivalente al termine *corpus*¹⁴².

¹³⁹ G. SCADUTO, *Cotributo esegetico alla dottrina dell'eredità giacente*, in *AUPA*, Vol. VIII, 1921, pag. 3-74.

¹⁴⁰ Gai. 2.9: "*nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*"; cfr. anche M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., pag. 249 e ivi nota 38 per altri riferimenti nelle fonti.

¹⁴¹ G. SCADUTO, op. ult. cit., pag. 66 e ss.,.

¹⁴² E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., pag. 116.

2.4 Per una più completa comprensione dei *Collegia* romani è però necessario, a questo punto della ricerca, accennare, altresì, alla disciplina della libertà associativa nel diritto romano.

Iniziando l'indagine, per quel che qui più ci interessa, dalla Roma repubblicana¹⁴³, si può notare come in origine **la libertà di associazione** gode a Roma della maggiore ampiezza.

Al rafforzamento dello Stato si accompagna però la preoccupazione, sempre più forte, di introdurre un limite alla libertà associativa¹⁴⁴ quando questa si ponga in contrasto con l'ordinamento giuridico: è questa, infatti, ci sembra, la *ratio* sottesa al primo intervento legislativo che si registra a Roma in materia associativa, riconducibile alle XII Tavole, come si ricava da seguente passo del Digesto:

D. 47.22.4 (Gai 4 ad l. XII tab.): *Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci hetaireian vocant. His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse*¹⁴⁵.

¹⁴³ Sulla Roma arcaica cfr. il dettagliato contributo di L. SOLIDORO MARUOTTI, *I più antichi divieti di riunione: gruppi, ripartizioni sociali e potere regio nelle istituzioni romane arcaiche*, in *Index*, 29 (2001), pag. 113-157.

¹⁴⁴ In questo senso chiaramente R. FIORE, *Sodales. "Gefolgschaften" e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, pag. 101-158, in particolare pag. 143 e ss., che nega che la norma decemvirale avesse un valore autoregolamentare per i *sodales*, ma piuttosto di limitazione di un'autonomia preesistente, essendo le *sodalitates* precedenti alle XII Tav. e conseguentemente non potendosi escludere la presenza di una autoregolamentazione, per quanto consuetudinaria; conforme F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 47 e ss., per il quale il *quid novi* della norma decemvirale stà proprio nella limitazione della *facultas libere statuendi* dei *sodales*, c'è sì una innovazione fondamentale, ma è solo quella di avere limitato una facoltà (associativa) di cui i cittadini già godevano, nel superiore interesse dello Stato.

¹⁴⁵ Per un approfondito commento della disposizione decemvirale riportata dal Commentario di Gaio alle XII Tav. si cfr. R. FIORE, *Sodales. "Gefolgschaften" e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)*, cit., pag. 101-158; qui ci si limita a ricordare come la suddetta dottrina individui tre parti fondamentali nel testo di Gaio (R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 132 e ss.): a) la definizione di *sodales* come coloro che appartengono al medesimo *collegium*, ma riferibile, secondo FIORE, a qualunque tipo di associazione (R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 140 e ss.); b) il richiamo di Gaio alla norma decemvirale ed in particolare alla libertà di porre in essere una *pactio* di libero contenuto con il solo limite del contrasto con la *lex publica*, da intendersi, secondo FIORE, come legge votata dal popolo nei comizi (R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 146); c) la derivazione della norma decemvirale da quella solonica sulle associazioni, ritenuta però, da FIORE, frutto probabilmente di speculazioni tarde e, per altro, affermata con molta prudenza dallo stesso Gaio, come testimonia l'uso del verbo "*videtur*" *ex lege Solonis* (R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 136-137).

Così traduce il passo Albanese¹⁴⁶: La *lex* (cioè le XII Tavole, stante la provenienza del frammento) permette, autorizza, “*potestatem facit*” ai *sodales* di stabilire per se stessi (si usa la struttura “*sibi ferre*”) quella *pactio*¹⁴⁷ che vogliono, purchè non violino, con essa, alcuna disposizione (si usa il generico “*quid*”) che derivi da una *publica lege*.

Da tale passo del Digesto la dottrina ha poi ricostruito in questi termini il disposto delle XII tavole:

XII Tab. 8.27: “*His (sodalibus) potestatem facit lex (sc. XII tab.) pactionem quam uelint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant; sed haec lex uidetur ex lege Solonis traslata esse*”¹⁴⁸.

Dal suddetto passo del Digesto, come dalla ricostruzione del testo decemvirale, si ricava che lo Stato intervenne per la prima volta in materia associativa sotto un profilo strettamente negativo, per assicurarsi che la “*pactionem*” dei *sodales*, per il resto assolutamente libera (“*quam uelint sibi ferre*”)¹⁴⁹, non si ponesse in contrasto con l’ordinamento statale (“*ne quid ex publica lege corrumpant*”): si tratta di un limite negativo alla libertà di associazione, che non sarà più abbandonato.

¹⁴⁶ B. ALBANESE, *Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di sodales*, in *AUPA*, Vol. XLVIII, 2003, pag. 31-44, in particolare pag. 38 per la riportata traduzione.

¹⁴⁷ La dottrina appare divisa sul significato da attribuire al termine *pactio*, secondo un primo orientamento, che fa capo al MANENTI, avrebbe il significato di “vincolo”, secondo un secondo orientamento, che fa capo al FERRINI, avrebbe il significato di “accordo” (per un panoramica dottrinale sul punto si cfr. R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 141 e ss.); ulteriormente divisa appare l’opinione dottrinale circa il contenuto della *pactio*, in linea di massima si nega valore “costitutivo” alla *pactio*, essendo l’esistenza dei *collegia* precedente alle XII Tav. (cfr. R. FIORE, *Sodales. Etc.*, op. ult. cit., pag. 143), si tratterebbe, pertanto, di un accordo regolatore nel corso dell’attività del sodalizio, avente ad oggetto i rapporti tra i *sodales*, i modi e i tempi della loro attività interna ed esterna (così B. ALBANESE, op. ult. cit., pag. 42), aggiunge, però, più specificatamente ALBANESE, che “*ferre*” è termine tecnico per la proposta di legge e di conseguenza il “*pactionem ferre*” si riferirebbe ad un accordo proposto all’approvazione dei *sodales*, cioè in definitiva ad una deliberazione del *collegium* (B. ALBANESE, op. ult. cit., pag. 42).

¹⁴⁸ FIRA, I, pag. 63; in maniera parzialmente diversa F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni etc.*, I, cit., pag. 42: XII Tab. 8.27: “*Sodalibus potestatem esto pactionem quam uelint sibi ferre, donec quid ex publica lege corrumpant*”.

¹⁴⁹ Osserva B. ALBANESE, *Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di sodales*, cit., pag. 40, in relazione alla locuzione “*pactionem quam uelint sibi ferre*”, che, come già notato dall’ARCHI, l’espressione “*pactionem ferre*” non è attestata in alcuna altra fonte e perciò è molto probabile la sua risalenza al testo decemvirale, quanto poi al “*quam uelint*” esso trova un riscontro interno alle XII tav., nel frequente uso dei verbi *uelle* e *nolle*.

Tale ricostruzione del testo decemvirale, in termini strettamente “correttivi” di una libertà associativa già ampiamente vigente (e non come norma di riconoscimento di una libertà prima inesistente), è per altro coerente con il carattere integrativo, derogativo o correttivo di abusi di *mores maiorum*, già esistenti¹⁵⁰, che, sia la dottrina più risalente¹⁵¹ sia quella più recente¹⁵², assegna al codice decemvirale: in materia associativa la norma delle XII Tavole non proclama quindi per la prima volta la libertà associativa, già appartenente al patrimonio dei *mores maiorum*, ma solo corregge gli eventuali eccessi della “*pactionem*” dei *sodales*, nel caso si ponga in contrasto con l’ordinamento statale.

Va però sin d’ora sottolineato che, a fronte della più ampia libertà associativa così delineata, sia pure con i limiti negativi introdotti dalle XII Tavole, faceva da contraltare la più ampia libertà del potere politico (senatorio o consolare) di intervenire, ove lo ritenesse opportuno, e con giudizio ampiamente discrezionale, sulla libertà associativa, qualora la ritenesse in contrasto con l’ordinamento statale (di cui il primo intervento significativo in questo senso ci sembra quello del *Senatus consultum de Bacchanalibus* del 186 a.C.).

Questo perché, come chiarisce la migliore dottrina¹⁵³, non esisteva in origine a Roma un diritto pubblico soggettivo di associarsi, fu solo con la *lex Clodia de collegiis restituendis* del 58 a.C., che si poté parlare per la prima volta di una “garanzia” legislativa alla libertà di associarsi, sicché da quel momento, ove il potere politico fosse voluto intervenire in senso restrittivo sulla libertà di associarsi, avrebbe avuto bisogno di una deliberazione comiziale.

¹⁵⁰ Secondo B. ALBANESE, *Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di sodales*, cit., pag. 42, è possibile che le *sodalitates*, già in età decemvirale, avessero un loro statuto, ereditato dai *mores maiorum*, perciò è difficile ipotizzare una specifica norma delle XII Tavole, finalizzata a riconoscere ai consociati la facoltà di deliberare il proprio statuto.

¹⁵¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1972, pag. 64-65, richiamato da F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 46.

¹⁵² G. VALDITARA, *Lo Stato nell’antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, pag. 133, che spiega in particolare la frammentarietà della normazione decemvirale col fatto che i *mos* erano ben noti alla comunità e consolidati nel tempo e pertanto non richiedevano un’ulteriore chiarificazione legislativa, piuttosto un intervento correttivo degli abusi di alcuni istituti, come per es. avvenne per la *patria potestas*.

¹⁵³ F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 165 e ss.,.

La *lex Clodia de collegiis restituendis* del 58 a.C. venne in particolare promossa dal tribuno Publio Clodio Pulcro¹⁵⁴, esponente del partito democratico contro quello degli ottimati, allora guidato da Cicerone, Pompeo e Milone.

La legge reagiva, per la prima volta, con una deliberazione comiziale, a un intervento fortemente repressivo della libertà associativa, attuato dal Senato nel 64 a.C.¹⁵⁵, di cui si hanno frammentarie notizie in Asconio, nel suo commento all'orazione ciceroniana "*In Pisonem*, 4.8", in cui si legge:

ASCONIO, *In Pisonem*, 4.8: "*L. Iulio C. Marcio consulibus quos et ipse Cicero supra memoravit senatus consulto collegia sublata sunt quae adversus rem publicam videbantur esse constituta*"¹⁵⁶.

Il Senato, dunque, soppresse ("*sublata sunt*") tutti i "*collegia quae contra rem publicam videbantur esse*"¹⁵⁷ (ma ovviamente questi erano, in quel momento, quelli che andavano contro il partito degli ottimati!)¹⁵⁸, tranne "*pauca atque certa quae utilitas civitatis desiderasset, sicut fabrorum fictorumque*" (fabbrì e scultori) come si ricava da questo ulteriore passo di Asconio:

ASCONIO *in Corn.* 67.5: *Frequenter tum etiam coetus factiosorum hominum sine publica auctoritate malo publico fiebant: propter quod postea*

¹⁵⁴ Publio Clodio Pulcro era in realtà appartenene alla *gens* dei Claudii, perciò si parla di lui come tribuno patrizio, collaborò nella congiura di Catilina, venne ucciso nel 52 a.C. da Tito Annio Milone.

¹⁵⁵ La data è tuttavia controversa, la maggior parte degli autori (tra gli altri MOMMSEN, COLI, SERRAO, DE ROBERTIS) concordano per il 64 a.C., un'interessante proposta di F. SALERNO, in mancanza di elementi sicuri per determinare la data, suggerisce dei "limiti temporali", tra il 68 a.C. e il 64 a.C., entro i quali collocare il provvedimento del senato (cfr. F. SALERNO, "*Collegia adversus rem publicam*", in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli, 1984, pag. 615-631, in particolare sul punto pag. 619-620).

¹⁵⁶ Il passo continua dicendo: "*Solebant autem magistri collegiorum ludos facere, sicut magistri vicorum faciebant, Compitalicios praetextati, qui ludi sublatis collegiis discussi sunt. Post VI deinde annos quam sublata erant P. Clodius tr.pl. lege lata restituit collegia. Invidiam ergo et crimen restitutorum confert in Pisonem, quod, cum consul esset, passus sit ante quam lex ferretur facere Kal. Ianuar. praetextatum ludos Sex. Clodium. Is fuit familiarissimus Clodii et operarum Clodianarum dux, quo auctore postea illato ab eis corpore Clodii curia cum eo incensa est. Quos ludos tunc quoque fieri prohibere temptavit L. Ninnius tr.pl. Ante biennium autem quam restituerentur collegia, Q. Metellus Celer consul designatus magistrus vicorum ludos Compitalicios facere prohibuerat, ut Cicero tradit, quamvis auctore tribuno plebis fierent ludi; cuius tribuni nomen adhuc non inveni.*"

¹⁵⁷ Cfr. per un ampio commento del passo F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 82 e ss.

¹⁵⁸ Sul punto le acute osservazioni di F. SALERNO, "*Collegia adversus rem publicam*", cit., pag. 623, il quale osserva come la salvaguardia della *res publica*, finiva, di volta in volta, con l'identificare l'ordine pubblico e la difesa sociale con gli interessi della classe sociale di cui il provvedimento era espressione.

collegia et S.C. et pluribus legibus sunt sublata praeter pauca atque certa quae utilitas civitatis desiderasset, sicut fabrorum fictorumque.

Come si ricava dal combinato dei due testi, il *Senatus consultum* del 64 a.C. sciolse tutti i “*collegia quae contra rem publicam videbantur esse*”, salvando solo quei pochi collegi, tra cui si indicano esplicitamente quelli dei fabbri e degli scultori, che perseguivano l’*utilitas civitatis*¹⁵⁹.

La *lex Clodia de collegiis restituendis* del 58 a.C. non solo però reagì al forte intervento repressivo del Senato, restituendo ai *cives* la piena libertà associativa e introducendo per la prima volta una garanzia legislativa alla libertà associativa, ma, secondo la notizia che ci dà lo stesso Cicerone nell’orazione “*In Pisonem*”, essa fu anche utilizzata da Clodio per istituire nuovi collegi, evidentemente finalizzati a realizzare le proprie mire demagogiche, composti dalla peggior feccia urbana e anche da schiavi¹⁶⁰.

Così Cic., *In Pisonem*, 4.9: *collegia non ea solum quae senatus sustulerat restituta, sed innumerabilia quaedam nova ex omni faece urbis ac servitio concitata.*

Su quale sia in particolare questa legge che restituì ai *cives* piena libertà associativa soccorre un passo di Asconio:

ASCONIO, *In Pisonem*, 4.9: *Diximus L. Pisone A. Gabinio coss. P. Clodium tr.pl. quattuor leges perniciosas populo Romano tulisse: annonariam, de qua Cicero mentionem hoc loco non facit fuit enim summe popularis ut frumentum populo quod antea senis aeris trientibus in singulos modios dabatur gratis daretur: alteram ne quis per eos dies quibus cum populo agi liceret de caelo servaret; propter quam rogationem ait legem Aeliam et Fufiam, propugnacula*

¹⁵⁹ Cfr. in argomento A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodaliciis* e le origini del reato associativo, in *SDHI*, 79, (2013), pag. 481-499, in particolare sul punto pag. 485 e ss.,.

¹⁶⁰ Osserva sul punto M. TALAMANCA (*Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milano, 1989, pag. 349) che la *lex Clodia de collegiis restituendis* risponde forse soprattutto alla necessità di Clodio di formare nuovi circoli e organizzazioni di propri seguaci, così da mobilitarli al bisogno più velocemente, non vè però trascurato che essa venne incontro anche alle esigenze di culto e di associazione dei piccoli artigiani e della gente più umile, schiavi compresi, che avevano visto ridotta la loro libertà associativa dal senatoconsulto del 64 a.C..

et muros tranquillitatis atque otii, eversam esse; obnuntiatio enim qua perniciosis legibus resistebatur, quam Aelia lex confirmaverat, erat sublata : tertiam de collegiis restituendis novisque instituendis, quae ait ex servitorum faece constituta: quartam ne quem censores in senatu legendo praeterirent, neve qua ignominia afficerent, nisi qui apud eos accusatus et utriusque censoris sententia damnatus esset.

Si ricordano qui, da parte di Asconio, quattro leggi: una frumentaria per la distribuzione gratuita di grano, una di abrogazione dell'*obnuntiatio*, una quarta legge censoria e, per quel che qui più interessa, una terza legge "*de collegiis restituendis novisque instituendis*", da cui la denominazione di *Lex Clodia de collegiis restituendi*.

L'aspetto di prima "garanzia legislativa" della libertà associativa è confermato dalla normazione successiva, infatti, quale reazione all'azione clodiana, nel 56 a.C. il Senato interviene nuovamente con un senatoconsulto disponendo lo scioglimento di tutte le *sodalitates* e di tutte le *decurie*¹⁶¹, in pratica di tutte quelle consorterie, organizzate da Clodio per le sue mire demagogiche, e che avevano dato luogo a gravi disordini, acuitisi in particolar modo nel 56 a.C. in occasione di un processo a carico di Milone, sicché il Senato intervenne con un senatoconsulto, sostanzialmente normativo, che aveva la natura di una decretazione di urgenza e come tale attendeva la successiva "ratifica" legislativa¹⁶², stante che la materia associativa era ormai coperta da "garanzia" legislativa da parte della *lex Clodia* del 58 a.C., di tutto questo si ha notizia in Cicerone in una lettera al fratello Quinto:

¹⁶¹ Secondo la dottrina (A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodaliciis* e le origini del reato associativo, cit., pag. 489) la differenza tra il S.c. del 64 a. C. e quello del 56 a.C. va ricercata sia nel fatto che il S.c. del del 56 non indica un criterio per eccettuare dallo scioglimento alcune associazioni (quello del 64 a.C. infatti indicava come criterio che i collegi perseguissero *l'utilitas civitatis*), sia nel fatto che il S.c. del 64 si rivolge a tutti i collegi, mentre quello del 56 solo a *sodalitates* e *decuriae*.

¹⁶² F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 127, parla in proposito di provvedimento provvisorio, simile ai nostri decreti-legge, che quindi necessitava di una successiva ratifica mediante legge formale (in questo senso depone Cic., *Ad Quintum Fratrem*, II, 3.5: "*lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur*"). Anche la dottrina recente, G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, cit., pag. 106, ammette la possibilità del senato di intervenire con provvedimenti di urgenza, fatta salva la ratifica da parte dell'assemblea popolare, stante che la potestà di derogare ad una legge spettava allo stesso organismo che l'aveva approvata.

Cic., *Ad Quintum Fratrem*, II, 3.2.4-5: 2. A. d. VIII. Id. Febr. Milo adfuit: dixit Pompeius sive voluit, nam, ut surrexit, operae Clodianae clamorem sustulerunt... factus est a nostris impetus, fuga operarum...

4. Itaque (Pompeius) se comparat, homines ex agris arcessit; operas autem suas Clodius confirmat, manus ad Quirinalia paratur. In eo multo sumus superiores ipsius copiis; sed magna manus ex Piceno et Gallia exspectatur, ut etiam Catonis rogationibus de Milone et Lentulo resistamus.

5. A. d. IIII. Idus Febr. ... **senatus consultum factum est, ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur.**

Il provvedimento di “ratifica” dell’intervento di “urgenza” attuato dal Senato nel 56 a.C., è poi individuato, seppure in maniera non pacifica¹⁶³, nella lex Licinia de sodaliciis¹⁶⁴ del 55 a.C., che avrebbe pertanto introdotto il c.d. crimen sodalitorium, di cui si ha notizia nella *pro Plancio* di Cicerone e negli *Scholia Bobiensia*, nonché un accenno in Cicerone *ad. fam.*, di seguito i tre passi richiamati:

Cic., *pro Plancio* 15.36: **Sed aliquando veniamus ad causam. In qua tu nomine legis Licinae, quae est de sodaliciis, omnis ambitus leges complexus**

¹⁶³ La tesi non è pacifica perché, sulla scia dell’opinione del MOMMSEN, una parte della dottrina ritiene che dal passo di Cicerone, *Ad Quintum fr.* II, 3.5 “*lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur*”, si ricaverrebbe che il senatoconsulto del 56 a.C. rimanda ad una *lex de vi*, mentre la *lex de sodaliciis*, sempre seguendo l’opinione del MOMMSEN, sarebbe una *lex de ambitu* (cfr. sul punto F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 130 e ss.).

¹⁶⁴ Molto dibattute sono le ragioni che stanno a fondamento del senatoconsulto del 56 a.C. e della *lex Licinia* del 55 a.C.: il DE ROBERTIS (*Storia delle corporazioni etc.*, I, cit., pag. 133 e ss.) ritiene che con la *lex Licinia de sodaliciis*, M. Licinio Crasso formalmente avrebbe risposto al senatoconsulto del 56 a.C., ma sostanzialmente avrebbe recepito istanze antioligarchiche di repressione della corruzione elettorale, pertanto, secondo il DE ROBERTIS, il senatoconsulto del 56 a.C. e la legge *Licinia* del 55 a.C., in relazione alle spinte politiche che le sottendono, hanno criteri ispiratori diversi. Un altro filone dottrinale rileva invece il carattere liberticida della legge *Licinia de sodaliciis*, repressivo dei disegni politici dei *populares*, coerentemente alla particolare circostanza che, in quel frangente storico, la classe equestre, di cui era esponente Crasso, fosse alleata con la *nobilitas* senatoria (cfr. L. FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell’età repubblicana*, Torino, 1984, pag. 78).

Secondo l’opinione del VENTURINI (*L’orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, 1984, pag. 787-804, in particolare sul punto pag. 799 e ss.) la questione del rapporto tra i due provvedimenti, con i dati in nostro possesso, non può considerarsi però pienamente ancora risolta e ciò che si può dare per certo è solo il collegamento, che appare sicuro, tra il *senatusconsultum* del 56 a.C. e la *Lex Licinia de sodaliciis* (che, ci sembra di poter affermare, almeno sul piano “formale”, funziona come “ratifica” legislativa del senatoconsulto del 56), ciò che rimane però aperto è soprattutto il problema della riconducibilità della legge ad una *lex de ambitu* o *de vi* (sul punto comunque *amplius infra* Cap. 3).

es; neque enim quicquam aliud in hac lege nisi editicios iudices es secutus. Quod genus iudicum si est aequum ulla in re nisi in hac tribuaria, non intellego quam ob rem senatus hoc uno in genere tribus edi voluerit ab accusatore neque eandem editionem transtulerit in ceteras causas, de ipso denique ambitu reiectionem fieri voluerit iudicum alternorum, cumque nullum genus acerbitatis praetermitteret, hoc tamen unum praetereundum putarit.

*Schol.Bob.,152 Stangl. <Ap>pio Claudio¹⁶⁵cos. etiam pro hoc Cn. Plancio dixit, **qui reus de sodaliciis petitus est lege Licinia**, quam M. Licinius Crassus, Cn. Pompei Magni collega, in consulatu suo pertulit, ut severissime quaereretur in eos candidatos, qui sibi conciliassent <sodales>¹⁶⁶ea potissimum de causa, ut per illos pecuniam tribulibus dispertirent ac sibi mutuo eadem suffragationis emptae praesidia communicarent. Huic factioni coercendae legis lator Crassus existimavit etiam genus iudicii multo periculosius comparandum, ut aput iudices editicios accusarentur, id est, ut pro voluntate accusatoris ederentur tribus, ex quibus unam tantummodo reicere posset reus, de reliquis autem iudices haberentur utique infestissimi causam dicentibus, utpote quos accusator ad voluntatem suam praelegisset edendo eas potissimum tribus, quas reo minus aequas fore arbitraretur.*

*Cic., Ad fam. 8.2.1 **Certe, inquam, absolutus est**—me praesente pronuntiatum est—, et quidem ab omnibus ordinibus et singulis in uno quoque ordine sententiis. "Ride modo," inquis. Non mehercules: nihil umquam enim tam praeter opinionem, tam quod videretur omnibus indignum, accidit; quin ego, cum pro amicitia validissime faverem ei et me iam ad dolendum praeparassem, postquam factum est, obstupui et mihi visus sum captus esse. Quid alios putas? clamoribus scilicet maximis iudices corripuerunt et ostenderunt plane esse, quod ferri non posset; **itaque relictus legi Liciniae***

¹⁶⁵ Si tratta di Appio Claudio Pulcro, console nel 54 a.C., anno in cui Cicerone avrebbe quindi pronunciato l'orazione *Pro Plancio*, la notizia dello Scoliaista Bobiense è ritenuta attendibile dal VENTURINI, (*L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, cit., nota 1 pag. 789).

¹⁶⁶ L'integrazione della parola <sodales> è dovuta al MOMMSEN ed accolta nella edizione dello Stangl (ediz. 1912), a cui si fa riferimento.

maiore esse periculo videtur. Accessit huc, quod postridie eius absolutionem in theatrum Curionis Hortensius introiit, puto, ut suum gaudium gauderemus.

Il passo si riferisce, in particolare, all'assoluzione di Valerio Messalla, console nel 53 a.C., dall'accusa di *crimen de ambitu*, cioè, però, non escludendo, come si ricava dall'inciso conclusivo, la possibilità di essere nuovamente accusato *ex lege Licinia de sodaliciis*¹⁶⁷.

Agli abusi elettorali dei collegi del periodo tardo repubblicano mise definitivamente rimedio un *Lex Iulia de collegiis* di data (e attribuzione) incerta, ma presumibilmente da attribuire a Cesare tra il 49 e il 44, cioè storicamente ricollegabile al periodo in cui Cesare, attraverso la dittatura, opera la sua più vasta azione di riforma della Costituzione romana¹⁶⁸.

Sul punto appare illuminante quanto acutamente osservato dal Mommsen e cioè che gli abusi dei *collegia* furono repressi più efficacemente con una riforma della costituzione di quanto non fosse possibile con leggi proibitive,¹⁶⁹ cioè l'autorevole studioso, a nostro modesto parere, acutamente coglie che l'intervento riformatore della *Lex Iulia* agisce direttamente sul tessuto costituzionale, che passa da un sistema basato sulla libertà associativa, con limitazioni, a uno che invece si basa su un sistema autorizzativo, che poi sarà ripreso nel principato.

Della *Lex Iulia de collegiis* ci abbiamo notizia in iscrizione relativa a un collegio di *symphoniaci* ed in due passi di Svetonio, di seguito riportati, che hanno generato il problema della incerta attribuzione della legge a Cesare o ad Augusto:

¹⁶⁷ Sul punto C. VENTURINI, *L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 792, che in particolare coglie l'occasione per osservare come la possibilità di un possibile concorso del *crimen ambitu* con il *crimen sodalitorium* non è estraneo al sistema delle *questiones perpetuae* tardo-repubblicane, in quanto coglie l'attitudine di una stessa fattispecie concreta a ledere gli interessi tutelati da più leggi criminali; sempre la stessa dottrina (C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, pag. 305) precisa che questa relatività del giudicato penale, dovuta all'indipendenza formale reciproca dei procedimenti che si svolgevano innanzi a corti diverse e maggiore nel caso di condanna ad una pena solo patrimoniale, non va letta come una disfunzione del sistema accusatorio delle *quaestiones* ma anzi è coerente con la sua logica interna, ispirata non da scopi garantistici ma da prevalenti esigenze sanzionatorie.

¹⁶⁸ In argomento su tale datazione e sull'attribuzione della legge a Cesare cfr. F. DE ROBERTIS, *Contributi alla storia delle corporazioni romane*, Bari, 1933, pag. 43 e ss., sul punto pag. 49.

¹⁶⁹ Th. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, ed. Sansone, Vol. II, Firenze, 1967, pag. 1153 e ss.

DIS MANIBUS¹⁷⁰/COLLEGIO SYMPHONIA/CORUM QVI SACRIS PVBLI/
CIS PRAESTV SVNT QUIBUS/ SENATVS C.C.C.¹⁷¹ PERMISIT E/
LEGE IVLIA EX AUCTORITATE¹⁷²/AVG(usti) LUDORUM CAUSA¹⁷³

Suet. Jul. 42.3 *Octoginta autem ciuium milibus in transmarinas colonias distributis... **cuncta collegia praeter antiquitus constituta distraxit. poenas facinorum auxit; et cum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exulabant, parridas, ut Cicero scribit, bonis omnibus, reliquos dimidia parte multauit.***

Suet. Aug. 32.1 *Pleraque pessimi exempli in perniciem publicam aut ex consuetudine licentiaque bellorum civilium duraverant aut per pacem etiam exstiterant. Nam...**et plurimae factiones titulo collegi novi ad nullius non facinoris societatem coibant***¹⁷⁴. *Igitur grassaturas dispositis per opportuna loca stationibus inhiuit, ergastula recognovit, **collegia praeter antiqua et legitima dissoluit.***

Secondo l'opinione del Mommsen, infatti, i collegi, aboliti da Cesare, sarebbero stati ripristinati alla sua morte, e quindi Augusto avrebbe emanato una nuova *Lex Iulia* per abolirli nuovamente¹⁷⁵ (tale legge sarebbe stata emanata intorno al 7 a.C.)¹⁷⁶, la tesi, fu per la prima volta contrasta dal Coli,

¹⁷⁰ CIL VI, 4416; FIRA, III, 38 (*Titulus sepulchralis collegii symphonicorum*), pag. 111.

¹⁷¹ Secondo la proposta del MOMMSEN, C.C.C. significherebbe C[oire], C[onvocare], C[ogi], ma il DE ROBERTIS (*Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 197 nota 6), riprendendo la tesi del BERGER, propone C.[ollegium], o più precisamente *Corpus* in collegamento con D. 3.4.1.1), C[oire], C[onvenire], essendo i verbi *convocare* e *cogi* più appropriati per i comizi.

¹⁷² Secondo il DE ROBERTIS (*Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 225 e ss.) la locuzione "*ex auctoritate Augusti*" corrisponde a quella "*auctore Augusto*", l'iscrizione quindi ci dice che il collegio dei sinfoniaci fu autorizzato *ex lege Iulia* con *senatuconsultum* su proposta del Principe (ma ciò non esclude che la proposta possa essere stata fatta da altro magistrato fornito di *ius referendi in Senatum*).

¹⁷³ Si confronti per il testo così proposto il testo riportato in DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 44 e quello riportato in G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, Bari, 1934, pag. 27 nota 3, che, aderendo alla proposta di traduzione del MOMMSEN della sigla C.C.C., così traduce: "il Senato permise di raccogliersi di adunarsi di convocarsi in forza della legge Giulia [e] dell'autorità di Augusto a cagione dei giochi pubblici".

¹⁷⁴ Traduce il MONTI (*Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 27): "si riunivano molte fazioni sotto titolo e nome di nuovi collegi, commettendo sceleratezze di ogni sorta", ma l'espressione "*facinoris societatem*", ci sembra più correttamente riferito all'appartenenza ad associazioni a delinquere (così DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 213).

¹⁷⁵ F. DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 45.

¹⁷⁶ Su tale possibile datazione G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, Bari, 1934, pag. 27.

che sostenne la possibile inesistenza di questa seconda legge, per altro osservando che tale legge, se pure fosse esistita, non avrebbe introdotto radicali innovazioni, essendo lo scopo di pubblica utilità richiesto per la concessione dello *ius coendi*, già richiesto perché vi fosse un *collegium*, e le riunioni private già proibite¹⁷⁷, ma ci sembra di poter dire ciò proprio perché c'era già stata la precedente legge di Cesare (!).

Successivamente altra dottrina¹⁷⁸, osservò come Svetonio non parla dell'abolizione della presunta prima *Lex Iulia* di Cesare ma solo della sua violazione di fatto e che pertanto il nuovo provvedimento di Augusto era un semplice atto amministrativo, che ribadiva l'osservanza della precedente legge di Cesare.

Per altro, aggiunge acutamente il De Robertis, comparando i due passi, che Svetonio nel passo *Divus Augustus* [32] parla di *collegia legitima*, tali cioè in base alla precente legge di Cesare ed *antiqua (constituta)*, con riferimento a quelli che Cesare lasciò sussistere¹⁷⁹.

Circa i contenuti della *Lex Iulia* essa è considerata il fondamento del diritto associativo romano per i secoli successivi¹⁸⁰. Coerentemente a una politica di riassetto costituzionale dello Stato in senso monarchico, allo scopo di istaurare un controllo statale sulla libertà di associazione¹⁸¹, Cesare soppresse tutte le associazioni esistenti, lasciandone in vita solo alcune ("*praeter antiquitus constituta*"¹⁸², Svet. *Iul.* 42), tassativamente indicate, e disponendo, per l'avvenire, che le nuove associazioni dovessero essere autorizzate con provvedimento del senato¹⁸³ per motivi d'interesse pubblico¹⁸⁴.

¹⁷⁷ U. COLI, *Collegia e Sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna, 1913, pag. 104-105.

¹⁷⁸ G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 27 e ss.,.

¹⁷⁹ F. DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 48; non manca però chi, anche nella dottrina recente, sostiene l'attribuzione della legge ad Augusto, si cfr. per esempio sul punto M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, pag. 241.

¹⁸⁰ G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 28 e ss.,.

¹⁸¹ DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 215.

¹⁸² Secondo F. DE ROBERTIS (*Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 52) la locuzione "*antiquitus constituta*", farebbe riferimento a collegi la cui costituzione era anteriore all'intervento fortemente repressivo della libertà associativa attuato con il senatoconsulto del 64 a.C., di cui, come si è detto, si hanno frammentarie notizie in ASCONIO, *In Pisonem*, 4.8.,.

¹⁸³ L'autorizzazione, come si ricava dalla richiamata *inscriptio* sui sinfoniaci, era data con la formula "*quibus senatus C.C.C. permisit*".

¹⁸⁴ In questo senso F. DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 54; cfr. anche DE ROBERTIS, voce "*Collegium*", cit., pag. 485 e da ultimo F. DE ROBERTIS, *Il Fenomeno*

La dottrina ha evidenziato che il Senato aveva autonomia discrezionale nel concedere l'autorizzazione rispetto all'imperatore e la "chiave" di funzionamento di tale discrezionalità senatoria era proprio incentrata sul rilievo della pubblica utilità del provvedimento autorizzatorio¹⁸⁵.

Per quanto riguarda le associazioni professionali mantenute in vita dalla *Lex Iulia* non vi è certezza quali fossero, ma la dottrina¹⁸⁶ ritiene che si trattasse di pochi collegi di artigiani che non potevano essere soppressi senza un grave nocumento per la pubblica utilità, il medesimo criterio dell'interesse pubblico avrebbe guidato il provvedimento autorizzatorio, che di volta in volta¹⁸⁷, il Senato avrebbe concesso alle nuove associazioni. Una specialissima concessione venne però fatta ai sodalizi ebraici, che vennero mantenuti in vita da Cesare, e ciò, forse, perché questi collegi non erano degenerati, nel periodo tardo-repubblicano, in *clubs* politici¹⁸⁸.

Nel tempo, ovviamente, fu necessario adeguare le disposizioni della *Lex Iulia*, in particolare quelle autorizzatorie, alla mutata situazione politico-costituzionale, per essersi trasferito il potere autorizzatorio, prima esercitato dal *Princeps* in concorrenza col Senato, in capo esclusivamente all'imperatore a partire dall'età dei Severi¹⁸⁹, di ciò l'evidente traccia in due noti passi:

associativo nel mondo romani. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero, Roma, 1981, pag. 36; conforme anche G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 29, che pone anche in evidenza che il carattere di pubblica utilità si accentua proprio perché viene concessa un'autorizzazione statale.

¹⁸⁵ S. RANDAZZO, *Senatum consultum quo illicita collegia arcentur* (D. 47, 22, 1, 1), in *BIDR.* 94-95 (1991-1992), pag. 49-88, in particolare sul punto pag. 60.

¹⁸⁶ F. DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., pag. 54.

¹⁸⁷ Secondo una prima impostazione proposta dal MOMMSEN (*De collegiis et sodaliciis romanorum*, Kiliae, 1843, pag. 80-81), ma poi dallo stesso rivisitata in senso contrario in un suo scritto successivo (*Zur lehre von den römischen korporationem*, 1904), ci sarebbe stato un unico provvedimento autorizzatorio del Senato, ma ciò non appare coerente, sul piano generale, con la politica cesariana di controllo delle nuove associazioni ed è contraddetto dalle fonti ed in particolare dalla sopra ricordata *inscriptio* dei sinfonici, da cui risulta che a tale *collegium* sia stata data una specifica autorizzazione, quindi è coerente che, caso per caso, il Senato effettuasse un controllo, probabilmente anche una discussione, per concedere o meno la specifica autorizzazione ai nuovi collegi che la richiedessero, basandosi sul disposto e sullo spirito a cui era informata la *Lex Iulia de collegiis* (così il collegio dei sinfonici si è visto era stato autorizzato "*ludorum causa*" "*e lege Iulia*"), cfr. sul punto DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 219-220.

¹⁸⁸ La notizia ci è riferita da JOSEFH FLAVIUS (lo ricorda F. DE ROBERTIS, *Contributi alla Storia delle corporazioni a Roma*, cit., nota 2 pag. 54); sulla natura dei *collegia* tardo-repubblicani più di "*social clubs*", pronti ad essere utilizzati per fini politici, piuttosto che vere associazioni professionali o di culto, si cfr. anche le osservazioni di F. SALERNO, "*Collegia adversus rem publicam*", cit., pag. 621.

¹⁸⁹ G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 31; in maniera parzialmente diversa, altra dottrina, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., pag. 242, ritiene che Augusto avrebbe prima delegato al Senato il compito di approvare e legittimare l'esistenza e le

D. 3.4.1 pr. (Gai 3 *ad ed. prov.*): *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.*

D. 47.22.3.1 (Marcianus 2 *iud. publ.*): *In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat*¹⁹⁰.

Infine, solo per completezza rispetto ai fini di questa ricerca, si ricordano altre due tappe dell'evoluzione della libertà associativa a Roma, in particolare ci si riferisce:

a) Ad un *senatusconsultum* che tra il 42 e il 69 d.C. che attenuò il regime autorizzatorio della *Lex Iulia* per i *collegia* dei *tenuiores*, collegi di povera gente con scopo religioso, autorizzandone la libera costituzione e, per questa via, facendo sorgere, nella prassi una generale presunzione di liceità di tali collegi¹⁹¹. Accadde, tuttavia, che tale presunzione di liceità facesse germogliare, sotto il preteso scopo religioso collegi (*sub praetextu religionis*), associazioni di ogni genere, anche meramente conviviali¹⁹², di contro però essa giovò alle classi più umili per la costituzione di collegi religiosi a base professionale¹⁹³;

b) All'accentuarsi sempre più nell'età imperiale del controllo dello Stato sui collegi incaricati di servizi di pubblica utilità, sino alla configurazione, col Codice Teodosiano¹⁹⁴, dei collegi come corpi chiusi, obbligatori ed ereditari (*collegia obnoxia*), probabilmente come risposta alla grave crisi disgregatrice dello Stato seguita alla morte dell'ultimo dei Severi¹⁹⁵, in conseguenza si arrivò

attività delle associazioni e che solo in seguito tale autorizzazione sarebbe data direttamente dagli imperatori.

¹⁹⁰ L'efficace accostamento dei due passi in G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 31.

¹⁹¹ F. DE ROBERTIS, voce "*Collegium*", cit., pag. 485.

¹⁹² Traccia di questo in un passo di Ulpiano del Digesto, D. 47.11.2: "*Sub praetextu religionis vel sub specie solvendi voti, coetus illicito nec a veteranis temptari oportet*".

¹⁹³ F. DE ROBERTIS, *Il Fenomeno associativo nel mondo romano. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero*, cit., pag. 37.

¹⁹⁴ Ampio spazio è dato al diritto corporativo nel Codice Teodosiano nei libri dal dodicesimo al quindicesimo.

¹⁹⁵ Così sul punto DE ROBERTIS, voce "*Collegium*", cit., pag. 486, più di recente, in questo senso, anche A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012, pag. 156, il quale sottolinea che, se un

altresì all'iscrizione obbligatoria nelle corporazioni professionali di chi esercitava un mestiere o attività commerciale che lo Stato riteneva di pubblica utilità, al fine di impedire che chi svolgeva quel lavoro lo abbandonasse¹⁹⁶, limitazioni furono poi stabilite anche alla possibilità di disporre del proprio patrimonio¹⁹⁷, infatti, i beni vincolati al servizio furono definiti “*obnoxia functioni*” e, pur appartenendo al patrimonio del privato, la loro alienazione perpetuò in capo all'acquirente anche il trasferimento dell'obbligo del servizio¹⁹⁸.

Va tuttavia evidenziato, per completezza, che alle limitazioni giuridiche subite dai collegi, e dai loro iscritti, almeno a partire dall'età dei Severi, fa da contraltare (a nostro modesto parere) una serie di *immunitates* da *munera civilia* di cui potevano godere *collegia* e *corpora*, autorizzati dalla legge, di cui ci dà testimonianza il celebre passo del Digesto 50.6.6.12 del libro primo *de cognitionibus* di Callistrato e che, si ricorderà, già Orestano, considerava tra i passi utili per ricostruire un insieme di principi “coordinati” dai Compilatori in materia di *Universitas* e *Collegia*, di seguito il passo:

D. 50.6.6.12 (Call. 1 *de cogn.*): *Quibusdam collegiis vel corporibus, quibus ius coeundi lege permissum est, immunitas tribuitur: scilicet eis collegiis vel corporibus, in quibus artificii sui causa unusquisque adsumitur, ut fabrorum corpus est et si qua eandem rationem originis habent, id est idcirco instituta sunt, ut necessariam operam publicis utilitatibus exhiberent. Nec omnibus promiscue, qui adsumpti sunt in his collegiis, immunitas datur, sed artificibus dumtaxat. Nec ab omni aetate allegi possunt, ut divo Pio placuit, qui reprobavit prolixae vel inbecillae admodum aetatis homines. Sed ne quidem eos, qui augeant facultates et munera civitatum sustinere possunt, privilegiis,*

primo passo verso la costituzione coattiva di corporazioni professionali è fatto da Alessandro Severo per commercianti di vino, verdure e calzolari, la svolta decisiva si ha con Aureliano (270-275) che estende il vincolo professionale obbligatorio agli armatori (*navicularii*) e ai commercianti all'ingrosso di prima necessità.

¹⁹⁶ La dottrina, G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, cit., pag. 29, mette in evidenza che è stata la *Lex Iulia de collegiis* di Cesare a preparare le riforme del Basso impero, che cristallizzandone la struttura economica e sociale, ne arrestò per lungo tempo il declino.

¹⁹⁷ G.PUGLIESE-F.SITZIA-L.VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, pag. 437.

¹⁹⁸ Ancora sul punto DE ROBERTIS, voce “*Collegium*”, cit., pag. 486.

quae tenuioribus per collegia distributis concessa sunt, uti posse plurifariam constitutum est.

Il rilievo fondamentale che l'*Utilitas Publica* gioca al fine della fruizione delle suddette *immunitates* da *munera civilia* è stato recentemente evidenziato dalla dottrina¹⁹⁹ attraverso un'attenta analisi del passo di Callistrato, infatti, da tale passo si ricava che tali *immunitates* non sono da attribuire indistintamente a tutti i membri dei *corpora* o *collegia* (e cioè in ragione della mera appartenenza alla corporazione), ma solo a quelli che effettivamente sono in grado di svolgere il servizio di pubblica utilità, disapprovandosi, già con provvedimento di Antonino Pio, che di tali immunità fruiscano "*imbecille admodum aetatatis nomine*", quindi uomini troppo anziani o troppo giovani e comunque non in grado di fornire il servizio reso dalla corporazione, all'uopo la dottrina ha parlato opportunamente di logica funzionalistica²⁰⁰ nella concessione delle immunità dai *munera civilia*.

Di tali *immunitates* non potevano fruire, infatti, nemmeno quelli che avendo accresciuto le loro ricchezze (si presume proprio rendendo servizi di pubblica utilità allo Stato!) potevano ben sostenere i *munera civitatum*²⁰¹ (*sed ne quidem eos, qui augeant facultates et munera civitatum sustenere possunt*), ciò per altro fa da contraltare alla logica statale di favore adottata per i *collegia tenuiorum*, formati, com'è noto, dagli strati più bassi della popolazione²⁰².

¹⁹⁹ R. SCEVOLA, "*Utilita Publica*", II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, pag. 181 e ss.,.

²⁰⁰ R. SCEVOLA, ult. cit., pag. 183.

²⁰¹ R. SCEVOLA, ult. cit., pag. 185.

²⁰² La dottrina, R. SCEVOLA, ult. cit., pag. 185, coglie in tale disposizione un profilo equitativo, di favore per i ceti più disagiati, per cui deroghe ai *munera civitatum* erano ammesse solo per i *collegia tenuiorum*.

Per concludere il breve quadro evolutivo così delineato sulla libertà associativa nel diritto romano va, infine, osservato che nel periodo tra Teodosio e Giustiniano si avrà un graduale alleggerimento dei controlli statali sui collegi, che riguadagneranno lentamente quell'autonomia e vigore associativo, necessario preludio allo sviluppo del composito universo degli ordinamenti giuridici medievali²⁰³.

²⁰³ Ci riferisce ovviamente all'importanza che il principio associativo, e le corporazioni in genere, ebbero nel periodo medievale, che è stato egregiamente scolpito da F. CALASSO in *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1953.

Capitolo III

“Collegium delinquere potest?”: il crimen sodaliciorum e il principio *societas delinquere non potest* nel diritto romano tardo-repubblicano.

Note a margine di Cic., *pro Plancio* 18.45: una proposta interpretativa per le locuzioni “*decuriasse Plancium*” et “*sequestrem fuisse*”.

Sommario: 3.1 “*Collegium delinquere potest?*”: definizione del problema. 3.2 La *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C. e il *crimen sodaliciorum*. 3.3 “*Decuriasse Plancium*” et “*sequestrem fuisse*”: una proposta interpretativa per Cic., *pro Plancio* 18.45 3.4 Sul possibile fondamento del potere consolare di scioglimento dei *collegia illicita*. 3.5 La *lex Licinia de sodaliciis* e la liquidazione dei patrimoni delle disciolte associazioni: il problema dell’interpretazione di D. 4.7.12 .

3.6 L’evoluzione storica del *crimen sodaliciorum* e il nuovo modo di intendere l’illiceità dei collegi in epoca imperiale. 3.7 Conclusioni.

3.1 Poiché, come vedremo nel paragrafo successivo, il delinquere “*ut universi*” delle corporazioni medievali è stato individuato, a certe condizioni, come uno dei possibili precedenti storici della responsabilità penale delle persone giuridiche, ci si propone in questa ricerca di indagare se mai nel diritto romano si possano rintracciare dei possibili comportamenti illeciti dei *collegia* romani, in cui il *delinquere “ut sodales”* trascenda il mero fenomeno associativo e possa interpretarsi come delinquere del *collegium* nel suo complesso, sul presupposto di rintracciare una certa soggettività giuridica dei *collegia*²⁰⁴, seppure non pienamente coincidente con il concetto di persona giuridica, un’identica *ratio* di contrasto (come per le corporazioni medievali) tra l’attività dei *collegia* e l’ordinamento giuridico e la conseguente e riconoscibile sanzione diretta non nei confronti dei singoli *sodales* ma del *collegium* nel suo complesso.

²⁰⁴ L’importanza del collegamento tra responsabilità (anche penale) delle associazioni e personalità giuridica è stato ribadito in un recente scritto dalla dottrina, S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio “*societas delinquere non potest*” nel diritto associativo tardo antico, in *IAH*, 5/2013, pag. 29-48, in particolare sul punto pag. 40 e ss., il suddetto autore definisce significativamente il problema della responsabilità delle associazioni un corollario del più generale problema della configurabilità della personalità giuridica per *collegia* e *sodalitates*.

Tale sanzione, si può subito anticipare ci sembra individuabile, fin da epoca risalente, anche anteriore a quella tardo-repubblicana²⁰⁵, nello scioglimento del *collegium* che ha posto in essere comportamenti illeciti, con conseguente dissoluzione del patrimonio dell'associazione (c.d. *arca communis*)²⁰⁶, il cui significato "personalistico" rispetto alla struttura²⁰⁷ del *collegium* è stato messo in luce, almeno per il diritto tardo-imperiale, da un recente contributo dottrinale²⁰⁸.

Si può inoltre subito rilevare che l'illecito del *collegium* soffre di un *deficit* di autonomia, rimanendo dipendente l'accertamento dell'illecito corporativo dalla vicenda processuale dei singoli *sodales*.

S'è visto già nel paragrafo precedente come i *collegia* o *universitates personarum* abbiano un *quantum* più o meno variabile di capacità giuridica che connota un grado più o meno intenso di soggettività giuridica autonoma, che culmina in una piena soggettività giuridica nel caso siano autorizzati ad "*corpus habere*", per altro ai fini di una capacità a delinquere autonoma dei *collegia*, non ci sembra essere un presupposto indispensabile una "piena soggettività" giuridica, quanto piuttosto la capacità di aggiungere un "contributo autonomo" al delinquere dei *sodales*, espressione precipua della organizzazione (dotata anche di un grado minimo di soggettività)²⁰⁹ o

²⁰⁵ Ci si riferisce al *Senatus consultum de Bacchanalibus* che nel 186 a.C., che dispose, con lo scioglimento delle associazioni dedite al culto di Bacco, anche il divieto per le stesse di avere un patrimonio o cassa comune (cfr. S.C., L. 11 FIRA I, 241).

²⁰⁶ Cfr. F. DE ROBERTIS, voce "*Collegium*", cit., pag. 484.

²⁰⁷ Oltre che per l'*arca communis*, per altro gestita da un *questor* (o *arcarius*), **la struttura organizzativa dei collegia** si caratterizzava per la presenza di assemblea deliberante, detta *populus collegii*, spesso divisa in *decuriae*, che ne costituivano le cellule organizzative di base, a cui era preposto un *decurio*, per cui, nei collegi più numerosi, i *decuriones* formano l'organo amministrativo, c.d. *ordo decurionum* (cfr. F. GRELLE, voce "*Decuria*", in *NN.D.I.*, V, 1957, pag. 308-309).

La direzione del *collegium* era, invece, affidata a due o più *magistri*, la cui carica aveva durata quinquennale (detti perciò anche *quinquennales*), spesso coadiuvati, oltre che dall'*arcarius*, da scribi e da un *curator* (sul punto DE ROBERTIS, *Il Fenomeno associativo nel mondo romano. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero*, Roma, 1981, in particolare sul punto pag. 73-74).

²⁰⁸ S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio "*societas delinquere non potest*" nel diritto associativo tardo antico, cit., pag. 44 e ss.,.

²⁰⁹ A conforto del fatto che il delinquere delle "persone giuridiche" non richiede necessariamente una piena soggettività giuridica si può per es. effettuare una comparazione con la nostra legge sulla responsabilità penale delle persone giuridiche che all'art. 1 co. II dispone: "Le disposizioni in esso (del decr. 231/2001) previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche *prive di personalità giuridica*". Spunti comparativi in questo senso si possono trarre anche dal diritto inglese: l'*Interpretation Act* del 1978 dispone l'estensione della responsabilità penale delle persone giuridiche anche alle *unincorporated associations*, cioè le associazioni prive di personalità

comunque espressione di un delinquere del *collegium* nel suo complesso, “*ut sodales*”.

Tale “contributo autonomo”, per essere apprezzato non richiede quindi necessariamente il ricorso alla categoria moderna della persona giuridica, ma solo la possibilità di potere cogliere, in maniera unitaria, l’apporto ulteriore recato alle potenzialità del reato dall’agire illecito dei *sodales*, quali uomini riuniti in un *corpus* collettivo²¹⁰.

Ci sembra, per altro, esprima un analogo concetto la dottrina quando sottolinea che il diritto penale romano attenzionò particolarmente i delitti commessi dai *sodales*, in funzione dell’*effetto moltiplicatore* sulle potenzialità del delitto, dato dal numero dei soggetti coinvolti e dal loro ruolo²¹¹.

All’uopo ci sembra si debba indagare se nella legislazione romana, almeno tardo repubblicana, si possa riscontrare una *lex* che prenda in considerazione, almeno indirettamente, questo contributo “aggiuntivo” proveniente dall’organizzazione di *collegia*.

3.2 A nostro modesto parere questa *lex* può essere rintracciata nella *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C. (sulla genesi politica e normativa cfr. *supra* Cap. 2.2)²¹².

Di questa legge, di cui, giova ribadirlo, non si conosce con precisione il contenuto, è stata a lungo dibattuta in dottrina, come si è accennato nel capitolo precedente, la distinzione da quella *de ambitu*, perché, sulla scia del

giuridica, anche se, riferendosi l’*Interpretation Act* solo alle leggi scritte (*statute*), tale effetto estensivo riguarda solo i reati espressamente previsti dalle leggi e non i reati previsti dalla *common law*.

²¹⁰ La necessità di scongiurare i rischi derivanti dall’applicazione del “prisma deformante” della categoria moderna della persona giuridica al diritto romano (in particolare alla *societas* romana) sono stati recentemente evidenziati dalla dottrina, in tema di rilevanza esterna del contratto di *societas*, si osserva come la *societas* crei un nuovo *corpus*, che tuttavia non abbisogna di essere apprezzato con la moderna categoria della persona giuridica ma piuttosto realizzi, nello schema più autenticamente romano, uno strumento che permette ai soci di amplificare le forze superando l’utilità individuale per raggiungere una sintesi ulteriore maggiore della somma aritmetica delle utilità di ciascuno (P.P. ONIDA, *Specificità della causa del contratto di societas e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna*, in <http://www.dirittoestoria.it/10/contributi/Onida-Specificita-causa-contratto-societas-rilevanza-esterna>), ci sembra, che, sia pure in riferimento ad una utilità illecita, queste considerazioni possano valere anche per l’agire illecito *uti sodales*.

²¹¹ S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio “*societas delinquere non potest*” nel diritto associativo tardo antico, cit., pag. 48.

²¹² Per una ricostruzione completa delle fonti cfr. anche G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, (estratto dell’ *Enciclopedia Giuridica Italiana*), Milano, 1912, pag. 407.

Mommsen²¹³, una parte della dottrina ha ritenuto che si trattasse di una legge *de ambitu*²¹⁴, ciò però palesemente in contrasto con l'inciso di Cic., *Ad Quintum fr. II, 3.5*: "*lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur*", che sembrerebbe avvicinare invece la *lex de sodaliciis* ad una *lex de vi*, inciso che, per altro, De Robertis spiega si riferisce solo alla determinazione della pena, rispetto alla quale il *Senatus consultum* del 56 a.C., ponendosi come un provvedimento di urgenza su una materia già normata da una *lex* (la *lex Clodia*), sentiva l'esigenza di rinviare appunto ad una successiva *lex* (poi la *lex Licinia*), che quanto alla pena avrebbe dovuto fare riferimento al *crimen de vi*²¹⁵.

Lo stesso De Robertis, valorizzando l'*incipit* di *pro Plancio*²¹⁶ 15.36, fa notare la specificità della *lex Licinia de sodaliciis* rispetto alla *lex de ambitu*.

Osserva, infatti, tale dottrina che lo stesso Cicerone, affermando a confutazione dell'accusa - "*Sed aliquando veniamus ad causam. In qua tu nomine legis Liciniae, quae est de sodaliciis, omnis ambitus leges complexus es*" - lamenta all'accusatore, Laterense, proprio di avere accusato *Plancio* di *crimen de ambitu*, che poco centra con la *lex Licinia*, "*quae est de sodaliciis*" (riguarda le associazioni!): è tutt'altra cosa, sembrerebbe dire già Cicerone.

Spiega Cicerone che la scelta di imputare *Plancio de sodaliciis* è stata dal Laterense fatta solo perché più favorevole (all'accusatore) ai fini della formazione del collegio giudicante ("*neque enim quicquam aliud in hac lege nisi editicios iudices es secutus*")²¹⁷.

²¹³ Secondo il MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis romanorum*, cit., pag. 42-73, la *lex Licinia* si riferiva solo ai candidati, mentre la legge preannunciata dal senatoconsulto del 56 a.C. si riferiva a *decuriae* e *sodalitia*, la *lex Licinia* sarebbe stata poi solo una "*species ambitus, propriae questioni attributa*" (MOMMSEN, op. ult. cit., pag. 42).

²¹⁴ Secondo C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1902, pag. 423, la *lex Licinia* punisce il più grave dei casi di *ambitus*, quello commesso attraverso associazioni elettorali formate appositamente per procedere alla compravendita di voti; V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, Milano, 1937, pag. 56, precisa invece, rispetto al MOMMSEN, che, se si sottintende il termine *hominibus* al titolo della legge, la legge *Licinia* può essere riferita non a singoli *sodales* ma anche ai capi delle *decuriae*, appunto gli *homines sodalicii*.

²¹⁵ F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 126-127.

²¹⁶ **Gneo Plancio**, esponente dell'*ordo equester*, già questore in Macedonia nel 58 a.C., aiutò Cicerone durante l'esilio e ne favorì il rientro a Roma. Rieleto edile nel 54 a.C., dopo che le precedenti elezioni erano state annullate, fu accusato *ex lege Licinia de sodaliciis* da M. Giovenzio Laterense, esponente della *nobilitas*, che era stato suo avversario politico nelle elezioni, difeso da Cicerone, venne assolto (cfr. E. CIANCERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II, Napoli, 1941, pag. 128 e ss.).

²¹⁷ Cic., *Pro Plancio* 15.36; cfr. M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni etc.*, I, ult. cit., pag. 138 e ss.,.

Ricordiamo, infatti, come la *Lex Licinia de sodaliciis* introdusse una procedura speciale per la scelta della giuria: l'accusatore sceglieva quattro delle trentacinque tribù e le proponeva all'accusato, questi ne poteva rifiutare una sola, quindi l'accusatore sceglieva i giudici dalle altre tre tribù rimaste²¹⁸.

Secondo la spiegazione che ci dà lo stesso Cicerone in *pro Plancio* 15.37: "*cuiuscumque tribus largitor esset, et per hanc consensionem quae magis honeste quam vere sodalitas nominaretur quam quisque tribum turpi largitione corrumperet, eum maxime eis hominibus qui eius tribus essent esse notum*", l'intento del legislatore era quello di chiamare a decidere dell'innocenza o della colpevolezza dell'accusato individui appartenenti alle tribù stesse che erano state oggetto della corruzione elettorale organizzata e che quindi meglio di ogni altro erano al corrente dei fatti²¹⁹.

Sebbene quindi la *ratio legis* sia positivamente quella di scegliere i giudici meglio informati sui fatti, non può però trascurarsi sul punto il commento della scoliasta di Bobbio²²⁰ sulla pericolosità di tale sistema giudiziario, sbilanciato a favore dell'accusatore, che avrebbe potuto scegliere quattro tribù ostili all'accusato, che, a sua volta, avrebbe ottenuto ben poco vantaggio dal ricusarne una²²¹.

Tale procedura esprime comunque la specificità della giuria introdotta dalla *Lex Licinia de sodaliciis* rispetto a quella di una semplice *lex de ambitu*, perché ne evidenzia il collegamento con una fattispecie non di semplice broglio elettorale ma di corruzione organizzata avvalendosi di *sodalicia*.

Per altro, com'è stato osservato in dottrina, nell'esperienza processuale romana v'è un'innegabile connessione tra il "momento sostanziale" di astratta

²¹⁸ In argomento B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, pag. 171 e ss.; sul punto anche P. GRIMAL, *La lex Licinia de sodaliciis*, in *Rome La littérature et l'histoire*, tomo I, Roma, 1986, pag. 37-45, in particolare pag. 44.

²¹⁹ Così C. VENTURINI, *L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 799.

²²⁰ *Schol.Bob.*, 152 Stangl. (...) *Huic factioni coercendae legis lator Crassus existimavit etiam genus iudicii multo periculosius comparandum, ut aput iudices editicios accusarentur, id est, ut pro voluntate accusatoris ederentur tribus, ex quibus unam tantummodo reicere posset reus, de reliquis autem iudices haberentur utique infestissimi causam dicentibus, utpote quos accusator ad voluntatem suam praelegisset edendo eas potissimum tribus, quas reo minus aequas fore arbitraretur.*"; cfr sul punto anche L. FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Torino, 1984, pag. 78.

²²¹ Così G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., pag. 407, che sostiene che la *Lex Licinia de sodaliciis* aggrava la condizione dell'accusato perché gli toglie il vantaggio della *reiectio alternorum consiliorum*, consentendo all'accusato di ricusare solo una delle tribù scelte dall'accusatore; in questo senso, più di recente, anche A. MILAZZO, *La fattispecie materiale della lex Licinia de sodaliciis e le origini del reato associativo*, in *SDHI*, 79, (2013), pag. 481-499, in particolare sul punto pag. 494.

configurazione dei comandi penali, e quello “tecnico procedurale” di predisposizione dei mezzi idonei per la concreta realizzazione della repressione penale al fine di realizzare un efficiente sistema processuale²²², che, a fini comparativi, pone l’esperienza processuale romana come paradigma normativo utile per riparare all’inefficienza processuale dei maxiprocessi c.d. moderni, attraverso la valorizzazione dell’aspetto processuale del principio di legalità, oggi trascurato a favore dell’aspetto sostanziale.

Per altro sul piano dei caratteri generali del diritto penale altra dottrina ha fatto rilevare come, in analogia al diritto privato, anche nel diritto penale romano lo sviluppo del diritto penale sostanziale si pone in stretta connessione con le forme processuali²²³, tant’è che si può dire che i romani abbiano prima avvertito la necessità di reprimere un fatto con appropriate forme processuali, poi abbiano elaborato il relativo precetto che lo individuava come *crimen*²²⁴.

3.3. Tornando alla natura giuridica del *crimen sodalitorium* un contributo decisivo per l’individuazione della sua specificità come *crimen* concernente una corruzione elettorale realizzata attraverso la forza di *sodalicia* illeciti a scopo elettorali (formati da gruppi di dieci e quindi detti *decuriae*) c’è fornito dall’analisi dell’elemento commissivo del reato, che Cicerone chiede al Laterense di provare:

Cic., *pro Plancio* 18.45: *Decuriatio tribulium, discriptio populi, suffragia largitione devincta severitatem senatus et bonorum omnium vim ac dolorem excitarent. Haec doce, haec profer, huc incumbere, Laterensis, decuriasse Plancium, conscripsisse, sequestrem fuisse, pronuntiasse, divisisse;*

²²² P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino, 2003, pag. 92 e ss.

²²³ U. BRASIELLO, voce “Processo penale” (*diritto romano*), in *NN.D.I.*, XIII (1966), pag. 1157-1160, sul punto pag. 1157.

²²⁴ U. BRASIELLO, voce “Diritto penale” (*diritto romano*), in *NN.D.I.*, V (1960), pag. 960-966, sul punto pag. 961.

Dimostri Laterense, se vuole la condanna di Plancio, che questi ha formato *decuriae* di tribules (*decuriasse Plancium*)²²⁵ o comunque ha reclutato quelli che, singolarmente, erano disposti a favorire, dietro pagamento, un determinato candidato (*conscripsisse*)²²⁶, facendosi depositario di fondi elettorali (*sequestrem fuisse*)²²⁷, che ha promesso e distribuito²²⁸.

Decisivo poi il contributo di quella dottrina che valorizza nell'*oratio pro Plancio* l'importanza dell'elemento commissivo del reato per differenziare la *Lex Licinia de sodaliciis* da un semplice *lex de ambitu*, in quanto diretta a reprimere non la semplice corruzione elettorale ma quella più specifica ed efficace attività di corruzione operata avvalendosi di *sodalicia* elettorali, più propriamente *decuriae*, al servizio di più candidati²²⁹.

²²⁵ Cfr. in questo senso A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodaliciis* e le origini del reato associativo, cit., pag. 497, che sottolinea come è lo stesso Cicerone ad evidenziare la necessità che, per essere puniti ai sensi della *lex Licinia de sodaliciis*, si sarebbe dovuto dimostrare, oltre la corruzione, anche la creazione di associazioni illecite, qui si vuole aggiungere, dotate di una qualche autonomia patrimoniale per raggiungere le finalità elettorali illecite per cui erano costituite.

²²⁶ Precisa sul punto la dottrina, L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodaliciis*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, 2007-2008, pag. 279-282, in particolare sul punto pag. 280 e 281, che mentre il *conscripsisse* si riferisce a quelli, aggiungiamo noi più esplicitamente, che individualmente, si rendono disponibili a vendere i voti, il *decuriasse* si riferisce alla formazione di *sodalitates elettorali* in seno alle tribù con la conseguente (ed implicita) rinuncia da parte dei *sodales* della libertà di voto, in quanto implicita nella stessa incorporazione nelle suddette *sodalitates* o *decuriae*; mette in evidenza questo aspetto di privazione della libertà personale di votanti anche P. GRIMAL, *La lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 45, che sottolinea come fosse una manovra infinitamente più grave del semplice *ambitus* avvalersi di *sodalicia* per sopprimere la libertà stessa dei cittadini sostituendola con una rigida disciplina di gruppo; aveva però colto correttamente questo aspetto di ferrea organizzazione elettorale già il FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 423, il quale sottolinea la rigorosa vigilanza sui votanti e l'organizzazione quasi militare delle *decuriae*.

Vi è infine chi, L. FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, cit., pag. 79, rileva come la costituzione di tali *sodalitates*, viziando a monte lo spirito della libertà democratica, mirava a costituire "pacchetti di preferenze", che sbilanciavano artificiosamente le maggioranze delle tribù.

²²⁷ Sempre secondo L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 280, *sequestrem fuisse* si riferisce alla necessità di depositare le somme da "elargire" per la compravendita di voti presso un terzo di fiducia, sia di chi vendeva il voto che di chi lo comprava (perché non accadesse che chi era stato anticipatamente pagato poi non votasse come richiesto o che, a chi era stato promesso del denaro, dopo che avesse votato, non venisse pagato), ma ci sembra tuttavia che *sequestrem fuisse* possa invece, o anche, riferirsi alla possibilità che il candidato stesso, o una persona di sua fiducia, si facesse depositario delle somme raccolte per procedere poi alla illecite elargizioni finalizzate alla compravendita dei voti.

Per altro la stessa dottrina sopra richiamata (*ibidem* L. HERNÁNDEZ-TEJERO, op. ult. cit., pag. 280) ammette che in taluni casi vi è una deviazione dal significato tradizionale del termine *sequester*, nel senso che chi promette la somma di denaro si converte per ciò stesso in *sequester*, ciò deduce proprio da Cic., *pro Plancio* 16.38: "*Cuius tribus (Terentinae) venditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas*".

²²⁸ Appare improbabile che Plancio avesse direttamente distribuito le somme di denaro agli elettori e invece plausibile l'opinione del FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 421, che la distribuzione delle somme avvenisse attraverso i c.d. *divisores*, che erano gli incaricati di fare le ordinarie distribuzioni lecite ai votanti e che per l'occasione si prestavano a distribuire le somme relative alla compravendita illecita di voti.

²²⁹ C. VENTURINI, *L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 796 e ss.; per vero anche chi come SANTALUCIA (*Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, cit., pag. 155)

Più specificatamente, secondo l'opinione del Bandini²³⁰, le decurie non erano delle associazioni propriamente dette ma erano dei corpi di dieci persone organizzati dalle *sodalitates*, cioè dalle associazioni elettorali, in senso stretto, che si dividevano le tribù per condizionare le candidature: a ciò, secondo tale dottrina, si riferiscono le espressioni "*Decuriatio tribulium, discriptio populi*". Il nucleo centrale della condotta è però costituito dal "*pecuniam tribulibus dispertirent*" al fine di "*sibi mutuo eadem suffragationis emptae praesidia communicarent*"²³¹, cioè di collegare reciprocamente due candidature a danno di quelle concorrenti, come si ricava da:

*Schol.Bob.,152 Stangl. <Ap>pio Claudio cos. etiam pro hoc Cn. Plancio dixit, qui reus de sodaliciis petitus est lege Licinia, quam M. Licinius Crassus, Cn. Pompei Magni collega, in consulatu suo pertulit, ut severissime quaereretur in eos candidatos, qui sibi conciliassent <sodales>²³² ea potissimum de causa, ut per illos **pecuniam tribulibus dispertirent ac sibi mutuo eadem suffragationis emptae praesidia communicarent.***

Possono farsi conseguentemente alcune ulteriori circa il *nomen criminis*, la struttura del reato e la sua evoluzione storica.

Circa il *nomen criminis* può più precisamente parlarsi di *crimen tributarium sodalitorium*, un'indicazione in questo senso ci sembra venire dallo stesso Cicerone:

Cic., pro Plancio 19.47: Itaque haesitantem te in hoc sodalitorium tribuario crimine ad communem ambitus causam contulisti...

considera la *Lex Licinia de sodaliciis* "prossima per contenuto" alle leggi *de ambitu*, poi si affretta a precisare che essa è intesa a reprimere più che il broglio elettorale l'organizzazione di associazioni aventi lo scopo di procacciare voti.

²³⁰ V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, cit., pag. 56. Pressochè conforme l'opinione del FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 423, per il quale le *decuriae* erano dei sotto-gruppi, che a sua volta avevano i loro capi, che conducevano alle urne i votanti.

²³¹ In questo senso C. VENTURINI, *L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 794 e ss.,

²³² L'integrazione della parola <*sodales*> è dovuta al MOMMSEN ed accolta nella edizione dello Stangl (ediz. 1912), a cui si fa riferimento.

E tuttavia è lo stesso Cicerone che critica il Laterense per non aver colto la specificità dell'accusa del *crimen sodalitorium* e ridotto la causa contro *Plancio* ad una semplice causa di broglio elettorale (*ad communem ambitus causam contulisti*), infatti, se è vero che il "*pecuniam tribulibus dispertirent*" costituisce quel nucleo del *crimen sodalitorium*, che più lo avvicina ad una *lex de ambitu*, è anche vero che esso si caratterizza rispetto a quest'ultimo per "*sibi mutuo eadem suffragationis emptae praesidia communicarent*", cioè per un accordo elettorale (*coitio*) tra due candidati al fine di collegare reciprocamente le candidature a danno degli altri candidati concorrenti, facendo leva sui sostenitori comuni, per mezzo di *largitiones* effettuate attraverso l'organizzazione di *decuriae*²³³.

Nel caso di specie quindi il Laterense avrebbe dovuto promuovere l'accusa (ovviamente con separato giudizio) anche contro *Plotio*, l'altro candidato all'edilità curule.

Chiede quindi Cicerone al Laterense:

Cic., *pro Plancio* 22.53: "*Dubitatis*", inquit, "*quin coitio facta sit, cum tribus plerasque cum Plotio tulerit Plancius?*" an una fieri potuerunt, si una tribus non tulissent? "*At non nullas punctis paene totidem*". Quippe, cum iam facti prope superioribus comitiis declaratique venissent.

Cic., *pro Plancio* 22.54: *Sed tamen tu A. Plotium, virum ornatissimum, in idem crimen vocando indicas eum te arripuisse a quo non sis rogatus.*

La prova dell'accordo tra i candidati, suggerisce sagacemente Cicerone, dovrebbe, per te Laterense, essere data "*At non nullas punctis paene totidem*", cioè dal fatto, che per alcune tribù (quelle corrotte e "collegate" dai due candidati), i voti sono stati quasi gli stessi, e tuttavia ciò non è decisivo perché *Plancio* e *Plotio* erano già stati quasi eletti nei precedenti comizi, ma "perché comunque allora, Lateranense, non hai proposto la stessa accusa nei

²³³ E perciò ci sembra superata l'opinione del MOMMSEN (*Le droit pénal romain*, III, Parigi, 1907, pag. 203 nota 2), secondo il quale mancherebbe nelle fonti una precisa definizione giuridica del *crimen sodalitorium*.

confronti del nobile *Plotio?*”(perché, secondo il significato letterale di *pro Plancio* 22.54, “Plancio non ti ha pregato di non accusarlo!”).

Di là dalle arguzie difensive di Cicerone²³⁴, ciò che qui si vuole sottolineare, ai fini di questa ricerca, è che la specificità del *crimen sodalitorium*, rispetto ad una comune *lex de ambitu*, sta nella struttura del reato in cui è centrale una *coitio* tra i candidati al fine di collegare reciprocamente due candidature a danno di quelle concorrenti, facendo leva sui sostenitori comuni delle tribù di provenienza o comunque alleate di ciascun candidato, attraverso *largitiones* effettuate per mezzo dell’organizzazione di *decuriae* (da parte dei candidati stessi o delle *sodalitates* elettorali che li appoggiano).

Presupposto indispensabile per la commissione del *crimen sodalitorium* è dunque la “costituzione” delle *decuriae*²³⁵, di dieci uomini, con una propria autonomia patrimoniale (eventualmente riferita alle *sodalitates* che le avevano formate), finalizzata alla realizzazione delle illecite *largitiones* volte a carpire i consensi elettorali: in questo ci sembra si concretizzi il precedente storico del *delinquere* del *collegium*.

Si propone quindi di interpretare il “*sequestrem fuisse*” di *pro Plancio* 18.45, non solo, come tradizionalmente inteso, riferito alla necessità di depositare le somme da “elargire” per la compravendita di voti presso un terzo di fiducia, sia di chi vendeva il voto che di chi lo comprava (perché non accadesse che chi fosse stato anticipatamente pagato poi non votasse come richiesto o che, chi aveva ricevuto la promessa di denaro, dopo che avesse votato, non fosse pagato)²³⁶, ma anche nel senso che *sequestrem fuisse* possa riferirsi alla

²³⁴ Va per altro rilevato che nell’economia complessiva della difesa di Plancio il “peso” degli argomenti giuridici, qui per ragioni di studio maggiormente evidenziati, è controbilanciato, se non superato, dalle argomentazioni più strettamente retoriche, che tendono ad ottenere la benevolenza dei giudici verso Plancio facendo leva sui meriti che lo stesso Plancio ha verso Cicerone per averlo aiutato durante l’esilio. In questo senso si spiegano alcune delle affermazioni conclusive dell’arringa, tra cui *pro Plancio* 42.104: “*Ut mihi per hos conserves eum per quem me tibi et his conservatum vides*”, cioè salva, o Gaio Flavo, (presidente della giuria) costui (Plancio) a cui si deve se io (Cicerone) sono sano e salvo davanti a te e ai giudici (in argomento cfr. E. CIANCERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II, cit., pag. 131 e ivi nota 2).

Sono i meriti e buoni costumi di Plancio che Cicerone deve provare, l’accusatore Laterense, se ne è capace, provi i fatti di corruzione: “... *videlicet oratore nitente Plancium non pecuniae largitione, sed integritate morum et rerum gestarum men...*” (*Schol. Bob.*, 153 Stangl.).

²³⁵ Di recente la dottrina ha sottolineto che la *lex Licinia de sodalitiis* non concerne la punizione del reato di corruzione ma la creazione di *sodalitates* e *decuriae*, considerati come comportamenti illeciti autonomi (cfr. A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodalitiis* e le origini del reato associativo, in *SDHI*, 79, (2013), pag. 481-499, in particolare sul punto pag.495 e ss.).

²³⁶ In questo senso L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodalitiis*, cit., pag. 280.

possibilità che il candidato, o chi organizzava le *decuriae*, si facesse depositario delle somme raccolte per fornire autonomia patrimoniale alle *decuriae* e procedere poi alle illecite elargizioni finalizzate alla compravendita dei voti.

In questo senso che sia proprio *Plancio* il *sequester* dei fondi elettorali, e non un terzo fiduciario, sembra deporre *pro Plancio* 16.38: “*Cuius tu tribus (Terentinae) venditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas*”²³⁷.

Ancora rispetto all’impostazione tradizionale, che probabilmente sulla scia del Mommsen²³⁸, tende ad evidenziare l’effetto condizionante interno delle decurie sulla libertà elettorale dei *sodales*, attraverso la ferrea organizzazione, quasi militare²³⁹, tale da condizionare fortemente la libertà di voto degli affiliati organizzati in decurie²⁴⁰, si vuole, invece, qui ulteriormente evidenziare l’*effetto condizionante esterno* che la forza delle decurie, quasi militarmente organizzate e dotate di autonomia patrimoniale, aveva sulla capacità di condizionare la volontà elettorale delle tribù di provenienza degli affiliati.

Se le decurie esplicano una forza condizionante sulla libertà elettorale delle tribù, allora da ciò ci sembra consegua la necessità che il processo a carico di un imputato di *crimen sodalitorium* deve fornire prova che l’accusato ha formato *decuriae* con un proprio patrimonio, che poi ha distribuito per scopi elettorali e ciò, già anticipato da Cicerone in *Cic., pro Plancio* 18.45, sopra esaminato, è ribadito in:

Cic., pro Plancio 19.47: *sic tu (Laterensis) doce sequestrem fuisse (Plancio), largitum esse, conscripsisse, tribulis decuriavisse*²⁴¹.

²³⁷ Secondo l’opinione del FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 423, erano i capi delle *decuriae*, che presumibilmente si facevano *sequestres* delle somme con cui pagare i voti, stante che erano loro ad accompagnare i votanti alle urne, ma l’opinione non convince perché *sequestrem* è posto al singolare e sembra perciò riferirsi a *Plancio* o a persona di sua diretta fiducia.

²³⁸ Th. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, III, cit., pag. 203.

²³⁹ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 423.

²⁴⁰ P. GRIMAL, *La lex Licinia de sodalitiis*, cit., pag. 45; L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodalitiis*, cit., pag. 281.

²⁴¹ Cicerone, *pro Plancio* 19.48, lamenta al Laterense proprio di non fornire delle chiare prove della colpevolezza dell’imputato e lo invita a scegliere una tribù, a suo piacimento, e a dimostrare chi è il

Si coglie per questa via quel “contributo” autonomo che la forza dei *collegia* (qui *decuriae*) dà al reato elettorale, rispetto all’opera di promozione ed amministrazione degli stessi *sodalicia* da parte del singolo accusato²⁴².

Appare per altro chiaro che l’esito del processo, nel caso di *damnatio* dell’imputato²⁴³, pur accertando indirettamente la formazione di *decuriae* a scopo illecito, non disporrà direttamente alcuna “pena” a carico delle *decuriae*, sicché la repressione di eventuali *sodalicia* illeciti (che avevano formato le *decuriae*), di cui si sia venuto a conoscenza in un processo per un’accusa di *crimen sodalitorium*, non potrà che essere rimessa alla repressione penale dell’*imperium* consolare (in questo senso si può affermare che l’illecito dei *collegia* o *sodalicia* soffre di un *deficit* di legalità, nel senso che ovviamente la *quaestio* non stabilisce altresì una pena per le *decuriae* illecite nel caso di condanna dell’imputato per *crimen sodalitorium*).

Per altro di un certo *deficit* di legalità soffre in generale tutto il sistema delle *quaestiones*, infatti, è stato in questo senso osservato che al principio di legalità in senso sostanziale deve riconoscersi un valore limitato nel sistema delle *quaestiones* perché si limita solo a quei fatti e comportamenti previsti dalla legge istitutiva della *quaestio*, i comportamenti illeciti non previsti ma meritevoli di punizione, saranno repressi in forza di un generale potere di repressione criminale, basato sull’*imperium* consolare²⁴⁴.

In base al potere consolare di *imperium* quindi, il magistrato che avesse preso cognizione dell’attività e degli scopi illeciti di una *sodalitates* elettorale, immaginiamo noi anche a seguito della *damnatio* di un accusato in una

sequester e chi è il divisore che l’ha corrotta: “*Sic enim tecum ago: quam tibi commodum est, unam tribum delige; tu doce, id quod debes, per quem sequestrem, quo divisore corrupta sit*”.

²⁴² In questo senso le condotte descritte in Cic., *pro Plancio* 18.45 (***decuriasse Plancium, conscripsisse, sequestrem fuisse, pronuntiasse, divisisse***) non sono da intendere, come dice il BANDINI (*Appunti sulle corporazioni romane*, cit., pag. 56-57), quali “varie fattispecie” del *crimen sodalitorium*, ma piuttosto elementi descrittivi di un’unica condotta, e comunque appare essenziale stabilire un collegamento inscindibile tra ***decuriasse Plancium e sequestrem fuisse*** (là dove come si è visto il *conscripsisse* si riferisce a coloro che spontaneamente vendevano i voti senza inquadrarsi nelle *decuriae*) e il *divisisse* si riferisce alla fase esecutiva del reato, quando già sono state formate le decurie e dotate di fondi patrimoniali per perseguire lo scopo illecito della compravendita dei voti.

²⁴³ Probabilmente la sanzione comminata dalla *Lex Licinia de sodaliciis* in caso di *damnatio* dell’accusato era l’*interditio aqua et igni*, (Cfr. sul punto V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana. Profili*. Napoli, 1998, pag. 60 e C. FERRINI, *Manuale di diritto penale romano*, cit. pag. 424), che comportava la perdita della cittadinanza, la confisca dei beni e la messa a morte nel caso di rientro in patria (cfr. anche G. VALDITARA, *Lo Stato nell’antica Roma*, cit., pag. 209).

²⁴⁴ P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, cit., pag. 92.

quaestio ex lege Licinia de sodaliciis, e comunque in generale, poteva, a sua discrezione, ordinarne lo scioglimento.

Si è notata, tuttavia, la scarsa propensione del magistrato ad agire di sua iniziativa in materia associativa²⁴⁵, e ciò perché, probabilmente, stante la rilevanza costituzionale della libertà associativa, il magistrato cercava conforto nell'autorità del Senato, di cui eseguiva in genere i *senatus consulta*.

L'atto che comunque dispone lo scioglimento dei collegi è però sempre atto del magistrato²⁴⁶.

In questo senso si spiega perché i consoli Lentulo Marcellino e Marcio Filippo, filo senatoriali, che si trovarono ad eseguire il *senatus consultum* del 56 a.C., che scioglieva tutte le *sodalitates* e *decurie*, diedero parziale esecuzione allo stesso, sciogliendo sole le associazioni politico-elettorali del partito democratico²⁴⁷.

3.4 Sul piano del fondamento del potere consolare di scioglimento dei collegi illeciti, va, a nostro modesto parere, valorizzata quella dottrina²⁴⁸ che ci parla di un'attività straordinaria di repressione penale, attuata dal console²⁴⁹ in forza del suo potere di *imperium*, o più propriamente del suo potere di *coercitio*, inquadrabile quale repressione penale straordinaria, che affianca in epoca repubblicana la repressione penale ordinaria (attuata tramite i processi comiziali e poi le questioni perpetue)²⁵⁰ e che sarà poi sostituita, secondo l'autore, dalla *cognitio imperiale*²⁵¹.

Tale attività di repressione straordinaria è poi caratterizzata da un *animadvertere*²⁵² che si conclude con un *punire, coercere o castigare*²⁵³

²⁴⁵ DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 172.

²⁴⁶ Cfr. DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 171.

²⁴⁷ DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni etc.*, I, cit., pag. 135.

²⁴⁸ U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, pag. 29 e ss.

²⁴⁹ O da altro magistrato dotato di *imperium*, ma nell'ambito dello scioglimento dei collegi probabilmente solo dai consoli, data l'importanza della libertà associativa.

²⁵⁰ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 33 e ss., in particolare l'autore precisa come le due sfere repressive siano per così dire *concentriche*, ma ben distinte, caratterizzandosi la repressione straordinaria per la pienezza di discrezionalità di cui gode il magistrato.

²⁵¹ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 189.

²⁵² Sottolinea U. BRASIELLO (ult. cit. pag. 223 e ivi nota 20) che il termine *animadvertere* è spesso accompagnato dalla locuzione *extra ordinem*, come espressione tipica della repressione straordinaria (poiché relativo ad un *crimen* che *extra ordinem animadvertitur*), anche se l'autore non esclude la possibilità di una *animadversio* ordinaria (in particolare sul punto nota 20, pag. 223).

(mentre la repressione ordinaria, fondata sempre su una legge, è, com'è noto, caratterizzata da un *iudicium* e si conclude con una *damnatio*).

Questa repressione straordinaria ha poi pene sostanzialmente identiche e parallele a quelle ordinarie²⁵⁴, così avremo una pena capitale *extra ordinem* parallela a quella irrogata a seguito di una *damnatio in iudicio*, ma appare evidente che, se dobbiamo trovare una parallela pena capitale *extra ordinem* per i collegi illeciti, questa non può essere che lo scioglimento.

Su queste basi ci sembra possa inquadrarsi in questa repressione penale *extra ordinem* anche l'attività di scioglimento dei collegi illeciti, attuata dai consoli, fino all'età tardo repubblicana, e sebbene l'*animadvertere*, tipico di tale repressione *extra ordinem*, sembri riferirsi soprattutto alla pena capitale della persona fisica (D. 48.3.12 pr.)²⁵⁵, si riscontra nel Digesto l'uso di tale verbo riferito anche al *collegium* e al *corpus* in materia di *in integrum restitutio propter metum*, che nella specie viene concesso anche nei confronti di *curia*, *collegium* e *corpus*, stante il carattere "*in rem scripta*"²⁵⁶ della formula si tratta in particolare del già ricordato (cfr. anche *supra* Cap. 2.2), passo:

D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 ad ed.)²⁵⁷: *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.*

Il FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 25 e ivi nota 2, mette in evidenza un'altra sfumatura del termine *animadvertere*, infatti sottolinea come talvolta il magistrato prima di usare del suo *ius coercendi* preavvisi di ciò i *cives* e richiama D. 11.5 fr. 1: "*in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam*".

²⁵³ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 36; secondo il FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 25, la *castigatio* è riferibile anche alle persone collettive, nel senso il provvedimento o la misura viene presa nei confronti del "*corpus*" (collettivo), tuttavia inquadra tale *castigatio* in una attività connessa a scopi di polizia.

²⁵⁴ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 56.

²⁵⁵ D. 48.3.12 pr. (Call. 5 de cognit.): *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. Nam... Salvo quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.*

²⁵⁶ La formula c.d. "*in rem scripta*", non fa, infatti, riferimento all'autore della violenza ("*nec adicit a quo gestum*"), per cui l'*in integrum restitutio* è proponibile anche nei confronti di un soggetto diverso dall'autore della violenza, purché fondasse la sua pretesa sul negozio estorto con *metus*.

²⁵⁷ Cfr. LENEL, *Pal. Iuris* II, c. 461, per la ricostruzione della sistematica del *liber XI ad. edictum* di Ulpiano.

Sarà poi proprio questo passo del Digesto da cui trarranno spunto i commentatori medievali²⁵⁸ per costruire le basi per la responsabilità penale delle *universitates personarum*²⁵⁹ ed è appunto nell'intenzione di questa ricerca cercare di indagare una linea di continuità tra il diritto romano, tardo repubblicano, e l'elaborazione dei commentatori medievali in materia di responsabilità penale delle *universitates personarum* che trarranno spesso spunto dal commento del suddetto passo del Digesto²⁶⁰.

A Digesto 4.2.9.1 fa riferimento anche un recentissimo contributo dottrinale, che ha indagato la possibilità del *collegium* di essere sottoposto a pena rispetto al diritto tardo imperiale²⁶¹.

In particolare il suddetto passo del Digesto è messo a confronto con una Novella di Maggioriano (imp. tra il 457 e il 461) all'interno della quale è evidenziata l'importanza della locuzione "*regula iuris antiqui*":

Nov. Maior. 7.11: "*Numquam curiae a provinciarum rectoribus generali condemnatione multentur, cum utique hoc et aequitas suadeat e **regola iuris antiqui**, ut noxa caput sequantur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis adfligantur*".

La Novella riguarda i *collegia obnoxia*, di cui si è detto nel paragrafo precedente, la locuzione "*ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis adfligantur*", depone chiaramente perché il *delictum unius* non si estenda al *collegium*, ma viene richiamata una certa "*regula iuris antiqui*", che invece prevedeva una responsabilità dell'ente per fatti commessi dai suoi associati, la

²⁵⁸ *Amplius infra* Cap. 4.

²⁵⁹ L'espressione *universitates personarum* è dovuta ai Commentatori, che intesero così distinguere tale istituto da quelli giustiniane di *universitas rerum* (relativa al diritto delle cose) e *universitas iuris* (relativa al diritto ereditario); cfr. sul punto P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 65 nota 1).

²⁶⁰ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis*, n. 2, ed. Venezia 1590, richiama proprio la *l. Metum § Animadvertendum* come uno dei passi del Digesto in base al quale si può affermare che "*universitas possit delinquere*"; ALBERICO da Rosate commenta proprio *l. Metum § Animadvertendum* (fol. 241 n. 7, in *Commentari in primam Digesti Veteris partem*, ed. Venezia, 1585) e per dare fondamento alla responsabilità penale di una collettività di *cives* "*non tanquam singuli sed tanquam universitas*" richiede che prima del delitto corporativo sia stata "*pulsata campana*"; significativo in questo senso anche ODOFREDO, che sempre nel commento *ad l. Metum § Animadvertendum (Lectura super Digesto veteris*, ed. Lugduni, 1550) precisa i modi di convocazione dell'*universitas* perché si possa parlare di delinquere dell'*universitas* e non dei singoli e cioè si richiede che sia stata "*sonata tuba, pulsata campana*" o siano stati issati i *vexilla* dell'*universitas*.

²⁶¹ S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio "*societas delinquere non potest*" nel diritto associativo tardo antico, in *IAH*, 5/2013, pag. 29-48.

dottrina ritiene, ci sembra correttamente, di individuare questa regola di *ius antiquum* (antico rispetto all'epoca di Maggioriano) in Digesto D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 *ad ed.*)²⁶², oltre che in D. 4.3.15.1²⁶³.

Sempre il suddetto contributo dottrinale evidenzia, sia pure con riferimento al diritto tardo imperiale, il profondo collegamento tra responsabilità delle associazioni e patrimonio delle stesse, parlando all'uopo efficacemente di concezione "personalistica" dell'ente e del suo patrimonio, anche qui forse con addentellati antichi²⁶⁴.

Il significato personalistico di cui parla tale dottrina va probabilmente inteso nel senso che se l'associazione commette degli illeciti, civili o penali, il suo patrimonio, come parte integrante di quella che oggi, con terminologia moderna, chiameremmo persona giuridica, non può non essere coinvolto, e subisce quindi una "oggettiva decurtazione", basata su un concetto di responsabilità obiettiva (o per rischio professionale), come ha evidenziato la suddetta dottrina²⁶⁵, o nel senso dello scioglimento del *collegium* con conseguente dissoluzione del patrimonio o cassa comune, come si vuole qui evidenziare²⁶⁶.

²⁶² S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Etc., cit., pag. 42-43.

²⁶³ Va ricordato, però, che, secondo l'**opinione di Ulpiano**, contro i *municipes*, collettivamente intesi, non si può concedere azione, perché ritenuti incapaci di compire un'azione con dolo, ci si riferisce in particolare a D. 4.3.15.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio*. Da tale passo si sono tradizionalmente ricavati argomenti contrari alla responsabilità penale delle *universitas* nel diritto romano, tuttavia il passo è stato oggetto di una recente rilettura della dottrina, che ha cercato di valorizzare la responsabilità dei *decuriones* al fine di cogliere delle possibili anticipazioni storiche della moderna legislazione italiana 231 del 2001 sulla responsabilità c.d. amministrative degli enti (cfr. F. PULITANÒ, *Il dolo dei municipes e il dolo dei decuriones. Nota sulla capacità delittuosa degli enti collettivi nel diritto romano*, in *Quaderni di scienze del linguaggio. Questioni amministrative nel Mediterraneo antico. Profili giuridici e testuali*, a cura di P. Biavaschi, Milano, 2012, pp. 117-148).

²⁶⁴ S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Etc., cit., pag. 47.

²⁶⁵ S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Etc., cit., pag. 44-45; per vero, e RANDAZZO, ne dà atto (op. ult. cit., pag. 479), forme di responsabilità obiettiva dei *collegia obnoxia* erano state evidenziate già dallo stesso F. DE ROBERTIS (*Spunti di responsabilità obiettiva nel diritto post-classico*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV. Milano, 1956, pag. 407-419), ma tale autore conclude la sua analisi affermando che si tratta "di determinazioni abnormi e del tutto eccezionali (...) inoperanti rispetto allo sviluppo successivo della materia (...) accantonate non appena la situazione di emergenza che le aveva imposte fosse stata superata" (F. DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 419) e ciò sul presupposto concettuale che la legislazione imperiale, secondo il DE ROBERTIS, "non si ritiene minimamente vincolata a rispettare la organicità e coerenza del sistema, e vi deroga liberamente quando le esigenze sociali e gli interessi della pratica ne avessero richiesto l'abbandono" (F. DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 413).

²⁶⁶ Per il periodo tardo imperiale, a nostro modesto parere, va tuttavia ridimensionato il carattere afflittivo-penale delle sanzioni inflitte ai *collegia obnoxia*, infatti, come osserva il F. DE ROBERTIS (*Spunti di responsabilità obiettiva nel diritto post-classico*, cit., pag. 418), i *collegia obnoxia* fanno in qualche

Le tracce di “addentellati antichi” del significato “personalistico” del patrimonio dell’associazione, di cui parla la dottrina richiamata, possono poi forse essere rintracciate, a nostro modesto parere, già in epoca tardo repubblicana e probabilmente anche nel fenomeno dello scioglimento dei Baccanali.

Secondo l’impostazione sopra proposta circa il significato di *animadvertere* rispetto alla repressione penale straordinaria, la sanzione (*extra ordinem*) per i collegi illeciti è quindi lo scioglimento e, per confermare il collegamento “personalistico” tra atto illecito e patrimonio, di massimo interesse diventa spendere qualche parola per analizzare la sorte del patrimonio delle disciolte associazioni.

3.5 Viene sul punto in considerazione il seguente passo del Digesto, che permette di ricostruire un eventuale disposto della *Lex Licinia de sodaliciis*, riguardante proprio la liquidazione dei patrimoni delle disciolte associazioni:

D. 4.7.12 (Marcianus 14 *instit.*): *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur: verbi gratia ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat.*

Il passo appena riportato si riferisce al caso del condomino²⁶⁷, che avendo la disponibilità dell’intera cosa comune (per es. il *magister* o l’*actor* di un *collegium* in forza dello “statuto” associativo) alieni l’intera cosa “*communi dividundo evitandi causa*”, al fine di evitare l’esperienza dell’azione di divisione, ma, quasi per una pena del contrappasso, viene a sua volta dal legislatore sanzionato con la perdita della possibilità di esperire l’azione divisoria nel suo interesse (*ne communi dividundo iudicio experiatur*).

modo parte dell’“amministrazione” dello Stato, quasi organi di amministrazione indiretta, per cui le pene ad essi inflitte sembrano, a nostro modesto avviso, più vicine a sanzioni amministrative interne ad amministrazioni dello Stato.

²⁶⁷ Sul condominio, anche in riferimento alle problematiche connesse a D. 4.7.12, il fondamentale contributo di M. BRETONNE, *Consortium e communio*, in *Labeo*, 6 (1960) pag. 163-215.

L'alienante rimane così, paradossalmente, nella precedente situazione condominiale, pur avendo alienato (efficacemente) l'intero bene sociale²⁶⁸.

Di là dalla valenza generale poi assunta della disposizione in questione, che venne dall'*interpretatio prudentium* estesa a tutti i casi di alienazione *communi dividundo evitandi causa*, fatta da un condomino che avesse (per statuto o per contratto) l'amministrazione del patrimonio comune o sociale²⁶⁹, qui interessa, ai fini della nostra ricerca, soprattutto l'inciso "*ex lege Licinia ei interdicitur*", cioè il richiamo fatto dal legislatore ad una legge *Licinia* come fonte del divieto del condomino, nella piena disponibilità dell'intero, di alienare *communi dividundo evitandi causa*.

Questa *lex Licinia* è stata dalla dottrina dominante tradizionalmente identificata in una pretesa *lex Licinnia* anteriore alla *lex Aebutia* del 120 a.C., e perciò collocabile tra il III e il II sec. a.C.²⁷⁰ (intorno al 210 a.C.), ciò in ragione del fatto che un riferimento ad una certa *lex Licinnia* è contenuto in Gaio 4.17a, dove il giurista afferma che la suddetta *lex Licinnia* confermò in materia di "*re communi dividenda*" l'antica procedura *per iudicis arbitrive postulationis*²⁷¹.

Tale datazione della *lex Licinnia* è basata, tuttavia, sull'erronea convinzione che la *lex Aebutia* avesse abolito il processo *per legis actiones*, sostituendolo con quello *per formulas*, mentre è opinione ormai abbastanza pacifica che tale legge rese solo facoltativo per i *cives* il ricorso al processo *per formulas*²⁷², di conseguenza non può escludersi che, ancora nel 55 a.C., data a cui, secondo la tesi qui proposta, si vuole riferire l'inciso in esame, si possa aver fatto riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationis*, essendo il processo *per legis actiones* abolito formalmente solo nel 17 a.C. dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*²⁷³.

²⁶⁸ Sul punto il fondamentale studio di F. DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero: il richiamo della "lex Licinia" in D. 4.7.12*, in *Studi in onore di Grosso*, Torino, 1972, pag. 115-136.

²⁶⁹ DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 132 e ss.,.

²⁷⁰ Questa impostazione è autorevolmente sostenuta da V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio*, in *BIDR* N.S. 1 (1934), pag. 571-624, in particolare sul punto pag. 617; sulla stessa scia M. BRETONNE, *Consortium e communio*, op. cit. pag. 185 e ivi nota 36.

²⁷¹ Gai. 4.17a: "*Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex (XII Tab.) per iudicis arbitrive postulationis agi iussit. Id. fecit lex Licinnia si de aliqua re communi dividenda ageretur*".

²⁷² Cfr. sul punto A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pag. 211.

²⁷³ Cfr. in argomento F. DE ROBERTIS, op. ult. cit., pag. 121-122.

La retrodatazione della *lex Licinnia* al 210 a.C. lascia, infatti, molte perplessità anche alla stessa dottrina dominante, si osserva ad es. come non è affatto chiaro come possa operare il divieto della *lex Licinnia* dato che il condomino, che si è spogliato della proprietà, non può promuovere il *iudicium communi dividundo*²⁷⁴, a ciò si aggiunga il fondamentale rilievo che appare assai improbabile che i Compilatori abbiano riesumato in tema di condominio una disposizione del diritto arcaico²⁷⁵.

Per altro, proprio al fine di confermare la retrodatazione della *lex Licinia*, citata nel commentato passo, prima della legge *Aebutia*, la dottrina dominante si è altresì trovata nella necessità di avanzare sospetti di interpolazione sul suddetto passo, così l'inciso in questione, per meglio coordinarlo con il successivo inciso esemplificativo (*verbi gratia ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat*), riguardante la materia della licitazione, è stato considerato interpolato e "corretto" con la locuzione "*ex lege licitationis*"²⁷⁶.

Numerosi argomenti contrari depongono, invece, per la genuinità dell'inciso "*ex lege Licinia ei interdicitur*", e per la sua riconducibilità proprio alla *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C., oggetto della presente indagine.

Sul piano sistematico appare fondamentale il richiamo al contesto originario da cui è tratto il passo di Marciano e cioè il libro XIV delle Istituzioni, tale libro, secondo la ricostruzione fatta dal Lenel²⁷⁷, nulla ha a che fare con l'alienazione "*iudici mutandi causa*", in cui è collocato nella Compilazione giustiniana, ma attiene, nelle istituzioni marciiane, alla materia penale, insieme ai commenti alle leggi *Cornelia de sicariis* e *Iulia de vi privata*, che sono vicine all'ambito repressivo della *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C., riguardante il *crimen sodalicio*²⁷⁸.

Anche la *ratio legis* depone però per l'attribuzione della fonte del divieto alla *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C. e per l'autenticità dell'inciso "*ex lege Licinia*

²⁷⁴ M. BRETONNE, *Consortium e communitio*, op. cit. pag. 186.

²⁷⁵ DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 118 e ivi nota 12.

²⁷⁶ DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 119 e ivi nota 21.

²⁷⁷ Cfr. O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, Vol. I, c. 670.

²⁷⁸ DE ROBERTIS, ult. cit., pag. 123 e ivi nota 42, qui di particolare importanza il richiamo a LENEL, *Palting*, I, cc. 670-5.

ei interdicitur”, infatti, memore degli inconvenienti di ordine pubblico verificatosi con le confische del patrimonio sociale delle associazioni disciolte dal senatoconsulto del 64 a.C., il legislatore del 55 a.C. con la *lex Licinia de sodaliciis* avrebbe dettato, oltre le disposizioni penali relative al *crimen sodalitorium*, anche, per così dire, delle norme penali accessorie (di cui non conosciamo il preciso contenuto), riguardanti la liquidazione dei patrimoni comuni delle disciolte associazioni, e avrebbe quindi presidiato la violazione di tali disposizioni con la sanzione dell’inesperibilità dell’azione di divisione a carico del condomino (*magister* o *actor*) che, nella piena disponibilità del patrimonio sociale, avesse compiuto delle alienazioni (con fini antisocietari) e volte quindi ad aggirare le norme stabilite (per questioni di ordine pubblico) dalle *lex Licinia de sodaliciis* sulla liquidazione dei patrimoni delle associazioni, disciolte in seguito all’accertamento della loro organizzazione per la realizzazione di *crimina sodalitorium*.

Ciò dimostra indirettamente la correttezza dell’interpretazione sopra proposta di Cic., *pro Plancio* 18.45, dove, come si è detto, la locuzione “*sequestrem fuisse*” si riferisce, a nostro modesto parere, alla costituzione di un patrimonio autonomo per permettere l’operatività delle *decuriae* organizzate per influire attraverso illecite *largitiones* sulle votazioni elettorali²⁷⁹.

L’attenzione riservata dal legislatore romano al patrimonio delle disciolte associazioni, onde impedire, attraverso la mancata liquidazione dello stesso, un’eventuale residua operatività della disciolta associazione, è tuttavia assai risalente e se ne trova traccia addirittura nel *Senatus consultum de Bacchanalibus* che nel 186 a.C., che invitò i consoli a sciogliere le associazioni dedite al culto di Bacco, istituendo la “*quaestio de clandestinis coniurationis*” (Liv. 39.8.3)²⁸⁰, *quaestio extra ordinem* finalizzata a bloccare la *coniuratio*²⁸¹ (nel significato di associazione destabilizzante contro lo Stato)²⁸².

²⁷⁹ Non può quindi essere accettata l’opinione del DE ROBERTIS, che pur procedendo alla corretta identificazione della genesi penalistica della *Lex Licinia*, non coglie, forse solo per coerenza dottrinale (sostiene infatti il DE ROBERTIS la mancanza di una piena autonomia patrimoniale dei collegi), la natura per così dire accessoria di tali disposizioni a quelle propriamente penali associative.

²⁸⁰ Liv. 39.8.1-3: “*Insequens annus Sp. Postumium Albinum et Q. Marcium Philippum consules ab exercitu bellorumque et provinciarum cura ad intestinae coniurationis uindictam auertit. Praetores provincias*

Ebbene tra le disposizioni date dal senatoconsulto del 186 a.C. per impedire la ricostituzione delle associazioni bacchiche, spicca ai nostri fini:

“Neue pecuniam quisquam eorum comoine[m] [h]abuise ue[l]et” (S.C., L. 11 FIRA I, 241), sul divieto appunto delle disciolte associazioni di avere un patrimonio (o cassa) comune;

Nonché *“magister neque uir neque mulier quisquam eset”* (S.C., L. 10 FIRA I, 241), sul divieto di avere un *magister*, uomo o donna che fosse, che amministrasse tale patrimonio, mentre ci sembra che la direzione dovesse essere di un magistrato dell’associazione, stante la presenza dell’ulteriore divieto di avere un magistrato o *pro* magistrato, *“neue magistratum, neue pro magistratud”* (S.C., L. 10 FIRA I, 241).

Sull’autonomia patrimoniale delle associazioni bacchiche ci sembrerebbe possa deporre anche la presenza nel senatoconsulto della locuzione *“Bacanal habere”* (S.C., L. 4 FIRA I, 241) come probabile anticipazione storica del *“corpus habere”* di cui si è discusso a proposito di D. 3.4.1 pr.-1 (Gai 3 *ad ed. prov.*)²⁸³.

L’importanza di evidenziare la rilevanza, nello scioglimento dei collegi illeciti, della sorte del loro patrimonio, sia nei collegi dediti al culto di Bacco che nelle associazioni illecite tardo repubblicane, ci sembra ben si coordini per altro con il carattere eversivo dell’ordine costituzionale di tali associazioni, che per quanto riguarda le associazioni bacchiche oltre che da Liv. 39.8.1 (che parla di *“intestinae coniurationis”*)²⁸⁴, risulta anche dalla presenza, nel testo del senatoconsulto del 186 a.C., del termine *“coniura[se]”* (S.C., L. 13 FIRA I, 241).

sortiti sunt, T. Maenius urbanam, M. Licinius Lucullus inter cives et peregrinos, C. Aurelius Scaurus Sardiniam, P. Cornelius Sulla Siciliam, L. Quinctius Crispinus Hispaniam citeriorem, C. Calpurnius Piso Hispaniam ulteriorem. Consulibus ambobus quaestio de clandestinis coniurationibus decreta est”.

²⁸¹ Sul significato del termine *coniuratio* e sulla sua afferenza, sia in fonti tecniche che atecniche, alla materia criminale si cfr. D. MANTOVANI, *Il problema dell’origine dell’accusa popolare. Dalla questio unilaterale alla questio bilaterale*, Padova, 1989, pag. 14 e ss., il quale ipotizza la possibilità che il *crimen maiestatis* sia nato sulle ceneri, oltre che della *perduellio* e della *proditio*, proprio della *coniuratio adversus rem publicam* (D. MANTOVANI, ult. cit. pag. 17).

²⁸² Cfr. sul punto P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, cit., pag. 272 e ss.,.

²⁸³ *Contra* F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 59 nota 6, che la riferisce al mero esercizio del culto.

²⁸⁴ P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, cit., pag. 274.

Sebbene, quindi, una parte della dottrina contrariamente ritenga che il culto di Bacco non abbia avuto nessuna consapevolezza o velleità eversiva e sia stato solo un culto dionisiaco di “liberazione” dell’elemento femminile²⁸⁵ o comunque di evasione e disimpegno “psicologico” collettivo seguito alla “grande paura”, ancora viva, della minaccia annibalica²⁸⁶, la dottrina maggioritaria²⁸⁷ protende per il carattere eversivo dell’ordinamento costituzionale del movimento dei Bacchanali, che minava alle basi (congiurava contro) le istituzioni della società romana, poiché nei bacchanali si commettevano sì anche delle gravi violenze sessuali, ma ad essi partecipavano, in grande moltitudine, uomini e donne, liberi e servi, nobili e plebei, (Liv. 39.13.14)²⁸⁸, senza più alcuna distinzione di *status*, e per giunta di notte (“*sacrisque noctunis*”, Liv. 39.14.6)²⁸⁹, mettendo così in pericolo non solo l’ordine e la sicurezza pubblica, ma la stessa integrità dei cittadini romani²⁹⁰ e quindi delle istituzioni romane.

Non ci sembra si debbano poi spendere molte parole per cogliere il carattere destabilizzante per l’ordine costituzionale delle associazioni illecite elettorali tardo repubblicane, pertanto si ritiene che sul piano della *ratio* si possa cogliere un’analogia tra le leggi tardo repubblicane romane con gli interventi dell’ordinamento imperiale medievale per reagire ai numerosi atti di ribellione delle corporazioni medievali.

3.6 Qualche considerazione merita, infine, l’evoluzione storica del *crimen sodalitorium* e il nuovo modo di intendere l’illiceità dei collegi in epoca imperiale.

²⁸⁵ G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli, 1995, pag. 31 e ss.

²⁸⁶ G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, cit., pag. 18

²⁸⁷ Tra gli altri P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, cit., pag. 274.

²⁸⁸ Liv. 39.13.14: “**Multitudinem ingentem, alterum iam prope populum esse; in his nobiles quosdam uiros feminasque. Biennio proximo institutum esse, ne quis maior uiginti annis initiaretur: captari aetates et erroris et stupri patientes**”.

²⁸⁹ Liv. 39.14.6: “**Quaestionem deinde de Bacchanalibus sacrisque nocturnis extra ordinem consulibus mandant**”; sul divieto di riunioni notturne, già stabilito dalle XII Tav. e ribadito da una *lex Gabinia*, punta una parte della dottrina (D. MANTOVANI, *Il problema dell’origine dell’accusa popolare. Dalla questio unilaterale alla questio bilaterale*, cit., pag. 18 e ss.) per sostenere che lo scopo immediato della repressione dei bacchanali non fosse la *coniuratio adversus rem publicam*, allo stato solo potenziale, ma bensì proprio la repressione delle riunioni notturne.

²⁹⁰ G. VALDITARA, *Lo Stato nell’antica Roma*, cit., pag. 209.

Com'è stato evidenziato alla dottrina, il *crimen sodalicio* perde importanza con il consolidarsi del principato e con la designazione dall'alto delle candidature²⁹¹, non servirà più, infatti, l'organizzazione di sodalizi illeciti per condizionare le candidature.

In epoca imperiale cambia quindi il valore dell'illiceità dei collegi²⁹²: sono *collegia illicita* quelli non autorizzati dal principe o dal senato, pertanto l'appartenenza a *collegia illicita* verrà inquadrata nell'ambito del *crimen vis*²⁹³ e punita a titolo di *vis publica*²⁹⁴.

Di questo nuovo modo di intendere l'illiceità dei collegi in epoca imperiale testimonia Digesto 47.22.3. pr.-1:

D. 47.22.3 pr.-1 (Marcianus 2 *iud. publ.*): *Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.*

1. *In summa*²⁹⁵ *autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat.*

²⁹¹ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1998, pag. 60.

²⁹² Vengono, per altro, anche attenuate le pene in materia di corruzione elettorale, proprio perché è venuto meno, a nostro modesto parere, il pericolo per la stabilità dell'ordinamento, così già una legge del 18 a.C. *de ambitu*, riduce la pena ad una semplice multa e alla interdizione quinquennale dai pubblici uffici (sul punto cfr. M. TALAMANCA, *Lineamenti di Storia del diritto romano*, cit., pag. 454).

²⁹³ Cfr. P.CERAMI-A.CORBINO-A.METRO-G.PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica*, Napoli, 2010, pag. 232, cfr. anche V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, cit., pag. 110; la prima *lex* che prende in considerazione la *vis*, nella sfera pubblica, è la *lex Plautia de vi*, istitutiva della *quaestio perpetua de vi*, di data incerta, ma comunque all'incirca del 70 a.C., essa mira essenzialmente alla repressione di atti pericolosi per l'ordine pubblico e le istituzioni repubblicane, ma è solo con una *lex Iulia de vi publica et privata* (si discute se si trattasse di una o due leggi) che si prende in considerazione, per la prima volta, come *crimen* anche la *vis* diretta contro persone e cose private, punendola con la *publicatio in tertiam partem bonorum* (sul punto L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli, 1993, pag. 13-14).

È, invece, probabilmente riconducibile alla *lex Iulia de vi publica* l'inquadramento dei *collegia illicita* nella *vis publica*; si discute se la *lex Iulia de vi publica (et privata)* sia da attribuire a Cesare o ad Augusto, e, comunque, se si confonda o meno con la *lex Iulia de collegiis*, secondo l'opinione che ci sembra da preferire essa va distinta dalla *lex Iulia de collegiis*, ed è probabilmente da attribuire ad Augusto, inoltre appare plausibile pensare che la *lex Iulia de vi*, composta da ben 88 capitoli, abbia dedicato delle disposizioni ai collegi illeciti e ciò abbia determinato i dubbi circa l'identità con la *lex Iulia de collegiis*, così in argomento S. RANDAZZO, *Senatum consultum quo illicita collegia arcentur (D. 47, 22, 1, 1)*, in *BIDR.* 94-95 (1991-1992), pag. 49-88, in particolare sul punto pag. 59; cfr. anche DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 213.

²⁹⁴ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, cit., pag. 110.

²⁹⁵ Secondo F. DE ROBERTIS (*Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 359-360), l'espressione "*in summa*", che non si trova un perfetto coordinamento logico col periodo

Il passo di Marciano descrive quale fosse la situazione dei *collegia* c.d. *illicita* nell'età dei Severi: il sistema come descritto è però il risultato dell'intervento nella materia associativa, accanto alla fondamentale *Lex Iulia dei collegiis*, del *sentusconsultum* sui *tenuiores*²⁹⁶, databile secondo la dottrina tra il 41 e il 69 d.C.²⁹⁷, che liberalizzò la costituzione tra i "poveri" (*tenuiores*) delle associazioni a scopo religioso²⁹⁸, svincolando quindi la costituzione di tali collegi dalla necessità di una specifica autorizzazione.

Dopo circa un secolo dalla *Lex Iulia de collegiis*, che aveva imposto un regime ispirato ad sistema autorizzatorio formale e fortemente restrittivo, mirante prima con Cesare a porre fine ai collegi illeciti con fini politici del periodo tardo-repubblicano e poi con Augusto ad evitare che i *cives* si riunissero in associazioni per cospirare contro il nuovo ordine costituzionale, erano alla fine venute meno, per il consolidarsi dell'autorità imperiale, le suddette esigenze repressive²⁹⁹, venne quindi emanato il senatoconsulto sui *tenuiores* che svincolava la costituzione dei collegi a scopo religioso da requisiti di forma, ed in particolare da una specifica autorizzazione.

Non esistendo tuttavia alcun criterio formale per la distinzione tra *tenuiores* e *non tenuiores* e non essendo richiesto nessun atto formale di autorizzazione per la costituzione dei *collegia tenuiorum*, ciò si risolse in una presunzione *iuris tantum* di liceità di tutte le associazioni esistenti³⁰⁰: se ne conclude che

precedente, può fare pensare che nel frammento originario Marciano abbia prima elencato, in maniera esemplificativa, le varie forme di illiceità, che i Compilatori giustinianeî hanno poi soppresso.

²⁹⁶ La dottrina più risalente, ricollegandosi a Bartolo, riteneva che i *collegia tenuiores* erano collegi di militari di basso grado, la dottrina dominante è oggi pervenuta alla conclusione che il termine *tenuiores* vada senz'altro interpretato come "poveri" (cfr. sul punto F. DE ROBERTIS, ult., cit., pag. 276 e ivi nota 5 per una sintesi della dottrina che ha dibattuto sull'argomento).

²⁹⁷ F. DE ROBERTIS, *Il Fenomeno associativo nel mondo romani. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero*, cit., pag. 37; contro, però, l'opinione del DE ROBERTIS che, sulla scia del MOMMSEN, (Cfr. *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 341 e ss.) tende ad identificare il senatoconsulto sui *tenuiores* con quello "*quo illicita collegia arcentur*" di cui al testo di Marciano (D. 47, 22, 1, 1), vanno ricordate le argomentazioni di S. RANDAZZO, *Senatum consultum quo illicita collegia arcentur* (D. 47, 22, 1, 1), cit., pag. 63 e ss., che nega l'identificazione tra i due provvedimenti e, di conseguenza, la possibilità che sia stato emanato, in epoca imperiale, di un senatoconsulto autonomo che avrebbe riordinato la materia associativa, che invece, secondo la suddetta dottrina, appare dominata, ancora in epoca imperiale e almeno sino al III sec. d. C., dai principi della *lex Iulia de collegiis*.

²⁹⁸ Più specificatamente si trattava di associazioni costituite per provvedere ai riti funebri e al seppellimento dei propri morti (cfr. sul punto M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 271).

²⁹⁹ Cfr. F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 295.

³⁰⁰ Cfr. F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 357-358; cfr. sul punto anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 271, che definisce i

dopo il senatoconsulto sui *tenuiores*, la condizione di illiceità di un *collegium* non poté essere più determinata solo da requisiti di forma, cioè dalla mancanza della specifica autorizzazione³⁰¹.

Pertanto il regime descritto nel passo di Marciano, nell'età dei Severi, implica che i collegi non erano *illicita se*:

a) erano dei *collegia tenuiorum*, che godevano di una presunzione di liceità *iuris tantum*, vincibile solo se l'autorità dimostrasse che non fossero costituiti da *tenuiores* (condizione però di una gran parte degli abitanti del Basso impero), o che non perseguivano lo scopo religioso (cioè si accertasse una illiceità per così dire sostanziale)³⁰²;

b) avevano un'autorizzazione particolare, che ormai, all'epoca di Marciano, non poteva che provenire dall'imperatore (*ex auctoritate Caesaris*) ma che in passato poteva anche essere stata fondata anche su un *senatus consultum* ("*ex senatus consulti auctoritate*")³⁰³.

Tutti gli altri collegi erano *illicita* e andavano sciolti ("*Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur*")³⁰⁴.

collegia tenuiorum come leciti *a priori*, a prescindere da una specifica approvazione statale, e precisa altresì che tale condizione giuridica riguardò, da epoca post-classica anche chiese e monasteri.

³⁰¹ F. DE ROBERTIS, ult., cit., pag. 356.

³⁰² Secondo L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della criminalità organizzata nel diritto romano. Criteri di impostazione della ricerca*, in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pag. 33- 77, in particolare sul punto pag. 67-68, sul finire dell'età repubblicana, a causa del dilagare della violenza comune e politica, la misura repressiva dello scioglimento prescindeva dall'accertamento della illiceità sostanziale e dipendeva essenzialmente dall'illiceità formale, cioè dalla mancata autorizzazione del Senato, anche se lo scopo fosse sostanzialmente lecito.

³⁰³ F. DE ROBERTIS, ult., cit., pag. 361-362.

³⁰⁴ Non può trovare spazio quindi l'idea che in epoca imperiale vi siano stati dei collegi illeciti ma comunque tollerati dall'autorità (cfr. F. DE ROBERTIS, ult., cit., pag. 359), si può solo ammettere che le associazioni presunte *iuris tantum* lecite, ma in effetti divenute illecite per deviazione dallo scopo istituzionale (o perché non composte effettivamente da *tenuiores*), rimanevano lecite formalmente finché un intervento dell'autorità statale non ne avesse accertato la illiceità e quindi ne avesse disposto lo scioglimento (cfr. F. DE ROBERTIS, ult., cit., pag. 355).

3.7 Concludendo ci sembra si possa ragionevolmente affermare che anche in età tardo-repubblicana, ma probabilmente anche già con un primo precedente storico certo nello scioglimento dei collegi *de bacchanalibus*, si può riscontrare una qualche operatività del principio *societas (rectius collegium) delinquere potest* nel diritto romano tardo-repubblicano, poiché il *delinquere* in *collegium* aggiunge un “contributo” ulteriore e autonomo, o un effetto moltiplicatore che dir si voglia, al reato, ma soprattutto perchè la presenza di un patrimonio autonomo o cassa comune del *collegium* potenzia l’effetto del reato, come si è in particolare rilevato per il *crimen sodalitorium*, che presupponeva la formazione di decurie dotate di autonomia patrimoniale finalizzata alle illecite *largitiones* elettorali.

La risposta del legislatore è quella, opportunamente, di combinare al *collegium* illecito, insieme alla sanzione dello scioglimento, quella della dissoluzione³⁰⁵ del suo patrimonio, poiché l’autonomia patrimoniale costituisce la spina dorsale del *collegium* ed è quella che il legislatore deve colpire se vuole impedirne la ricostituzione.

Le moderne esigenze di politica criminale sembrano per altro riproporre prepotentemente proprio il problema di colpire i patrimoni delle associazioni a delinquere di stampo mafioso per potere risanare il tessuto economico-sociale.

³⁰⁵ Che si trattasse di una dissoluzione del patrimonio sociale tra i soci e non di una confisca (salvo il caso che si fosse aggiunta la commissione di un più grave reato che la prevedesse) è confermato da D. 47.22.3 pr. (*Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri*), in quanto lo scioglimento dei *collegia illicita*, stante la mancanza di una piena personalità giuridica ed autonomia patrimoniale, faceva risorgere la situazione condominiale dei soci rispetto al patrimonio sociale e quindi il loro diritto alla divisione dello stesso in parti uguali (cfr. sul punto F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 263 e ss.). È probabile quindi che la *Lex Licinia de sodalitiis*, per evitare disuguaglianze tra i condomini nella liquidazione dei patrimoni o veri e propri abusi da parte degli amministratori non più controllati dalle assemblee delle disciolte associazioni, abbia dettato norme per la liquidazione dei patrimoni (in questo senso F. DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero: il richiamo della "lex Licinia" in D. 4.7.12*, cit., pag. 129), di cui è rimasta traccia in D. 47.22.3; lo stesso passo, per altro, prova indirettamente l’esistenza di una causa di estinzione “esterna” del patrimonio associativo di tipo inversivo, dovuta cioè all’intervento dello Stato, da distinguere da una causa di estinzione “interna”, riconducibile alla *reductio ad unum*, cui si riferisce D. 3.4.7.2 (sul punto F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, cit., pag. 263).

Capitolo IV

Il delinquere “*ut universi*” delle corporazioni medievali: l’influenza del diritto germanico sulla concezione della persona giuridica e sul delitto corporativo, l’opera dei glossatori e l’insegnamento di BARTOLO, ALBERICO da Rosate e ODOFREDO.

Sommario: 4.1 L’influenza del diritto germanico sulla concezione della persona giuridica e sul delitto corporativo. 4.2 L’opera dei glossatori. 4.3 L’insegnamento di Bartolo, Alberico da Rosate e Odofredo.

4.1 Va sottolineato che ipotesi di responsabilità penale degli enti (di corporazioni³⁰⁶, conventi, Comuni) sono accertate già in epoca medievale, dottrinalmente sostenute dall’insegnamento dei post-glossatori ed in particolare di Bartolo, che ammettevano la possibilità di delitti corporativi³⁰⁷.

Più che l’opera dottrinale è però, prima di tutto, la diversa concezione germanica della persona collettiva³⁰⁸ a permettere più facilmente l’affermazione della responsabilità penale collettiva³⁰⁹. Infatti, le più antiche forme di comunione (c.d. *Marche*) e poi le più recenti associazioni rurali, di arti e mestieri (c.d. *Genossenschaften*), erano concepite, non solo dai giuristi del tempo ma dalla coscienza comune, come delle realtà vive e non come erano state nel diritto romano “costruzioni giuridiche”, progressivamente arricchitosi della possibilità di avere un proprio patrimonio, una propria amministrazione, una propria capacità di stare in giudizio.

³⁰⁶ Sulle corporazioni medievali M. R. CAROSELLI, voce “*Corporazione medioevale*”, in *NN.D.I.*, IV, (1959), pag. 864-869. In generale sulle persone giuridiche in diritto intermedio: E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931; P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933, pag. 53-66; G. CATALANO, voce “*Persona giuridica*”, (*diritto intermedio*) in *NN.D.I.*, XII (1965), pag. 1032-1035; I. BIROCCHI, voce “*Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*”, in *D. disc. priv. sez. civ.*, XIII (1995), pag. 407-420. Nella manualistica, tra gli altri, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*, III, Torino, 1892-1903, rist. an., Bologna, 1966, pag. 267 e ss.; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. Le persone*, Milano, 1966, pag. 124 e ss.

³⁰⁷ Sul punto F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, Torino, 1915; più di recente G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, in *R. it. d. proc. pen.*, 2007, pag. 445-469; conforme anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, 2013, pag. 115.

³⁰⁸ Cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all’Italia*, I. *Le persone*, Napoli, 1933, pag. 148 e ss.,.

³⁰⁹ Fondamentale sul punto il già citato contributo di G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, Milano, 2000; più di recente D. QUAGLIONI, “*Universi consentire non possunt*”. La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune, in *Persone giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 73-88.

La *Marca* germanica, per es., era parte integrante della vita economica e sociale quotidiana (divisa in una parte lasciata all'uso comune, bosco o pascolo, ed una assegnata ai singoli, ma che tuttavia ritornava in comune dopo il raccolto), era concepita come proprietà collettiva (*communis manibus*)³¹⁰ e amministrata secondo il principio dell'unanimità piuttosto che quello di maggioranza, proprio perché appartenente personalmente a tutti i membri dell'associazione³¹¹.

Così le associazioni di arti e mestieri (*Genossenschaften*) stringono in una colleganza unica tutti coloro che perseguono lo scopo di tutelare i comuni interessi, della loro presenza "viva" nel tessuto sociale si accorgerà soprattutto il Gierke per considerarle come vere e proprie persone giuridiche³¹², ma in realtà, com'è stato correttamente osservato, i Germani non avevano un'idea chiara di persona giuridica, perché la nozione stessa di persona giuridica esige uno sforzo di astrazione di cui non poteva essere capace quel popolo primitivo³¹³, ma sotto altro punto di vista, per quel che qui ci riguarda, cioè sotto il profilo della responsabilità penale collettiva, la "reale" partecipazione di tali "persone giuridiche" alla vita quotidiana rese più facile ammetterne la responsabilità penale: perché se la *Marca* o la *Genossenschaften* agiscono nel quotidiano, possono agire anche male e quindi meritano di essere punite³¹⁴.

4.2 Circa poi la concezione della persona giuridica da parte dei glossatori è noto che essi non riuscirono a concepire l'*universitas* come distinta dai singoli

³¹⁰ Forme di proprietà collettiva sono attestate, nelle fonti antiche, anche per la Roma arcaica, ci si riferisce al passo di FESTO, *De verborum significazione* s.v. *ager compascuus*, nel quale si legge: "*ager compascuus, relictus ad pascendum communiter vicinis*", cfr. sul punto A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pag. 9-10.

³¹¹ F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 47 e ss.,.

³¹² Ci si riferisce alla monumentale opera del O. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlino, 1887 (ristampa invariata Graz 1954), nella quale il GIERKE elabora la c.d. "teoria della realtà" delle persone giuridiche, che si contrappone alla teoria della finzione di SAVIGNY.

³¹³ F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, I. *Le persone*, cit., pag. 153; conforme F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 44, sempre il FERRARA, op. ult. cit., pag. 52, ritiene che le associazioni tedesche sono solo forme di comunioni e non persone giuridiche, caratterizzate dal possedere un patrimonio in mano comune, tuttavia ammette che la *Genossenschaften*, pur non essendo una persona giuridica, disponeva del patrimonio corporativo come se fosse una persona giuridica (F. FERRARA, op. ult. cit., pag. 58).

³¹⁴ F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, cit. pag. 162.

associati, ma semplicemente come una somma dei singoli membri³¹⁵, sul punto si ricorda ordinariamente in dottrina l'insegnamento di Pillio da Medicina: "*Collegium est personarum plurium in corpus unum quasi coniunctio sive collectio, quod generali sermone universitas appellatur, corpus quoque vulgariter apud nos, consotium sive schola*"³¹⁶.

Esemplificativa di tale concezione, incapace di concepire l'*universitas* come soggetto distinto dai singoli componenti, è stato, dalla dottrina maggioritaria³¹⁷, considerato il celebre passo della Glossa Accursiana: "*Universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*"³¹⁸, tuttavia altra dottrina ritiene che, paradossalmente, proprio l'incapacità di distinguere i membri dall'*universitas*, permette ad Accursio di imputare senz'altro l'atto dei singoli all'*universitas* (!), per altro la massima non avrebbe valore generale, ma sarebbe una *quaestio* proposta dal giurista e prima di soluzione finale³¹⁹.

Rispetto alla capacità di commettere delitti corporativi i glossatori, però, traendo spunto dalla vita quotidiana, nonostante la loro concezione della persona giuridica sia piuttosto <<rudimentale>>³²⁰, non hanno difficoltà nell'ammettere la configurabilità di delitti corporativi, e, glossando il celebre passo di Ulpiano D. 4.3.15.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): "*Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari:*"- alla celebre seguente domanda – "*quid enim municipes dolo facere possunt?*", i glossatori risposero che ciò non poteva avvenire "*facile*", cioè facilmente, ma tuttavia avveniva!³²¹.

³¹⁵ F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, cit., pag. 158; cfr. pure F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 72, A. CAMPITELLI, voce "*Persona*" (*diritto intermedio*), cit., pag. 190; secondo P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pag. 219, gravava concettualmente sui glossatori civilisti la fattualità dominante tipica del primo medioevo, che gli impediva di concepire entità diverse da quelle presenti e tangibili.

³¹⁶ PILLIO, *Summa Trium Librorum* in AZONE *Summa ad Codicem*, 11, 17, l; cfr. sul punto A. CAMPITELLI, voce "*Persona*" (*diritto intermedio*), cit., pag. 190 ivi nota 53 e F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 71-72.

³¹⁷ In questo senso F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 72 e A. CAMPITELLI, voce "*Persona*" (*diritto intermedio*), cit., pag. 190; cfr. pure I. BIROCCHI, voce "*Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*", in *D. disc. priv. sez. civ.*, XIII (1995), pag. 485.

³¹⁸ Glossa "*non debetur*" ad l. 7 D. 3, 4, §. 1.

³¹⁹ G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, cit., pag. 19 e ss. e nota 37 pag. 19.

³²⁰ Così la definisce il F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 71, che tuttavia riconosce ai glossatori il merito di avere per primi introdotto la concezione corporativa romana nel pensiero medioevale.

³²¹ Sul punto F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 74.

4.3 Un'elaborazione dottrinale più matura del problema della responsabilità collettiva delle *universitas* si avrà, comunque, con i Commentatori ed in particolare con Bartolo.

Secondo l'insegnamento di Bartolo da Saxoferrato³²² il problema della responsabilità penale delle persone giuridiche implica due principali questioni: il problema se l'*universitas* possa delinquere e quello, distinto, se possa essere punita ("*nam prius est videndum, an universitas possit delinquere, secundo, an possit puniri*")³²³, distinzione che chiaramente anticipa, acutamente, problematiche che saranno poi affrontate dalla moderna dottrina penalistica. Tuttavia, per quanto l'insegnamento di Bartolo sembra allontanarsi dal principio innocenziano "*impossibile est quod universitas delinquat*", tanto da fare affermare ad una parte della dottrina, che l'insegnamento di Bartolo limitata fortemente l'applicazione della dottrina di Innocenzo, addirittura affermando il principio opposto della capacità a delinquere della corporazione³²⁴, in realtà, almeno formalmente, Bartolo si dimostra rispettoso della teoria innocenziana della "*persona ficta*", infatti, afferma che "*universitas ... proprie non est persona; tamen hoc est fictum pro vero, sicut ponimus nos iuristae*"³²⁵, tant'è che una parte della dottrina è arrivata a sostenere, a torto, che sia stato Bartolo e non Innocenzo IV a fondare la teoria della "*persona ficta*"³²⁶.

La ragione per cui Bartolo, pur aderendo alla dottrina di Innocenzo IV, non giunge alle sue stesse conclusioni circa la capacità a delinquere delle corporazioni medievali, ci sembra correttamente individuata già dal Ferrara ed espresse significativamente nelle sue parole: <<La coscienza della pratica era

³²² In argomento diffusamente W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 64, 1948, pag. 85 e ss.; cenni anche in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I*, Torino 2011, pag. 208; in F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 84 e ss. e in F. RUFFINI in *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 20.

³²³ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 2, (commento a D. 48.19.16.10); cfr. sul punto anche W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 85 e ivi nota 1.

³²⁴ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I*, Torino, 2011, pag. 208, ma sui limiti della ammissibilità di un *agere criminaliter* contro l'*universitas*, nel pensiero di INN., si cfr. *supra* § 1.

³²⁵ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 4; cfr. per un commento F. RUFFINI in *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 20.

³²⁶ Cfr. W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., nota 1 pag. 86.

più forte della teoria>>³²⁷, con ciò volendo l'insigne studioso dell'argomento evidenziare che, già dai glossatori, era assolutamente dominante l'idea che una collettività (*collegium*, comuni) potesse commettere delitti corporativi e ciò, sia per la già esposta influenza del diritto germanico, che per l'insopprimibile esigenza pratica dell'ordinamento statale e imperiale di reagire ai numerosi atti di ribellione delle comunità locali.

Sulla scia probabilmente di Jacopo d'Arena³²⁸, Bartolo distingue poi nell'agire criminoso delle corporazioni medievali i delitti omissivi da quelli commissivi³²⁹, introducendo per la prima volta la precisazione che l'*universitas* può sì commettere anche delitti commissivi ma solo se questi sono propri dell'*universitas*, cioè non possono essere commessi dai singoli cittadini, si tratta in particolare dei reati commessi dalla corporazione in materia legislativa ("*statuta dare*"), di tassazione ("*collectas imponere*") e conferimento di poteri giurisdizionali ("*dare iurisdictione*")³³⁰, sembrerebbe, quindi, potersi sinteticamente dire reati di "invasione" delle prerogative, legislative tributarie o giurisdizionali, statali o imperiali.

Così Bartolo quindi, da un lato non si accontenta del tradizionale principio "*Peccatum omissionis potest committere universitas*"³³¹, dall'altro pur ammettendo la possibilità per le corporazioni medievali di commettere reati commissivi ne circoscrive l'ambito a quello che lui chiama "*ius residens*" dell'*universitatis*, quasi cioè una sorta di reati "propri" dell'*universitas*, come sopra descritti, realizzati nell'ambito di uno "*ius proprium universitatis*", non a

³²⁷ F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, cit., pag. 85

³²⁸ Cfr. W. ULLMANN, ult. cit., nota 3 pag. 85.

³²⁹ Invero la distinzione tra **reati omissivi e commissivi** era stata già individuata dai canonisti, in relazione alla responsabilità del capitolo ecclesiastico, in particolare dal RUFINO nella sua *Summa Decretorum* (1157-1159), e poi sviluppata dalla dottrina del XII sec. (ROLANDO, UGUCCIONE), sarà quindi poi "recuperata" da Jacopo d'Arena e Bartolo per elaborare la teoria della responsabilità penale delle corporazioni medievali (Cfr. sul punto G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, Milano 2000, pag. 27 e ss. e nota 54 pag. 28).

³³⁰ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis n. 4*: "*delicto vero comisio...per ipsam universitates ut facere statuta, dare iurisdictione, imponere collectas et simili, ipso casu possit universitas delinquere*".

³³¹ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis n.4*: "*Peccatum omissionis potest committere universitas, nam ipsa universitas tenet aliquid facere si omittitur universitas omittit*".

caso questo concetto di “*ius residens*” è ricavato da Bartolo, glossando D. 1.1.9³³².

Osserva Ullmann che, come corollario di tale impostazione, Bartolo di conseguenza afferma che l’*universitas* non potrà commettere quei reati per cui si richiede la condotta criminosa di una “*persona vera*” (cioè di una persona fisica), cioè commettere omicidi, violenza e simili³³³ (ricordiamo che la legislazione penale moderna solo di recente arriverà ad ammettere la responsabilità delle persone giuridiche per omicidi colposi).

Circa la seconda questione, cioè se l’*universitas* possa essere punita, Bartolo ammette senz’altro la possibilità di una sanzione civile nei confronti dell’*universitas*³³⁴, apre, però, anche alla possibilità che l’*universitas* possa subire la pena capitale della distruzione, come avvenne di Cartagine su cui passo l’aratro, e ciò perché la legislazione imperiale e canonica ammette che ci sono dei delitti (di notevole gravità, quali il *crimen laesae maiestatis*³³⁵ e il

³³² Cfr. sul punto W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 87 e ivi nota 5; per mera completezza si ricorda il testo di D. 1.1.9: “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”.

³³³ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis n. 4*; cfr. anche W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 87 e ss.,.

Sul punto va ricordato che già ALBERICO da Rosate sembra aderire all’opinione che l’*universitas* non possa commettere un omicidio, poiché la sua punizione dovrebbe comunque passare dalla decapitazione dei singoli consociati: “*sed quomodo punietur universitas ex delicto, puta ex homicidio, nunquid omnes de universitate decapitabuntur, dic quo non*”; per altro, nel caso si debba punire i singoli per decapitazione, ALBERICO consiglia vivamente di procedere con moderazione e di mitigare la pena per evitare tumulti popolari: “*quod exigat capitale poenam omnes qui delinquerunt decapitabuntur, nisi forte dicamus, quod propter multitudinem poena mitigetur, ne tumultus fieri in populo*” (da nostre ricerche in *Lectura ad l. Metum § Animadvertendum ff. quod metum causa* (D. 4.2.9.1), fol. 241 n. 7, in *Commentari in primam Digesti Veteris partem*, ed. Venezia, 1585).

³³⁴ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis n. 5*: “*Universitas non possit puniri criminaliter sed potest conveniri civiliter...pro delicto non est dubium potest universitas conveniri civiliter in eo quod ad eam pertinet*”, cioè ci sembra voglia dire che l’*universitas* possa essere citata nei limiti dell’arricchimento determinato dal delitto, segue infatti il riferimento ad *l. Metum § Animadvertendum ff. quod metus causa*.

³³⁵ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis n. 5*: “*Quaedam sunt delicta propter quae filius punitur propter patrem ut in crimine laesae lulii maiestatis*”; secondo W. ULLMANN, ult. cit., pag. 88, BARTOLO fa qui riferimento a D. 48.4.11 in combinato con C. 9.8.5.1; in relazione alla trasmissibilità ai figli delle conseguenze penali dei fatti delittuosi commessi dai padri non può però trascurarsi il peso che soprattutto la c.d. **Legge Quisquis di Arcadio** del 397 (C.Th. 9.14.3 = C.I. 9.8.5) ebbe nella legislazione e nei commentari medievali (sul punto L. SOLIDORO MARUOTTI, *La “legge quisque” tra mondo romano e mondo medievale in Profili storici del delitto politico*, Napoli, 2002, pag. 52 e ss.). Tale legge, in particolare, allargò la protezione offerta dal *crimen maiestatis* anche all’apparato burocratico imperiale, stabilendo altresì la trasmissibilità ai figli maschi delle conseguenze penali del *crimen maiestatis* dei padri, in particolare, concessa solo per “*imperatoria clementia*” la vita, altrimenti “*paterno deberent perire supplicio*” (mentre dovrebbero

*crimen haeresis*³³⁶) in cui anche i figli devono rispondere penalmente per i delitti commessi dai padri³³⁷ e, parallelamente, l'*universitas* risponderà per i fatti di notevole gravità commessi dai *cives*³³⁸.

Vi sono però altresì dei casi, continua Bartolo, in cui i figli non rispondono per i delitti commessi dai padri e pertanto in questi casi la pena dovrà ricadere sulla sola *universitas* e non sui singoli *cives*³³⁹ e tuttavia, in quest'ultimo caso, la sua teoria sembra cedere ad esigenze pratiche quando ammette altresì, contrariamente alla dottrina di Innocenzo, la possibilità che in una municipalità o in una nazione possano essere puniti anche gli innocenti, stante la difficoltà di distinguere, in così ampie collettività, i colpevoli dagli innocenti (*"Sed si esset collegium magnum et diffusum, ut est populum seu aliqua communitas, tunc quia discernere consentientes a non consentientibus esset difficile, tota civitas et tota universitas punietur"*)³⁴⁰; si tratta di una affermazione evidentemente rispondente a quella sopra accennata impellente esigenza pratica dell'ordinamento statale e imperiale di reagire ai numerosi atti di ribellione delle comunità locali.

subire lo stesso supplizio dei padri), li esclude in perpetuo dagli *honores* e dalla milizia, li priva della capacità a succedere, anche da estranei, gli combina a vita l'infamia paterna (*"infamia eos paterna semper comitetur"*), meno gravi, invece, le conseguenze sulle figlie, ma non per un principio di *humanitas*, quanto perchè *"pro infermitate sexus minus ausuras esse"*, cfr. sul punto L. SOLIDORO MARUOTTI, op. ult. cit., pag. 54 e pag. 67.

³³⁶ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 7, ricorda quale applicazione di questa regola la soppressione di tutto l'ordine dei templari, poiché i singoli templari erano degli eretici, da parte dice, ma erroneamente, BARTOLO, di Papa Bonifacio, in realtà Clemente V (*"Et ita fecit papa Bonifa propter delicta quorundam templario totum collegium templario fuit destructum quia erant heretici"*).

³³⁷ La regola nel diritto penale romano, almeno in quello più evoluto, è però quella della intrasmissibilità ai figli delle conseguenze penali dei delitti commessi dai padri espressa in D. 48.19.26 (Callistratus 1 *de cognitionibus*): *"Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admissio sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt"*, principio stabilito in un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, indirizzato alla città di Gerapoli (cfr. sul punto C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 12); per altro anche la stessa cd. "legge *Quisquis*" di Arcadio del 397, sopra richiamata, rileva la sua natura "emergenziale", in quanto abolita dallo stesso Arcadio nel luglio 399, come si evince da C.Th. 9.40.18, tuttavia va anche osservato che la riproduzione del testo normativo di Arcadio in C.I. 9.8.5 lascia pensare che la "legge *Quisquis*" fosse in vigore al tempo di Giustiniano (cfr. sul punto L. SOLIDORO MARUOTTI, *La "legge quisque" tra mondo romano e mondo medievale in Profili storici del delitto politico*, cit., pag. 68); protende per la natura eccezionale della legge *Quisquis* anche C. FERRINI, op. ult. cit., pag. 13.

³³⁸ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 5: *"Quaedam sunt delicta propter quae filius punitur propter patrem" ... "ipso casu possit universitas criminaliter puniri ut fuit factum Chartagine quae passa est aratru"*.

³³⁹ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 7: *"Quaedam sunt delicta in quibus filius non punitur propter patrem, et in hoc casibus, in quibus dixi universitatem delinquere, universitas ipsa punitur"*.

³⁴⁰ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 7; cfr. sul punto W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 90 e ivi nota 5.

La sensibilità di Bartolo appare sul punto inferiore a quella di Innocenzo IV per quanto riguarda la possibilità del coinvolgimento nelle conseguenze sanzionatorie di possibili innocenti.

Rispetto ai delitti “propri” dell’*universitas*, riguardanti cioè il suo “*ius residents*”, comunque Bartolo propone la sanzione specifica della confisca dei beni comuni, sanzione che per altro ricade equamente sia sull’*universitas* sia sui singoli consociati (“*aeque cadit in universitatem et in singulos*”)³⁴¹.

Qualora comunque l’*universitas* commetta un reato proprio riguardante il suo *ius residents*, ci aspetteremmo che solo l’*universitas* debba essere punita, ma Bartolo osserva che vanno considerati come istigatori coloro che portarono i vessilli dell’*universitas* o la chiamarono a raccolta suonando le campane³⁴², pertanto alla domanda se nel caso di delitti “propri” dell’*universitas* i singoli possano essere altresì puniti, Bartolo risponde che sì anche i singoli possono essere puniti, quali istigatori³⁴³ e, curiosamente, nel caso opposto cioè di delitti che solo i singoli possono commettere (es. omicidio) l’*universitas* potrà comunque essere punita, come istigatrice, se ne ha ratificato l’operato³⁴⁴.

Ci sembra che anche qui le sopra ricordate esigenze pratiche³⁴⁵, di contenimento degli atti di ribellione delle collettività locali di fronte all’autorità statale ed imperiale, offuschino la limpidezza teorica del pensiero del giurista, meglio ci sembra invece si fosse in precedenza espresso sul punto Alberico da Rosate che rileva come nel caso il delitto sia commesso dai *cives* non isolatamente, ma “*pulsata campana*” “*tamquam universitas*” (cioè dalla collettività nel suo complesso, richiamata simbolicamente ad unità dal suono della campana), “*singulares de civitate non videtur commisisse tale delictum, sed ipsa universitas*” (il delitto sembra afferire alla *civitas* nel suo complesso

³⁴¹ Cfr. sul punto W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 89 e ivi nota 4.

³⁴² BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 9: “*Qui elevarunt vexilla et campana pulsaverunt magis dicuntur istigatores*”.

³⁴³ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 12: “*Quaedam sunt delicta, quae dicuntur fieri per universitatem, ut dixi, et illis sola universitas potest puniri tanquam facies, alii singulares poterunt puniri tanquam istigatores et fieri facientes*”.

³⁴⁴ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 12 (continua precedente nota): “*Sed in delictis, quae non fiunt per universitatem, erit totum contra, quia facientes punietur de delicto, universitas vero punietur tanquam fieri facies vel tanquam ratum habens suo nomine*”.

³⁴⁵ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 12, significatamente conclude: “*ex hoc habes praticam*”.

non ai singoli *cives*) e pertanto sarà la sola *universitas (civitas)* ad essere punita con una sanzione pecuniaria (“*pecuniariter*”) o, se la gravità del delitto esige la pena capitale, con la distruzione (“*ubi esset tale delictum quod exigeret poenam capitale poena capitalis civitatis est, quod patiantur aratrum, destruat*”) ³⁴⁶.

Il caso all’origine della suddetta riflessione di Alberico da Rosate viene, altresì, più estesamente ricordato da Odofredo: si tratta di una controversia nata tra l’arcivescovo di Ravenna (o forse Pisa) ³⁴⁷ e il Comune di Ardenza, che aveva promesso mille marche di argento per non recare danno ad un bosco dell’arcivescovo, ma un rustico del Comune, violando l’accordo, si era introdotto a fare legna nel bosco ed era stato malamente malmenato dagli uomini del vescovo, indi ritornato nel comune di Ardenza, così malmenato, aveva ricevuto la solidarietà degli altri rustici del Comune che “*armaverunt se omnes et iverunt ad silvam et dederunt eis magnum damnum*”, di conseguenza l’arcivescovo convenne il Comune per esigere la pena pattuita di mille marchi per il danno subito dal bosco ³⁴⁸.

Nella controversia è chiamato a dare un parere Bassiano, maestro di Odofredo, che ricorda la soluzione del caso data dal suo maestro, nel commento *ad l. Sicut municipium § Si quid universitati ff. quod cuiuscunque universitatis nomine* (Dig. 3.4.7.1).

Odofredo, sulla scia di Bassiano, precisa i casi nei quali si può parlare di un *delinquere ut universi* e non *ut singuli*: perché il fatto criminale (“*illud maleficium*”) sia ascrivibile all’*universitas* è necessario che questa sia stata convocata “*ad sonum campanam vel cornu vel ad tabulam pulsatam*”, oppure, e ciò appare al commentatore equivalente, “*sed portaverunt signa sua cum*

³⁴⁶ ALBERICO da Rosate (da nostre ricerche) in *Lectura ad l. Metum § Animadvertendum, ff. quod metum causa* (D. 4.2.9.1), fol. 241 n. 7, in *Commentari in primam Digesti Veteris partem*, ed. Venezia, 1585.

³⁴⁷ Cfr. sulla specifica questione, ed in generale per un commento del passo di Odofredo, G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, cit., pag. 11 e ss.

³⁴⁸ Il passo di Odofredo oltre ad essere stato esaminato da G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. Etc., ult. cit., era stato già attenzionato da ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, cit., pag. 80; e di recente anche dalla dottrina penalistica G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, cit., pag., 461, che non ha esitato a collegare “al suono di campane tamburi e corni” il carattere doloso dell’azione delittuosa collettiva.

*potestate eorum vel consule eorum: tunc universitas videtur delinquisse*³⁴⁹, cioè l'*universitas* sia stata guidata dal potestà o dai consoli e siano stati issati i suoi vessilli; tale dottrina è riproposta più avanti da Odofredo nel commento ad *l. Metum § Animadvertendum, ff. quod metus causa* (D.4.2.9.1)³⁵⁰, dove precisamente afferma *“si facit ad sonum tube vel campane vel si vexilla sunt ibi: videntur delinquere universi non singuli”*³⁵¹.

Si pone, quindi, attenzione a quali sono i modi con cui si forma quella volontà collettiva, che possa fondare la responsabilità corporativa, volontà collettiva che da Ulpiano a Savigny si è spesso dubitato, invece, di poter ricollegare ad una collettività, in quanto persona giuridica astratta.

La dottrina³⁵² ha invece rivalutato l'opera dei commentatori nell'individuare i modi di formazione di una volontà collettiva nella sfera penale, che possono integrare un *“delinquere ut universi”*.

Le basi di questa costruzione dottrinale partono, però, da lontano, viene, infatti, preso in considerazione prima da Giovanni Bassiano e poi da Azzone un passo del Digesto, si tratta in particolare di D. 50.17.160.1 (Ulp. 76 *ad ed.*), che afferma *“Referetur ad universos, quod publice fit per maiorem partem”*, che già Bassiano pone come fondamento della responsabilità collettiva di un fatto criminoso se questo è preceduto da una deliberazione a maggioranza, tesi poi ripresa dal suo discepolo Azzone, ed accolta da Odofredo.

Secondo la dottrina³⁵³ non manca un coerente riscontro anche in Innocenzo IV, che ai fini della responsabilità dell'*universitas* ritiene sufficiente la ratifica del comportamento dei rettori da parte della *maior pars*.

³⁴⁹ ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteris, ad l. Sicut municipium § Si quid universitati ff. quod cuiuscunque universitatis nomine* (Dig. 3.4.7.1), fol. 124 n. 2, ed. Lugduni, 1550.

³⁵⁰ ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteris, ad l. Metum § Animadvertendum ff. quod metum causa* (D. 4.2.9.1), fol. 151, ed. Lugduni, 1550.

³⁵¹ Cfr. G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. La responsabilità penale delle *universitates* nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo, cit., pag. 24.

³⁵² G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. Etc., ult. cit., pag. 6 e ss; D. QUAGLIONI, *“Universi consentire non possunt”*. La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune, cit., pag. 74 e ss.

³⁵³ Il riferimento è ad INN. c. X. 5, 39, 53; cfr. sul punto sia G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. Etc., ult. cit., pag. 44, che D. QUAGLIONI, *“Universi consentire non possunt”*. La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune, cit., pag. 80, interpretano in questo senso il canone innocenziano, che però non ci sembra, a nostro modesto parere, avere un riferimento esplicito alla possibilità di una ratifica a maggioranza dell'operato criminoso, perché, per un mandato “preventivo” al fatto criminoso, viene invece richiesto il consenso *“totius universitatis”*.

Il fronte canonistico appare, però, sul punto diviso e sembra prevalere il principio di non estendere alle persone giuridiche ecclesiastiche la responsabilità dei singoli (“*delictum personae in damnum ecclesiae non est convertendum*”)³⁵⁴: prevale la preoccupazione di non colpire degli innocenti.

Il fronte civilistico è, invece, più decisamente orientato verso la responsabilità collettiva delle *universitas* o meglio verso una responsabilità “*ut universi*” nei limiti sopra esposti, e l’opinione sembra consolidata *ab antiquo*, se lo stesso Odofredo, riferendosi alla posizione degli *antiqui* (di cui però nomina solo il suo maestro Giovanni Bassiano), può affermare che “*Et dixerunt antiqui.. universitas potest dolum committere si committatur non a tota sed a maiori parte*”³⁵⁵.

³⁵⁴ Cfr. G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. Etc., ult. cit., pag. 57 e ss.; D. QUAGLIONI, “*Universi consentire non possunt*”. *La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune*, cit., pag. 79.

³⁵⁵ ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteris, ad l. Metum § Animadvertendum ff. quod metum causa* (D. 4.2.9.1), fol. 151, ed. Lugduni, 1550; cfr. G. CHIODI, *Delinquere ut universi*. Etc., ult. cit., pag. 22 ed ivi nota 41; D. QUAGLIONI, “*Universi consentire non possunt*”. *La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune*, cit., pag. 78.

Capitolo V

La c.d. teoria della finzione di SAVIGNY: la “riemersione” del principio “*societas delinquere non potest*”. Tradizione e ripensamenti su D. 4.3.15.1.

Sommario: 5.1 La c.d. teoria della finzione di Savigny: i “confini” patrimoniali della persona giuridica. 5.2 Tradizione e ripensamenti su D. 4.3.15.1.

5.3 Osservazioni sul contesto storico-dottrinale in cui maturò la teoria della finzione di Savigny.

5.1 L’invenzione della “*persona ficta*” di Innocenzo IV trovò nell’Ottocento uno strenuo sostenitore nell’autorevole dottrina di Savigny³⁵⁶, tuttavia come fa notare Galgano³⁵⁷, mentre per i medievalisti, in particolare per Bartolo, la “*persona ficta*” è una costruzione teorica dottrinale (“*sicut ponimus nos iuristae*”)³⁵⁸, per Savigny è una finzione posta dal legislatore per uno scopo giuridico, perciò *persona giuridica*³⁵⁹.

La teoria della finzione di Savigny escludeva quindi radicalmente la possibilità che la capacità delle persone giuridiche, soggetti di diritto “creati artificialmente”³⁶⁰, potesse estendersi al di là della sfera dei diritti patrimoniali³⁶¹.

Questi soggetti, creati artificialmente sono sì capaci, secondo Savigny, di avere un loro patrimonio giuridico e di essere rappresentati attraverso la volontà di determinati individui (che in forza sempre di una finzione viene imputata come volontà propria della persona giuridica), ma poiché lo scopo per cui artificialmente esistono nel diritto si muove solo entro gli stretti confini dei rapporti patrimoniali (perché la persona giuridica possa prendere parte al

³⁵⁶ F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. Vittorio Scialoja), II, Torino 1888, pag. 239 e ss.,.

³⁵⁷ F. GALGANO, *Le Persone Giuridiche*, in Trattato di diritto civile, Vol. I, Padova, 2010, pag. 185.

³⁵⁸ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 4: “*Universitas ... proprie non est persona; tamen hoc est fictum pro vero, sicut ponimus nos iuristae*”.

³⁵⁹ SAVIGNY, ult. cit., pag. 240.

³⁶⁰ SAVIGNY, ult. cit., pag. 244.

³⁶¹ Osserva il RUFFINI (*La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 24) che, affermando che la capacità della persona giuridica non può estendersi oltre i diritti patrimoniali, il SAVIGNY spezzava per la prima volta la stretta unione e anzi compenetrazione che c’era sempre stata in passato tra diritto pubblico e diritto privato nella dottrina delle persone giuridiche.

commercio), fuori di tale ambito, questi soggetti artificiali di diritto cessano di essere persone giuridiche.

Le persone giuridiche, pertanto, non possono commettere reati, non perché l'oggetto dell'attività in questo caso sia illecito ma perché tale oggetto è appunto estraneo al concetto e alla destinazione (esclusivamente patrimoniale) per cui la persona giuridica esiste³⁶².

Tutti i fatti che generalmente sono considerati reati delle persone giuridiche sono dunque per Savigny delitti delle persone fisiche che le governano, o comunque ne fanno parte, né i termini del problema cambiano per il solo fatto che il reato sia commesso nell'interesse della corporazione³⁶³.

5.2 Per altro il Savigny era forte di una tradizione dottrinale romanistica che aveva fermamente escluso la responsabilità penale delle persone giuridiche, si pensi, a tacer d'altro, all'opinione del Ferrini che pur ammettendo l'utilità di riferire i provvedimenti di *castigatio* del magistrato alle persone collettive per scopi di polizia, mantiene ferma l'opinione che *"le persone collettive, come tali, non sono capaci di delitto e di pena"*³⁶⁴.

In particolare il Savigny riprende l'**opinione di Ulpiano**, secondo il quale contro il *municipes*, cioè contro i cittadini di un *municipium*, collettivamente intesi, il diritto romano non concede azione, perché ritenuti incapaci di compiere un'azione con dolo, ci si riferisce in particolare a:

D. 4.3.15.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.*

³⁶² SAVIGNY, ult. cit., pag. 314 e ss.; questa impostazione del SAVIGNY sembra avere un precedente storico-dottrinale nella dottrina c.d. dell'atto *ultra vires*, in origine utilizzata (nel diritto anglo-americano) per escludere la responsabilità extracontrattuale e poi anche penale delle persone giuridiche, secondo tale teoria, infatti, chi agisce illecitamente (in nome della persona giuridica) agisce fuori dal suo scopo, appunto *ultra vires*, e quindi non può determinare la responsabilità extracontrattuale o penale della persona giuridica (sul punto cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, pag. 26 e ss. e nota 12 pag. 26).

³⁶³ SAVIGNY, ult. cit., pag. 315.

³⁶⁴ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 25.

Quest'ultimo frammento di Ulpiano, da cui per altro si sono tratti tradizionalmente argomenti contrari alla responsabilità penale degli enti collettivi in diritto romano³⁶⁵, è stato oggetto di una recente rilettura della dottrina, che ha cercato di valorizzare la responsabilità dei *decuriones*³⁶⁶, al fine di cogliere, già in Ulpiano, delle soluzioni al problema della responsabilità degli enti collettivi, come possibili anticipazioni storiche della moderna legislazione italiana 231 del 2001 sulla responsabilità c.d. amministrative degli enti³⁶⁷.

A parte il rilievo che tali soluzioni riguarderebbero comunque i *municipes*, cioè una collettività pubblica e, nella legislazione vigente, l'art. 1 co. III della legge 231/2001 esclude gli enti collettivi pubblici dai soggetti a cui essa è applicabile, va però osservato che appare invece condivisibile l'individuazione, da parte della suddetta dottrina, della locuzione "*si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant*", che fonda la responsabilità degli amministratori ("*puto dandam*"), come possibile precedente storico del requisito dell'interesse o vantaggio di cui all'art. 5 co. I della legge 231/2001³⁶⁸, presupposto per la responsabilità degli enti.

Ci sembra comunque rimanga insuperato il dubbio circa il fondamento logico della disparità di trattamento che Ulpiano opera tra la responsabilità dei *municipes*, contro i quali non è concessa l'azione *ex suo quidem dolo*, per un loro dolo "collettivo" e invece l'ipotesi successiva in cui ritiene concedibile azione "*si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant*", ed è probabilmente ancora valida l'ipotesi avanzata dall'Impallomeni, per cui ciò avverrebbe in quanto <<i *municipes*, a differenza dei *decuriones*, non

³⁶⁵ *Contra* tuttavia C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, pag. 81 e ivi anche nota 169, che ritiene che dal suddetto passo del Digesto possa desumersi la responsabilità di un organo collegiale per dolo dei suoi membri.

³⁶⁶ Con questo termine i giuristi del principato indicano i componenti dei senati locali, riservandosi la denominazione di *senatores* solo a quelli della Capitale. Per la nomina a *decuriones* la legge, però, non prescrive particolari requisiti né di nascita, né di onorabilità, né di censo, tuttavia, con il passare del tempo, in alcune città italiche, si richiede il censo di centomila assi e comunque i giuristi richiedono *sufficientes facultates* (cfr. F. GRELLE, voce "*Decuriones*" in *NN.D.I.*, V, 1957, pag. 309-311), ciò probabilmente tradisce il progressivo consolidarsi di una responsabilità amministrativa in capo ai *decuriones*.

³⁶⁷ F. PULITANÒ, *Il dolo dei municipes e il dolo dei decuriones. Nota sulla capacità delittuosa degli enti collettivi nel diritto romano*, cit., pag. 142.

³⁶⁸ Art. 5 co. I legge 231/2001: "L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio"; cfr. sul punto F. PULITANÒ, ult. cit., pag. 140.

agirebbero direttamente, ma tramite amministratori, e quindi non potrebbero essere tenuti con una azione penale per fatto altrui>>³⁶⁹, pertanto rimarrebbero soggetti soltanto ad una azione <<reipersecutoria *in id quod ad eos pervenit*>>³⁷⁰.

Altra dottrina³⁷¹ ha, per altro, significatamente rilevato che Ulpiano trae probabilmente quest'ultima soluzione in analogia a:

D. 4.3.15.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.*

Da cui tale dottrina deduce la natura reintegratoria dell'azione concessa contro i *municipes*, collettivamente intesi, nel caso qualcosa gli pervenga (indebitamente) per dolo degli amministratori³⁷².

Infine, non si può dubitare che possa essere esercitata l'*actio de dolo* nei confronti dei *decuriones* per dolo degli stessi decurioni (*De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio*), che sono personalmente responsabili per il proprio dolo come lo sono il *tutor* (D. 4.3.11 pr.) e il *procurator* (D. 4.3.11.2)³⁷³.

Più elementare la spiegazione dell'irresponsabilità penale data dal Savigny, per cui il *municipium* è una persona giuridica astratta è come tale non ha una esistenza reale, ma si sostanzia della volontà degli individui che lo rappresentano, volontà che in forza di una finzione viene imputata alla persona giuridica, ma di cui si può tenere conto solo nel diritto civile e giammai nel diritto penale, essendo come sopra ricordato, lo scopo dell'esistenza (fittizia) delle persone giuridiche esclusivamente patrimoniale³⁷⁴.

³⁶⁹ G. IMPALLOMENE, voce "*Persona giuridica*", (*diritto romano*), cit., pag. 1031.

³⁷⁰ G. IMPALLOMENE, voce "*Persona giuridica*", (*diritto romano*), cit., pag. 1030.

³⁷¹ P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938, pag. 93.

³⁷² P.W. DUFF, op. ult. cit., pag. 91, più precisamente, con riferimento a D. 4.3.15.2, l'autore parla di *integrum restitutio*.

³⁷³ P.W. DUFF, op. ult. cit., pag. 93.

³⁷⁴ SAVIGNY, ult. cit., pag. 314-315.

5.3 Come ha, infatti, osservato recentemente Marinucci³⁷⁵, riprendendo il pensiero di Heiniz³⁷⁶, l'affermarsi nell'era moderna della teoria della finzione di Savigny, basata sulla prevalente opinione dei romanisti che le persone collettive non possono delinquere, non fu il frutto di una particolare straordinaria forza teorica della costruzione dello studioso tedesco, ma piuttosto la fortunata rispondenza della teoria della finzione alla nuova situazione storico-politica.

L'affermarsi dell'assolutismo degli Stati aveva, infatti, fatto venire meno le precedenti esigenze di repressione penale dei delitti corporativi delle comunità locali, che invece avevano portato i medievalisti ad affermare la responsabilità penale delle persone giuridiche e la dottrina e i legislatori ad ammettere sino alla fine del Settecento la punizione di città e municipi³⁷⁷: il venir meno delle suddette esigenze politiche fece apparire assai convincenti gli argomenti dei romanisti che escludevano la responsabilità penale delle persone giuridiche³⁷⁸, ecco allora il "riemergere" dalle nebbie del passato del principio "*societas delinquere non potest*"(!).

Non bisogna per altro dimenticare che già il Ruffini aveva colto le "ragioni politiche" alla base della teoria di Savigny, rilevando come la recezione del diritto romano in Germania sia stata favorita dallo Stato poliziesco, che, approfondendo la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, aveva in generale ridotto la sfera di azione del concetto di personalità al diritto privato, anche per le persone fisiche, perciò stessa sorte non poteva non

³⁷⁵ G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, cit., pag. 451-452.

³⁷⁶ E. HEINIZ, *Empfiehl es sich, die strafbarkeit der juristischen person gesetzlich vorzusehen?*, in *Verhandlungen des 40. Deutschen juristentages strafrechtliche abteilung*, pag. 67-90, Tubinga, 1953.

³⁷⁷ Si può, a tacer d'altro, ricordare un esempio normativo tratto dalla Francia della fine del XVII sec., ci si riferisce in particolare al Titolo XXI dell'*Ordonnance Criminelle, Code Louis*, del 1670, che, consolidando una prassi secolare, disponeva "*Sui modi d'instaurare un procedimento nei confronti delle comunità di città, borghi e villaggi, corpi e compagnie*"(Titolo Rubrica), per i casi in cui si fossero "*resi autori di una qualche ribellione, violenza o altro crimine*" (art. 1), disponendo altresì che per i suddetti delitti corporativi "*Le condanne non potranno che essere di riparazione in sede civile, di risarcimento dei danni e degli interessi nei confronti della parte, al pagamento di un'ammenda in nostro favore, di privazione dei loro privilegi...*"(art. 4), ma tuttavia introducendo una clausola residuale, "*...e di qualunque altra punizione che marchi pubblicamente la pena nella quale saranno incorsi per il loro crimine*" (art. 4), che fu ampiamente utilizzata per infliggere alle città delle pene atipiche, come demolire le mura o i palazzi più importanti (cfr. sul punto G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, cit., pag. 453 e per il testo dell'*Ordonnance Criminelle, Code Louis*, l'edizione italiana a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano, 1996, T. II, pag. 37 e 232).

³⁷⁸ E. HEINIZ, *Empfiehl es sich, die strafbarkeit der juristischen person gesetzlich vorzusehen?*, cit., pag. 71.

toccare alle persone giuridiche, per definizione confinate dentro la sfera del diritto patrimoniale³⁷⁹.

Fu così, nel descritto contesto storico e dottrinale, che riemerse il principio individualistico "*societas delinquere non potest*", che dominò nell'Europa continentale sino alla metà del secolo scorso, ma "*quando arrivò il giorno della collisione dei treni*", così scrive efficacemente il Maitland nella sua introduzione alle *Teorie politiche di Gierke*³⁸⁰, tutta l'autorevolezza della teoria di Savigny non bastò più a fermare le spinte verso la responsabilità penale delle persone giuridiche davanti alla preponderante forza criminale delle società ferroviarie: sui fatti illeciti di tali società, come vedremo nella seconda parte di questo lavoro, si sarebbero sviluppati quegli indirizzi giurisprudenziali che avrebbero portato al superamento del principio "*societas delinquere non potest*" negli Stati Uniti e in Inghilterra.

Com'è stato autorevolmente scritto³⁸¹, esiste in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche *un contrasto tra le esigenze della politica criminale e la dogmatica tradizionale*: in quei paesi, come quelli anglosassoni dove maggior peso si dà ai motivi pragmatici più che ai problemi dottrinali, si è perciò arrivato prima al superamento del principio *societas delinquere non potest*, e tuttavia, osserva sempre tale dottrina, è necessario che la dogmatica penale sia in grado di soddisfare i bisogni della politica criminale e pertanto ne consegue la necessità di sviluppare una nuova dogmatica penale che, elaborando nuove categorie penalistiche o riadattando alle persone giuridiche quelli esistenti, possa soddisfare le nuove esigenze politico-criminali di punizione delle persone giuridiche la cui forza economica (e criminale) è cresciuta in maniera esponenziale dalla rivoluzione industriale sino allo strapotere, a tutti noto, delle multinazionali moderne.

³⁷⁹ F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, op. cit., pag. 25.

³⁸⁰ F.W. MAITLAND, *Introduction a GIERKE, Political Theories of Middle Age*, Cambridge, 1969, pag. XXXIX: "*Even Savigny could not permanently prevail when the day of railway collisions had come*".

³⁸¹ K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *R. it. d. proc. pen.*, 1995, pag. 615-633, in particolare sul punto pag. 623-624.

Capitolo VI

Profili di continuità tra il *delinquere* dei collegi illeciti romani, quello delle corporazioni medievali e quello delle società ferroviarie all'alba della rivoluzione industriale.

Come si è già accennato nel paragrafo precedente, all'alba della rivoluzione industriale, quando sempre più forte si fece la forza economica delle società commerciali ed in specie di quelle ferroviarie, il dibattito sulla responsabilità penale delle persone giuridiche si ripropose, stante l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti sanzionatori di fronte alla nuova criminalità di impresa.

Il pieno superamento per la prima volta (nell'età moderna, per quanto si qui si è già detto) del principio "*societas delinquere non potest*", è comunemente attribuito al sistema di *common law* ed in particolare al sistema statunitense con la sentenza *New York Central and Hudson Railway v. U.S.A.* del 1909, che fece applicazione del principio del "*respondeat superior*", proprio della materia civilistica, ad un reato che richiedeva una *mens rea*, nella specie un reato commesso da un'azienda di trasporti ferroviari, la *New York Central*, rea di avere concesso ad imprese produttrici di zucchero notevoli sconti sulle tariffe ferroviarie in violazione dell'*Elkins Act* del 1903 sul passaggio di merci tra gli Stati membri³⁸² (su queste problematiche diffusamente *infra* PARTE II).

Le basi della responsabilità penale delle persone giuridiche erano poste, ma dalla pur breve analisi storico-comparativa sin qui condotta, le ragioni che portano al superamento del principio "*societas delinquere non potest*" non sembrano trovare fondamento in motivazioni ontologico-dogmatiche³⁸³ ma piuttosto nelle necessità politico-criminali che di volta in volta spingono inevitabilmente l'ordinamento a fronteggiare la forza criminale delle associazioni o persone giuridiche, siano essi i collegi illeciti romani dell'età tardo repubblicana per il loro carattere destabilizzante dell'ordine

³⁸² Per una dettagliata analisi della sentenza C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 14 e ss.,.

³⁸³ Va comunque ricordato che a sostegno delle possibilità di configurare la responsabilità penale delle persone giuridiche si schiera la c.d. teoria della realtà (o organica), elaborata da Otto Von GIERKE, che si contrappone alla teoria della finzione di SAVIGNY, sul punto si veda la fondamentale opera del O. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlino, 1887 (ristampa invariata Graz 1954).

costituzionale³⁸⁴, siano le *universitas personarum* medievali (Comuni, corporazioni) di fronte all'ordinamento medievale, o le società commerciali di fronte all'ordinamento moderno³⁸⁵.

Rispetto alle *societates* commerciali romane, invece, non ci pare si possano riscontrare nelle fonti delle *leges publicae populi romani* che contengono *crimina* a carico delle *societates* e ciò, probabilmente, perché le *societates* commerciali romane non raggiunsero mai una forza economica e sociale tale da mettere in pericolo la stabilità dell'ordinamento politico o economico dello Stato, così da attirare l'attenzione del legislatore o della giurisprudenza romana.

³⁸⁴ Questo rapporto di contraddizione dei *collegia* tardo-repubblicani con l'ordinamento della *Libera res publica* è stato evidenziato, in particolare, da F. SALERNO, "*Collegia adversus rem publicam*", cit., pag. 627, il quale, però, ha opportunamente osservato come ciò che è "*adversus rem publicam*" (cioè ciò che ha finalità eversive) appare di difficile ed ambigua definizione in età tardo-repubblicana, in quanto i provvedimenti presi, di volta in volta, per l'*utilitas civitatis*, in realtà sono espressione degli interessi dei gruppi al potere ed in definitiva la salvaguardia della *res publica*, finiva, di volta in volta, con l'identificare l'ordine pubblico e la difesa sociale con gli interessi della classe sociale di cui il provvedimento era espressione.

³⁸⁵ In questo senso ci sembra G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, cit., pag. 446 e ss. (che tuttavia non estende l'indagine, come qui si è tentato di fare, sino ai collegi illeciti romani).

CONCLUSIONI

Concludendo questa prima parte della ricerca ci sembra di poter affermare che le considerazioni sin qui svolte, circa una qualche capacità di diritto penale privato rispetto alle *societates* “*quibus permissum est corpus habere*” e le osservazioni sopra svolte circa il delinquere del *collegium*, dimostrino come forme di responsabilità penali collettive nel diritto romano prescindano dallo schema giuridico moderno della persona giuridica e delineino un’atteggiarsi di soluzioni giuridiche e di risposte al delinquere collettivo che di fatto raggiungono le finalità sanzionatorie che richiede tale fenomeno senza ricorrere necessariamente allo schema moderno della persona giuridica³⁸⁶.

³⁸⁶ Per altro, come è stato efficacemente osservato (M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, cit., pag. 178) «La stessa espressione “personalità giuridica” ha un portato e uno spessore tale, nel moderno linguaggio giuridico, da non consentire una sua trasposizione pura e semplice nel diritto romano», assumendo, infatti, nel diritto moderno un contenuto che si perfeziona solo attraverso la riflessione giuridica medievale e moderna e in correlazione alla moderna nozione di “soggetto di diritto” (così L. LANTELLA – E. STOLFI, *Profili diacronici del diritto romano*, Torino, 2005, pag. 86, ivi una breve ma efficace sintesi storica del percorso che porta dalla persona fisica alla persona giuridica, pag. 84-89).

PARTE II

IL TRAPIANTO GIURIDICO DEI *COMPLIANCE PROGRAMS* NEL SISTEMA PENALE ITALIANO: GENESI, CIRCOLAZIONE E LIMITI DEI MODELLI DI ADEGUAMENTO



Societas delinquere et puniri potest

Capitolo I

Osservazioni generali sulla circolazione dei modelli giuridici³⁸⁷.

Se una volta inventata la ruota, che tanto ha contribuito al progresso dell'umanità, si fosse dovuto poi reinventarla in ogni paese del mondo, certo il progresso umano sarebbe stato molto più lento.

Come per la ruota molte altre invenzioni umane sono state solo adottate, ed eventualmente migliorate dagli altri paesi non inventori, e perciò non sono state ogni volta reinventate nelle varie parti del mondo: così le norme giuridiche importanti sono inventate da poche nazioni ma una volta inventate, se ne apprezza rapidamente il valore e vengono adottate per le esigenze delle altre nazioni³⁸⁸.

Quel che importa, comunque, è che una norma ci sia, non che l'adozione della norma adottata risponda alla generale felicità dell'uomo,³⁸⁹ la funzione essenziale e necessaria delle norme giuridiche, in particolare quelle di diritto privato, è, infatti, quella di evitare e comporre le controversie in modo pacifico³⁹⁰.

³⁸⁷ Sull'argomento i fondamentali contributi di A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, Edimburgo, 1974; cfr. per la traduzione A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, Università di Camerino, 1984; A. WATSON, *Comparative Law and legal change*, in 37 *Cambridge L. J.* 1978, pag. 313 e ss.; A. WATSON, *From Legal Transplants to Legal Formants*, in 43 *Am. J. Comp. Law*, 1995, pag. 469 e ss.; più di recente A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, Athens and London, *University of Georgia press*, II ed., 2003, A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006 (traduz. G. Smorto e R. Ricciardi, presentazione M. Serio). Sulla circolazione dei modelli numerosi altri contributi della dottrina: E.M. WISE, *The Transplant of Legal Patterns*, in 38 *Am. J. Comp. Law Supp.* 1, 1990; E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; A. SOMMA, *Mutazione del diritto e mondializzazione della riflessione comparatistica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2006, pp. 535-569. Nella manualistica tra gli altri: U. MATTEI-P. L. MONATERI, *Introduzione breve al Diritto Comparato*, Padova, 1998, pag. 37-47 e 116-119; A. GUARNERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, Padova, 2010, pag. 30 e ss.; il fondamentale contributo di R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, 2006, pag. 132 e ss.; per un confronto tra la dottrina di SACCO e quella di WATSON si veda S. FERRERI, *Di qua e di là dell'Oceano Atlantico*, in *Quadr.*, 1992.

³⁸⁸ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, cit., pag. 87, qui si traduce "readily" con "facilmente", ci sembra invece più coerente con il pensiero complessivo di WATSON tradurre il termine con "rapidamente", al fine di esprimere la rapidità con cui si diffondono le norme inventate proprio perché "importanti" ("important legal rules"), cfr. anche A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, cit., pag. 100.

³⁸⁹ A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, cit., pag. 96.

³⁹⁰ A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, cit., pag. 207; tuttavia ci sembra si possa fin da ora affermare, ai fini di questa ricerca, che i trapianti giuridici nell'ambito del diritto penale rispondono invece alle esigenze di politica criminale che la storia richiede al legislatore.

Le norme giuridiche, poi, un po' come tutte le invenzioni umane, si sposterebbero rapidamente³⁹¹, i trapianti giuridici sarebbero piuttosto frequenti e costituirebbero la maggiore fonte di evoluzione dei sistemi giuridici.

La maggior parte dei cambiamenti di un sistema giuridico sarebbero, quindi, proprio da attribuirsi a questi "prestiti" (*borrowing*) giuridici da altri sistemi³⁹², tant'è che se si volesse scoprire, per dirla con Savigny, "lo spirito di un popolo" (*Volksgeist*)³⁹³ attraverso il diritto, si dovrebbe guardare, non al sistema nella sua globalità, ma ai dettagli in cui tale sistema diverge dagli altri: quanto maggiore è la diversità nei dettagli di un sistema tanto più spiccata sarà la sua identità³⁹⁴.

Queste considerazioni riassumono sinteticamente il punto di vista dello studioso scozzese Alan Watson che studiando il fenomeno dei trapianti giuridici, in particolare la recezione del diritto romano nel mondo occidentale, ha evidenziato che la maggior parte dei trapianti giuridici, o come si dice da noi con altra espressione, della circolazione di modelli, è dovuta alla ricezione da altri ordinamenti: poche sono quindi le "invenzioni" originali di norme, piuttosto le norme circolano, si migliorano o comunque si adattano alle dinamiche interne d'interpretazione delle leggi e delle sentenze, cioè allo "stile" giuridico dell'ordinamento importatore³⁹⁵.

Secondo Watson poco peso hanno invece le necessità sociali, in ciò quindi lo studioso rivendicando un'indipendenza della forma giuridica rispetto alla sottesa struttura economico-sociale, struttura che al contrario, secondo il movimento della *Law and Society*, condizionerebbe i cambiamenti giuridici in base appunto alle necessità economico sociali³⁹⁶.

³⁹¹ A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, cit., pag. 95.

³⁹² A. WATSON, ult. cit., pag. 95.

³⁹³ WATSON fa ovviamente riferimento alla nota opera di SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Berlino, 1840.

³⁹⁴ A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, cit., pag. 21.

³⁹⁵ Osserva sul punto la dottrina (M. SERIO, *Presentazione* ad A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, cit., pag. XIII) che è necessario cogliere i *legal transplants in the action*, perché si possa veramente coglierne la maggiore o minore capacità condizionante e l'adattamento del diritto ricevente ai caratteri ed allo spirito di quello immettente.

³⁹⁶ U. MATTEI-P.L. MONATERI, *Introduzione breve al Diritto Comparato*, cit., pag. 116 e ss.

In particolare la Scuola sociologica (*sociological jurisprudence*), sviluppatosi negli Stati Uniti tra la fine del XIX sec e la prima metà del XX sec., che trova il suo fondatore in Roscoe Pound, *dean* della *Law School di Harvard* nel ventennio 1916-1936, sostiene che lo studio del diritto deve essere allargato alla filosofia, alla sociologia, all'economia e alla politica per farne uno strumento storicamente duttile in grado di rispondere e disciplinare i conflitti sociali³⁹⁷: è il c.d. movimento "evoluzionista", che appunto mette in relazione le mutazioni giuridiche con i cambiamenti sociali, propugnando un'intrinseca creatività dei sistemi giuridici.

L'approccio c.d. "diffusionista", rappresentato da A. Watson, afferma invece che i mutamenti di norme, la loro c.d. circolazione, siano il risultato del "contatto" tra i vari popoli e i loro ordinamenti, per cui poche sarebbero le creazioni originali, molte le imitazioni.

In particolare si distingue all'interno della corrente diffusionista un indirizzo "strutturalista", rappresentato da Rodolfo Sacco che tende a "decomporre" i sistemi giuridici nei c.d. formanti (legislativo, dottrinale, giurisprudenziale), abbandonando così l'illusione del giurista municipale della "*unicità della regola diritto*" per seguire la circolazione, anche separata, dei suddetti formanti.

Alan Watson, che per descrivere le mutazioni giuridiche parla anziché di "circolazione di modelli", di trapianti giuridici (*legal transplants*), pone invece l'accento ad una propensione complessiva dei sistemi a prendere a prestito dal passato, quasi una sorta di dipendenza giuridica dell'operatore del diritto (*path dependency*)³⁹⁸ ed in questo senso massima sarebbe stata in passato la "dipendenza" a prendere a prestito dal diritto romano, che, quindi, per Watson, sarebbe l'ordinamento esportatore per eccellenza.

Condizionerebbe la scelta dell'operatore giuridico, non tanto il fatto che la norma sia appropriata alle esigenze dei mutamenti sociali, ma piuttosto la facile accessibilità del dato giuridico (*simply accessibility*), ma soprattutto il principale criterio sarebbe appunto la propensione ai modelli del passato e il

³⁹⁷ Notizie in A. GUARNERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, cit., pag. 286.

³⁹⁸ Cfr. sul punto U. MATTEI-P.L. MONATERI, *Introduzione breve al Diritto Comparato*, cit., pag. 119.

fascino da essi esercitato (*habit and fashion*),³⁹⁹ e, in generale, osserva Watson, il giurista, a cui non piace essere isolato, cerca (o inventa) un precedente al fine supportare il suo parere ricollegandolo ad un sistema rispettato ed, in casi estremi, alla stessa autorità divina⁴⁰⁰, ma una volta create le norme poi continuano a vivere⁴⁰¹, quasi per un magico istinto di auto-conservazione⁴⁰², poiché il suddetto atteggiamento dei giuristi di fascinazione giuridica per il passato e la frequente assenza di efficaci meccanismi di adeguamento all'evoluzione sociale, lascia sopravvivere per secoli le norme giuridiche con poche modifiche, sia nel paese di origine che in quello importatore⁴⁰³.

³⁹⁹ Per una ricostruzione critica dei due orientamenti (evoluzionista e diffusionista) A. SOMMA, *Mutazione del diritto e mondializzazione della riflessione comparatistica*, cit., pp. 535-569.

⁴⁰⁰ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, cit., pag. 87 e A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, cit., pag. 99.

⁴⁰¹ A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, cit., pag. 33.

⁴⁰² Così in maniera suggestiva M. SERIO, *Presentazione* ad A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, cit., pag. XIX.

⁴⁰³ A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, cit., pag. 34.

Capitolo II

Considerazioni sulla circolazione del modello processuale e sostanziale statunitense ed in particolare sulla circolazione del modello della responsabilità penale delle persone giuridiche.

È a tutti noto come il sistema processuale statunitense sia ampiamente esportato fuori dai confini nazionali, a tacer d'altro, si può ricordare il tentativo del legislatore italiano del 1998 di importare nel sistema italiano il modello processuale *adversary* statunitense.

Le ragioni per cui un legislatore importi da un altro sistema, come nel caso sopra indicato, vengono da autorevole dottrina ricondotte al c.d. prestigio, la cui definizione pur definita tautologica dallo stesso autore, è essenzialmente ricondotta al "desiderio di appropriarsi delle attribuzioni altrui, quando queste attribuzioni siano caricate di una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio"⁴⁰⁴.

Proprio però perché la definizione di "prestigio", così costruita, è una definizione tautologica, il dibattito sul significato da affidare a tale nozione è tuttora aperto, perché è chiaro che sia della massima importanza stabilire perché il modello X, poiché ritenuto "prestigioso", si diffonda.

Per quel che qui ci interessa (e con riserva di tornare sull'argomento in un punto più maturo di questa ricerca) assumiamo come convincente quanto affermato da una acuta dottrina e cioè che "Il prestigio di un modello giuridico sembra legato alla convinzione della sua superiorità intrinseca: il modello X appare migliore agli occhi di chi desidera imitarlo"⁴⁰⁵.

Ciò basti a fugare la tentazione di ricondurre la circolazione del modello processuale statunitense alla sola *leadership* politica e soprattutto economica americana, anzi sul punto è stato correttamente osservato che la recente crisi economica e finanziaria internazionale, sviluppatasi proprio negli Stati Uniti e poi propagatosi nel resto del mondo, ha diffuso una certa sfiducia verso il

⁴⁰⁴ R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., pag. 148 e ss.

⁴⁰⁵ E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, cit., pag. XVI e ss.

modello economico americano, per un eccesso di liberismo economico e permissivismo giuridico⁴⁰⁶.

Premesse queste necessarie osservazioni sulla circolazione del modello processuale statunitense, è però di precipuo interesse di questa ricerca, che si muove nell'ambito della responsabilità penale delle persone giuridiche, svolgere alcune osservazioni generali sulla circolazione del modello sostanziale penale statunitense.

Sul punto si deve osservare che mentre il modello processuale penale statunitense tenda ad essere esportato, il modello penale sostanziale subisce un fenomeno d'importazione e, comunque, non va oltre i confini domestici.

In particolare, come conferma l'opera di un fondamentale studioso americano, "*Rethinking Criminal Law*" di George Fletcher del 1978, il modello sostanziale penale statunitense importa, soprattutto, dal pensiero tedesco, cui è debitore in particolare per la ricostruzione dogmatica della struttura bipartita del reato (*actus reus e mens rea o intent*)⁴⁰⁷.

Su singoli istituti di diritto penale sostanziale, tuttavia, e qui sta l'interesse di questa ricerca, si verifica un movimento inverso rispetto a quello generale d'importazione dall'Europa.

Alcuni istituti penalistici, infatti, come il modello della responsabilità penale delle persone giuridiche, o il fenomeno della sostituzione del rimedio civile a quello penale per evitare il ricorso al processo penale (es. mediazione), sono esportati anche verso il continente europeo, anche verso quelle aree di *civil law* dove, per es. in tema di responsabilità penale delle persone giuridiche, esiste tradizionalmente una dogmatica contraria all'istituto di *common law*⁴⁰⁸ (si pensi in tema di responsabilità penale delle persone giuridiche la tradizionale posizione dogmatica contraria, compendiata nel principio *societas delinquere non potest*).

Le ragioni, per cui il modello penale sostanziale statunitense è in questo caso eccezionalmente esportato fuori dai confini domestici, possono probabilmente, in prima battuta, ricondursi al c.d. "prestigio", nel significato

⁴⁰⁶ A. GUARNERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, cit., pag. 371.

⁴⁰⁷ M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1985, pag. 193 e ss.

⁴⁰⁸ E. GRANDE, *Imitazione e diritto*, cit., pag. XVII e ss.,.

sopra precisato di modello dotato di una superiorità giuridica intrinseca agli occhi dell'ordinamento importatore, ma andranno più avanti integrate con riflessioni storico-comparative sul modello della responsabilità delle persone giuridiche, perché il "prestigio" da solo non basta a spiegare la circolazione invertita dell'istituto penale sostanziale verso l'Europa ed il resto del mondo, ma è più probabile, infatti, che l'indagine storico-comparativa porti a provare che la circolazione del modello sia più strettamente legata alla soluzione efficiente che esso offre ai problemi della criminalità d'impresa del mondo moderno, sia pure rafforzata dal prestigio dell'ordinamento esportatore.

All'interno dell'istituto statunitense della responsabilità penale delle persone giuridiche è poi precipua "invenzione" di questa ricerca di "scorporare" e analizzare, di volta in volta, la parallela o meno circolazione del "*compliance program*", o modello di adeguamento, sulla convinzione che la piena realizzazione di un modello maturo e autonomo di responsabilità penale delle persone giuridiche, finalmente sganciato dai criteri antropomorfici della persona fisica ed imperniato sulla c.d. "colpa di organizzazione", postula la parallela circolazione del modello della responsabilità penale delle persone giuridiche e del sub-istituto del *compliance program*, così che di un trapianto completo dal sistema statunitense si possa parlare solo quando insieme all'esportazione del modello generale della responsabilità penale della responsabilità delle persone giuridiche si accompagni anche l'esportazione del sub-istituto del modello di adeguamento⁴⁰⁹, così com'è avvenuto emblematicamente dal sistema statunitense a quello penale italiano.

⁴⁰⁹ L'idea che il modello statunitense della responsabilità penale delle persone giuridiche circoli in maniera completa solo se accompagnato dalla tecnica del *compliance program*, sebbene non esplicitata, è adombrata in dottrina: così Leo PEPPE in una recente sua ricostruzione storica della responsabilità penale della persona giuridica "tra attualità e passato", giunto alla descrizione comparativa tra sistema statunitense e sistema italiano, si esprime dicendo "Il sistema si incardina nello strumento del "*compliance program*" o "programma di adeguamento", poi transitato nel sistema italiano come "modello di organizzazione e gestione" con il d. lgs. 231/2001. (Leo PEPPE, *La responsabilità penale della persona giuridica tra attualità e passato*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano, 2010, pag. 491-525, in particolare sul punto pag. 502).

Capitolo III

Genesi ed evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese. Osservazioni sul fondamento storico della *vicarius liability*.

Premessa. La responsabilità penale delle persone giuridiche è oggi ampiamente ammessa sia nel diritto inglese sia in quello statunitense, con uno sviluppo degli istituti che è in qualche modo cronologicamente quasi parallelo, tuttavia per i risultati concettuali cui si perviene nel diritto inglese, che sono meno evoluti e maturi rispetto al diritto statunitense, conviene prima trattare della genesi della responsabilità delle persone giuridiche nel diritto inglese.

Coerentemente all'approccio di questo lavoro, che guarda al punto di vista della circolazione dei modelli giuridici, si propone quindi, convenzionalmente, di considerare il fenomeno come originatisi nel sistema inglese e poi arricchitisi e maturatisi nel diritto statunitense, in seguito si tornerà ad analizzare la sua circolazione (dal sistema statunitense) nuovamente nel continente europeo.

Storicamente ancora le Corti inglesi del XVIII sec. negavano fermamente la responsabilità penale delle persone giuridiche, sul punto faceva, infatti, scuola l'insegnamento tratto dai commentari di *Blackstone* per cui *“una persona giuridica non può commettere un tradimento, o un crimine o un altro reato vista la sua essenza”*⁴¹⁰, ciò essendo la persona giuridica una mera astrazione e non potendo essere sottoposta a pena.

In materia dominava incontrastato il principio elaborato dal *Lord Cancelliere Edward Thurlow* (1731-1086): *“No soul to be damned, no body to be kicked!”*.

Tuttavia il sistema penale inglese non conosceva un ostacolo come quello posto dall'art. 27 della nostra Costituzione *“La responsabilità penale è personale”*, che ha costituito un tradizionale sbarramento alla responsabilità penale delle persone giuridiche e ciò permise ben presto alla prassi giudiziaria

⁴¹⁰ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, p. 464.

e poi alla legislazione di superare l'iniziale avversione al principio della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Per quel che qui più importa, ai fini della genesi di tale responsabilità nel diritto inglese, la mancanza di un divieto, come quello posto dall'art 27 della nostra Costituzione permise in particolare lo sviluppo nel diritto inglese di un istituto estraneo al nostro sistema penale la c.d. "*vicarius liability*", cioè la responsabilità penale oggettiva⁴¹¹ per fatto colpevole commesso dall'incaricato, da un soggetto, cioè, legato al suo titolare responsabile da un qualche vincolo (in genere nell'ambito di rapporti di lavoro), con l'avvertenza che l'espressione *vicarius*, che richiama il latino *vice* (al posto di) indica qui, essenzialmente, una responsabilità addizionale, in cui incorre il titolare principale del rapporto rispetto all'autore materiale del fatto, e non sostitutiva, come il prefisso *vice* lascerebbe supporre.

Secondo una parte della dottrina⁴¹², il *fondamento storico della vicarius liability* va ricollegato al concetto di "responsabilità collettiva" propria dei popoli germanici, legata a sua volta alla concezione allargata della famiglia, il *clan*, per cui la colpevolezza di uno dei membri del *clan* si estendeva anche agli altri.

Appare, però, forse possibile sostenere che un precedente storico può essere riscontrato anche in diritto romano, ci si riferisce in particolare a D. 4.3.15.1, esaminato nella prima parte di questa ricerca (*supra* P. I, Cap. 5.2), nel quale Ulpiano ipotizza la possibilità di esercitare azione (anche se non ne precisa con chiarezza la natura) nei confronti degli abitanti dei municipi, collettivamente intesi, se si sono indebitamente arricchiti per il dolo dei loro amministratori, ("*si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto*

⁴¹¹ Va precisato che il principio della *vicarius liability*, di applicazione generale nel diritto civile, ha però, all'inizio, una applicazione limitata nel diritto penale ed in particolare in due sole ipotesi:

a) in materia di pubblicazione diffamatoria (*libel*), commessa con *mens rea* dal dipendente, per cui rispondeva il datore di lavoro, responsabilità limitata però dal *Libel Act* 1843 ai casi in cui il datore di lavoro conoscesse o fosse in colpa rispetto allo scritto diffamatorio;

b) in materia di *public nuisance* (pubblica molestia) commessa dal lavoratore subordinato e rispetto alla quale il datore di lavoro non poteva addurre alcuna difesa rispetto al suo stato mentale, conseguendo così l'attribuzione al datore di lavoro di una responsabilità a titolo oggettivo (*strict liability*) e aprendo così la strada, tra il XIX e XX secolo, per il consolidarsi della *vicarius liability* a carico del datore di lavoro, per tutta una serie reati, c.d. *welfare offences*, in materia di inquinamento, circolazione stradale, commercio (Sul punto S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, pag. 212-213).

⁴¹² Cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., pag. 210 e ss.

dandam”), la tesi è sostenuta in dottrina da Duff⁴¹³, il quale sostiene altresì che tale soluzione sia stata da Ulpiano ricavata in analogia a quella che D. 4.3.15.2 dà per il dolo del *procurator* (“*Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit*”).

Le prime sporadiche pronunzie di responsabilità penale a carico delle persone giuridiche nell’ordinamento inglese risalgono, però, al sec. XVII e riguardano alcune città, contee o borghi condannate per avere omesso l’adempimento di alcuni doveri imposti dalle leggi locali, come per es. la manutenzione di strade⁴¹⁴.

Fu proprio sul terreno delle omissioni che nel XIX secolo si consolidarono le prime basi della responsabilità penale delle persone giuridiche, basate sul principio della *vicarius liability*, infatti, com’è stato acutamente osservato⁴¹⁵, uno degli ostacoli dogmatici tradizionali⁴¹⁶ all’ammissibilità della responsabilità penale delle persone giuridiche è dato dalla concezione dell’azione delittuosa come connaturata a un agire umano (cioè di una persona fisica), ma nei reati omissivi o colposi non è tanto un’azione fisica che conta quanto l’inosservanza o la violazione delle misure previste dalla legge e la conseguente imputazione del risultato lesivo a un soggetto, non importa se fisico o giuridico: il superamento degli ostacoli dogmatici alla responsabilità penale delle persone giuridiche è, dunque, più agevole.

⁴¹³ P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, cit., pag. 92-93.

⁴¹⁴ Cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, pag. 24.

⁴¹⁵ K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *R. it. d. proc. pen.*, 1995, pag. 615-633, in particolare sul punto pag. 626; conforme R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 33).

⁴¹⁶ La dottrina (R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 25 e ss.) individua tre tradizionali argomenti di opposizione alle responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese: 1) *ragioni ontologico-dogmatiche*, legate appunto alla possibilità delle persone giuridiche di porre in essere azioni illecite direttamente; 2) impossibilità delle persone giuridiche di porre in essere validamente atti delittuosi perché esorbitanti l’oggetto sociale (cd. dottrina dell’atto *ultra vires*, di chiara matrice civilistica); 3) *ragioni processuali*, stante che il sistema inglese non ammetteva la rappresentanza processuale, delle persone giuridiche, ostacolo eliminato dall’art. 33 del *Criminal Justice Act* del 1925, che ammise che le persone giuridiche stanno in giudizio tramite un loro rappresentante.

Non va comunque dimenticato come già i canonisti e i civilisti medievali non avevano avuto alcuna difficoltà ad ammettere il principio "*Peccatum omissionis potest committere universitas*"⁴¹⁷.

Fu quindi nel 1842, nel caso *Birmigham and Gloucester Railway*, che per la prima volta una *corporation* inglese, nella specie una compagnia di trasporto ferroviario, venne condannata per aver ommesso di rimuovere un ponte, che aveva costruito illegalmente: il reato contestato fu quello di *public nuisance* (pubblica molestia), un reato di *strict liability* (responsabilità obiettiva), per la prima volta si affermò anche, esplicitamente, che quella della *corporation* era una responsabilità penale⁴¹⁸.

Pochi anni dopo, nel 1846, si ebbe, invece, la prima condanna di una *corporation* inglese per un'azione positiva, caso *R. v. Great North of England Railway*: ancora una società ferroviaria venne in quest'occasione condannata a una pena pecuniaria per avere ostruito una strada pubblica, costruendovi una ferrovia⁴¹⁹.

Nella seconda metà dell'Ottocento, intanto, anche il legislatore inglese cominciò ad intervenire in materia, pressato dalla crescente forza economica e criminale delle società commerciali: il complesso della legislazione varata in questo periodo e riguardante la disciplina delle attività commerciali delle *corporations* prende il nome di "*regulatory legislation*", e contempla numerose ipotesi, sebbene tassative, di responsabilità penale a carico delle persone giuridiche⁴²⁰.

Molto importante in materia anche l'intervento dell'*Interpretation Act* del 1889, che stabilì che il termine "*person*", per le leggi scritte (*statute*), doveva intendersi comprensivo tanto della persona fisica che di quella giuridica.

Sebbene estesa anche alle azioni positive, e contemplata da specifiche leggi, la responsabilità penale delle *corporations* rimaneva comunque ancora confinata entro gli angusti limiti della *strict liability*, della responsabilità

⁴¹⁷ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n. 4: "*Peccatum omissionis potest committere universitas, nam ipsa universitas tenet aliquid facere si omittitur universitas omittit*".

⁴¹⁸ Cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 32 e ss.

⁴¹⁹ R. LOTTINI, ult. cit., pag. 34 e ss.

⁴²⁰ R. LOTTINI, ult. cit., pag. 36.

obiettiva, fu solo con il caso *Mouzell Brothers Ltd v. North Western Rail*, del 1917⁴²¹ che si pervenne per la prima volta alla condanna di una *corporation* per un reato che richiede una *mens rea*⁴²².

Nella fattispecie *Foss*, impiegato di una società ferroviaria con il compito di compilare le bolle di accompagnamento, ne falsificò una, allo scopo di risparmiare sulla tariffa ferroviaria.

Ebbene, centrale nel riconoscimento della responsabilità della persona giuridica fu il richiamo operato dal giudice all'art. 2 dell'*Interpretation Act* del 1889⁴²³, dove si rileva che l'espressione "*person*" di una legge (scritta) comprende anche i soggetti dotati di personalità giuridica (*body corporate*), nella fattispecie il giudice, perciò, ritenne che la legge a tutela del tariffario ferroviario si riferisse "*a qualsiasi persona che abbia la proprietà e la cura di qualsiasi carico o merce che passi o si trovi sulla ferrovia*" e, quindi, anche alla persona giuridica titolare della licenza, che quindi fu riconosciuta per la prima volta penalmente responsabile del fatto (colpevole) del suo dipendente.

La dottrina non appare, tuttavia, concorde nell'ascrivere il caso *Mouzell Brothers Ltd v. North Western Rail* alle ipotesi tradizionali di *vicarius liability*⁴²⁴, oppure nel considerarlo come primo caso in cui si pervenne per la prima volta alla condanna di una *corporation* per un reato che richiede una *mens rea*⁴²⁵.

Per risolvere i casi in cui il reato richiedesse una *mens rea*, mutuandola dal diritto civile, in particolare dalla *law of torts*, ove aveva avuto larga applicazione, fu quindi elaborata la c.d. dottrina dell'identificazione (*doctrine of identification*).

Il primo importante intervento giurisprudenziale ricollegabile alla dottrina dell'identificazione è costituito dal caso *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, una causa civile, del 1915: nella fattispecie la società si

⁴²¹ Ampi riferimenti alla sentenza in S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., pag. 223.

⁴²² Cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 41.

⁴²³ La norma è ora riprodotta nell'*Interpretation Act* del 1978.

⁴²⁴ In questo senso S. VINCIGUERRA, ult. cit., pag. 223, che ritiene invece si tratti della prima applicazione della *vicarius liability* a reati di azione.

⁴²⁵ In questo senso R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 41, che ritiene che il reato contestato alla società *Mouzell Brothers Ltd*, e cioè omissione fraudolenta delle tariffe di trasporto, sia "*senza ombra di dubbio*" un reato che richiede una *mens rea*.

difendeva dall'aver causato l'incendio della nave addossando la responsabilità al direttore della nave. Nell'occasione il giudice delineò per la prima volta il principio che la volontà della società doveva essere appunto ricercata in colui che ne aveva la rappresentanza, cioè appunto il direttore della nave, che costituisce appunto "la *directing mind and will* della persona giuridica, il vero ego e centro della sua personalità" e non poteva essere distinto dalla società (c.d. teoria dell'*alter ego*)⁴²⁶.

La *fictio iuris* è essenzialmente quella di identificare la *mens rea* dell'ente con quella dei suoi dirigenti.

Tale *fictio iuris* fu poi efficacemente esposta nel caso *H.L. Bolton co. v. P.J. Graham and Son Ltd* del 1957⁴²⁷, una controversia civile, ma di cui un *obiter dictum* venne ripreso dalla sentenza *Tesco Supermarkets Ltd.v. Nattrass* del 1972⁴²⁸, che costituisce ancora oggi il *leading case* in materia.

Significativo in questo senso un passo della suddetta sentenza:

"Una società può essere assimilata al corpo umano. Ha un cervello ed un centro nervoso che controlla cosa fa. Ha pure delle mani che usano attrezzi in accordo con gli ordini impartiti dal centro. Alcune persone all'interno della società sono meri dipendenti ed agenti (*servants and agents*), i quali altro non sono che le mani che eseguono il lavoro e non può dirsi che rappresentino la mente o la volontà della società. Altri sono direttori e dirigenti (*directors e managers*), che rappresentano la mente direttiva e la volontà (*directing mind and will*) dell'azienda e ne controllano l'operato. Lo stato mentale di questi dirigenti è il pensiero della società e come tale è considerato dalla legge"⁴²⁹.

Il giudice del caso *Tesco Supermarkets* si preoccupa pertanto anche di tracciare i confini tra quella che ormai, finalmente, si delinea come una responsabilità diretta della *corporation* (*corporate liability*) basata sulla dottrina dell'identificazione e *vicarius liability*, offrendo la seguente ricostruzione:

a) se il fatto colpevole viene commesso da un *inferior servant* si può al più configurare a carico della società un responsabilità vicaria;

⁴²⁶ S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., pag. 225; cfr. anche R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 46-47.

⁴²⁷ Cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 57, conforme S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., pag. 226.

⁴²⁸ R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pag. 57 e ss.,.

⁴²⁹ R. LOTTINI, ult. cit., pag. 57.

b) se invece il fatto è posto in essere colpevolmente da un dirigente la persona giuridica ne risponde personalmente e direttamente in base alla c.d. dottrina della identificazione⁴³⁰.

Trascurando per ora gli ulteriori sviluppi storici della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese, si possono già elaborare, a conclusione di questo paragrafo, alcune osservazioni utili alla nostra ricerca sulla circolazione del modello della responsabilità delle persone giuridiche dal diritto inglese a quello statunitense.

La struttura bicefala della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese, tuttora vigente, mostra come principale limite per quanto riguarda la *vicarius liability* la sua limitazione ai reati senza elemento psicologico c.d. di *strict liability*, quindi sostanzialmente comparabile alla nostra responsabilità oggettiva, inoltre la *vicarius liability* è altresì troppo ampia perché coinvolge tutti i dipendenti che in qualche modo possono essere ricondotti nel loro agire alla persona giuridica.

Mancando poi nella struttura del diritto inglese un corrispondente dei *compliance programs* statunitensi o dei modelli organizzativi italiani, manca appunto la possibilità di contenere il criterio della *vicarius liability* attraverso la considerazione che la società abbia adottato ed attuato efficaci modelli di organizzazione.

D'altro canto la teoria dell'identificazione sempre alla ricerca di una *mens rea* dirigenziale, cui collegare la *mens societaria*, limita la responsabilità penale della persona giuridica inglese ai soli casi in cui il reato può essere agganciato alla cerchia dei dirigenti e, per questa via, manifesta l'incapacità del modello inglese a svincolarsi completamente dall'agente-fisico dirigente per costruire un più maturo modello meta-individuale, basato sulla "colpa di organizzazione", come elaborato dal sistema statunitense e poi trapiantato nel sistema italiano⁴³¹.

⁴³⁰ Cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., pag. 228.

⁴³¹ C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, pag. 153 e ss.,.

Capitolo IV

Genesi della responsabilità delle persone giuridiche nel diritto statunitense.

Com'è noto i Commentari di *Blackstone* sono una pietra miliare del diritto statunitense⁴³², per cui non c'è da stupirsi se le Corti statunitensi in un primo momento furono contrarie alla responsabilità penale delle persone giuridiche, giacché anche sul suolo americano circolò all'inizio l'insegnamento di *Blackstone*, più sopra ricordato, contrario alla responsabilità penale delle persone giuridiche, ma la prassi giudiziaria lentamente, ma inesorabilmente, arrivò presto al suo superamento.

Le prime applicazioni giurisprudenziali in cui si afferma la responsabilità penale delle persone giuridiche nelle Corti statunitensi riguardano omissioni di persone giuridiche pubbliche che così facendo avevano creato un pubblico pericolo, così si ricorda in dottrina⁴³³ il caso della città di *Albany*, condannata, già nel 1834, per avere omesso di depurare il bacino del fiume *Hudson*.

Tale applicazione, osserva direttamente la dottrina statunitense⁴³⁴, era ancora solo l'applicazione del principio del "*respondeat superior*"⁴³⁵ adattato alle nuove esigenze della società industriale, tuttavia il passo evolutivo decisivo fu compiuto solo nel 1909, con la sentenza *New York Central and Hudson*

⁴³² L'opera di **W. Blackstone**, primo professore di Oxford di *common law*, consiste nella ricostruzione in quattro libri (*of Person, of the Right of Thing, of Private Wrong, of Public Wrong*) di tutta la *common law*, ma valorizzando, per la prima volta, il profilo sostanziale, **il metodo** da cui Blackstone trae spunto è, per altro, proprio quello della **giurisprudenza romana** e gli stessi istituti sono ricostruiti alla luce del diritto romano (cfr. sul punto L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I*, cit., pag. 178); sulla struttura dei Commentari di Blackstone cfr. A. WATSON, *The structure of Blackstone's Commentaries*, in 97 *Yale L. J.*, 1987-1988, pag. 795 e ss.,.

Questa opera di sistematizzazione della *common law* ne permise l'esportabilità fuori dalla madrepatria inglese e la sua circolazione sia suolo americano, dove dominò per almeno i primi cento anni del diritto statunitense, sia negli altri paesi di *common law* (notizie in A. GUARNERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, cit., pag. 254 e ss.).

⁴³³ C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. pag. 13 (tratto per altro dalla casistica raccolta da BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, p. 76).

⁴³⁴ P. O'MALLEY, *Appunti sulla responsabilità penale societaria negli U.S.A.*, in *Riv. Diritto Penale XXI sec.*, 2008, pag. 347-355, in particolare sul punto pag. 349.

⁴³⁵ Il principio del "*respondeat superior*" del diritto statunitense appare di più ampia applicazione rispetto al principio della "*vicarius liability*" del sistema inglese, poiché quest'ultimo opera generalmente nell'area dei reati di *strict liability*, mentre il principio del *respondeat superior* si estende anche ai reati che richiedono una *mens rea* (tuttavia per un caso giurisprudenziale inglese, *Moussell Brothers Limited v. London and North Western Railway Co.*, 1917, in cui l'ordinamento inglese e quello statunitense sembrano avvicinarsi, si vedeno le considerazioni di R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, pag. 41 e ss.).

Railway v. U.S.A., qui per la prima volta il principio del “*respondeat superior*” venne applicato ad un reato che richiedeva una *mens rea*.

Ancora una volta è un’azienda di trasporti ferroviari, la *New York Central*, ed il suo amministratore sono imputati per avere concesso ad imprese produttrici di zucchero notevoli sconti sulle tariffe ferroviarie, in ciò violando l’*Elkins Act* del 1903 sul passaggio di merci tra gli Stati membri.

La Corte afferma che le azioni e le omissioni del rappresentante devono “essere attribuite all’ente (...) che ne subirà le conseguenze penali (...) dal momento che una persona giuridica agisce per mezzo dei suoi rappresentanti, gli obiettivi, gli scopi e la volontà di costoro debbono essere considerati quelli dell’ente per conto del quale le operazioni vengono realizzate (...) è prassi del diritto civile che le imprese rispondano per gli atti illeciti commessi dai loro rappresentanti che agiscono nell’ambito del mandato conferitogli.

Non vi sono ostacoli nella legge né motivi di ordine pubblico che impediscano che un ente collettivo che può agire solo per mezzo dei suoi agenti sia penalmente sanzionato (...)”⁴³⁶.

Viene quindi chiaramente affermato dalla Corte che nessun ostacolo giuridico o di ordine pubblico si frappone all’affermazione del principio generale della responsabilità penale delle persone giuridiche ed è altresì chiara la sua derivazione dalla regola civilistica del “*respondeat superior*”, di cui per altro accoglie i criteri di imputazione, trasponendoli nel diritto penale.

In particolare i criteri di imputazione sono:

1) presenza di un *agent*; 2) *scope of employment* (reato commesso dall’*agent* nell’ambito delle funzioni attribuitogli); 3) *intent to benefit the corporation* (scopo di recare vantaggio alla persona giuridica).

Circa il concetto di *agent* esso è interpretato dalla giurisprudenza dominante in maniera estensiva, cioè comprensivo anche dei lavoratori di qualifiche inferiori, manuali e semplici impiegati⁴³⁷.

Lo *scope of employment* è un requisito definibile più di forma che di sostanza, infatti, la giurisprudenza dominante lo interpreta come un generico collegamento con il compito affidato all’ *agent* nell’ambito della persona

⁴³⁶ Per il testo originale in inglese *New York Central and Hudson River Railroad Co v. United States* in 212 U.S., 1909, p. 481 e ss., per la traduzione cfr. C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 15.

⁴³⁷ Viene in materia ricordato il caso *Steere Tank lines v. U.S.A.* (1963), relativo alla responsabilità di una compagnia di trasporti, per il comportamento di sei autisti che avevano falsamente attestato un numero maggiore di ore di guida per guadagnare di più (cfr. C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 17 e ss.).

giuridica, con una interpretazione estensiva, che quindi ne svilisce e svuota il significato selettivo dei comportamenti incriminabili⁴³⁸.

Anche *l'intent to benefit the corporation* è soggetto ad un'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza, che non richiede né che il vantaggio sia esclusivo della persona giuridica (ma solo che l'agente abbia agito, almeno in parte, a vantaggio della *corporation*), né la prova dell'effettivo conseguimento del vantaggio da parte della persona giuridica⁴³⁹.

Solo l'esclusivo scopo di danneggiare la persona giuridica o di favorire terzi è stato ritenuto efficace per escludere la responsabilità della persona giuridica.

Qui, per altro, si può individuare un trapianto giuridico di questo principio nella nostra legislazione, l'art. 5 co. II del d. lgs 231/2001 recita infatti: "L'ente non risponde se le persone indicate nel comma I (*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente*) hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

In chiusura della sentenza la Corte svolge altresì, già nel 1909, alcune significative (e profetiche!) osservazioni gius-economiche, afferma infatti: "La legge non può chiudere gli occhi di fronte all'evidenza che la maggior parte delle transazioni nel mondo degli affari sono realizzate dalle imprese. (...). Garantire loro l'impunità (...) significa privarsi degli unici strumenti efficaci ed in grado di controllare questo tipo di criminalità"⁴⁴⁰.

Si affacciava dunque sin dal primo precedente indicativo lo spettro di una criminalità d'impresa molto più pericolosa di quella individuale, capace più tardi, agli inizi degli anni ottanta del XIX sec., di mettere in crisi il sistema americano, ma anche di provocare quella reazione legislativa che portò ad un modello più maturo di responsabilità d'impresa, incentrata sui *programs*.

⁴³⁸ La dottrina più attenta a problematiche di tassatività critica, pertanto, questo atteggiamento giurisprudenziale e propone una nozione più aderente al concetto civilistico di *agencies*, cioè di un'attività in qualche modo autorizzata (esplicitamente o implicitamente) dai dirigenti dell'impresa (sul punto cfr. C. DE MAGLIE, op. ult. cit., pag. 19 e ss.).

⁴³⁹ Sul punto si possono registrare degli orientamenti conformi della giurisprudenza italiana, sia pure in relazione al criterio dell'interesse (richiedendo la legislazione italiana "l'interesse o vantaggio dell'ente", locuzione da taluni, per altro, interpretata come una endiadi), in particolare *Cass. pen. Sez. II, 30/01/2006 n. 3615*, ha affermato che "l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato *ex ante*, mentre il vantaggio richiede una verifica *ex post*", infatti, con un giudizio *ex ante*, non può escludersi la possibilità che l'illecito societario sia stato guidato da un interesse che poi però non si è realizzato.

⁴⁴⁰ Per la traduzione cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 15.

Capitolo V

Tra *vicarius liability* e *strict liability*: la soluzione “soft” del *Model Penal Code* (M.P.C.) per la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto statunitense e il suo arresto minoritario.

Una tappa importantissima del processo di codificazione della legge penale negli Stati Uniti è costituita dalla pubblicazione nel 1962, da parte dell’*American Law Institute*, del *Model Penal Code*⁴⁴¹, un modello ufficiale di codice, presto adottato da numerosi Stati Americani, che rispondeva essenzialmente a due esigenze: quella di superare le numerose differenze tra Stato e Stato per la qualificazione della condotta criminosa (basti pensare che prima del 1962 vi erano 18 termini legislativi per descrivere l’elemento soggettivo del reato, poi ridotti a 4 dal M. P. C.)⁴⁴² nonché le conseguenti gravi differenze sanzionatorie, e quella di superare la fase di diritto penale consuetudinario fino ad allora dominante e in generale di superare quella che veniva sentita come “crisi di legalità”, in relazione all’incapacità della legge, in tale stato di incertezza, di suscitare la volontaria osservanza da parte del popolo americano⁴⁴³.

Rispetto al tradizionale schema della “*vicarius liability*”, il M. P. C. propone (*Section* 2.07) per le persone giuridiche un sistema sanzionatorio più articolato, più precisamente uno schema, secondo la dottrina statunitense, articolato in tre rami: 1) azione ed omissioni; 2) veri crimini e “*regulatory offenses*”; 3) operativi, che sono “le mani dell’impresa”, e dirigenti, c.d. *policy makers*, che ne costituiscono la mente⁴⁴⁴.

È, innanzitutto, considerata l’ipotesi contravvenzione: tutte le contravvenzioni sono punite, ma il reato deve compiersi “*in nome e per conto dell’impresa e nell’esercizio del mandato conferito*” al rappresentante.

⁴⁴¹ In argomento Kathleen F. BRICKEY, *Rethinking Corporate liability under the Model Penal Code*, in 19 *Rutgers L. J.*, 1987-1988, pag. 593 e ss.,.

⁴⁴² Le quattro forme sono: di *intent* specifico, cioè *intent* (intenzione) e *knowledge* (conoscenza); due di *intent* generico, cioè *recklessness* (noncuranza), *criminal negligence* (negligenza criminale).

⁴⁴³ M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d’America*, Milano, 1985, pag. 27 e ss.,.

⁴⁴⁴ Così K. F. BRICKEY, *Rethinking Corporate liability under the Model Penal Code*, cit., pag. 596: “*The Code adopts a trifurcated scheme of corporate liability that draws intersecting lines between acts and omissions, between true crimes and regulatory offenses, and between the operatives who are the “hands” of the corporation and the policy makers who constitute its “mind.”.*”

È qui evidente ancora l'influenza dello schema della *vicarius liability*, volto ad esonerare da responsabilità penale il rappresentante e conseguentemente l'impresa qualora si dimostri che il mandato è stato diligentemente eseguito (c.d. *due diligence defense*).

Poi il M.P.C. affronta le ipotesi omissive, cioè quella di tenere uno specifico comportamento da parte della persona giuridica ("*specific duty*"), l'imputazione in queste ipotesi avviene a titolo oggettivo, si tratta cioè di ipotesi di "*strict liability*".

In ultimo, il M.P.C. prevede una presunzione di responsabilità dell'ente per tutte le ipotesi e per tutti i reati in cui la commissione del reato è stata autorizzata, o colposamente, tollerata dai vertici dell'impresa o da un alto dirigente, che ha agito per conto della persona giuridica e nell'esercizio delle sue funzioni.

Quest'ultima clausola è, tuttavia, di fatto limitativa della responsabilità dei dirigenti e delle persone giuridiche, perché implica che, al di fuori delle ipotesi di *strict liability*, dove si procede ad un'imputazione obiettiva, la responsabilità della persona giuridica sarà parametrata sulla condotta dei vertici dell'amministrazione e se ne dovrà dimostrare, pertanto, il coinvolgimento doloso o colposo nel reato.

Per altro si è acutamente osservato in dottrina che un "idoneo" meccanismo delle deleghe, tale cioè da disimpegnare i vertici dell'impresa dalle decisioni concrete, investendoli solo della pianificazione generale, scarica tutte le responsabilità sui *managers* di medio livello e mette al riparo i vertici dell'impresa da ogni responsabilità penale⁴⁴⁵.

Pertanto, la suddetta soluzione, *soft*, del M.P.C. ha avuto scarso seguito giurisprudenziale ed è rimasto un criterio minoritario.

⁴⁴⁵ C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 23 e ss.,.

Capitolo VI

Limiti alla tecnica sanzionatoria dei *finis* del *Model Penal Code* alla luce delle dottrine di analisi economica e influenza delle stesse sulla elaborazione di una tecnica più matura nelle *Federal Sentencing Guidelines*.

6.1 *La sanzione ottimale per le Persone giuridiche.*

6.2 *Un'applicazione di analisi economica al diritto romano.*

6.3 *Persone giuridiche e "deterrence trap".*

6.4 *L'approccio "Stick and Carot", in particolare l'effetto "attenuante" degli indici di colpevolezza dei programs (c.d. culpability score).*

6.1 <<A person commits a crime because the expected benefits of the crime to him exceed the expected costs. The benefits are the various tangible (in the case of crimes of pecuniary gain) or intangible (in the case of so called crimes of passion) satisfaction from the criminal act.>>⁴⁴⁶.

Con queste parole R. Posner apre il paragrafo dedicato alla ricerca della "Optimal Criminal Sanction", cioè la sanzione ottimale da applicare per i comportamenti criminali, nell'opera, che è diventato ormai un classico dell'analisi economica del diritto⁴⁴⁷, intitolata "Economic Analysis of Law".

In particolare l'autore rileva che il modello da applicare in fondo è semplice⁴⁴⁸, perché una persona si determina ad agire, e quindi a violare la legge, solo se i benefici che si aspetta dalla commissione del crimine sono maggiori degli "expected (punishment) costs", cioè del costo che deriva dall'applicazione della pena. Là dove, più precisamente, i benefici possono essere più immediatamente economici (cioè in denaro) oppure "intangibili" (come quelli derivanti da un omicidio passionale); i costi sono invece in generale quelli per

⁴⁴⁶ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2011, XI ed., pag. 278 e ss.,.

⁴⁴⁷ Per una definizione di Analisi Economica del diritto si veda la voce enciclopedica "Analisi Economica del diritto" di A. ARCURI, R. PARDOLESI, in *Encl. Dir. Agg. VI*, 2002, pag. 7-19: "Si può ragionevolmente affermare che l'oggetto dell'analisi economica del diritto (nota anche come *Law and Economics*) è lo studio, attraverso griglie interpretative mutuata dalla teoria economica, degli effetti delle norme e della loro capacità di realizzare determinati fini".

⁴⁴⁸ In questo senso, in maniera più estesa, sempre R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., VI ed. pag. 219: "In order to design a set of optimal criminal sanction, we need a model of the criminal's behavior. The model can be very simple: a person commits a crime because the expected benefits of the crime to him exceed the expected costs."

l'acquisto delle armi, degli attrezzi di scasso, della maschera, ma soprattutto il *punishment cost*, appunto il costo che deriva dall'applicazione della pena⁴⁴⁹.

Tale impostazione può, per altro, ben applicarsi alle imprese, che in quanto soggetti economici, tendono per definizione a massimizzare i profitti e quindi commetteranno un reato solo se da questo derivi un guadagno superiore al costo dell'applicazione della pena.

A prescindere qui dallo studio del tipo di responsabilità, oggettiva o per colpa, va però altresì considerato che, nel suddetto "calcolo", di una persona fisica o giuridica, sull'opportunità o meno di violare la legge, entra un altro elemento, cioè la probabilità di essere scoperto e quindi punito.

Più è bassa la possibilità di essere scoperti, più alta dovrà essere la pena minacciata per raggiungere un ottimale effetto di deterrenza sul reo.

Si è in particolare sintetizzato tale situazione, per quanto riguarda la multa⁴⁵⁰, nella seguente formula: multa *appropriata* = D (1/P), dove D è il danno sanzionato, 1/P è il reciproco della probabilità di essere scoperti: molto più semplicemente, se per la probabilità di essere scoperto per il danno provocato con un reato è del 50%, allora se la multa è 100 euro, essa va elevata a 200 per ottenere un appropriato effetto deterrente⁴⁵¹.

6.2 Storicamente si può osservare come la tecnica di aggravare la pena nel caso in cui è più facile sfuggire ai controlli è un'idea molto antica, a tacer d'altro si può ricordare come nel diritto romano se il *furtum* è *manifestum* (che è tale non perché il ladro è visto rubare ma in quanto il ladro è catturato dal derubato sul fatto)⁴⁵² ed è altresì commesso di notte, cioè quando più

⁴⁴⁹ Cfr. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., XI ed., pag. 278.

⁴⁵⁰ Per altro considerata da POSNER la tipologia di sanzione più efficace nei confronti dell'impresa, rispetto ad altre misure che si intromettono dall'esterno nei meccanismi interni dell'impresa; completamente opposta la posizione di altra dottrina (B. FISSE) che nega l'effetto deterrente e retributivo delle *finis* e ne sottolinea l'ingiusta ricaduta su terzi innocenti (azionisti e consumatori), suggerendo sanzioni alternative come la *probation* (cfr. B. FISSE, *Reconstructing Corporate criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1983, pag. 1141 e ss., in particolare sul punto pag. 1215 e ss.).

⁴⁵¹ In questo senso S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2006, pag. 93 e ss.

⁴⁵² Invero la nozione è un po' più articolata, ce ne dà testimonianza Gaio 3.184, che riferisce di diversi orientamenti: quello per cui *fur manifestus* ricorreva nel caso in cui il ladro venisse scoperto mentre commetteva il furto, un altro per cui si richiedeva che il ladro si trovasse ancora nel luogo dove aveva commesso il furto, ancora un terzo orientamento che richiedeva che il ladro fosse ancora in possesso della refurtiva (cfr. anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 254 pag. 501).

difficile è essere scoperti, il derubato, invocata la testimonianza dei vicini (*endploratio*), avrebbe potuto uccidere impunemente il ladro⁴⁵³, (D.9.2.4.1)⁴⁵⁴: il che potrebbe essere considerato un “aumento” di pena rispetto al *furtum manifestum*, commesso di giorno, che, almeno per il ladro, persona libera, comportava solo l'*addictio* dello stesso al derubato, previo esercizio della *legis actio per manus iniectionem*.

Dalla prima età preclassica tali pene però non furono più applicate perché sostituite dall'*actio furti manifesti*⁴⁵⁵.

6.3 Tornando alla problematica della pena pecuniaria si è, altresì, rilevato che essa non deve mai superare la capacità patrimoniale massima della persona giuridica, altrimenti l'effetto deterrente della pena viene annullato, più propriamente viene intrappolato in una zona che si potrebbe dire di “indifferenza” valutativa da parte della persona giuridica.

Se, infatti, una società ha una capacità patrimoniale massima di un milione di euro, minacciarli per un comportamento criminale la pena di 2 milioni di euro o di 10 milioni di euro è per essa indifferente, tanto non potrà comunque pagare (!).

Si tratta della c.d. “*deterrence trap*”, appunto trappola della deterrenza, teoria elaborata da J. Coffee⁴⁵⁶.

Tale autore muove dunque una critica al modello classico posneriano di comportamento dell'impresa, cioè quello determinato dal solo “*expected punishment cost*”, rilevando che, se non si vuole annullare l'effetto deterrente della pena, la pena stessa non deve essere superiore alla capacità patrimoniale massima dell'impresa (“*does not exceed the corporation's resources*”)⁴⁵⁷: rischio per altro precipuo solo della persona giuridica, stante la

⁴⁵³ Cfr. sul punto, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 524 e ss.,.

⁴⁵⁴ D.9.2.4.1 (Gai 7 ad ed. prov.): *Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur.*

⁴⁵⁵ Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 502.

⁴⁵⁶ J. COFFEE, “No soul to damn: no body to kick”: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in 79 *Mich. L. Rev.* 1980-1981, pag. 389 e ss.,.

⁴⁵⁷ J. COFFEE, ult. cit., pag. 390.

sua natura strutturale (“*no body to kick*!”), giacché nel caso di persona fisica è chiaro che l’insolvibilità di risolverà con la conversione nella pena detentiva.

A modesto parere di chi scrive, la teoria della c.d. “trappola della deterrenza” può avere in qualche modo influenzato il legislatore statunitense delle *Guidelines*, infatti, il procedimento di *sentencing*, cioè della concreta determinazione della pena per la persona giuridica, prevede preliminarmente nelle *Guidelines* due casi di “*inability to pay*” (§8C2.2. “*Preliminary Determination of Inability to Pay Fine*”):

(a) nel caso in cui è prontamente accertabile che la persona giuridica non è in grado di pagare (non sarà per altro conseguentemente necessario procedere alla determinazione del “*fine range*”, cioè della cornice edittale);

(b) nel caso in cui sia prontamente accertabile, attraverso una determinazione preliminare, che la persona giuridica non è in grado di pagare il minimo edittale, in questo caso non sarà necessario l’ulteriore determinazione del *fine range* ma si potranno però applicare le regole sulla riduzione della pena per impossibilità ad adempiere di cui al § 8C3.3.

Tanto sinteticamente premesso su alcuni profili di analisi economica, si può conseguentemente ora apprezzare l’insufficienza della tecnica sanzionatoria della Sez. 6.03 M. P. C. a rispondere adeguatamente alla criminalità d’impresa.

In primo luogo, infatti, Il M. P. C. non prevede pene specifiche per le persone giuridiche, in secondo luogo le pene ancorate alla tecnica del “non superiore a”, sono fisse per tipi di reato (crimine di primo grado, secondo, terzo o contravvenzione), con una clausola residuale che permette l’aumento della pena sino al doppio del guadagno del reato.

Il *Criminal Fine Enforcement Act* del 1984 costituisce un primo tentativo di dare una risposta più adeguata alla criminalità d’impresa, vengono per la prima volta introdotte delle *Alternative Fines* (pene pecuniarie alternative) diversificate per persone fisiche e giuridiche: a parità della tipologia di crimine commesso (es. delitto da cui deriva la morte della persona), sono irrogate pene diverse per la persona fisica e per la persona giuridica, che è colpita con pena doppia rispetto alla persona fisica.

Anche il legislatore delle *Federal Sentencing Guidelines del 1991* nel calcolo della c.d. “*base fine*” subirà ancora l’influsso di una determinazione della pena agganciata a quella delle persone fisiche, tuttavia, nella determinazione del grado di colpevolezza (c.d. “*culpability score*”) della persona giuridica, abbandonerà finalmente ogni riferimento alla persona fisica, come base per il calcolo della pena, e introdurrà degli indici di commisurazione della pena che tengono invece conto del grado di colpevolezza della persona giuridica.

6.4 In particolare il giudice, dopo aver determinato la c.d. “*base fine*”, per la persona giuridica, basandosi su apposita tabella descritta nel § 8C.2.4. del *Guidelines Manual*, ma solo dopo aver prima individuato come viene classificato il reato nelle *Individual Guidelines* (in questo senso l’influsso nella determinazione della pena base di quella stabilita per le persone fisiche), procede alla determinazione del grado di colpevolezza della persona giuridica c.d. “*culpability score*”, la quale risulta da *circostanze aggravanti* (*partecipazione o agevolazione del reato, precedenti dell’organizzazione, violazione di un ordine, resistenza all’autorità*)⁴⁵⁸, che comportano un aggravamento dell’indice di colpevolezza di partenza (che è a sua volta di 5 punti)⁴⁵⁹ e di *circostanze attenuanti* che determinano un attenuazione dell’indice di colpevolezza, tra cui in particolare *autodenuncia, collaborazione ed ammissione di responsabilità* (rispettivamente attenuazione di 5, 2 e 1 punto della colpevolezza)⁴⁶⁰ e, per quel che qui più ci interessa, *adozione di un efficace compliance program*, attenuazione di 3 punti⁴⁶¹ del grado di colpevolezza⁴⁶².

Si tratta della c.d. logica del bastone e della carota, c.d. “*stick and carrot approach*”, egregiamente descritto dalla migliore dottrina statunitense (per

⁴⁵⁸ §8C2.5. *Culpability Score* (b) *Involvement in or Tolerance of Criminal Activity (...)* add 4-5 points; (c) *Prior History (...)* add 2 points; (d) *Violation of an Order (...)* add 1 point; (e) *Obstruction of Justice (...)* add 3 points.

⁴⁵⁹ §8C2.5. *Culpability Score* (a) *Start with 5 points and apply subsections (b) through (g) below.*

⁴⁶⁰ §8C2.5. *Culpability Score* (g) *Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility (...)* subtract 5, 2, 1 points;

⁴⁶¹ §8C.2.5. (f) *Effective Compliance and Ethics Program* (1) *If the offense occurred even though the organization had in place at the time of the offense an effective compliance and ethics program, as provided in §8B2.1 (Effective Compliance and Ethics Program), subtract 3 points.*

⁴⁶² Sul tutto questo più estesamente C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 80 e ss.

tutti Coffee)⁴⁶³, che mira, in una prospettiva premiale, a incentivare la collaborazione con l'autorità giudiziaria e a premiare l'efficace adozione di modelli preventivi di adeguamento alla legge, appunto i *compliance programs*. Tale impostazione del legislatore delle *Guidelines* nel meccanismo di graduazione della colpevolezza, ci sembra possa ritenersi riconducibile all'influenza delle dottrine di analisi economiche del diritto, sembra cioè essere stato recepito il messaggio fondamentale delle dottrine di analisi economica del diritto circa il modello comportamentale della persona giuridica: è, infatti, la persona giuridica che compie "il calcolo" se commettere o no il reato, che ha predisposto opportuni meccanismi interni per prevenire e denunciare i reati (c.d. *compliance programs*) o che non li ha predisposti, concretizzando così una "colpa di organizzazione", sulla cui gravità verrà parametrata la pena.

⁴⁶³ J. COFFEE, "Carrot and Stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in 3 *Fed. Sent'g Rep.*, 1990-1991, pag. 126-129.

Capitolo VII

Verso la costruzione di un modello di responsabilità penale autonomo della persona giuridica basato sulla c.d. “colpa di organizzazione”. *Ethos* dell’oratore ed *ethos* dell’impresa: un suggestivo “prestito” aristotelico.

Oltre alle dottrine di analisi economica, ha notevole importanza, nella costruzione di un più maturo modello di responsabilità delle persone giuridiche, un filone dottrinale inaugurato agli inizi degli anni settanta, che pone in evidenza come la persona giuridica abbia “sue precise abitudini, norme, usi e costumi”⁴⁶⁴.

Su questo filone di pensiero, altra dottrina, ha poi efficacemente parlato di “*Ethos*” dell’impresa⁴⁶⁵, tecnicamente individuando questo “*Ethos*”: nell’organizzazione gerarchica dell’impresa (*hierarchy*), nei suoi obiettivi (*corporate goals*), nella sussistenza di programmi di educazione dei lavoratori alla legalità (così individuando un primo archetipo di *compliance program*), nelle tecniche per assicurarne il rispetto di tali programmi di autoregolamentazione (*monitoring compliance with legal requirements*), nella previsione di misure risarcitorie per l’eventuale condotta illecita (*indemnification*), nelle tecniche investigative per scoprire le illegalità in atto (*investigation of the current offense*), nella condotta susseguente al reato⁴⁶⁶.

Solo se questo *Ethos* incoraggia un comportamento criminale dell’impresa, sia pure tramite i suoi agenti, l’impresa potrà considerarsi penalmente responsabile⁴⁶⁷.

Viene, quindi, per la prima volta, delineato dalla dottrina un preciso collegamento tra la struttura dell’impresa (anche tecnicamente individuata e non solo in termini di semplici usi e costumi) e la colpevolezza della stessa nella commissione di un reato.

⁴⁶⁴ C. STONE, *Where the Law Ends: the Social Control of Corporate Behaviour*, 1975, pag. 228 e ss.,.

⁴⁶⁵ P. H. BUCY, *Corporate Ethos: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. L. Rev.*, 1991, pag. 1095-1184.

⁴⁶⁶ P. H. BUCY, op. ult. cit., pag. 1129 e ss.,.

⁴⁶⁷ P. H. BUCY, op. ult. cit., pag. 1121.

Particolarmente interessante è la base storico-filosofica in cui tale dottrina rintraccia il fondamento scientifico per la costruzione di un “*Ethos*” d’impresa, in particolare ci si riallaccia al concetto aristotelico di “*Ethos*” dell’oratore.

Ricordando come nella Retorica di Aristotele il successo dell’oratore si basi su una esposizione logica e scientifica, ricorda, altresì, come Aristotele identifica tre mezzi di persuasione procurate mediante il discorso: il contenuto del discorso, la capacità dell’oratore di porre coloro che ascoltano in condizioni di comprendere l’argomento, ed, infine, il carattere personale dell’oratore, appunto l’“*Ethos*” dell’oratore⁴⁶⁸.

Si ritiene, infine, che tale nozione aristotelica di *Ethos* trovi una continuità nella società moderna ed in particolare nello spirito e nel tono prevalente (“*characteristic spirit or prevalent tone of sentiment*”) di comunità, istituzioni e sistemi; e come l’*ethos* dell’oratore si basa sul carattere astratto ed intangibile dell’oratore, distinto dalla sostanza del suo discorso, così l’*ethos* della *corporation* è l’astratto e intangibile carattere della *corporation*, distinto dalla sua concreta attività manifatturiera, finanziari o di vendita al dettaglio⁴⁶⁹. Ecco quindi la possibilità di individuare lo “spirito caratteristico o tono prevalente” delle *corporations*, attraverso i loro tratti più caratteristici come sopra delineati⁴⁷⁰.

Ancora altra dottrina, W.S. Laufer, in *Corporate Bodies and Guilty Mind*,⁴⁷¹ pone ancor meglio in luce “lo stato mentale” dell’organizzazione e rileva come

⁴⁶⁸ P. H. BUCY, *Corporate Ethos: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, pag. 1122 e ss.; il riferimento è a *Rh.*, 1356a 1-4, i tre mezzi di persuasione sopra citati sono appunto “tecnici” perché procurati mediante il discorso, inteso come metodo di esposizione logica e scientifica, da distinguere dalle persuasioni “non tecniche”, perché non procurate dal discorso, in quanto ad esso preesistenti, come le testimonianze, i documenti scritti, i giuramenti (*Rh.*, 1355b 36); cfr. per il testo aristotelico ARISTOTELE, *Retorica e poetica di Aristotele*, a cura di Zanatta, Torino, 2004, pag. 147 e ss.

⁴⁶⁹ P. H. BUCY, *Corporate Ethos. Etc.*, pag. 1123.

⁴⁷⁰ Una autorevole voce contraria ad un modello di responsabilità delle persone giuridiche che si agganci ad un *ethos* dell’impresa sembra essere quella di A. ALESSANDRI (in *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in A.G.A. 02/2009), l’autore più specificatamente appunta le sue critiche sul connesso concetto di “politica di impresa”, sottolineando che essa muta rapidamente con il mutamento dei vertici di impresa e manifesta l’eccessivo attaccamento, sia pure inconsapevole, ad una visione antropomorfa dell’ente.

Tale opinione non può essere condivisa, non solo perché, come sopra esposto, vi è una base scientifica al concetto di *ethos* (che affonda le sue radici addirittura nella Retorica aristotelica), ma perché, come ha già fin qui mostrato l’analisi storico-comparativa, tale concetto di un *ethos* d’impresa emerge faticosamente dalle maglie della teoria della immedesimazione organica e mira proprio a contribuire ad un modello più maturo, caratterizzato da una autonoma responsabilità dell’ente, lo spunto antropologico, pure innegabile se si pensa al lontano fondamento aristotelico nell’*ethos* dell’oratore, non sembra tuttavia in alcun modo inficiare il cammino verso la costruzione di una autonoma responsabilità penale delle persone giuridiche.

la vera natura dello stato mentale della *corporation* non può essere “ridotta” a quello dei suoi agenti, ma risulta da tutta la complessa organizzazione aziendale ed è inestricabilmente intrecciata agli obiettivi aziendali, alle finalità della *leadership*, ai suoi sistemi di controllo, alle sue relazioni di gruppo: tutti questi fattori devono essere tenuti presenti per ricostruire il corretto “stato mentale” della *corporation*⁴⁷².

Tale concetto di una “colpa di organizzazione” correlata al suo *ethos* e allo *status* mentale proprio della persona giuridica è stato tenuto presente dal legislatore delle *Guidelines* del 1991, sia come principio di massima, che deve guidare il giudice nell’irrogazione delle *finis*, sia come tecnica per i conteggi delle *finis* in relazione ai c.d. multipli della colpevolezza, e ha inoltre trovato una precisa manifestazione normativa nel *Criminal Code Act*, australiano del 1995, che contempla un particolare modello di *corporate criminal liability*, che, per quel che qui più ci interessa, ha esplicitamente codificato la nozione di “*corporate culture*” (cultura di organizzazione) come “*una mentalità, un insieme di usi, di regole, un modo di gestire e di condurre l’azienda che è generalmente radicato all’interno della struttura della persona giuridica o nell’ambito di quella parte dell’impresa in cui si svolgono le attività più importanti*”⁴⁷³.

La dottrina ha anche rilevato che il codice australiano tende così a colpire anche eventuali regole non scritte di *miscompliance*, cioè regole che tacitamente autorizzano comportamenti antiggiuridici della persona giuridica, ad onta delle dichiarazioni formali, di adeguamento alla legge, contenute negli eventuali *compliance programs*⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds, the Failure of Corporate Liability*, 43 *Emory L. J.* 1994, pag. 647-730 e più di recente W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds, the Failure of Corporate Liability*, Chicago and London, 2006.

⁴⁷² W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, cit. pag. 709 e ss.

⁴⁷³ Sul punto C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 361 e ss.,.

⁴⁷⁴ C. DE MAGLIE, ult. cit., pag. 362.

Capitolo VIII

Centralità dei *Compliance Program* e suoi requisiti di efficacia.

Sommario: 8.1 Dalla *check list* originaria alla previsione di requisiti generali per i *programs* nella riforma del 2003.

8.2. Struttura del *compliance program* (§ 8B2.1. U.S.S.G.).

8.3 Il carattere “*advisory*” delle *Guidelines*: l’evoluzione giurisprudenziale e la sentenza *Booker* del 2005.

8.1 La pietra angolare della Riforma operata dalla *Guidelines* del 1991 è però rappresentata dalla previsione dei c.d. *Compliance programs*, un nuovo strumento offerto alle imprese, nel quadro di un’innovativa logica penal-preventiva, che mira a raggiungere l’effetto deterrente, non solo attraverso la classica “minaccia” della pena, ma anche attraverso l’offerta di un effetto premiale là dove l’impresa adotti programmi interni diretti a prevenire e scoprire i reati: è la c.d. logica del “bastone e della carota” (“*stick and carrot approach*”), efficacemente descritta dalla più acuta dottrina americana (per tutti Coffee)⁴⁷⁵, che mira a quello che è stato efficacemente definito un “approccio interattivo”⁴⁷⁶ tra l’impresa, che efficacemente si adopera per prevenire e scoprire i reati, e lo Stato che conseguentemente attenuerà il suo rigore sanzionatorio.

Tale attenuazione dell’effetto sanzionatorio si riflette positivamente sulle strutture interne dell’impresa, impedendo un eventuale effetto distruttivo della pena eccessivamente elevato.

Ritorna, altresì, positivamente sul contesto socio economico, evitando che il fallimento dell’impresa si riverberi su terzi incolpevoli (azionisti, creditori e soprattutto impiegati dell’impresa), evitando, cioè, il c.d. effetto “*overspill*” (“effetto traboccamento”), perché, com’è stato efficacemente scritto:

⁴⁷⁵ J. COFFEE, “*Carrot and Stick*” *Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants*, cit., pag. 126-129..

⁴⁷⁶ C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 73; altra dottrina G. DE FRANCESCO, *Diritto Penale*, Torino, 2011, pag 174 e ss., parla di “autogestione” del rischio penale e la responsabilità dell’ente collettivo viene collegata al fatto di non aver creato il “clima” necessario per orientare l’operato dei suoi organi e dei soggetti sottoposti in senso conforme all’oggetto sociale. Questo “clima”, ci si limita ad aggiungere, va creato proprio attraverso i c.d. modelli organizzativi-gestionali (di cui agli art. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001).

“Quando una persona giuridica si prende un raffreddore, starnutisce qualcun altro” (c.d. *The Externality Problem*)⁴⁷⁷.

Volendo ora tracciare una breve storia dell'evoluzione regolamentare del *program*, va subito osservato che l'impianto originario, come formulato dal legislatore delle *Guidelines* del 1991, venne messo duramente alla prova dagli scandali societari⁴⁷⁸, che si aprirono nell'ottobre 2001, con il caso *Enron*⁴⁷⁹, e durarono fino alla prima metà del 2002, e che interessarono, oltre *Enron*, altre importanti società quotate in borsa come *WorldCom*, *Tyco*, *Adelphia Communications*, *Global Crossing*, *Xerox* ed altre.

Secondo i primi commentatori nella dottrina americana (Coffee) tali scandali finanziari furono dovuti ad un declino dell'etica negli affari (“*a decline in business morality*”), ma anche al cattivo ruolo dei *Gatekeepers*, cioè di chi doveva controllare le società e quindi in generale ad un fallimento della *governance* delle società (“*governance failure*”).

In particolare, ai fini di questa ricerca, va altresì evidenziato che a nulla era servito che molte di queste società fossero già munite di *compliance programs*.

Sempre la stessa dottrina ritiene meno importante il ruolo avuto dai *top managers* (“*a few rouge managers*”, solo, cioè per l'autore, “poche mele marce”), rispetto al fallimento complessivo della *governance* societaria; in realtà, è stato bene messo in evidenza, da altra dottrina⁴⁸⁰, che il ruolo dei *top managers* negli scandali fu di notevole rilevanza ai fini della genesi e della spiegazione degli stessi, a causa del conflitto di interessi in cui spesso i *managers* si trovavano nei confronti delle società, che unito, come giustamente evidenziato, al generale clima di declino dell'etica del mercato e

⁴⁷⁷ J. COFFEE, “No soul to damn: no body to kick”, cit., pag. 401 :“Axiomatically, corporations do not bear the ultimate cost of the fine; put simply, when the corporation catches a cold, someone else sneezes”.

⁴⁷⁸ Sul concetto di “**scandalo societario**”, la dottrina (M. ONADO), propone una nozione individuata dalle seguenti quattro componenti: a) una crisi aziendale (non necessariamente un fallimento), con perdite per azionisti, dipendenti e creditori; b) presenza di frodi o gravi colpe; c) violazioni della normativa di settore generale o di settore; d) elusione di controlli interni (endosocietari) o esterni (c.d. *Gatekeepers*), cfr. su tutto ciò M. ONADO, *Gli scandali societari italiani*, in *Impresa e Giustizia penale: tra presente e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 59 e ss.,.

⁴⁷⁹ Sul punto immancabilmente J. COFFEE, *What Caused ENRON? A Capsule Social and Economic History of the 1990S*, In 89 *Cornell L. Rev.* 2003-2004 pag. 269 e ss.; si veda altresì F. BRICKEY, *Enron's Legacy*, in 8 *Buff. Crim. L. Rev.*, 2004-2005, pag. 221 e ss.,.

⁴⁸⁰ L.P. SALAS, *La problematica dei reati economici nella più recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004 pag. 69 e ss.,.

alla deficienza e mancanza di imparzialità degli organi di controllo (c.d. *Gatekeepers*) spiega le ragioni complessive del fallimento del mercato.

Nel caso *Enron*, ad esempio, originato da gravi fatti di falso in bilancio finalizzati alla manipolazione del mercato energetico, non segnalati a sua volta dalla compiacente società di revisione contabile (*Arthur Andersen*, poi a sua volta fallita), i *top managers*, al corrente dell'imminente dissesto finanziario, mentre dismettevano le proprie quote societarie continuavano ad incitare i dipendenti a comprare azioni, con il risultato che i dipendenti non solo persero l'impiego ma persero anche la pensione, stante che la società in luogo di denaro corrispondevano spesso ai dipendenti azioni del fondo pensione.

La vicenda sopra descritta è emblematica, altresì, dell'altro grave problema alla base degli scandali finanziari, cioè la compiacenza delle società di revisione contabile. La spiegazione di tale deplorable, comportamento di chi doveva controllare, sta nel cambiamento, avvenuto negli anni '90 di quello che era stato il ruolo tradizionale delle società di revisione, cioè quello di revisionare e certificare i bilanci. Infatti, dagli anni '90, queste società cominciarono ad offrire ai propri clienti anche servizi di consulenza ed di investimento bancario, conseguentemente perdendo la loro imparzialità di giudizio⁴⁸¹.

Vi fu, infine, il ruolo perverso degli analisti di borsa che spesso esagerarono le previsioni di borsa, perché spesso anch'essi in situazioni di conflitto di interessi. Furono accusate di conflitto di interessi e di avere esagerato le previsioni di borsa ad es. la *Bear Sterns*, la *Golman sachs*, la *Lehman Brothers*.

Il periodo degli scandali si chiuse processualmente, nell'aprile 2003, con un famoso accordo tra le 10 più importanti società di Wall Street (*Bear Sterns*, *Golman sachs*, *Lehman Brothers*, *Credit Suisse*, *J.P. Morgan*, *Salamon Smith Barney*, *Merrill Lynch*, *Morgan Stanley*, *Pipper Saffay*, *US Bancorp*) con la Procura di New York, la SEC⁴⁸² e la Borsa di *New York*.

⁴⁸¹ L.P. SALAS, ult. cit., pag. 74 e ss.,.

⁴⁸² La SEC (*Securities and Exchange Commission*) è la Commissione di governo che si occupa di proteggere gli investitori, di garantire la trasparenza e l'affidabilità delle informazioni di borsa e in generale di sorvegliare i mercati, gli analisti e i consulenti di borsa.

Caratterizzava l'accordo: da un lato la non ammissione di colpevolezza delle società, dall'altro l'irrogazione a loro carico di pesanti multe (per ben complessivi 487 milioni di dollari!), con l'aggiunta dell'obbligo di costituire un fondo a favore degli investitori, vittime del *crack* finanziario (per ben 387.5 milioni di dollari) nonché ulteriori obblighi pubblicitari e d'informazione degli investitori.

Con riserva di analizzare più avanti⁴⁸³ i rapporti tra responsabilità penale delle persone giuridiche e discrezionalità dell'azione penale nel sistema americano, si può subito notare che, nonostante l'enorme *crack* finanziario, le principali società, pur colpite da un pesante fardello di pene ed obblighi accessori, ne erano comunque uscite senza un'esplicita ammissione di colpevolezza.

Gli scandali del 2001-2002, oltre all'accordo processuale del 2003, ebbero anche l'effetto di stimolare una legislazione finalizzata a correggere le falle legislative che avevano determinato il fallimento del mercato⁴⁸⁴ e, dal punto di vista più strettamente economico, a ridare fiducia al mercato stesso agli investitori attraverso il rafforzamento del sistema dei controlli e la trasparenza del sistema informativo.

Si tratta in particolare del c.d. *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 (così conosciuto dal nome dei presentatori, in esteso "*Public Company Accounting Reform and Investment Protection Act*") che si muove lungo tre direttrici principali:

- a) rafforzamento del sistema dei controlli centrali sulle società, attraverso la creazione di un Consiglio di Regolamentazione contabile delle c.d. *Public Company* (cioè le società che offrono le proprie azioni sul mercato), con poteri regolamentari e sanzionatori ;
- b) maggiore trasparenza ed imparzialità nel sistema contabile ed informativo, attraverso il divieto per le società di revisione contabile di offrire consulenza ai propri clienti (una delle principali cause come si è visto degli scandali), il divieto di negoziazione da parte dei dirigenti di valori immobiliari quando tale divieto sussiste per gli azionisti dei fondi pensione (lezione dal caso Enron!),

⁴⁸³ *Infra* Cap. 9.1 .

⁴⁸⁴ L'indagine fin qui condotta conferma la validità di un metodo comparatistico "per modelli storicizzati", che analizza i fattori giuridici ed extragiuridici (qui economici) per individuare le ragioni che hanno premuto per una certa soluzione normativa (cfr. in argomento F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, pag. 40 e ss.).

previsione di un potere regolamentare della SEC per garantire l'imparzialità degli analisti di Borsa e disciplinare le loro situazioni di conflitto di interessi ed infine, della massima importanza ai fini della trasparenza e imparzialità dell'informazione societaria, la previsione, a carico dei vertici esecutivi e finanziari ("*chief executive officer and financial officer*") dell'obbligo di certificare, in un rapporto periodico alla SEC, di avere personalmente controllato che l'informazione del rapporto stesso espone in modo imparziale ("*fairly presents*") ed in tutti i suoi spetti rilevanti, la condizione finanziaria e i risultati delle operazioni societarie ("*shall certify that the periodic report (...), in all material respects, the financial condition and results of operation of the issuer*", art. 906 *Sarbanes-Oxley*) ;

c) rafforzamento del sistema sanzionatorio a carico sia dei *top managers* sia delle società, anche con la creazione di nuovi delitti finalizzati ad impedire la distruzione o falsificazioni di documenti per intralciare le investigazioni federali ("*Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy*" art. 802 *Sarbanes-Oxley*)⁴⁸⁵.

Inoltre, la legge *Sarbanes-Oxley* contiene, altresì, l'indicazione alla *U.S. Sentencing Commission* di emendare le *Guidelines* e le relative pene per i colletti bianchi (c.d. *white-collar*), tuttavia, va ricordato che già nel 2001 il Congresso, a seguito degli scandali societari, aveva ordinato un primo emendamento delle *Guidelines*, di conseguenza nell'aprile del 2001 la *U.S. Sentencing Commission*, aveva approvato un pacchetto di emendamenti alle *Guidelines*, noto come "*economic crime package*"⁴⁸⁶, in vigore dal novembre 2001, che aveva inasprito le pene per i responsabili di gravi crimini economici, ma in taluni casi le aveva però diminuite per crimini economici di media portata.

In seguito dell'indicazione della legge *Sarbanes-Oxley*, nuovi emendamenti furono poi apportati alle *Guidelines* nel gennaio 2003, seguiti da una seconda serie di emendamenti nel maggio 2003, sempre nel senso di un inasprimento

⁴⁸⁵ L.P. SALAS, *La problematica dei reati economici nella più recente esperienza statunitense*, cit., pag. 79 e ss.,.

⁴⁸⁶ Sul punto FRANK O. BOWMAN III, *The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: an analysis and legislative history*, in 35 *Ind. L. Rev.* 2001-2002, pag. 5 e ss.,.

delle pene per i dirigenti delle società, con pene per le frodi elevate sino a 20 anni.

Unica critica mossa alla legge *Sarbanes-Oxley* fu di avere concentrato troppo l'attenzione sull'inasprimento delle pene per i *white collar crimes* e troppo poco sull'aumento delle risorse per le investigazioni e i *prosecutors*⁴⁸⁷.

L'effetto della legge *Sarbanes-Oxley* sulle *Guidelines* non si esaurisce negli specifici emendamenti sopra indicati in materia di criminalità dei colletti bianchi, infatti, nell'ottobre 2003, veniva creato in seno alla *Sentencing Commission*, un apposito gruppo di lavoro, denominato **Ad Hoc Advisory Group on the Organizational Sentencing Commission** (che di seguito indicheremo semplicemente come *Advisory Group*) finalizzato a rivisitare, in senso etico-aziendale, l'intera materia del *Sentencing of Organizations*, cioè il Capitolo 8 del *U.S.S.G. Manual* e, in particolare, la materia dei *compliance programs*, risultati inefficacia ad impedire i grandi scandali societari del 2001-2002.

Perno del lavoro dell'*Advisory Group* fu, dunque, una riforma dei requisiti strutturali del *program*, emblematicamente rappresentata dal cambiamento della stessa denominazione del *program* da '*effective program to prevent and detect violations of law*' in *Effective Compliance and **Ethics** Program* (§8B2.1.)⁴⁸⁸.

Di seguito si fornisce, in una visione sinottica, un quadro normativo della struttura del *Compliance Program*, prima e dopo la riforma del 2003.

⁴⁸⁷ Sul punto, ancora, FRANK O. BOWMAN III, *The Sarbanes-Oxley Act and What Came After*, in 15 Fed. Sent. R. 2002-2003, pag. 231 e ss.,.

⁴⁸⁸ Per una dettagliata analisi del lavoro dell' *Advisory Group*, G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e Responsabilità da Reato*, Milano, 2008, pag. 84 e ss.,.

8.2 Struttura del compliance program (§ 8B2.1. U.S.S.G.)⁴⁸⁹

A) Requisiti Generali del *Program* (vecchia e nuova normativa a confronto)

Testo anteriore alla riforma del 2003.

An ‘**effective program to prevent and detect violations of law**’ means a program that has been reasonably designed, implemented, and enforced so that it generally will be effective in preventing and detecting criminal conduct.

Failure to prevent or detect the instant offense, by itself, does not mean that the program was not effective.

The hallmark of an effective program to prevent and detect violations of law is that the organization exercised due diligence in seeking to prevent and detect criminal conduct by its employees and other agents.

Testo Vigente

§8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program

(a) To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection (b)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation - Organizations), an organization shall—

(1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and

(2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law.

Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal .

The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct.

La principale novità contenuta nel punto a) del §8B2.1. è l’accentuazione tra i suoi requisiti generali di una maggiore rilevanza dell’etica d’impresa (***Ethics Program***), come valore guida del *program*, che supera quindi il limitato significato di sistema di controllo della vecchia *check list* in sette punti, e si pone come principio di fondo che deve guidare il comportamento dei vertici dell’impresa, al fine di promuovere una cultura di impresa che incoraggi un comportamento etico e l’impegno a rispettare la legge (“...*promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*”). Tale obiettivo dovrà coordinarsi con l’altro importante requisito generale del *program*: la sua efficacia (“*Effective Compliance*”), che si raggiunge esercitando “*due diligence*”, la doverosa diligenza, nel prevenire e smascherare i comportamenti aziendali criminali (“*exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct*”).

⁴⁸⁹ In vigore dall’01/11/2004, in forza dell’emendamento n. 673, Appendice C, reperibile nel sito governativo <http://www.usc.gov>,

La dottrina⁴⁹⁰ rileva sul punto l'evoluzione rispetto alla legislazione precedente, nel vecchio testo era, infatti, richiesto solo un generico sforzo di cercare di prevenire e smascherare i reati d'impresa (*"in seeking to prevent and detect criminal conduct"*).

Il requisito della *"due diligence"* nell'attuazione del *program* viene poi ulteriormente declinato nel comma successivo richiedendo che il *program* sia ragionevolmente disegnato (*"shall be reasonably designed"*), il che richiede nella fase progettuale l'accurata mappatura del rischio d'impresa, ma ancora il *program* non potrà esaurirsi in una dimensione, per così dire statica, ma dovrà altresì essere opportunamente implementato ed attuato (*"implemented, and enforced"*), il che richiede quindi nella fase attuativa, ed in una dimensione dinamica, l'attivazione di meccanismi di controllo e di verifica dell'effettiva funzionalità del *program* per il suo eventuale aggiornamento.

Avverte, però, lo stesso legislatore che l'eventuale fallimento (*failure*) del *program* non è di per sé indicativo della sua inefficacia, se appunto il *program* è stato ragionevolmente costruito secondo lo schema sopra indicato (*"The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct"*).

B) I Sette requisiti minimi specifici ("minimally require"), c.d. check list.

Testo anteriore alla riforma del 2003.

Due diligence requires at a minimum that the organization must have taken the following types of steps:

Testo vigente

(b) *Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) minimally require the following:*

Il punto b) del §8B2.1. apre l'elencazione di quella che nel precedente testo era stata definita, concordemente dalla dottrina, come una *check list*, che articolata in sette punti, esauriva i requisiti minimi di efficacia del *program* e che ora, come già sopra accennato, non può più essere da sola considerata

⁴⁹⁰ G.M. GAREGNANI, *Etica di impresa e responsabilità da reato*, cit, pag. 100 e ss.,.

esaustiva quale parametro di efficacia del *program*, che dovrà anche rispettare l'impianto generale di principi ridisegnato dal punto a) del §8B2.1., di cui si è appena discusso.

Primo requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(1) The organization must have established compliance standards and procedures to be followed by its employees and other agents that are reasonably capable of reducing the prospect of criminal conduct.

Testo vigente

(1) The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct.

Il primo requisito, come sopra delineato, viene immediatamente spiegato dallo stesso legislatore nel Commentario alle *Guidelines "Standards and procedures" means standards of conduct and internal controls that are reasonably capable of reducing the likelihood of criminal conduct"*.

Si richiedono cioè "standards of conduct", cioè codici etici, ragionevolmente capaci di ridurre la probabilità di comportamenti criminali e "*internal controls*", da intendere come spiegazione del termine "*procedures*", ragionevolmente idonee al medesimo scopo.

Secondo requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(2) Specific individual(s) within high-level personnel of the organization must have been assigned overall responsibility to oversee compliance with such standards and procedures.

Testo vigente

(2) (A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program.

(B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program.

(C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as

appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority.

Il secondo requisito vede una profonda rivisitazione del testo precedente e ciò perché la riorganizzazione del sistema dei controlli sull'efficace attuazione del *program* è la risposta maggiormente attesa dall'opinione pubblica dopo gli scandali del 2001-2002, riorganizzazione che per altro non poteva prescindere dal coinvolgimento del *top management*, che ora deve essere a conoscenza dei contenuti del *program* (*"The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program"*) e deve esercitare una ragionevole sorveglianza sulla implementazione ed efficacia del *program* (*"...and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program"*).

Così al vecchio sistema imperniato su un *high-level personnel*, un soggetto di alto livello aziendale che funzionava da *compliance officer*, ma pur sempre si potrebbe dire "uno sceriffo solitario", il nuovo testo sostituisce un "sistema di controllo" articolato su due livelli: vi sono alla base uno o più specifici individui, "i vecchi sceriffi", che "*day-to-day*", controllano sul campo l'attuazione del *program* e riferiscono periodicamente (*report periodically*) ad una struttura di controllo di secondo livello, sebbene non strettamente legata alla prima da rapporto gerarchico (*"High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline"*).

Tale organo di controllo di secondo livello, deve essere composto da *High-level personnel*, cioè un *manager*, anche interno all'organizzazione dell'impresa, a cui viene attribuita l'"*overall responsibility*", la responsabilità globale sull'attuazione del *program*.

Osserva la dottrina⁴⁹¹, che il legislatore statunitense non ritiene compromesso il requisito dell'indipendenza del soggetto apicale, che ha “*overall responsibility*” sul controllo ed attuazione del *program*, dal fatto che sia un *manager* interno alla struttura, ma tuttavia consiglia che lo stesso non abbia funzioni operative nell'azienda per meglio esplicitare le sue funzioni di gestione del *program* e di *reporting* ai vertici operativi dell'impresa, finalizzata alla modifica ed implementazione del *program* e del suo miglioramento.

Nel sistema italiano si è molto discusso se l'organo di controllo, delineato dal d.lgs. 231/2001 debba o meno integrato da soggetti esterni all'impresa, tuttavia, il modello statunitense sembra recentemente circolato anche nel sistema italiano, infatti l'art. 14 comma 12°, l. 183/2011 (c.d. legge stabilità 2012), ha inserito un comma 4 *bis* all'art. 6 del decreto legislativo 231/2001 che prevede che nelle società di capitali le funzioni di OdV (di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001) possono essere svolte dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato di controllo sulla gestione, cioè da organi interni.

La dottrina ha per altro subito osservato che “la dizione letterale del nuovo comma 4° *bis* del d.lgs. 231/2001 non consente di svolgere le funzioni di OdV al “sindaco unico”⁴⁹².

Terzo requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(3) The organization must have used due care not to delegate substantial discretionary authority to individuals whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, had a propensity to engage in illegal activities.

Testo vigente

(3) *The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program.*

⁴⁹¹ G.M. GAREGNANI, *Etica di impresa e responsabilità da reato*, cit, pag. 117 e ss.,.

⁴⁹² G. MERUZZI, *Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione: il progetto di Modifica Arel-Pwe alla disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs 231/2001*, in *Contratto ed impresa*, 1/2012 pag 211 e ss. (in particolare sul punto pag. 225).

Anche la novellazione di questo terzo requisito corrisponde all'esigenza sentita fortemente nell'opinione pubblica statunitense, dopo gli scandali finanziari del 2001- 2002, di avere dei vertici societari persone d'indubbia moralità, capaci di portare avanti il nuovo corso di un'etica d'impresa, anzi può notarsi che il legislatore ha esteso questa esigenza oltre il vertice societario, l'espressione "*substantial authority personnel*", sembra, infatti, includere anche soggetti esterni all'organizzazione societaria ma che a vario titolo collaborano con la stessa, per es. professionisti esterni che prestano consulenze alla società.

La novellazione di tale requisito risolve però anche un pregresso problema di infelice formulazione legislativa del vecchio testo che parlava di "*propensity*", propensione ad attività illegali, un criterio che la dottrina ha giustamente definito "di stampo vagamente lombrosiano"⁴⁹³ e che chiaramente si poneva in contrasto con il principio di determinatezza della fattispecie penale, ancorandolo ad un dato effettivo cioè che la società sappia, o poteva sapere, usando l'ordinaria diligenza, che tali soggetti siano implicati in attività illegali o comunque in attività tali da compromettere l'attuazione del program, il nuovo legislatore sembra ora aver risolto il difetto di determinatezza nella formulazione della norma.

Quarto requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(4) The organization must have taken steps to communicate effectively its standards and procedures to all employees and other agents, e.g., by requiring participation in training programs or by disseminating publications that explain

Testo vigente

(4) (A) *The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in a practical manner its standards and procedures, and other aspects of the compliance and ethics program, to the individuals referred to in subparagraph (B) by conducting effective training programs and otherwise disseminating information appropriate to such individuals' respective roles and responsibilities.*

⁴⁹³ C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag 119 e ss.,.

(B) The individuals referred to in subparagraph (A) are the members of the governing authority, high-level personnel, substantial authority personnel, the organization's employees, and, as appropriate, the organization's agents.

"The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in practical manner its standards and procedures", diventa un obbligo per le società disporre periodici programmi di formazione e i destinatari non sono più come nel precedente testo solo i lavoratori, ma anche il *governing authority* (il consiglio di amministrazione) e i *substantial authority personnel*, cioè il vertice aziendale ed eventualmente i professionisti esterni che collaborano stabilmente con la società, insomma tutti quelli che dagli scandali societari hanno dimostrato la necessità di essere educati ad un'etica d'impresa e non solo i lavoratori che ne hanno subito solo le conseguenze.

Quinto requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(5) The organization must have taken reasonable steps to achieve compliance with its standards, e.g., by utilizing monitoring and auditing systems reasonably designed to detect criminal conduct by its employees and other agents and by having in place and publicizing a reporting system whereby employees and other agents could report criminal conduct by others within the organization without fear of retribution.

Testo vigente

(5) The organization shall take reasonable steps—

(A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminalInconduct;

(B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and

(C) to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation.

La nuova formulazione di questo requisito impone alle società di monitorare con sistemi di controllo interno l'attuazione del *program* (attraverso *monitoring*, relativo alle attività in atto dell'impresa, ed *auditing*, relativo alle attività già svolte), e di verificarne periodicamente l'efficacia del *program*

(evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program).

Di particolare interesse poi il punto (C) relativo alla protezione dell'informazione confidenziale sui fatti illeciti da parte dei c.d. *whistleblowers*, il meccanismo, già presente nel precedente testo, stante la sua importanza è stato dal legislatore ulteriormente perfezionato prescrivendo la necessità di meccanismi che prevedano la protezione dell'anonimato e dell'informazione confidenziale e la possibilità di riferire su condotte criminali anche solo potenziali.

Va in proposito ricordato che già prima della riforma del 2003 erano stati posti in essere meccanismi di protezione dei lavoratori che riferissero su comportamenti criminali all'interno dell'impresa, cercando di porli al riparo da possibili ritorsioni da parte dei vertici dell'impresa, con l'istituzione dei c.d. *"confidential activity report"* (appositi formulari assistiti dalla garanzia che i loro compilatori non saranno sanzionati), di *"hot lines"*, gratuite ed anonime, oppure talvolta di una sorta di *"Ombudsman"*, un *"garante"* dei lavoratori cui gli stessi potevano riferire con garanzia di anonimato⁴⁹⁴.

Sesto requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(6) The standards must have been consistently enforced through appropriate disciplinary mechanisms, including, as appropriate, discipline of individuals responsible for the failure to detect an offense.

Adequate discipline of individuals responsible for an offense is a necessary component of enforcement; however, the form of discipline that will be appropriate will be case specific.

Testo vigente

(6) The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through

(A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and

(B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct.

⁴⁹⁴ Sul punto C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 127 e ss.,.

Il punto 6 contiene la disposizione di prevedere appropriati incentivi per sviluppare una “cultura d’impresa” di adeguamento alla legge e al “nuovo” carattere etico del *program* (*in accordance with the compliance and ethics program*), nello spirito complessivo della riforma dell’*Advisory Group* sembra che tale previsione vada considerata obbligatoria e non facoltativa.

Facoltative e non necessariamente obbligatorie sembrano, invece, le sanzioni disciplinari nei confronti di chi ha fallito nello scoprire e (vera novità del testo) anche nel prevedere la commissione di reati.

L’irrogazione di tali sanzioni appare facoltativa perché questi soggetti devono essere anche rei di non avere preso *reasonable steps* per scoprire o prevenire i reati d’impresa, ciò sembra, a modesto parere di chi scrive, coerentemente con la previsione generale per cui lo stesso *program* non può considerarsi inefficace per il solo fatto che siano stati commessi reati se è stato ragionevolmente progettato⁴⁹⁵.

La dottrina sottolinea comunque la novità di avere esteso tale responsabilità anche alla fase progettuale del *program*⁴⁹⁶.

Settimo Requisito

Testo anteriore alla riforma del 2003.

(7) After an offense has been detected, the organization must have taken all reasonable steps to respond appropriately to the offense and to prevent further similar offenses -- including any necessary modifications to its program to prevent and detect violations of law.

Testo vigente

(7) After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization’s compliance and ethics program.

Si tratta dell’ovvia previsione di predisporre un efficace sistema sanzionatorio nel caso di violazione del *program*, nonché per prevenire il reiterarsi dei reati (*similar criminal conduct*), inclusa ogni modifica necessaria all’organizzazione del *program*, il ché già introduce al requisito di chiusura del *risk assessment*.

⁴⁹⁵ Cfr. *supra* A) Requisiti Generali del *Program* (vecchia e nuova normativa a confronto).

⁴⁹⁶ G.M. GAREGNANI, *Etica di impresa e responsabilità da reato*, cit., pag. 141.

Il nuovo requisito del risk assessment

(c) In implementing subsection (b), the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process.

Si tratta di un nuovo requisito perfettamente inquadrabile nel rafforzamento della concezione dinamica e non statica del *program* alla base della riforma legislativa dell'*Advisory Group*, già perfettamente rilevabile dall'aggiunta, come si è sopra visto, in premessa alla tradizionale *check list* di una "parte generale" di *Requisiti Generali del Program* che pone principio di fondo un comportamento dei vertici dell'impresa, che miri a promuovere una cultura di impresa e incoraggi un comportamento etico e l'impegno a rispettare la legge: simmetricamente a quel principio base che deve guidare la filosofia dell'impresa v'è necessità della previsione, a chiusura degli elementi strutturali, di un meccanismo concreto di rivalutazione periodica del rischio che quella stessa filosofia verifichi sui singoli elementi strutturali del *program*, effettuandone l'implementazione o la modifica in relazione a misura che lo richieda il variare della attività dell'impresa, delle sue dimensioni, delle sue componenti manageriali e operative in una valutazione dinamica del "*risk of criminal conduct*".

8.3 Fin dall'inizio si è posto il problema del carattere più o meno vincolante delle *Guidelines*, cioè della possibilità del giudice di allontanarsi dal "*fine range*" (diremmo noi dalla cornice edittale) stabilita dalle *Guidelines*.

L'originario impianto delle *Guidelines* appare, infatti, essenzialmente "mandatory" (obbligatorio), ciò risulta dal combinato dell'art 18 § 3553(b) che dava al Giudice Federale la possibilità di imporre la pena entro il limite delle *Guidelines* (salvo ipotesi specificate), con l'art. 18 U.S.C. § 3742(e), che limitava il diritto di appellare, per irragionevolezza, la sentenza con pena calcolata entro il *fine range* delle *Guidelines*.

Tra le prime pronunce, che cominciano ad erodere il sistema “*mandatory*” delle *Guidelines*, può ricordarsi *Payne v. Tennessee*⁴⁹⁷, che rileva il carattere non vincolante delle *Guidelines*, il cui scopo è essenzialmente di uniformare la “*sentencing policy*”, cioè dare uniformità al momento giudiziale di applicazione delle pene, attraverso “una più precisa calibrazione” della sentenza sul fattore soggettivo della colpevolezza (“*subjective guilt*”) e su quello oggettivo della gravità dei danni causati dai fatti.

Altra pronuncia da ricordare è quella della Suprema Corte del 1996, nel caso *Coon v. United State*⁴⁹⁸, qui la Corte decise favorevolmente sulla discrezionalità del Tribunale inferiore di discostarsi dalle *Guidelines* con pene più miti, ciò inaugurò un filone giurisprudenziale, di merito, che tendenzialmente ha applicato pene più miti di quelle stabilite dalle *Guidelines*. Tuttavia solo nel 2000 si ha il primo precedente veramente importante verso un sistema “*advisory*”(consultivo/facoltativo): la sentenza *Apprendi v. New Jersey*⁴⁹⁹, qui la Suprema Corte (*opinion* del Giudice *Stevens*) dichiara incostituzionale lo Statuto del *New Jersey* (per violazione del VI Emendamento)⁵⁰⁰ nella parte in cui aumenta il massimo della pena (“*maximun penalty*”) previsto per i reati di possesso di armi da 10 a 20 anni, perché a detta della Corte tale aumento di pena, oltrepassando il massimo edittale previsto dalle *Guidelines*, deve essere sottoposto al giudizio di una giuria e provato oltre ogni ragionevole dubbio.

Va segnalato poi un arresto giurisprudenziale del 2004, *Blakely v. Washington*⁵⁰¹, che sulla base del principio della divisione dei poteri, riteneva applicabile il VI emendamento solo agli Statuti degli *States* e non alle *Guidelines*.

⁴⁹⁷ *Payne v. Tennessee*, in 501 U.S. 808, 820 (1991).

⁴⁹⁸ *Coon v. United State*, in 518 U.S. 81 (1996), citata anche in L. P. SALAS, *La problematica dei reati economici nella più recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2004, pag. 89.

⁴⁹⁹ *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

⁵⁰⁰ VI Emendamento (1791): *In ogni processo penale, l'accusato avrà diritto di essere giudicato sollecitamente e pubblicamente da una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso (...).*

⁵⁰¹ *Blakely v. Washington*, in 542 U.S. 296 (2004).

In *United State v. Booker*⁵⁰² nel 2005, sulla scia appunto di *Apprendi v. New Jersey*, la Corte Suprema torna a pronunciarsi sull'argomento (*opinion* del Giudice *Stevens*), arrivando a dichiarare espressamente il carattere “*advisory*” e non “*mandatory*” delle *Guidelines*.

In particolare viene affermato chiaramente, superando il precedente arresto giurisprudenziale di *Blakely v. Washington*⁵⁰³, che il VI emendamento si applica anche alle *Guidelines*: di conseguenza ogni fatto che determini un aumento di pena, che ecceda il massimo edittale consentito dalle *Guidelines*, deve essere o ammesso dall'imputato o provato da una giuria, oltre ogni ragionevole dubbio.

Le *Guidelines* vanno quindi considerate un sistema con efficacia facoltativa/consultiva e non obbligatoria.

Di conseguenza la Sentenza *Booker* dichiara incostituzionale per contrasto con il VI emendamento sia la previsione di cui all'art. 18 U.S.C. § 3553, che permetteva ai Giudici Federali di imporre i limiti di pena, stabiliti dalle *Guidelines*, sia la disposizione dell'art. 18 U.S.C. § 3742 che limitava la possibilità di appellare, per irragionevolezza, le sentenze per violazione esclusiva del “*Guidelines fine range*”⁵⁰⁴.

Tuttavia, osserva la dottrina statunitense, la Corte se da un lato abbatte il sistema “*mandatory*” delle *Guidelines*, dichiarandolo incostituzionale per contrasto con il VI emendamento, dall'altro immediatamente lo “*risuscita*”, definendolo un sistema “*essentially advisory*”⁵⁰⁵.

Infatti, la sentenza è caratterizzata da una “*curiosa*” “*doppia maggioranza*”, la prima (caratterizzata dalla sopra ricordata *opinion* del Giudice *Stevens*) dichiara incostituzionale le *Guidelines* per contrasto con il VI emendamento, una “*seconda*” e diversa maggioranza le “*recupera*” alla costituzionalità, affermando, appunto, che l'incostituzionalità può essere rimediata se le

⁵⁰² *United States v. Booker*, in 543 U.S. 220 (2005).

⁵⁰³ La Corte, infatti, in *United States v. Booker*, dichiara poco persuasivo (“*unpersuasive*”) la distinzione operata in *Blakely v. Washington*, per cui i principi, stabiliti dalla stessa sentenza *Blakely*, se applicati alle *Guidelines*, determinerebbero un contrasto con il principio di divisione dei poteri, stante che le *Guidelines* sono emanate da una Commissione Governativa.

⁵⁰⁴ Sul punto R. GAMBINI MUSSO, *Il Processo penale statunitense*, Torino, 2009, pag. 109 e ss.

⁵⁰⁵ Sul punto FRANK O. BOWMAN III, *Sentencing High-Loss Corporate Insider frauds After Booker*, in 20 *Fed. Sent. R.* 2007-2008 pag. 167.

Guidelines sono considerate un sistema discrezionale o comunque consultivo/facoltativo piuttosto che obbligatorio (“*discretionary or advisory rather than mandatory*”).

In conclusione, comunque, la sentenza *Booker*, dà maggiore discrezionalità ai Giudici Federali, perché non li obbliga ad aderire alle *Guidelines* ma li invita solo ad usare il sistema delle *Guidelines* in funzione consultiva.

Più di recente, sul filone giurisprudenziale della sentenza *Booker*, va segnalata la pronuncia della Suprema Corte *Rita v. United States*⁵⁰⁶, la quale da un lato rileva che il Giudice che si allontani dal “*fine range*” delle *Guidelines* deve adeguatamente motivare le ragioni che giustificano l’aumento o la diminuzione rispetto al “*fine range*” delle *Guidelines*, dall’altro ammette che possa “presumersi” ragionevole, per il giudice di appello, la sentenza in cui la pena è stata invece calcolata entro il *range* proposto dalle *Guidelines*, recuperando così in parte una qualche efficacia al principio d’inappellabilità della sentenza per irragionevolezza in reazione alla violazione esclusiva del *range* proposto dalle *Guidelines*, come si è visto dichiarato incostituzionale dalla sentenza *Booker*, coerentemente però alla nuova impronta “*advisory*” impressa al sistema delle *Guidelines* dalla sentenza *Booker*.

Da ultimo, si può infine ricordare la sentenza *Dillon v. United States*⁵⁰⁷, che si pone in nel filone giurisprudenziale che tende a limitare gli effetti della sentenza *Booker*, in particolare stabilisce che la sentenza *Booker* non si applica alla *section 3582(c)*, la Corte ritiene, infatti, che in materia penitenziaria debbano seguirsi le indicazioni del §1B1.10, sostanzialmente in *favor rei* per la riduzione della pena.

⁵⁰⁶ *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007).

⁵⁰⁷ *Dillon v. United States*, in S. Ct., No. 09-6338 (June 17, 2010).

Come è stato autorevolmente scritto, al pari delle c.d. scienze esatte o dure, anche il fenomeno giuridico va compreso e studiato attraverso l'osservazione empirica⁵⁰⁸, a completamento dell'indagine, si inseriscono, pertanto, gli estratti⁵⁰⁹ di due Tabelle, tratte dal sito ufficiale della *Sentencing Commission*, indicative dell'incidenza della sentenza *Booker* del 2005:

Table 54⁵¹⁰, Fiscal Year 2005, *Pre-Booker*

(October 1, 2004, through January 11, 2005, cases sentenced 45)

ORGANIZATIONS SENTENCED UNDER CHAPTER EIGHT: CULPABILITY FACTORS

| <i>Effective Compliance and Ethics Program - §8C2.5(f)</i> | <i>Number/Percent</i> |
|---|------------------------------|
| Organization did have an effective compliance program | 0/0.0 |
| Organization had no compliance program | 20/100.0 |
| TOTAL | 20/100.0 |
| <i>Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility - §8C2.5(g)</i> | |
| Reported offense to governmental authorities | 0/0.0 |
| Cooperated with investigation | 11/55.0 |
| Accepted responsibility | 7/35.0 |
| Organization did not self-report, cooperate, or accept responsibility | 2/10.0 |
| TOTAL | 20/100.0 |

⁵⁰⁸ M. SERIO, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. CERAMI e M. SERIO, II, Torino, 2011, pag. 12-27, in particolare sul punto pag. 12.

⁵⁰⁹ La tabella di seguito riportata, come quella successiva, contiene in effetti altre voci (*Involvement in or Tolerance of Criminal Activity by Authority*, *Prior History*, *Violation of an Order*, *Obstruction of Justice*) si riportano qui per estratto quelle ritenute significative per la presente indagine.

⁵¹⁰ U.S. *Sentencing Commission*, 2005 Datafile, USSCFY05, *Pre-Booker* Only Cases (October 1, 2004, through January 11, 2005).

Table 54⁵¹¹, Fiscal Year 2005, *Post-Booker*
(January 12, 2005 through September 30, 2005, cases sentenced 142)
ORGANIZATIONS SENTENCED UNDER CHAPTER EIGHT: CULPABILITY FACTORS

| <i>Effective Compliance and Ethics Program - §8C2.5(f)</i> | <i>Number/Percent</i> |
|---|------------------------------|
| Organization did have an effective compliance program | 0/0.0 |
| Organization had no compliance program | 69/100.0 |
| TOTAL | 69/100.0 |
| <i>Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility - §8C2.5(g)</i> | |
| Reported offense to governmental authorities | 2/2.9 |
| Cooperated with investigation | 42/60.9 |
| Accepted responsibility | 15/21.7 |
| Organization did not self-report, cooperate, or accept responsibility | 10/14.5 |
| TOTAL | 69/100.0 |

Rimandando al Cap. 9.3 la spiegazione circa la scarsa incidenza statistica di un “*effective compliance program*”(prima voce delle tabelle), ai fini del completamento del presente paragrafo appare importante la riflessione sui dati contenuti nella seconda voce delle tabelle (*Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility*).

Il confronto di questa voce tra il *Pre* e *Post- Booker* (cioè la prima e la seconda tabella) rileva un significativo incremento della cooperazione con l’autorità giudiziaria (*Cooperated with investigation*) e della accettazione della responsabilità (*Accepted responsibility*), la spiegazione più coerente di questi dati sembra potersi collegare proprio alla trasformazione del sistema delle *Guidelines* da *mandatory* in *advisory*, se infatti i giudici federali possono utilizzare il sistema delle *Guidelines* in maniera consultiva ciò significa che non debbono necessariamente applicarlo e, comunque, possono ulteriormente ridurre le pene per chi collabora con l’autorità giudiziaria, ciò da un lato ci fa concludere per la positività della evoluzione giurisprudenziale introdotta dalla sentenza *Booker* ai fini di un maggiore incentivo alle *corporations* nella

⁵¹¹ *U.S. Sentencing Commission, 2005 Datafile, USSCFY05, Post-Booker Only Cases (January 12, 2005 through September 30, 2005).*

collaborazione nella lotta la crimine di impresa, dall'altro conferma le osservazioni di quella dottrina statunitense (Arlem) che ritiene che le *Guidelines* non contengano sufficienti incentivi per indurre le *corporations* a collaborare con l'autorità giudiziaria, perché non eliminano completamente la responsabilità penale delle *corporations*, anche in caso di collaborazione con l'autorità giudiziaria⁵¹².

⁵¹² *Amplius infra* Cap. 9.1 .

Capitolo IX

***Compliance programs* e discrezionalità dell'azione penale dei *Prosecutors* statunitensi: rilievi comparativi rispetto all'esercizio dell'azione penale contro le persone giuridiche nel sistema italiano.**

Sommario: 9.1 Discrezionalità dell'azione penale nel sistema statunitense e il cambio di *policy* del governo statunitense dal 1999 ad oggi.

9.2 Rilievi comparativi rispetto all'esercizio dell'azione penale contro le persone giuridiche nel sistema italiano.

9.3 L'apparente limitato effetto empirico dei *programs* nel sistema statunitense: possibili spiegazioni. Le tabelle ufficiali della *Sentencing Commission*.

Come ha di recente evidenziato la dottrina statunitense⁵¹³, il sistema degli Stati Uniti conosce una divisione, e quasi contrapposizione, tra regole di diritto che governano la responsabilità penale delle *public corporations* e *standards* di comportamento di *Prosecutors* federali, quella che con altra espressione, potremmo cioè chiamare una notevole diversità tra *law in action* (quella dei *Prosecutors* federali) e *law in the book*⁵¹⁴ (quella risultante dalla regola giurisprudenziale del “*respondeat superior*” in combinazione con le regole fissate nel *Federal Guidelines Manual* da parte della *Sentencing Commission* a partire dal 1991).

Si osserva, infatti, che, mentre a livello di “*legal rules*” (*in the book!*) la normativa sulla responsabilità penale delle *corporations*, incentrata sul principio del *respondeat superior*, appare assai rigorosa (anche al confronto con altre legislazioni straniere) e comporta la responsabilità delle società per i reati commessi non solo dai *managers* di alto o basso livello ma anche dei dipendenti di più basso livello, di contro, il Dipartimento di Giustizia degli U.S. (di seguito indicato sinteticamente come *DOJ*), nella persona dei suoi *Attorney*

⁵¹³ J. ARLEM, *Corporate Liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in *Impresa e Giustizia penale*, Milano, 2009 pag. 303 e ss.,.

⁵¹⁴ Sulla distinzione tra *Law in action* e *Law in the books* cfr. A. WATSON, *Law in the Books, Law in Action: and Society*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, VII, 2007, pag. 5899-5908.

Generali ha elaborato, a partire dal 1999, un corpo di principi (detti *Memo*), con cui si invitano i *Prosecutors* federali a non incriminare quelle *corporations* che si impegnino ad adottare un efficace *compliance program* per scoraggiare la criminalità di impresa e si impegnino a relazionare tempestivamente ai *prosecutors* ogni violazione non appena scoperta, e comunque prestino una piena collaborazione nella lotta alla criminalità di impresa.

Sinteticamente si è parlato in proposito di “*duty-base (or good faith) corporate liability regime*”, in base al quale le *corporations* possono cioè evitare l’incriminazione se soddisfano i suddetti doveri-base o potremmo dire comportamenti di “buona fede” rispetto al governo (*rectius* i *Prosecutors* federali) e cioè “*monitor effectively, report promptly and fully cooperate*”⁵¹⁵, introducendo così (meglio si potrebbe dire quasi sostituendo al regime normativo del *respondeat superior*) quella che è stata acutamente denominata dalla dottrina statunitense⁵¹⁶ “*a duty-base corporate criminal liability*”, di fatto un nuovo modello di responsabilità penale per le *corporations*, a normativa invariata!

Ma vediamo più specificatamente l’evoluzione storico-giuridica.

Nel 1999 si ha un cambio di vedute nella *policy* del governo e quindi dei *Prosecutors* Federali in materia di lotta alla criminalità di impresa, si comincia infatti a fare strada l’idea che la criminalità di impresa sia principalmente il frutto delle scelte criminali dei *managers (white-collar crimes)*, piuttosto che della società nel suo complesso, anzi il più delle volte la società diventa lo strumento per le brame di profitto dei suoi dirigenti (ciò si spiega anche con il fenomeno economico tipico della *publicly corporations* americane della non coincidenza di interessi tra *management* e proprietà azionaria⁵¹⁷), ne consegue la scelta da parte dei *Procurators* federali di concentrare lo sforzo sanzionatorio principalmente sulle violazioni individuali.

A questo si aggiunga che la dottrina (per tutti ancora Arlem & Kraakman) aveva cominciato ad evidenziare come la “*strict corporate respondeat superior*

⁵¹⁵ J. ARLEM, ult. cit., pag 314.

⁵¹⁶ J. ARLEN & R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate misconduct: an analysis of Corporate Liability regimes*, in 72 *N. YU. L. Rev.* 1997, pag. 687.

⁵¹⁷ *Amplius infra* Cap. 12.

liability”, cioè quel regime di responsabilità che faceva rispondere la *corporation* per ogni violazione commessa da un qualsiasi suo dipendente, non aveva certo un effetto deterrente sulla criminalità di impresa e tantomeno invogliava la *corporation* a denunciare il reato ai *prosecutors*, infatti, se avesse denunciato la violazione alle autorità ne avrebbe automaticamente risposto, perciò, al contrario, il regime del *respondeat superior* aveva un effetto disincentivante sulla denuncia dei reati all’autorità giudiziaria⁵¹⁸.

Sebbene, a livello normativo le *Guidelines* del 1991 avessero costituito un primo temperamento al rigore della regola del “*respondeat superior*”, tuttavia, come è stato anche di recente evidenziato dalla dottrina statunitense⁵¹⁹, esse non offrivano ancora un decisivo incentivo alle *corporations* a collaborare attivamente con l’autorità governativa nella lotta al crimine di impresa, in quanto non eliminavano del tutto la responsabilità penale delle *corporations* che avessero prontamente relazionato le violazioni all’interno dell’impresa e collaborato pienamente con l’autorità giudiziaria.

In questo clima, a normativa invariata, nel 1999 il Deputy Attorney General Eric H. Holder dettò le prime linee guida ai *Prosecutors* federali, in effetti più propriamente un insieme di principi (detti *Memo*), per i quali si parlò appunto di Holder Memo, che invitavano i *Prosecutors* federali a non incriminare le *corporations* che avessero collaborato con il governo nella lotta alla criminalità di impresa. Seguirono negli anni altri *Memo* emanati dagli altri *Deputy Attorney General*, succeduti ad *Holder*.

Si possono così ricordare il Thompson Memo del 2003, di grandissimo impatto perché seguito ai grandi scandali societari, il *McCallum Memo* del 2005, il *McNulty Memo* del 2006, tutti questi *Memo* furono poi riuniti e riorganizzati nell’agosto 2008 dal *Deputy Attorney General Mark Filip* in un corpo più organico di principi che va appunto sotto il nome di Filip Memo, a sua volta

⁵¹⁸ Da ultimo J. ARLEM, *Corporate Liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, cit., pag. 313.

⁵¹⁹ J. ARLEM, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, in 66 *U.Miami L.Rev.* 2011-2012, pag. 321 e ss.,.

ora inseriti nel *United State Attorney Manual* (di seguito USAM), titolo 9, dal §9-28.000 al §9-28.1300.

Da ultimo, nel 2009, il *Deputy Attorney General David W. Ogden* si è limitato ad un discorso di conferma di tali principi (discorso del 04/06/2009) per cui si può arguire che possono considerarsi un corpo consolidato di principi⁵²⁰.

Si può per altro compendiare le suddette linee guida dell'azione dei Prosecutors federali (ora codificate come sopra nei §§ 9-28.000/28.1300) in nove punti o principi di seguito indicati:

DOJ Corporation Prosecution Principles: Nine Factors⁵²¹

"In conducting an investigation, determining whether to bring charges, and negotiating plea or other agreements, prosecutors should consider the following factors in reaching a decision as to the proper treatment of a corporate target:

- 1. The nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime;*
- 2. The pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or the condoning of, the wrongdoing by corporate management;*
- 3. The corporation's history of similar misconduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it;*
- 4. The corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents;*
- 5. The existence and effectiveness of the corporation's pre-existing compliance program;*
- 6. The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies;*
- 7. Collateral consequences, including whether there is disproportionate harm to shareholders, pension holders, employees, and others not proven personally culpable, as well as impact on the public arising from the prosecution;*
- 8. The adequacy of the prosecution of individuals responsible for the Corporation's malfeasance; and*
- 9. The adequacy of remedies such as civil or regulatory enforcement actions."*

Si può agevolmente osservare che il contenuto dei principi del *DOJ Corporation Prosecution* non differisce molto dalle *Guidelines* stabilite dalla *Sentencing Commission* nel 1991, anche le *Guidelines* offrono l'incentivo di mitigare la pena nel caso la *corporation* adotti un efficace *compliance*

⁵²⁰ Notizie ricavabili dal sito ufficiale <http://federalevidence.com/corporate-prosecution>.

⁵²¹ Si riporta la c.d. *friendly version* inserita sul sito ufficiale <http://federalevidence.com/corporate-prosecution-principles>.

program, scopra e denunci i reati e collabori con l'autorità giudiziaria, ma tuttavia, non offrono un sufficiente sconto di pena per indurre le imprese a collaborare, di qui il cambio di strategia dei *Prosecutors* federali per incoraggiare le società ad una più efficacemente attività di *reporting* e collaborazione con l'autorità giudiziaria, proponendo, a monte, di non incriminare (o differire l'incriminazione) delle *corporations* che collaborino con l'autorità giudiziaria, s'impegnino ad un tempestivo *reporting* dei reati di impresa, adottino un efficace *compliance program* ed effettuino opportunamente l'implementazione di quello esistente per evitare il reiterarsi dei reati (cfr. n. 5 e 6 *DOJ*).

L'azione dei *Prosecutors* federali non è però esente da critiche.

Infatti, questa nuova strategia adottata dai *Prosecutors* federali, sebbene indiscutibilmente efficace nell'incrementare la collaborazione delle *corporations* nella lotta al crimine di impresa, porta con sé nuovi problemi, primo fra tutti *l'eccessiva discrezionalità dei Prosecutors federali*, infatti i *Prosecutors* federali godono della più ampia discrezionalità nello stabilire quando una *corporation* ha soddisfatto le precondizioni, stabilite dal *DOJ Corporation Prosecution*, per non essere incriminata e hanno un altrettanto grande discrezionalità nel dettare alle *corporations* le azioni che devono intraprendere per evitare l'azione penale⁵²².

Ciò è strutturalmente legato al fatto che il *DOJ Corporation Prosecution* è per l'appunto un insieme vago di principi e non di precise direttive, offerto ai *Prosecutors* Federali quando devono decidere se esercitare o meno l'azione penale nei confronti delle *corporations*⁵²³, ne consegue che sarebbe necessario, per evitare l'eccessiva discrezionalità dei *Prosecutors* federali e quindi possibili abusi, trasformarli in direttive più precise e almeno parzialmente vincolanti o, addirittura, che il legislatore stesso precisasse i requisiti di un adeguato "*monitoring, reporting e fully cooperation*" necessari per evitare l'incriminazione da parte delle *corporations*.

⁵²² J. ARLEM, *Corporate Liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, cit., pag. 305.

⁵²³ J. ARLEM, ult. cit., pag 317.

La dottrina statunitense propone altresì un adeguato sistema sanzionatorio per i *Prosecutors* federali che abusino della propria discrezionalità⁵²⁴, non può che condividersi anche questa proposta, ma si vuole sommessamente osservare come sembra difficile percorrere la via della punizione di chi deve punire, che riproduce l'antico dilemma "*qui custodes custodes!*".

Va, infatti, segnalato che abusi sono stati effettivamente commessi dai *Prosecutors* federali, forzando le *corporations* al patteggiamento anche quando le stesse non avevano commesso alcun crimine o imponendo delle condizioni di accordo eccessivamente invasive delle strategie aziendali, a cui le impresa alla fine soggiacciono pur di evitare i processi che comunque determinano un danno alla loro reputazione, con le relative conseguente economiche.

Infine, un'altra proposta della dottrina statunitense per ovviare a tale stato di cosa prende spunto proprio dalla legislazione italiana, si tratta in particolare di introdurre anche nel sistema statunitense "*a formal legal defense*" (*affermative defence*), cioè una difesa legale, cioè prevista per legge, (positiva), che eviti l'incriminazione a quelle *corporations* che dimostrino di avere adottato un efficace *compliance program*, attuato un tempestivo *reporting* e collaborato pienamente con l'autorità giudiziaria, sull'esempio di quanto è avvenuto per l'appunto nella legislazione italiana (art. 6 e 7 d.lgs. 231/2001) e in quella giapponese⁵²⁵.

Va, però, anche qui sommessamente replicato che se è costruttiva l'introduzione di una difesa legale a favore delle *corporations* per limitare la discrezionalità dei *Procurators* (meglio se accompagnata da una specificazione legislativa dei requisiti occorrenti per un adeguato *monitoring, reporting e fully cooperation*), è altresì opportuno non cadere nella "trappola" dell'inversione dell'*onus probandi*, creata nella legislazione italiana che trasferisce sulle società l'onere probatorio di avere adottato ed efficacemente attuato il *program*, almeno limitatamente ai reati apicali come previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

⁵²⁴ J. ARLEM, ult. cit., pag 319.

⁵²⁵ J. ARLEM, ult. cit., pag. 318 e ss. e nota 9 pag. 307.

Per altro dubbi sono stati avanzati dalla dottrina italiana circa la legittimità costituzionale di tale inversione dell'onere probatorio per contrasto con l'art. 27 comma II della Costituzione italiana, tale comma infatti, come è noto, è il fondamento nel nostro sistema del principio della presunzione di innocenza dell'imputato sino alla condanna definitiva e, secondo autorevole dottrina⁵²⁶, tale principio andrebbe interpretato come comprensivo dell'onere del legislatore di modellare le regole probatorie nel rispetto della presunzione di innocenza dell'imputato, *id est* di non far gravare sull'imputato oneri probatori.

9.2 Passando così, conseguentemente, all'analisi della situazione italiana va innanzitutto sottolineato il diverso regime giuridico relativo all'esercizio dell'azione penale, negli Stati Uniti ampiamente discrezionale, in Italia caratterizzato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale (112 Cost.).

Tuttavia nell'ambito della disciplina sul processo alle persone giuridiche, i cui principi sono contenuti sempre nel d.lgs. 231/2001, il legislatore italiano sembra avere in qualche modo "reinterpretato" il principio di obbligatorietà dell'azione penale, perché pur mantenendo formalmente in vigore tale principio introduce nell'art. 58 un principio del massimo interesse disponendo che:

"Se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59, il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti comunicandolo al procuratore generale presso la corte di appello. Il procuratore generale può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti ai reati entro sei mesi dalla comunicazione".

Questo cioè significa che il PM, svolte le opportune indagini può contestare alla persona giuridica l'illecito o procedere direttamente ad emettere decreto motivato di archiviazione, senza il vaglio giurisdizionale del Giudice per le indagini preliminari.

⁵²⁶ O.DOMINIONI, Il 2° comma dell'art. 27, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, pag. 162 e ss.,.

Nella Relazione al decreto si spiega tale disposizione dicendo che per “l’archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice, sull’esempio di quanto prevede l’art. 18 comma 2 legge 689/1981.

Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l’esigenza di controllare il corretto esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero”⁵²⁷.

La mancanza di un vaglio giurisdizionale del Giudice per le indagini preliminari nell’archiviazione ha, comunque, sollevato dubbi in dottrina circa la costituzionalità di tale norma per contrasto con l’art. 112 della Costituzione.

Tali dubbi possono però, a nostro modesto parere, essere rimossi alla luce sia della relazione al d.lgs.231/2001, sia alla luce della stessa riflessione storico-comparativa.

La relazione introduttiva al d.lgs. 231 parla, infatti, già parla di un “*tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo” e dunque si giustifica un “adattamento” del principio di obbligatorietà dell’azione⁵²⁸ penale per “contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”⁵²⁹.

Conforta in questo senso, per altro, l’opinione di autorevole dottrina⁵³⁰, che già nell’immediatezza dell’emanazione del d.lgs. 231/2001 avvertiva che i dubbi di costituzionalità per contrasto con l’art. 112 della Costituzione sono infondati, in quanto il principio di obbligatorietà dell’azione penale era stato comunque mantenuto, anzi secondo questa opinione dottrinale non sarebbe in contrasto con la Costituzione nemmeno un sistema che non prevedesse l’obbligo di esercitare l’azione penale nei confronti degli enti⁵³¹.

⁵²⁷ Relazione al d.lgs. 231/2001, §18. Indagini preliminari e udienza preliminare.

⁵²⁸ Per un approfondimento del principio di obbligatorietà dell’azione penale, con ampi riferimenti di diritto processuale comparato, cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, torino, 2012, pag. 143 e ss.,.

⁵²⁹ Relazione d.lgs. 231/2001 § 1.1. La natura giuridica della responsabilità.

⁵³⁰ G. LATTANZI, *Introduzione a Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. Pen. Supplemento 06/2003 pag. 1 e ss. (in particolare sul punto pag. 3).

⁵³¹ In generale per la presenza di una discrezionalità c.d. occulta nell’esercizio dell’azione penale, nel sistema penale italiano, legata a scelte di politica criminale, basata sul principio di non superfluità del processo, ricavabile dal combinato degli articoli 405 co I, 408 co I, e 125 *disp. att.*, si vedano le acute osservazioni di O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in O. DOMINIONI, O. MAZZA ed altri, *Procedura Penale*, Torino 2010, pag. 95-96.

Tuttavia, una recente dottrina⁵³² ha ribadito la necessità di protendere per il principio di obbligatorietà dell'azione penale anche nell'esercizio dell'azione punitiva amministrativa contro gli enti, riaprendo così i dubbi di costituzionalità dell'art. 58 rispetto all'art. 112 Cost., in particolare si sottolinea che nemmeno il controllo giudiziale sull'inazione del PM, assicurato dal successivo art. 59 da parte del Procuratore Generale, assicurerebbe un accettabile *standard di effettività* del principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma che lo stretto collegamento istaurato dallo stesso art. 59 (nel caso di contestazione dell'illecito) con "uno degli atti indicati dall'art. 405 c.p.p." per l'esercizio dell'azione penale deporrebbe appunto per l'obbligatorietà della stessa.

Si soggiunge⁵³³, altresì, che una volta legittimato l'art. 58 come compatibile con il principio di obbligatorietà ci sarebbero delle pericolose ricadute procedurali, infatti, una volta archiviato il procedimento ex art. 58, il PM potrebbe poi riaprirlo a piacimento, senza il controllo giurisdizionale del Gip, perché è da ritenersi inapplicabile alle persone giuridiche la disciplina dell'art. 414 c.p.p. (che richiede in caso di riapertura delle indagini il decreto motivato del Gip), stante il combinato dell'art. 58 con l'art. 34 del d.lgs. 231/2001, che crea appunto un microcodice, in base al quale in materia di illeciti amministrativi degli enti si osservano prima le norme del d.lgs. 231/2001, poi, "in quanto compatibili", le disposizioni del codice di procedura penale, con la relativa pericolosa ricaduta in tema di deroga alla disciplina di cui all'art. 407 c.p.p., in tema di termini di durata massima delle indagini preliminari: la tenuta del principio di obbligatorietà dell'azione penale sarebbe quindi su più fronti pericolosamente compromessa.

Tale ultima posizione dottrinale non sembra condivisibile, anche solo sotto il profilo dei rilievi procedurali agganciati alla "sospetta" illegittimità dell'art. 58 d.lgs. 231/2001 si può osservare che la norma di cui all'art. 58 è certamente una norma eccezionale nel sistema e risponde alle specificità di un sistema di responsabilità degli enti tratteggiato, come si è ricordato già nella Relazione

⁵³² G. VARRASO, *Il Procedimento per gli illeciti amministrativi degli enti*, in *Trattato di procedura penale*, 2012, pag. 293 e ss.,.

⁵³³ G. VARRASO, *ult. cit.*, pag. 296.

dallo stesso legislatore come “*tertium genus*”, che come tale deve, sempre stando alle parole del legislatore, deve coniugare “i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo”, *id est*, cercare almeno dei temperamenti al principio di obbligatorietà dell’azione penale, di conseguenza sembra più coerente individuare come eccezionale la natura della regola posta dall’art. 58 e quindi evitare una conseguente ricaduta interpretativa circa l’inapplicabilità dell’art. 414 c.p.p. al procedimento a carico delle persone giuridiche.

Un’altra indicazione in questo senso possiamo trarre dallo stesso legislatore sempre dalla Relazione d.lgs. 231/2001 dove appunto si dice che questo *tertium genus* di responsabilità deve “contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”,⁵³⁴ cioè non vi è spazio per una deroga delle norme a garanzia del cittadino e quindi della persona giuridica, in quanto compatibili, quindi non può essere derogata la norma “garantista” di cui all’art. 414 c.p.p., che in caso di riapertura delle indagini richiede il decreto motivato del Gip, proprio per il necessario collegamento, questo correttamente individuato dalla criticata dottrina, con l’art. 407 c.p.p. in tema di termini di durata massima delle indagini preliminari. Infine, può osservarsi che è la stessa dottrina criticata⁵³⁵ che nell’escludere la compatibilità dell’art. 414 c.p.p. con il microcodice creato dall’art. 34 d.lgs.231/2011, avverte che la libertà del PM di riaprire le indagini non è comunque assoluta perchè dovrà comunque tenere presente l’effetto preclusivo del decreto di archiviazione del Gip (cioè la preclusione di riaprire le indagini sul medesimo fatto *rebus sic stantibus*), come, per altro, recentemente ribadito dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione⁵³⁶.

Di poi, per quel che qui più interessa, va anche osservato che il dibattito non può essere limitato solo ai dati interni al sistema nazionale.

Sotto il profilo dell’indagine storico-comparativa fin qui condotta appare, infatti, chiaro che il sistema di responsabilità delle persone giuridiche come

⁵³⁴ Cfr. Relazione d.lgs. 231/2001 § 1.1. La natura giuridica della responsabilità.

⁵³⁵ G. VARRASO, *Il Procedimento per gli illeciti amministrativi degli enti*, cit., pag. 303 e ss.,.

⁵³⁶ Cass. Sez. Un. 24/06/2010, in CED Cass. n. 247834.

introdotto nel sistema penale italiano sia un trapianto giuridico da quello statunitense: è lo stesso legislatore che nella Relazione al decreto, nel delineare al § 3.3. *I criteri di imputazione sul piano soggettivo*, ci dice in maniera esplicita di essersi ispirato al sistema statunitense “dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti”, il che è come ammettere l’importazione del modello da quel sistema, dato che, come si cerca di dimostrare in questo lavoro, è proprio il sub-istituto del *compliance program* a caratterizzare il modello di responsabilità penale delle persone giuridiche statunitense e quindi a renderlo poi riconoscibile nella circolazione negli altri sistemi giuridici, perciò di conseguenza c’è poco da stupirsi se insieme a quel modello sostanziale di responsabilità penale delle persone giuridiche circolino altresì le connesse esigenze di discrezionalità dell’azione penale, sia pure nella moderata forma di una discrezionalità all’archiviazione da parte del PM, senza vaglio del giudice, mutate dall’originario sistema statunitense.

Si vuole cioè affermare che ad onta di quel che dice il legislatore nella Relazione introduttiva, per cui la discrezionalità del PM ad archiviare senza il vaglio giurisdizionale del Giudice sia dovuto al fatto che la disposizione è a sua volta ispirata all’art. 18 comma 2 legge 689/1981, che costituendo un illecito amministrativo non pone l’esigenza di controllare il corretto esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero, in realtà è probabilmente possibile affermare, sotto il profilo della circolazione dei modelli, che il modello sostanziale della responsabilità penale delle persone giuridiche statunitense sia circolato nel nostro sistema non completamente disgiunto dai profili di discrezionalità dell’azione penale a cui è strettamente connesso, come si è sopra visto, parlando dell’ampia discrezionalità dell’azione penale da parte dei *prosecutors* nel sistema statunitense.

9.3 Molto discussa è l'efficacia empirica dei *compliance programs* nel sistema statunitense⁵³⁷.

Il problema principale che si evidenzia, anche utilizzando le Tabelle statistiche ufficiali delle *U.S. Sentencing Commission*, è che a fronte del numero complessivo di *corporations* condannate in dibattimento, il numero di quelle dotate di un "*effective compliance program*" è assai ridotto, ciò è già stato in parte evidenziato quando si è parlato della sentenza *Booker*, riportando le Tavole 54 *pre e post-Booker* del 2005 (*supra* Cap. 9.3), si aggiungono ora all'indagine ulteriori e più recenti Tavole ufficiali tratte dal sito istituzionale della *U.S. Sentencing Commission*, che confermano la sopra indicata tendenza:

Table 54⁵³⁸

Fiscal Year 2010 (cases sentenced 149)

ORGANIZATIONS SENTENCED UNDER CHAPTER EIGHT: CULPABILITY FACTORS

| <i>Effective Compliance and Ethics Program - §8C2.5(f)</i> | <i>Number/Percent</i> |
|--|-----------------------|
| Organization did have an effective compliance program | 0/0.0 |
| Organization had no compliance program | 60/100.0 |
| TOTAL | 60/100.0 |
| <i>Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility - §8C2.5(g)</i> | |
| Reported offense to governmental authorities | 1/1.7 |
| Cooperated with investigation | 33/55.0 |
| Accepted responsibility | 18/30.0 |
| Organization did not self-report, cooperate, or accept responsibility | 8/13.3 |
| TOTAL | 60/100.0 |

⁵³⁷ Per l'efficacia nel sistema italiano e la differenza con quello statunitense *infra* Cap. 12.

⁵³⁸ Fonte: *U.S. Sentencing Commission, 2010 Datafile, USSCFY10*; reperibile sul sito istituzionale: http://www.ussc.gov/Data_and_Statistics/Annual_Reports_and_Sourcebooks/2010/Table54.pdf.

Table 54⁵³⁹

Fiscal Year 2011 (cases sentenced 160)

ORGANIZATIONS SENTENCED UNDER CHAPTER EIGHT: CULPABILITY FACTORS

| <i>Effective Compliance and Ethics Program - §8C2.5(f)</i> | <i>Number/ Percent</i> |
|---|-------------------------------|
| Organization did have an effective compliance program | 0/0.0 |
| Organization had no compliance program | 74/100.0 |
| TOTAL | 74/100.0 |
| <i>Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility - §8C2.5(g)</i> | |
| Reported offense to governmental authorities | 3/4.1 |
| Cooperated with investigation | 44/59.5 |
| Accepted responsibility | 19/25.7 |
| Organization did not self-report, cooperate, or accept responsibility | 8/10.8 |
| TOTAL | 74/100.0 |

Come si può agevolmente osservare le *corporations* condannate (in dibattimento), per le quali sono state applicate le *Guidelines*, non erano dotate, negli anni fiscali 2010 e 2011, di un *effective compliance program*, che permettesse loro uno sconto di pena, si può però, altresì, altrettanto agevolmente notare come è aumentata dal 2010 al 2011 la percentuale delle *corporations* che hanno collaborato con l'autorità investigativa (nel 2011, il 59,5 % corrispondente a 44 *corporations*), rimanendo pressoché costante la percentuale di quelle che hanno ammesso le proprie responsabilità (nel 2011, il 25,7% corrispondente a 19 *corporations*).

Già l'*Advisory Group*, di cui si è parlato⁵⁴⁰ a proposito del lavoro di emendamento delle *Guidelines*, effettuato nel 2003, nel suo *Report* dell'ottobre 2003⁵⁴¹, aveva evidenziato questo fenomeno "*The extremely small number of organizations that received credit at sentencing for effective compliance programs and self-reporting, based on Commission data files, is potentially misleading because it seriously understates the value of an effective compliance program*", tuttavia la Commissione dell'*Advisory Group* si

⁵³⁹ Fonte: U.S. Sentencing Commission, 2011 Datafile, USSCFY11; reperibile sul sito istituzionale: http://www.uscc.gov/Data_and_Statistics/Annual_Reports_and_Sourcebooks/2011/Table54.pdf.

⁵⁴⁰ *Supra* Cap. 8.1 .

⁵⁴¹ Reperibile sempre sul sito istituzionale <http://www.uscc.gov>.

limitava nel suo rapporto a dare questa semplicistica spiegazione del fenomeno *“The Advisory Group believes that an important part of preventing and deterring organizational violations of law resides in keeping the public informed in an appropriate way about how organizations are “rewarded” for being “good corporate citizens” through compliance programs...”*, cioè tutta la spiegazione del fenomeno riposerebbe semplicemente in una cattiva informazione *“public”* (al pubblico o da parte delle istituzioni pubbliche ?!) circa i vantaggi che possono derivare ad una *corporation* comportandosi da *“good corporate citizen”*, da buona *“cittadina”*, adottando un efficace *compliance program*.

In effetti tale spiegazione appare troppo semplicistica soprattutto alla luce della già esaminata dicotomia tra *law in the book* e *law in action* di cui si è parlato nel paragrafo immediatamente precedente, ci si riferisce cioè in particolare al già ricordato diverso atteggiarsi dell'azione concreta dei *Prosecutors* federali rispetto alla normativa (*in the book!*) delle *Guidelines*, connesso al diverso atteggiarsi del potere discrezionale dei *Prosecutors* statunitensi rispetto al nostro ordinamento.

Si è cioè osservato che l'apparente limitato effetto empirico dei *compliance programs* e quindi la loro scarsa incidenza nella Tabelle ufficiali della *Sentencing Commission*, potrebbe essere spiegato in riferimento alla possibilità che i *Prosecutors* federali non esercitino l'azione penale proprio nei confronti delle *corporations* dotate di un efficace *compliance program*, per cui quelle che pervengono al dibattimento e vengono poi condannate sono proprio quelle mancanti di un efficace *compliance program*.

Tale tesi non può però essere adeguatamente supportata sul piano statistico perché, come ha osservato sul punto la dottrina statunitense,⁵⁴² il Dipartimento di Giustizia non tiene delle accurate statistiche sulle ragioni che portano, caso per caso, a rinunciare all'azione penale nei confronti delle

⁵⁴² FRANK O. BOWMAN III, *Drifting down the Dnieper with the prince Potemkin: some skeptical reflections about the place of compliance programs in federal criminal sentencing in 39 Wake Forest L. Rev. 671 2004, pag. 671 e ss.*, in particolare sul punto (pag. 685): *“However, it is impossible to know how often compliance programs have played a real role in declination decisions because the Justice Department does not maintain accurate statistics on the reasons for corporate declinations and will not release the information it does have”*.

corporations, pertanto non può stabilirsi con certezza il “peso” complessivo che ha la presenza di un “*effective compliance programs*” nelle decisioni dei *prosecutors* federali di rinunciare all’incriminazione o alla continuazione dell’azione penale nei confronti delle *corporations*.

Quello che certamente si può affermare a supporto della suddetta tesi è che il punto 5 del *DOJ Corporation Prosecution Principles: Nine Factors*⁵⁴³, prevede che “*The existence and effectiveness of the corporation's pre-existing compliance program*” è una delle condizioni che deve guidare i *Prosecutors* nella loro decisione se rinunciare all’incriminazione o a proseguire l’azione penale nei confronti di una *corporation*, perciò la presenza o l’assenza di un “*effective compliance programs*” ha certamente “un peso” nelle decisioni dei *Prosecutors* federali, anche se non è dato poterne “misurare” la rilevanza con precisione.

⁵⁴³*Supra* Cap. 9.1 .

Capitolo X

La circolazione del modello in europa : il modello francese e “le due anime” della persona giuridica francese nella dicotomia tra formante legislativo e formante giurisprudenziale.

Sotto il profilo della circolazione dei modelli il sistema francese può forse alternativamente essere considerato o come frutto più diretto della circolazione sul continente del sistema inglese, stante la prevalenza di un meccanismo di immedesimazione organica nella costruzione legislativa del sistema della responsabilità penale della persona giuridica, oppure, è questa la tesi che qui si preferisce, frutto pur sempre del trapianto giuridico del sistema statunitense: infatti il sistema francese, pur non abbandonando nell’impianto legislativo originario l’idea, di matrice tedesca, che la persona giuridica è un ente fittizio, un corpo senz’anima che ha bisogno di persone fisiche per volere ed agire, appunto di quegli “organi o rappresentanti” a cui fa riferimento art. 121-12 del codice penale francese, nella prassi giurisprudenziale “recupera” alcuni dei tratti caratteristici del modello statunitense, in particolare, operando, a livello giurisprudenziale, una vera e propria “ricostruzione” della responsabilità penale delle persone giuridiche incentrata sulla “colpa di organizzazione”, come colpa autonoma della persona giuridica.

Non si può perciò condividere pertanto quella dottrina, che asserisce superato dal sistema francese il principio del “*societas delinquere non potest*”, salvo immediatamente precisare che tale principio si deve intendere superato “almeno formalmente”⁵⁴⁴, sembra invece che possa plausibilmente affermarsi che nel diritto vivo e giurisprudenziale il principio sia stato sostanzialmente superato ed anzi un residuo “formale” è proprio la disposizione legislativa sopra indicata (art. 121-12) che continua a richiedere un “ineliminabile requisito di carnalità”⁵⁴⁵, cioè “un organo o rappresentante” che commetta il reato per conto della persona giuridica, disposizione che pertanto

⁵⁴⁴ C. DE MAGLIE, *L’etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 188 e ss.,.

⁵⁴⁵ Così, invece correttamente, C. DE MAGLIE, ult. cit., pag. 204.

abbisognerebbe di un adeguamento legislativo al fine di recepire, anche formalmente, i risultati della prassi giurisprudenziale.

Per altro è lo stesso legislatore che nella relazione introduttiva dichiara che la riforma del '94⁵⁴⁶ nasce dall'urgenza della prassi "che la realtà criminologica" dimostra che "l'attuale immunità delle persone giuridiche appare scioccante", ciò avrebbe dovuto portare ad un modello di responsabilità basato su una colpa autonoma della persona giuridica, ma poi probabilmente l'influenza della tradizione dottrinale, che aveva a lungo difeso il principio *societas delinquere non potest*, ha portato il legislatore alla elaborazione del c.d. modello della colpa per "*par ricochet*" o per rappresentanza.

L'originaria versione del codice del 1994 recitava pertanto all'art. 121-2 (co I)

c. p. :

"Le persone giuridiche, ad eccezione dello Stato, sono penalmente responsabili, in base alle distinzioni previste dagli art. 121-4 e 121-7 (relativi alla distinzione tra azione consumata e tentata e al complice) e nei casi previsti dalla legge e dal regolamento (c.d. principio di specialità, poi abrogato), dei reati commessi, per loro conto, dai propri organi o rappresentanti"(c.d. responsabilità "*par ricochet*").

Il sofisma introdotto dal legislatore francese era dunque "questi soggetti sono responsabili poiché hanno organi che agiscono per loro conto"⁵⁴⁷, attraverso l'adesione del legislatore alla teoria della immedesimazione organica, si consacrava cioè un modello della responsabilità c.d. "*par ricochet*", per rappresentanza: almeno nell'intenzione legislativa la responsabilità degli enti si rilevava essere quindi un riflesso, una eco, di quella dei loro "organi e rappresentanti"⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Per vero il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche era già stato previsto in un progetto di codice del 1930 (c.d. *progetto Matter*), ma tale progetto di riforma non andò in porto.

⁵⁴⁷ In questo senso Jacques-Henry ROBERT, *La Responsabilità penale degli enti in Francia*, in "*Diritto Penale XXI sec.*", 2008, pag. 275 e ss..

⁵⁴⁸ La dottrina, A. MANNO, *La responsabilité pénale delle persone morales*. Aporie e ristrutturazioni del modello di imputazione degli enti nel *nouveau Code Pénal* francese, Palermo, 2004, pag. 40, parla in proposito di responsabilità di "rimbalzo", che necessita del supporto dell'intervento umano, degli elementi sia materiali che psicologici della persona fisica, che ha agito "*pour le compte*" della persona giuridica e ricorda, altresì, a sostegno di tale impostazione la Circolare del generale del Guardasigilli francese, del 14/05/1993, che richiede come presupposto indispensabile per la responsabilità penale di una *personne morale*, che sia stata preventivamente accertata la responsabilità, in quanto autore o complice, di una o più persone fisiche che rappresentano la persona giuridica (A. MANNO, op. ult. cit., pag. 41 nota 84).

Tale sofisma, come vedremo, subirà presto l'attacco delle Corti di merito, miranti ad elaborare un autonomo concetto di colpa delle persone giuridiche, basata su una "negligenza grave" della società o su una "politica di impresa sbagliata"⁵⁴⁹ (c.d. modello della colpa diffusa).

Prima di analizzare, però, il suddetto paradigma giurisprudenziale delle Corti di merito ed il suo contrasto con la Corte di legittimità, sono necessarie alcune sintetiche note di completamento circa l'evoluzione legislativa del sistema francese e delle brevi note comparative del sistema, come delineato dal legislatore francese, con il sistema statunitense e con quello italiano.

L'evoluzione legislativa più importante riguarda in particolare l'abolizione del principio di specialità per la punibilità dei reati delle persone giuridiche da parte dell'art. 54 della legge 204-2004 (c.d. legge *Loi Perben II*), ciò comportando, a partire dall'entrata in vigore della suddetta legge, cioè dal 31/12/2005, la responsabilità penale delle persone giuridiche per ogni tipo di reato (tranne i reati in materia di stampa e telecomunicazioni).

La suddetta legge ha però aperto il problema di quale sanzioni applicare alle persone giuridiche nel caso in cui le si debba punire in forza di tale responsabilità generale e fuori dei casi previsti specificatamente da una precedente legge o regolamento.

Anche circoscrivendo il problema all'applicazione della sola pena pecuniaria l'art. 55 della legge *Loi Perben II* si limita a prevedere che:

"quando si tratta di un crimine per il quale non è prevista alcuna sanzione pecuniaria in capo alle persone fisiche, l'ammenda delle persone giuridiche è di 1.000.000 di euro".

La disposizione si spiega ricordando che l'originario impianto legislativo (art. 131-38 c.p.) prevede che l'ammenda massima applicabile alle persone giuridiche è pari ad un quintuplo del massimo applicabile alle persone fisiche: ne consegue una disparità di trattamento tra le due ipotesi, in quanto se la norma penale non prevede per quel reato alcuna sanzione per la persona

⁵⁴⁹ S. GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pag. 593 e ss.,.

fisica, l'ammenda per la persona giuridica non potrà essere superiore ad un milione di euro e solo se si tratta di un crimine.⁵⁵⁰

In relazione a qualche nota comparativa con il sistema statunitense e con quello italiano si può subito segnalare, che a differenza dei due suddetti sistemi, il sistema francese non prevede alcun *program*, che se preventivamente ed efficacemente attuato, possa escludere o anche solo attenuare, la responsabilità penale della persona giuridica, manca quindi, in generale, a livello di politica criminale, ogni idea di "*partnership*" pubblico-privato nella lotta alla criminalità di impresa⁵⁵¹, che incentivi l'impresa stessa a prevenire i reati che possono maturare nel contesto aziendale.

Risalta, inoltre, come, a differenza del sistema italiano che esclude l'applicazione del d.lgs. 231/2001 "allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale" (art. 1 d.lgs 231/01), il legislatore francese, in forza del principio di eguaglianza, si spinge a prevedere la responsabilità penale anche per le persone giuridiche pubbliche, ad eccezione dello Stato, poiché esso stesso titolare della potestà punitiva, e "delle collettività territoriali e i loro consorzi che sono colpevoli penalmente solo delle infrazioni commesse nell'esercizio di attività suscettibili di essere oggetto di convenzione di delegazione di servizio pubblico"(art. 121-2, comma II c.p.).

La dottrina ha chiarito che tali attività sono quelle che possono essere delegate a persone giuridiche di diritto privato.

Così se un Comune fornisce un servizio di trasporto, di nettezza urbana, di distribuzione di acqua potrà rispondere penalmente alla stessa stregua di una società concessionaria: ma i cittadini pagheranno l'eventuale disservizio due volte, quando gli è stato malamente offerto e quando, a causa della repressione penale della persona giuridica, probabilmente il costo del servizio aumenterà!⁵⁵².

⁵⁵⁰ Jacques-Henry ROBERT, *La Responsabilità penale degli enti in Francia*, cit. pag. 606 ss.

⁵⁵¹ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità di impresa nel d.lgs. 231/2001. Il problema della importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in A.G.E. 2/2009, pag. 223 e ss.

⁵⁵² Sul punto efficacemente C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 198-199.

Il terzo comma dell'art.121-2 c.p. recita poi:

“La responsabilità penale delle persone giuridiche non esclude quella delle persone fisiche autrici o complici dei medesimi fatti”.

Il legislatore stesso, nell'esposizione dei motivi del progetto del codice, precisa che con tale disposizione ha voluto evitare che “la responsabilità penale delle persone giuridiche costituisca uno schermo per mascherare le responsabilità personali”, salvo poi a precisare “sparirà (tuttavia) la presunzione penale che pesa oggi sui dirigenti, rispetto a violazioni di cui essi talvolta ignorano l'esistenza; così sarà meglio rispettato il principio fondamentale secondo il quale, in diritto penale, ognuno risponde solo per il fatto proprio”⁵⁵³.

Già all'alba dell'emanazione del codice del 1994, autorevole dottrina, sulla base di tale intenzione legislativa, osservava che la prassi giurisprudenziale avrebbe certo portato ad una “interpretazione restrittiva della responsabilità dei dirigenti”, soprattutto per tutte quelle violazioni determinate da negligenze o imperizia delle persone giuridiche, correlate ad un difetto “di concezione o di organizzazione” dell'impresa⁵⁵⁴.

Pertanto si può affermare che, già dall'esame dei motivi del progetto del codice nonché anche dai primi autorevoli commenti dottrinali al nuovo codice del '94, era già in *nuce* quella dicotomia tra formante legislativo e formante dottrinale, che avrebbe portato alla costruzione giurisprudenziale di un diritto vivente che la stessa dottrina francese è arrivata a definire addirittura “*contra legem*”⁵⁵⁵.

In effetti tale espressione sembra troppo forte e si ridimensiona molto se il fenomeno viene inquadrato nella giusta prospettiva della circolazione dei modelli giuridici, infatti, ad onta della concezione del legislatore, che sia pure già incrinata nei motivi del progetto, mira ad introdurre un modello di responsabilità delle persone giuridiche di semplice “rimbalzo” a quella dei loro organi e rappresentanti, di contro, la forza della circolazione di un modello di

⁵⁵³ Esposizione dei motivi del progetto di legge, p. 6.

⁵⁵⁴ J. PRADEL, “Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale”, in *Id. Pen.*, 1994, pag. 5-26, in particolare sul punto pag. 16 e ss.,.

⁵⁵⁵ Jacques-Henry ROBERT, *La Responsabilità penale degli enti in Francia*, cit., pag. 279.

responsabilità autonoma delle persone giuridiche (meglio rispondente a più realistiche esigenze criminologiche collegate al fenomeno della criminalità di impresa), si è imposta nel formante giurisprudenziale, specie nelle Corti di merito, generando un modello di colpa autonoma delle persone giuridiche, che i Tribunali per nascondere in qualche modo l'allontanamento dal modello legislativo, hanno denominato "colpa diffusa"⁵⁵⁶.

In particolare il modello c.d. della colpa diffusa ha trovato prevalente applicazione in materia di reati colposi, cioè della violazione di regole di diligenza, il cui rispetto è direttamente imputabile alla persona giuridica, permettendo, per questa via, di condannare la persona giuridica, indipendentemente all'identificazione della persona fisica responsabile⁵⁵⁷.

Tale orientamento giurisprudenziale appare prevalente soprattutto nelle Corti di merito, che si sono spinte persino ad ipotizzare una colpa di gestione ("*faute de gestion*"), ricercando cioè la prova dell'elemento soggettivo del delitto, non più in capo persone fisiche dei rappresentanti, ma direttamente nelle persone giuridiche, come colpa di organizzazione⁵⁵⁸.

Sul piano statistico, infine, può ricordarsi che il più recente studio effettuato sulle condanne subite dalle persone giuridiche francesi, risalente al 2008 e relativo al periodo 2003-2005⁵⁵⁹, rileva la prevalenza di condanne per reati in materia di lavoro nero, seguite da condanne per violazioni della legge sulla concorrenza e sui prezzi e da condanne per lesioni ed omicidi colposi⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ L'espressione, invero, si deve alla dottrina francese J-C SAINT PAU, *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction* in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, p. 71 e ss.,.

⁵⁵⁷ Sul punto Cass. Pen. 01/12/1998, D, 2000, p. 34, conforme in dottrina S. GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, cit., pag. 631 e ss.,.

⁵⁵⁸ Cfr. per una più ampia e dettagliata analisi della giurisprudenza di merito, S. GIAVAZZI, op. ult. cit., pag. 634 e ss.,.

⁵⁵⁹ Lo studio è reperibile in www.justice.gouv.fr.

⁵⁶⁰ Per un breve commento cfr. F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., pag. 142.

Capitolo XI

Il trapianto giuridico nel sistema italiano del *program* statunitense e l'evoluzione verso l'effetto scriminante ed il problema del carattere obbligatorio o facoltativo dei *programs* italiani. Richiami alla riforma del diritto societario del 2003.

L'influenza del prestigio del modello americano, che già nel 1988 aveva portato il legislatore italiano all'importazione in Italia di un sistema processuale modellato su quello accusatorio statunitense, trova una nuova manifestazione nel diritto penale italiano con il d.lgs. 231/01 sulla c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che introduce appunto anche nel diritto italiano, sulla scia dei c.d. "*compliance programs*" statunitensi, i c.d. modelli di organizzativi-gestionali, atti ad attenuare o addirittura escludere la responsabilità penale della persona giuridica.

Che il sistema dei modelli organizzativi-gestionali, come introdotto nel sistema penale italiano, sia un trapianto giuridico di quello statunitense, è lo stesso legislatore italiano che esplicitamente lo afferma nella *Relazione al decreto 231/2001*, infatti nel delineare al § 3.3. *I criteri di imputazione sul piano soggettivi*, ci dice in maniera esplicita di essersi ispirato al sistema statunitense "*dei compliance programs da tempo funzionante negli Stati Uniti*", anzi, come si cerca di dimostrare in questo lavoro, è proprio il substituto del *compliance program* (rispetto al modello generale della responsabilità delle persone giuridiche) a caratterizzare il modello statunitense e a renderne riconoscibile la circolazione negli altri sistemi giuridici.

Al dato formale sopra rilevato bisogna però aggiungere, sul piano sostanziale, che, com'è stato autorevolmente scritto, la circolazione di un modello, o più propriamente secondo la nozione delineata dal suddetto autore la circolazione di un "flusso giuridico", da un sistema a un altro, avviene perché risponde a un "bisogno"⁵⁶¹, pertanto se nessun flusso giuridico determina

⁵⁶¹ M. LUPOI, *Flussi giuridici in La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico in Lo stile della sentenza e l'utilizzazione dei precedenti*. A cura di L. VACCA, Torino, 2000, pag. 85-102; in particolare è utile ricordare come LUPOI definisca il **flusso giuridico** come "*Qualsiasi dato dell'esperienza*

l'osservazione dei costumi di una di una tribù sub-sahariana, ne ha invece determinati moltissimi i dibattiti sulla *corporate governance* negli Stati Uniti⁵⁶², ovviamente perché corrispondono al bisogno di *corporate governance* degli altri sistemi giuridici; in questo senso, ci sembra si possa ragionevolmente affermare che l'introduzione dei *compliance programs* nel sistema italiano risponda a un "bisogno" strettamente connesso alla *corporate governance*, manifestatosi poi, anche nel diritto societario, con la riforma del 2003.

Va, però, rilevato che nel sistema italiano l'istituto del *compliance program* (o modello di adeguamento) si è evoluto verso un effetto esimente⁵⁶³ della responsabilità penale, mentre nel sistema statunitense esso può portare solo ad un effetto attenuante della pena, il che è stato segnalato dalla dottrina statunitense proprio come un limite all'efficacia deterrente dei *compliance programs* statunitense, nel senso che essi non offrono un sufficiente sconto di pena per indurre le imprese a collaborare con l'autorità giudiziaria, esponendole comunque all'incriminazione.

Tuttavia, nonostante l'indiscutibile influenza del prestigio del modello statunitense dei *compliance programs* nell'introduzione nel sistema italiano modelli organizzativi di gestione e controllo, è soprattutto la spinta del legislatore comunitario a determinare l'emanazione del d.lgs. 231/2001 sulla c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Solo dopo la Raccomandazione R (88) 18 del 1988 relativa appunto alla "responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi", nonché la Convenzione del 1997 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea e la Convenzione OCSE, sempre del 1997, per la lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri⁵⁶⁴, si arriverà finalmente ad emanare l'art. 11

giuridica il quale, proprio di un ordinamento, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio" (M. LUPOLI, op. ul. cit. pag. 85), tale squilibrio, spiega sempre la suddetta dottrina, è dovuto al fatto che quel flusso è considerato *rilevante* perché rispondente ad un bisogno e, pertanto, il sistema che lo richiama alla fine ritorna in equilibrio o respingendo il flusso o metabolizzandolo (M. LUPOLI, op. ul. cit. pag. 86).

⁵⁶² M. LUPOLI, op. ul. cit. pag. 85.

⁵⁶³ Cfr. art. 6 comma 1 lett. a) del d.lgs. 231/2001 ("l'ente non risponde, se prova") e art. 7 comma 2 ("In ogni caso è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza...").

⁵⁶⁴ Sul punto C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pag. 232 e ss.,.

della legge delega 300 del 2000 sulla “disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”, poi attuato con il decreto legislativo 231/2001 .

Si noti che i suddetti atti comunitari non indicavano la sanzione penale come unica *chance* per gli Stati membri, ma lasciavano la possibilità di scegliere “le misure necessarie” e comunque quelle che meglio si adattavano al sistema giuridico degli Stati membri, ecco perché la legge delega 300 del 2000 parla di “responsabilità amministrativa” delle persone giuridiche, ma come è noto questa è stata definita una “frode delle etichette”: la dottrina dominante, infatti, (per tutti Padovani)⁵⁶⁵ la qualifica più propriamente come responsabilità penale, la responsabilità dell’ente è infatti accertata dal giudice penale competente da cui dipende il reato⁵⁶⁶ (art. 36 comma 1 d.lgs. 231/2001), con le forme del processo penale in quanto compatibili (art. 34 d.lgs. 231/2001)⁵⁶⁷.

Con tale intervento legislativo si è quindi finalmente giunti al superamento del noto brocardo “*societas delinquere non potest*” e dell’impianto “personalistico” del sistema costituzionale italiano, recuperando il principio della responsabilità personale e colpevole della persona giuridica attraverso la c.d. “colpa di organizzazione” o di vigilanza⁵⁶⁸, consistente nella condotta

⁵⁶⁵ T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, pag. 93 e ss. A supporto della natura penale della responsabilità delle persone giuridiche l’autore ricorda anche Cass. Sez. II n. 3615/2006: “ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la natura sostanzialmente penale, forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell’imputazione criminale”.

⁵⁶⁶ Sul punto, tuttavia, B. ROMANO, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Padova, 2013, pag. 230 e ss., che sostiene invece la tesi, sul modello tedesco, della natura penale-amministrativa della responsabilità degli enti e critica fortemente proprio questo disposto normativo in quanto snaturerebbe il collegamento tra diritto e processo penale che vedeva come possibili imputati solo le persone fisiche.

⁵⁶⁷ Dalla natura, formalmente amministrativa, o sostanzialmente penale, della responsabilità delle persone giuridiche prevista dal d.lgs. 231/2001, si è voluto fare dipendere anche la questione della ammissibilità o meno della **costituzione di parte civile a carico dell’ente**, essendo favorevoli alla sua ammissibilità solo coloro che sostengono la natura penale della responsabilità; tuttavia da ultimo Cass. pen.. Sez. VI 22/01/2011 n 2251 ha escluso che la questione della ammissibilità della costituzione di parte civile a carico dell’ente dipenda dalla soluzione della natura giuridica di tale responsabilità, definendo la questione meramente nominalistica, ed ha invece supportato la sua decisione di escludere l’ammissibilità della costituzione a carico dell’ente, sul dato tecnico che il d.lgs. 231/2011 non fa alcun richiamo o riferimento alla costituzione di parte civile a carico dell’ente, e ciò, non per mera lacuna normativa, ma piuttosto per una scelta consapevole del legislatore, che ha voluto derogare, intenzionalmente, alla regolamentazione codicistica.

⁵⁶⁸ In questo senso T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit. , pag. 94; “Di colpa di organizzazione o comunque di reato quanto meno espressione della politica aziendale” parla anche la stessa Relazione governativa al d.lgs. 231/2001, si veda sul punto il § 3.3. *I criteri di imputazione sul piano soggettivo*, reperibile in *Guida al dir.* n. 26/2001.

dell'ente di non avere sufficientemente vigilato sui propri organi e dipendenti e di non avere predisposto opportuni modelli organizzativi, atti a prevenire la commissione di reati societari: il fondamento della c.d. colpa di organizzazione appare dunque essenzialmente omissivo e si basa sul mancato impedimento (attraverso la vigilanza e la predisposizione di appositi modelli organizzativi) dei reati indicati dalla legge e commessi dagli organi sociali e dai dipendenti nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5 d.lgs. 231/2001).

Appare opportuno adesso sviluppare alcune considerazioni circa il carattere obbligatorio o facoltativo dei *programs* italiani, anche in relazione ad una possibile comparazione con la già richiamata vicenda evolutiva in senso facoltativo (*advisory*) delle *Guidelines* nel sistema statunitense, determinata dalla sopra richiamata sentenza *Booker*⁵⁶⁹.

L'originario impianto del d.lgs. 231/2001 è certamente caratterizzato da una ampia facoltatività nell'adozione del modello organizzativo gestionale da parte degli enti, ciò per altro favorito dalla limitata portata originaria dei reati tassativamente ascrivibili alle persone giuridiche⁵⁷⁰, ma come è noto il novero dei reati ascritti alla responsabilità degli enti si è sempre più ampliato nel tempo, fino all'introduzione della recente responsabilità in materia ambientale (d.lgs. 121/2011)⁵⁷¹, di modo che oggi sono scrivibile all'ente più di 200 tipologie di reati e perciò è molto difficile che le persone giuridiche possano operare in un settore potenzialmente non interessato dallo spettro di operatività del d.lgs. 231/2001.

Ci si è chiesto pertanto, sia in dottrina che in giurisprudenza, se l'originario impianto facoltativo del modello organizzativo gestionale del d.lgs. 231/2001 non abbia, stante la sua innegabile forza "centrifuga",⁵⁷² subito una evoluzione verso una qualche forma di "mascherata" doverosità, in parte decodificante dell'originario schema facoltativo proposto dal legislatore del 231.

⁵⁶⁹ *Supra* Cap. 8.3.

⁵⁷⁰ Così S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. 231/2001: il modello organizzativo e la giurisprudenza*, in *Corriere Giuridico*, Ipsoa, Suppl. Spec. 02/2010, pag. 5 e ss., in particolare sul punto pag. 14.

⁵⁷¹ Su cui *amplius infra* Cap. 13.

⁵⁷² S. BARTOLOMUCCI, *ult. cit.*, pag. 16.

Tuttavia è stato correttamente osservato⁵⁷³ che la valutazione negativa circa l'inopportunità dell'adozione di un modello organizzativo gestionale (sotto il profilo, ci sembra di poter aggiungere a chiarimento, dell'analisi costi-benefici) può ancora oggi derivare dal fatto che la società si trovi in fase di *start-up* o simmetricamente in fase di liquidazione, o comunque che si tratti di una piccola o media impresa con operatività locale e che non intrattiene rapporti contrattuali con la P.A. .

I profili critici su cui si è concentrata l'attenzione della dottrina⁵⁷⁴ riguardano invece soprattutto alcuni modelli legislativi caratterizzati da una più o meno intenso grado di "doverosità" nell'adozione.

Ci si riferisce in particolare:

- a) al Regolamento della Borsa italiana s.p.a. del 21/12/2006, approvato con delibera Consob n. 15786 del 02/02/2007, in relazione, in particolare, ai requisiti necessari per ottenere la qualifica S.T.A.R. da parte degli Emittenti;
- b) all'art. 30 del T.U. Sicurezza del d.lgs. 81/2008, che detta le linee guida legislative per la costruzione di un modello organizzativo gestionale, con efficacia esimente, almeno *iuris tantum*, dei reati commessi dagli enti ex art. 25 *septies* in materia di omicidio colposo e lesioni gravi con violazione delle norme sulla salute e sicurezza sul lavoro;
- c) alla legge n. 15/2008 della Regione Calabria che obbliga le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria ad adeguare, entro il termine del 31/12/2008, i propri modelli organizzativi a quelli del d.lgs. 231/2001;

Circa la disposizione sub a) va sottolineato come il suddetto Regolamento di Borsa per l'attribuzione della qualifica di S.T.A.R. richiede "l'aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo preventivo previsto dall'art. 6 del decreto legislativo 231/2001" (art. 2.2.3, comma 3, lett. k), a tale obbligo per altro è correlato quello dell'emittente, che ha ottenuto la qualifica S.T.A.R., di trasmettere alla Borsa italiana, entro il 10 settembre di ogni anno,

⁵⁷³ S. BARTOLOMUCCI, ult. cit., pag. 18.

⁵⁷⁴ In argomento, tra gli altri, N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in A.G.E., 02/2009, pag. 187 e ss., nonché S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. 231/2001: il modello organizzativo e la giurisprudenza*, cit.

una relazione sulla *governance* societaria e “una attestazione sull’adeguatezza e osservanza del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo previsto dall’art. 6 d.lgs. 231/2001 da parte dell’Organismo di Vigilanza” (art. 2.13.3, comma 2)⁵⁷⁵.

Per quel che qui interessa va osservata, innanzitutto, l’indubbia doverosità che assume il modello 231 ai fini dell’ottenimento della qualifica S.T.A.R. e, al contempo, che il correlato obbligo di relazione annuale sulla *governance* societaria e l’attestazione sulla “adeguatezza” del modello (*id est* la sua implementazione in relazione alle nuove esigenze legate alla vita aziendale) dimostra una forza espansiva della doverosità del modello 231 o, come stato sopra ricordato, la sua forza “centrifuga”;

Assai più complesse appaiono le problematiche poste dalla normativa di cui sub b), cioè dall’introduzione di un modello legislativo con efficacia esimente, almeno *iuris tantum*, ex art. 30 d.lgs. 81/2008.

Limitandoci anche qui alle considerazioni pertinenti questa ricerca di particolare interesse appare la disposizione di cui al comma 5 del suddetto art. 30 che così recita:

“In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001: 2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti (...); e ovviamente l’incipit di cui al comma 1, prima parte : “Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: (...).”

Per quel che qui più ci interessa va quindi notato che l’efficacia esimente per i reati di cui all’art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001 è condizionata alla presenza di un modello organizzativo gestionale “efficacemente attuato” secondo le

⁵⁷⁵ La correlazione tra tali obblighi è evidenziata da N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., pag. 196.

specifiche indicazioni date dalle lett. a), b), c), d), e), f), g), h)⁵⁷⁶, di cui al comma 1 seconda parte, che sostanzialmente “adattano” il modello generale di cui al d.lgs. 231 alle specificità richieste dalla normativa sulla salute e sicurezza sul lavoro, mentre la novità rispetto al d.lgs. 231/2001 si coglie nel comma 5, là dove il legislatore si spinge per la prima volta ad indicare “due modelli guida” nella costruzione di un modello ex art. 30 e cioè le Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o il British Standard OHSAS 18001, la cui adozione da parte dell’ente costituisce una presunzione *iuris tantum* di conformità del modello organizzativo gestionale ai requisiti richiesti dall’art. 30 e quindi, conseguentemente, ci sembra di poter dire, una presunzione *iuris tantum* della sua efficacia esimente.

S’intende che questa presunzione *iuris tantum* si riferisce alla dimensione statica del *program*, cioè alla fase di progettazione, rimanendo impregiudicato il giudizio del giudice circa la dimensione dinamica del modello, cioè la fase di attuazione.

Con riserva di analizzare in seguito la mancata riproduzione di una norma di tal genere anche nella recente normativa in materia di responsabilità ambientale degli enti⁵⁷⁷, va qui segnalato che secondo l’esposizione sopra proposta della norma e confortati dall’opinione di autorevole dottrina, il modello delineato dall’art. 30 d.lgs. 231/2008 appare essere un sub-Modello⁵⁷⁸, o forse più propriamente un modello speciale, di quello generale di cui al d.lgs. 231/2001: corollario di tale affermazione sembra perciò che, sul piano dell’efficacia esimente, un modello corrispondente ai requisiti generali di cui al d.lgs. 231/2001 non è di per sé in grado di scriminare o attenuare la

⁵⁷⁶ “(...) a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell’applicazione e dell’efficacia delle procedure adottate” (art. 30 comma I, seconda parte, d.lgs. 81/2008).

⁵⁷⁷ *Infra* § 13.

⁵⁷⁸ Così S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. 231/2001: il modello organizzativo e la giurisprudenza*, cit., pag. 15 e ss.,.

responsabilità per i reati di cui all'art. 25 *septies*, in materia di violazione di norme sulla salute e sicurezza dei lavoratori, ma occorre altresì che quel modello generale risponda ai requisiti proposti, ed in certo senso "imposti", dall'art. 30 del d.lgs. 81/2008 e più specificatamente stigmatizzati nei "due modelli guida" delle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 e del British Standard OHSAS 18001, rimane così altresì perimetrata l'ulteriore distinzione tra il Modello di cui all'art. 30 del d.lgs. 81/2008 e lo "spirito generale" del T.U. sulla Sicurezza, il primo essendo finalizzato ad una specifica azione general-preventiva in materia di reati delle persone giuridiche sulla salute e sicurezza sul lavoro, il secondo finalizzato alla generale prevenzione del rischio infortunistico⁵⁷⁹.

Circa la legge sub c), introdotta dalla Regione Calabria l. 15/2008, che obbliga le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria ad adeguare propri modelli organizzativi a quelli del d.lgs. 231/2001, ci si limita ad osservare che essa sembra esprimere una potenzialità espansiva del modello 231 anche in ambito amministrativo, poiché esprime l'interesse della PA alla contrattazione con imprese potenzialmente virtuose, in quanto dotate di *compliance programs*.

Se ne conclude che pur restando fermo l'originario impianto facoltativo del Modello generale di cui al d.lgs. 231 del 2001, esso in qualche modo implode su sé stesso, trascinato dalla sua forza "centrifuga" verso sempre più frequenti e nuovi modelli legislativi, anche regionali, permeati di una tendenziale obbligatorietà o doverosità.

Si deve per altro dare atto di un'importante pronuncia giurisprudenziale (Trib. Milano 13/02/2008)⁵⁸⁰, che ha condannato l'amministratore (negligente) di una società di capitali a risarcire alla società il danno per avere omesso di effettuare un diligente verifica circa l'opportunità di adottare o meno un programma di adeguamento per mettere al riparo la società dalla responsabilità penale *ex lege* 231/2001.

⁵⁷⁹ S. BARTOLUCCI, ult. cit., pag. 16.

⁵⁸⁰ Reperibile in *Le Società*, 12, 2008, pag. 1507 e ss., con nota di S. BARTOLUCCI.

Il contenuto della pronuncia giurisprudenziale sopra indica delinea pertanto, secondo la dottrina⁵⁸¹, non l'obbligo della *societas* di adottare il *program*, ma l'obbligo di diligenza dei suoi amministratori di verificare l'opportunità o meno della sua adozione (e di tale verifica e delle ragioni della scelta sarà opportuno che l'amministratore rediga apposita documentazione da offrire, se si renderà necessario, all'apprezzamento del giudice).

Secondo quanto evidenziato da altra dottrina⁵⁸², tale dovere di diligenza avrebbe fondamento nella riforma del diritto societario del 2003 ed in particolare nel dovere degli organi delegati, stabilito dall'art. 2381 c.c. co. V, di "curare" che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società sia adeguato rispetto alla natura e alla dimensione dell'impresa, riferendo poi al consiglio di amministrazione e soprattutto al collegio sindacale⁵⁸³, che in forza dell'art. 2403 c.c., ha il dovere di vigilare proprio "sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento".

Consegue che gli organi sociali, gravati da un obbligo di corretta e adeguata amministrazione rispetto all'assetto societario, avrebbero l'obbligo di verificare se, in base alla natura e alle dimensioni dell'ente, sia necessario o per lo meno opportuno l'adozione di un *program*, rimanendo comunque facoltativa tale scelta in capo alla *societas*, quale persona giuridica⁵⁸⁴.

Si può quindi concludere che nel confronto comparativo con il sistema statunitense risalta subito come il nostro sistema si muova in senso inverso a

⁵⁸¹ S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. 231/2001: il modello organizzativo e la giurisprudenza*, cit., pag. 15.

⁵⁸² N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., pag. 188 e ss.,.

⁵⁸³ Si osserva in dottrina, L. SCHIUMA, "Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance", in *Riv. dir. civ.*, 01/2011, pag. 57-81, in particolare sul punto pag. 59 e ss., che l'impulso alla valorizzazione delle funzioni di controllo interno del collegio sindacale è nato in ambienti normativi statunitensi, che però non conoscono l'istituto del collegio sindacale, il che spiega la difficoltà di calare la funzione di controllo all'interno dell'ordinamento italiano, stravolgendo la tradizionale funzione di controllo *ex post* del collegio sindacale, nato come organo di controllo contabile e di stretta legalità, con l'introduzione di regole o procedure e strutture organizzative finalizzate ad assicurare *ex ante* il rispetto delle regole e la piena consapevolezza dei vari rischi assunti, aprendo ad una nuova lettura in chiave preventiva dell'attività del collegio sindacale.

⁵⁸⁴ Concorda con l'opinione di Abriani il PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.* 01/2013, parte I, pag. 376 e ss., in particolare sul punto pag. 382-383.

quello statunitense, infatti mentre il sistema italiano va verso una tendenziale obbligatorietà dei modelli organizzativi gestionali o per lo meno dell'obbligo degli organi sociali di verificare l'opportunità di adottare o meno un modello organizzativo gestionale (adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa) per mettere al riparo la società dalla responsabilità penale, la sentenza *Booker* del 2005 ha invece fatto evolvere il sistema statunitense delle *Guidelines* in senso facoltativo (*advisory*), ma è bene osservare che una certa obbligatorietà dei *programs* viene, per così dire, "recuperata" nel sistema statunitense dalla *law in action*, cioè dall'azione dei *Prosecutors* federali, che "condizionano" spesso gli accordi di esercitare o non proseguire l'azione penale nei confronti delle *corporations* alla adozione, sostanzialmente obbligatoria, da parte delle stesse, di *compliance programs* o comunque all'implementazione di quelli già esistenti per evitare il reiterarsi dei reati oggetto della potenziale incriminazione⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Cfr. *supra* Cap. 9.1 .

Capitolo XII

Efficacia del trapianto nel sistema italiano: diversità del substrato economico-manageriale del sistema italiano da quello statunitense.

Le Linee Guida della Confindustria italiana.

Come dimostrato dagli scandali statunitensi del 2001-2002 nel sistema economico imprenditoriale americano c'è quella che stata definita una *"asimmetria di interessi"*⁵⁸⁶ tra proprietà azionaria e *top managers*, poiché le imprese sono in genere di grandi dimensioni e la proprietà è frazionata tra molti azionisti: non c'è dunque coincidenza di interessi tra la proprietà e il gruppo dirigente, ne consegue che i dirigenti non agiscono necessariamente per favorire gli azionisti e la società, anzi finiscono per agire in danno della società specie quando sono portatori di interessi in conflitto con quelli societari, come avvenuto nei suddetti scandali societari di inizio secolo.

Il reato così commesso dai dirigenti delle società a capitale diffuso (c.d. *"publicly held corporations"*) non è quindi realizzato a beneficio della società ma degli interessi personali dei *managers*, pertanto si giustifica il cambiamento della *policy* del governo americano che, dal 1999, mira in particolare a perseguire le responsabilità individuali più che a punire la società nel suo complesso, che diventa solo lo strumento della brama di profitto dei dirigenti⁵⁸⁷.

Altrimenti, come sottolinea la dottrina statunitense (Arlem), se non si dirigesse la risposta sanzionatoria principalmente verso le responsabilità individuali, il governo non potrebbe mai essere sicuro di far passare il messaggio *"that crime does not pay"*, che il crimine non paga(!).

L'attivazione dei *compliance programs* nel sistema statunitense appare dunque uno strumento necessario per superare questo diaframma tra struttura frazionata della proprietà e interessi del gruppo dirigente.

Diversa la realtà del sistema italiano, basato essenzialmente su piccole e medie imprese, dove la proprietà azionaria, o comunque la maggioranza di

⁵⁸⁶ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità di impresa nel d.lgs. 231/2001*, cit., pag. 234 e ss.,.

⁵⁸⁷ F. CENTONZE, ult. cit., pag. 230; cfr. anche J. ARLEM, *Corporate Criminal liability*, cit., pag. 309.

controllo, è in mano al gruppo dirigente o addirittura ad un singolo soggetto, realizzando così una piena coincidenza tra interessi sociali della proprietà e quelli del gruppo dirigente.

L'azione del gruppo dirigente è, dunque, l'azione della proprietà e l'illecito societario è in genere commesso con il contributo determinante del vertice manageriale nell'interesse della proprietà stessa.

Si ricorda in questo senso, come emblematico per il sistema italiano, il caso Parmalat.

Nel sistema italiano, dunque, in relazione a tale sub-strato economico imprenditoriale l'efficacia dei *compliance programs* risulta *a priori* minore rispetto al sistema statunitense.

Questo il confronto teorico tra le due realtà economico-imprenditoriali, invero come abbiamo più in alto visto, l'efficacia empirica dei *compliance programs* è discussa anche nel sistema statunitense, ma a maggior ragione nel sistema italiano si riproducono con più forza i dubbi ed i problemi, già avanzati nel sistema statunitense per le piccole e medie imprese, ed in particolare il pesante costo economico che la piccola e media impresa deve sostenere, la scarsa efficacia empirica dei *programs*, qui amplificata proprio dal fatto che la proprietà azionaria è in mano al gruppo dirigente o ad un *dominus*, per cui, come ha sentenziato, il Tribunale di Milano nel caso Parmalat, il *dominus* del Gruppo "nella sua veste di socio di maggioranza (...) ha sempre il diretto controllo delle vicende societarie"⁵⁸⁸ e quindi a nulla vale a fini penal-preventivi quel *program* che lui stesso ha profumatamente pagato se non, come efficacemente è stato scritto dalla dottrina americana "*as insurance and self-insurance*"⁵⁸⁹, come una costosa assicurazione contro un eventuale azione penale, almeno al fine di attenuare gli effetti delle pesanti sanzioni, cui può andare incontro la società, come persona giuridica, insomma una assicurazione "aggiuntiva" contro i rischi legali dell'attività di impresa.

⁵⁸⁸ Trib. di Milano 18/12/2008- 5/05/2009 n. 14344.

⁵⁸⁹ W. S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago and London, 2006, pag. 122.

Ne risulta la natura meramente cartacea del *program* con scarsa efficacia penal-preventiva, si è parlato in proposito di “*cosmetic compliance*”⁵⁹⁰, mere operazioni di facciata (c.d. “*window-dressing*”).

Ne risulta compromesso, altresì, anche l’effetto premiale, perché, stante la natura meramente formale, difficilmente il Giudice li riconoscerà come “modelli efficacemente attuati” e quindi vi ricollegherà il relativo effetto premiale per la persona giuridica e i vertici aziendali e al massimo potranno esplicitare un effetto “cosmetico” (e perciò deteriore) verso il mercato e i piccoli azionisti, illusi dalla presenza formale nella società di meccanismi penal-preventivi.

Tuttavia, si deve riconoscere lo sforzo complessivo del sistema imprenditoriale ad elaborare *compliance programs* efficaci, la cui massima espressione sembra essere rappresentata dalla elaborazione di un programma di LINEE GUIDA da parte della CONFINDUSTRIA italiana⁵⁹¹.

Prima di procedere ad una breve analisi dei tratti essenziali delle Linee Guida della Confindustria italiana, approvate per la prima volta il 7 marzo 2002 da ultimo aggiornate al 31 marzo 2008, preme sottolineare che l’esperienza conosce un altro settore in cui è da tempo consolidata una “cultura del controllo”, che è quello bancario, a tacer d’altro si può ricordare come già nel 1999 era presentato alla Borsa italiana un “Codice per la *corporate governance*”, cui hanno aderito molte banche italiane quotate in borsa.

Si sceglie, tuttavia, di analizzare le Linee Guida della Confindustria (anziché quelle dell’ABI), perché queste sono caratterizzate da una Appendice, significativamente intitolata “*Case Study*”, la cui struttura casistica meglio rivela la derivazione di questo strumento di *governance* societaria dall’esperienza giuridica statunitense, e perché, come ha rilevato la dottrina⁵⁹², i sistemi di controllo bancario sono spesso “tarati” principalmente per la prevenzione dei reati che terzi o dipendenti possono compiere contro la stessa banca piuttosto che per la prevenzione dei reati che i dipendenti e i

⁵⁹⁰ KIMBERLY D. KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the failure of negotiated governance*, in 81 *Wash. U. L. Q.*, 2003 pag. 487 e ss.,.

⁵⁹¹ Reperibili sul sito della Confindustria, www.confindustria.it.

⁵⁹² E. GRANATA, *I Codici di Comportamento redatti dalle Associazioni Rappresentative degli Enti. L’esperienza dell’Associazione Bancaria Italiana*, in *Cass. Pen. Suppl.* 3/2006, pag. 93 e ss.,.

soggetti apicali possono compiere attraverso la banca, cioè più in funzione difensiva degli interessi della banca.

Per quanto riguarda sinteticamente la struttura delle **Linee Guida della Confindustria Italiana**, esse constano di una *Parte Generale* che si occupa:

- a) Individuazione dei rischi e protocolli, con particolare riferimento alla individuazione del c.d. “rischio accettabile”, che in una logica economica è definito come quello per cui il costo dei controlli ulteriori è superiore a quello del bene da proteggere⁵⁹³, ma che dal punto di vista giuridico corrisponde al c.d. “rischio tollerato”, la cui nozione si può ricavare dall’art. 6 co. I, lett. c) e d) d.lgs. 231/2001, e si riferisce alla progettazione di sistema di organizzazione gestione e controllo che non può essere aggirato se non eludendolo “fraudolentemente”⁵⁹⁴;
- b) Contenuti minimi del codice etico e sistema disciplinare e meccanismi sanzionatori;
- c) Disciplina dell’organismo di vigilanza (OdV);
- d) Modelli organizzativi per piccole imprese.

Segue una parte speciale (*Appendice*), che come si è detto è denominata “*Case Study*”, la cui struttura casistica rivela la derivazione di questo strumento di *governance* societaria dall’esperienza giuridica statunitense.

Nell’Appendice oltre ad essere analizzati singolarmente le tipologie di reato oggetto della responsabilità penale, tassativa, delle persone giuridiche, vengono svolte delle “considerazioni” sulle aree aziendali ed i livelli organizzativi in cui tali reati possono essere specificatamente realizzati e quindi approntate delle tabelle indicative delle fattispecie di reato e dei relativi controlli preventivi da effettuare, nonché delle aree aziendali a rischio e dei relativi controlli preventivi.

La struttura delle suddette Linee Guida della Confindustria risponde per altro alla diffusa tendenza della prassi applicativa a suddividere il *program* in una

⁵⁹³ Cfr. per un commento L.G. CERQUA, *La responsabilità da reato degli enti. Modelli di organizzazione gestione e controllo e strategie per non incorrere nelle sanzioni*, Camerino, 2006, pag. 264 e ss..

⁵⁹⁴ Cfr. sul punto C. PIERGALLINI, *Paradigma dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “Modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*, in Cass. pen. 02/2013, parte II, pag. 844 e L.G. CERQUA, *La responsabilità da reato degli enti. Modelli di organizzazione gestione e controllo e strategie per non incorrere nelle sanzioni*, cit., pag. 264.

Parte Generale, che definisce gli istituti, le nozioni, i principi e una parte speciale che setaccia più specificatamente le aree di rischio ed appronta gli specifici controlli, a cui si affiancano poi singoli protocolli operativi, la cui esistenza sembra per altro normativamente richiesta dall'art. 6 co. II lett. b) del d.lgs. 231/2001.

Capitolo XIII

Aspetti problematici del d.lgs. 121/2011 sulla responsabilità delle persone giuridiche in materia ambientale: un'occasione perduta dal legislatore italiano per l'elaborazione di *programs* in materia ambientale ?

Rilievi storico-comparativi sulla tutela dell'ambiente nel diritto romano.

Di recente, ancora sotto la spinta del legislatore comunitario, con il decreto legislativo 121/2011, il legislatore italiano ha finalmente introdotto la responsabilità penale delle persone giuridiche anche in relazione ai reati ambientali (cfr. art. 25 *undecies* d.lgs. 231/2011), dando così attuazione alle direttive comunitarie 2008/99/CE sulla tutela dell'ambiente e 2009/123/CE integrativa, con la previsione anche della tutela penale, della direttiva 2005/35/CE sull'inquinamento provocato dalle navi, ma in realtà attuando un disposto già contenuto nell'originario art. 11 legge 300/2000, cioè nella legge delega al d.lgs. 231/2001, che comprendeva l'incarico al governo di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati ambientali.

Quel disposto dell'art. 11 della legge 300/2000 venne disatteso dal governo, stante le pressioni esercitate dal mondo delle imprese, anche tramite i *mass media*⁵⁹⁵, la vicenda tuttavia sembra avere una "sospetta appendice" fino al recente d.lgs. 121/2011, infatti appare apparentemente inspiegabile come il legislatore delegante con la legge 96/2010 (c.d. legge comunitaria 2009) con una "svista" quantomeno sospetta (alla luce delle precedenti vicende storico-legislative), ha dimenticato di fornire al legislatore delegato i necessari poteri per introdurre ulteriori fattispecie di danno o pericolo concreto come richiesto dalle due Direttive comunitarie, così il legislatore delegato, "con le

⁵⁹⁵ Sul punto G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e Responsabilità da Reato*, cit., pag. 70, l'autrice per altro precisa (nota 2 pag. 70), che tale "pressione" delle imprese è documentata da due diretti "spettatori della vicenda" G. SACERDOTI (esperto italiano presso OCSE) e G. LATTANZI (all'epoca Direttore degli Affari penali del Ministero di Giustizia); conforme, anche se in maniera più generica, De MAGLIE, *L'etica e il mercato etc.*, cit., pag. 330; ancora sostanzialmente concorde V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 477 e ss., che parla di ragioni "extragiuridiche", che avevano portato ad espungere i reati ambientali dal novero dei reati presupposto previsti originariamente dalla legge delega (l. 300/2000).

mani troppo legate”, come ha efficacemente scritto autorevole dottrina⁵⁹⁶, nel costruire la “nuova”⁵⁹⁷ responsabilità degli enti in materia ambientale, si è trovato costretto a fare riferimento al vecchio impianto di reati ambientali già esistente, come è noto imperniato prevalentemente su fattispecie contravvenzionali di pericolo astratto.

In particolare ci si riferisce al disposto dell’art. 3 direttiva 2088/99/CE, lett. a), che così recita:

“Ciascun Stato membro si impegna affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reato:

a) lo scarico, l’emissione o immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell’aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell’aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora”.

Tale disposto richiedeva chiaramente l’introduzione nel nostro sistema di fattispecie da un lato supportate quanto all’elemento soggettivo da dolo o colpa grave (quindi non solo contravvenzionali) dall’altro costruite in termini di pericolo concreto o di danno alla salute delle persone o alla qualità del suolo, delle acque, della fauna o della flora⁵⁹⁸.

Tuttavia il legislatore delegante non ha posto nella legge delega 96/2010 nessuna norma per permettere al legislatore delegato di introdurre nuovi reati di pericolo concreto o di danno come richiesto dall’art. 3 lett. a) della Direttiva 2088/99/CE a carico delle persone fisiche⁵⁹⁹.

Tale norma, per quanto riguarda gli enti, va inoltre posta in correlazione:

A) con l’art. 6 della direttiva 2088/99/CE che così dispone:

⁵⁹⁶ C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, 2011, in www.penalecomporaneo.it, pag. 09 e ss.

⁵⁹⁷ In effetti due soltanto le fattispecie di nuovo conio da parte del D.lgs. 121 del 2011: l’art. 727 *bis* (*uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette*) e l’art. 733 *bis* (*distruzione o deterioramento di habitat all’interno di un sito protetto*).

⁵⁹⁸ Coerentemente, per altro, all’art 191 del Trattato sul funzionamento dell’UE (ex art. 174 TCE), che stabilisce che “La politica della comunità in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali ...”.

⁵⁹⁹ Troppo generica appare a questo scopo l’enunciazione dell’art. 1 della legge delega (l.96/2010): “il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di recepimento indicato in ciascuna delle direttive elencate negli allegati A e B, i decreti legislativi recanti le *norme occorrenti* per dare attuazione alle medesime direttive”.

“1. Gli Stati membri provvedono affinché possano essere dichiarate responsabili dei reati di cui agli articoli 3 e 4 quando siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, in virtù: a) del potere di rappresentanza della persona giuridica; b) del potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; o c) del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica.

2. Gli Stati membri provvedono altresì affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di un soggetto di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la commissione di un reato di cui agli articoli 3 e 4 a vantaggio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità...”;

B) con L’art. 7 della direttiva 2008/99/CE che prevede che:

“gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone giuridiche dichiarate responsabili di un reato ai sensi dell’articolo 6 siano passibili di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive”.

Agli articoli 6 e 7 della direttiva 2008/99/CE fa puntualmente eco il legislatore delegante all’art. 19 legge 96/2010, disponendo che il governo è delegato a:

“a) introdurre tra i reati di cui alla sez. III del decreto legislativo 08 giugno 2001 n. 231, e successive modifiche, le fattispecie criminosi indicate nelle direttive di cui al comma 1;

b) prevedere, nei confronti degli enti nell’interesse o a vantaggio dei quali è stato commesso uno dei reati di cui alla lettera a), adeguate e proporzionate sanzioni amministrative pecuniarie, di confisca, di pubblicazione della sentenza ed eventualmente anche interdittive, nell’osservanza dei principi di omogeneità ed equivalenza rispetto alle sanzioni già previste per fattispecie simili, (...).”.

Si può quindi osservare la “svista” del legislatore che dimentica di delegare per l’introduzione di nuovi reati di pericolo concreto e di danno per le persone fisiche, mentre detta una puntuale regola per le persone giuridiche, ribadisce il criterio dell’interesse o vantaggio del reato a favore dell’ente, già richiamato dall’art. 6 della direttiva, nulla dice circa possibili modelli organizzativi in materia ambientale con astratta idoneità preventiva.

Quest’ultima osservazione è di particolare interesse ai fini di questa ricerca, manca, infatti, nella legge 121 del 2011 una norma analoga a quella introdotta dall’art. 30 d.lgs. 81/2008 che indichi delle linee guida con cui costruire dei modelli organizzativi gestionali portatori almeno di una

presunzione *iuris tantum*, *id est* di un astratta idoneità, a prevenire i reati ambientali.

Si tratta quindi di tre distinte problematiche di cui ai fini di questa ricerca interessa approfondire soprattutto quella relativa alla mancata previsione di *programs* legislativi sul modello della legge 81/2008, ma sembra opportuno per completezza accennare alle altre problematiche per un più completo panorama sulla c.d. “nuova” responsabilità delle persone giuridiche materia ambientale.

La prima problematica, quella relativa alla mancata introduzione di nuovi reati di pericolo concreto e di danno, è stata già dai primi commentatori della legge⁶⁰⁰ sottolineata come la più grave carenza della legge stessa per adeguare il nostro sistema al principio comunitario di effettività della tutela ambientale, infatti se ad un primo esame il nostro sistema imperniato su reati contravvenzionali di pericolo astratto sembra *apparentemente più garantista*⁶⁰¹ di quello comunitario ai fini della tutela dell’ambiente perché non richiede la verifica del pericolo concreto o addirittura il verificarsi dell’evento lesivo, ad una analisi più accurata si scopre poi che non sempre le sanzioni sono “efficaci, proporzionate e dissuasive” rispetto al *quantum* di pena non proporzionato al disvalore del fatto, mancando poi del tutto l’incriminazione di sostanze solo potenzialmente pericolose⁶⁰², la cui incriminazione richiede l’uso dello schema del pericolo concreto.

Ci consolano però i Relatori del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, dicendoci che “*stante la limitazione derivante dall’entità della pene previste dall’art. 2 della legge delega n. 96/2010, ha preferito dunque rinviare ad un successivo intervento normativo sul codice penale, al fine di un più completo ripensamento del sistema dei reati ambientali che recepisca più*

⁶⁰⁰ R.BRICHETTI–L.PISTORELLI, *Commento al d. lgs. 121/2011* in *G. dir.*, 2011, 38, 48 ss.,.

⁶⁰¹ Si osserva in dottrina, V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 486, che il sistema di reati formali ambientali, pur realizzando una tutela più anticipata del bene giuridico, non per questo ne realizza una più stringente ed effettiva, perché, come nel T.U.A., si punisce “troppo presto” e blandamente e quindi non si realizza un efficace sistema di tutela.

⁶⁰² Su queste problematiche C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Torino 2011, pag. 65 e ss.,.

compiutamente la direttiva prevedendo come delitti (anziché contravvenzioni) le fattispecie di illecito di maggiore gravità” (!?)⁶⁰³.

La limitazione delle pene a cui si riferiscono i Relatori del massimario è per inciso quella disposta dall’art. 19 lett. b) (seconda parte) dal legislatore delegante (l. 96/2010):

“(…) e comunque nei limiti massimi previsti dagli articoli 12 e 13 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, e successive modifiche”.

La seconda problematica, qui solo per completezza ricordata, riguarda l’aver ribadito anche in materia ambientale il criterio dell’interesse o vantaggio del reato a favore dell’ente, che però non trova un corrispondente normativo nel d.lgs. 121/2011, ma stante la suddetta, sebbene disattesa indicazione del legislatore delegante e la regola generale di cui all’art. 5 d.lgs. 231/2001, non sembra potersi dubitare che tale criterio sia il presupposto di applicabilità dei nuovi reati contenuti nel catalogo introdotto dall’art. 25 *undecies*⁶⁰⁴.

Tale criterio ha già in passato dato luogo a numerose discussioni in dottrina in relazione alle problematiche connesse ai reati di cui all’art. 25 *septies* (omicidio colposo e lesioni gravi in materia di sicurezza e salute sul lavoro).

Il punto controverso era in particolare la riferibilità del requisito dell’interesse o vantaggio all’evento lesivo (colposo) non voluto dall’agente, la soluzione, più

⁶⁰³ L.PISTORELLI–A.SCARCELLA, *Relazione del massimario presso la Corte di Cassazione sul d.lgs. n. 121 del 2011*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 03.

⁶⁰⁴ Si ricorda, per completezza, che il catalogo dei suddetti reati, oltre le nuove fattispecie degli art. 727 bis e 733 bis, può tripartirsi in tre grandi gruppi :

Reati di inquinamento delle acque: scarico idrico di sostanze pericolose e in violazione delle prescrizioni contenute nell’autorizzazione (art. 137 commi 2 e 3 d. lgs. 152/2006) nonché dei limiti tabellari per talune sostanze (art. 137 comma 5 primo periodo); scarico idrico in violazione dei limiti tabellari per talune sostanze particolarmente pericolose (art. 137 comma 5 secondo periodo); violazione del divieto di scarico sul suolo, nel sottosuolo o in acque sotterranee (art. 137 comma 11); scarico in acque marine da parte di navi od aeromobili (art. 137 comma 13);

Reati relativi alla materia dei rifiuti: gestione abusiva di rifiuti non pericolosi e pericolosi (art. 256 comma 1 lett. a e b);-realizzazione e gestione di discarica abusiva di rifiuti non pericolosi e pericolosi (art. 256 comma 3 primo e secondo periodo); miscelazione di rifiuti (art. 256 comma 5); deposito temporaneo presso il luogo

di produzione di rifiuti sanitari pericolosi (art. 256 comma 6); omessa bonifica di sito contaminato da rifiuti non pericolosi (art. 257 comma 1) e pericolosi (art. 257 comma 2); trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario e mancata annotazione nel formulario dei dati relativi (art. 258 comma 4 secondo periodo);

spedizione illecita di rifiuti (art. 259 comma 1); attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260);

violazione delle prescrizioni in materia di sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (Sistri) (art. 260 bis);

Reati sull’inquinamento atmosferico: superamento dei valori limite di emissione e dei valori limite di qualità dell’aria previsti dalla normativa di settore (art. 279 comma 5).

condivisibile, offerta dalla giurisprudenza (caso *ThyssenKrupp*) sembra quella di riferire il requisito non all'evento colposo ma alla condotta colposa della persona giuridica (cioè al c.d. evento interno) ed identificare di conseguenza "l'interesse o vantaggio" dell'ente nell'illecito risparmio realizzato omettendo di affrontare i costi per realizzare o ammodernare i dovuti sistemi antinfortunistici⁶⁰⁵.

Si concorda pienamente quindi con quella dottrina⁶⁰⁶ che ritiene tale criterio individuato dalla giurisprudenza perfettamente applicabile ai "nuovo" catalogo di reati introdotto dall'art. 25 *undecies*, tanto più, correttamente si osserva, che tali reati sono reati di pura condotta, in questo caso il "risparmio illecito" per l'impresa deriverà dagli omessi interventi di ammodernamento o cautela, che l'impresa doveva adottare a tutela dell'ambiente, tra cui potrebbe forse anche farsi rientrare il "risparmio" realizzato nel caso di mancata adozione od adeguata implementazione di *compliance* per prevenire la commissione di reati ambientali.

Si osserva altresì da più parti che il requisito dell'interesse o vantaggio avrebbe in materia di reati sulla sicurezza del lavoro e probabilmente in materia ambientale subito una sorta di "oggettivazione"⁶⁰⁷ venendo pienamente coincidere con una colpa o colpevolezza di organizzazione, probabilmente già desumibile dalla mancata o inadeguata adozione di *compliance programs*.

Ritorna, sia pure sommessamente, il problema dell'eventuale doverosità del modello organizzativo⁶⁰⁸.

Si è conseguentemente giunti alla terza problematica e cioè quella della mancanza nella legge 121 del 2011 una norma analoga a quella introdotta dall'art. 30 d.lgs. 81/2008 che indichi delle linee guida con cui costruire dei

⁶⁰⁵ Così sul punto la Corte di Assise di Torino, Sez. II, 15/04/2011 (caso *ThyssenKrupp*): "le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio, le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata, sotto il profilo del considerevole risparmio economico che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino; oltre che dell'utile contemporaneamente ritratto dalla continuità della produzione".

⁶⁰⁶ G. CASARTELLI, *La Responsabilità degli enti per i reati ambientali*, 2012, in www.penalecomporaneo.it, pag. 14 e ss.,.

⁶⁰⁷ Cfr. R.BRICHETTI– L.PISTORELLI, *Commento al d. lgs. 121*, cit., 52.

⁶⁰⁸ *Supra* Cap. 11.

modelli organizzativi gestionali, dotati almeno di una astratta idoneità a prevenire reati ambientali.

Dalle considerazioni già sopra esposte in relazione all'oggettivarsi del criterio dell'interesse o vantaggio appare sembrerebbe doversi affermare che il legislatore abbia perso una preziosa occasione per emanare una norma, che a somiglianza di quella contenuta nell'art. 30 d.lgs. 81/2008⁶⁰⁹, dettasse delle linee guida per le imprese per costruire dei modelli organizzativi gestionali dotati almeno di una presunzione *iuris tantum* a prevenire reati in materia ambientale, tanto più che avrebbe potuto agevolmente prendere come punto di riferimento il modello delle certificazioni ISO 14001, sostanzialmente un *standard* di gestione ambientale finalizzato al miglioramento della qualità di gestione, o il Regolamento EMAS (*Eco-management and Audit Scheme*), un modello ad adesione volontari, creato dalla Comunità europea, sempre mirante al miglioramento delle prestazioni in materia ambientale.

La dottrina comunque è abbastanza concorde, è l'ipotesi appare plausibile, che anche in mancanza di una apposita disposizione legislativa la "nuova" responsabilità" degli enti in materia ambientale stimolerà comunque l'adozione di *compliance* in materia ambientale e di conseguenza i modelli sopra indicati saranno presumibilmente quelli presi come riferimento dalle imprese.

Appare, infatti, assai condivisibile una analisi effettuata dalla dottrina circa gli intenti, un po' pieni di "sviste" del legislatore ed il possibile effetto comunque "positivo" dell'introduzione della responsabilità ambientale delle persone giuridiche, anche ai fini dell'introduzione di *compliance* in materia ambientale. Tale dottrina ha infatti opportunamente sottolineato come il legislatore ha probabilmente poco soppesato:

a) che gli illeciti amministrativi degli enti, a differenza dei reati presupposto (delle persone fisiche), non sono obblazionabili (art. 8 lett. b) D.lgs. n. 231/2001) e sono sottoposti a più lunghi termini di prescrizione (art. 22 D.lgs. n. 231/2001);

⁶⁰⁹ "... i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI – INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGLS) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007" (art. 30 d.lgs. 81/2008).

b) che le sanzioni pecuniarie⁶¹⁰ previste per gli enti (di regola da 100 a 250 quote, ovvero da un minimo di 25.800 ad un massimo di 387.250 euro) sono decisamente più onerose⁶¹¹ delle ammende previste per le persone fisiche.

Ad onta delle molte “sviste” del legislatore la “nuova” responsabilità degli enti potrebbe così avere un effetto potenzialmente “rivoluzionario”⁶¹².

L’effetto rivoluzionario, infatti, potrebbe essere proprio quello di spingere spontaneamente le imprese ad adottare efficaci *compliance programs* in materia ambientale per evitare le gravi conseguenze delle responsabilità in materia ambientale, infatti mentre le persone fisiche potrebbero “uscire” dalla vicenda processuale oblando o “giovandosi” della prescrizione e comunque con pene più miti, le persone giuridiche non possono obolare, non possono sperare nella prescrizione e, stante la gravità delle pene, possono trovare “conveniente” a fini esimenti o attenuanti di una eventuale responsabilità penale adottare degli efficaci *compliance programs* in materia ambientale.

Per l’ambiente c’è forse speranza, tuttavia attendendo, come ci “promettono” i Relatori del massimario *“un successivo intervento normativo sul codice penale, al fine di un più completo ripensamento del sistema dei reati ambientali”*, ci si permette sommessamente di suggerire che nel nuovo intervento *“di ripensamento”* sembra opportuno inserire una norma che preveda delle linee guida legislative per la redazione di *programs* in materia ambientale, stante l’indiscutibile valore dell’ambiente per tutta la collettività.

Tale **valore dell’ambiente** per la collettività era invece certamente percepito **nel diritto romano**, infatti, almeno a partire dal III-II sec. a.C., il pretore

⁶¹⁰ Sul piano sanzionatorio va opportunamente osservato che la sanzione pecuniaria è stata prevista per tutte le ipotesi di responsabilità degli enti, mentre solo in rare ipotesi (e per un massimo di sei mesi) sono state previste le sanzioni interdittive (cfr. comma 7 art. 25 *undecies*) e “solo se l’ente o una sua unità organizzativa vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati” di associazione finalizzata al traffico illecito di rifiuti o di sversamento doloso in mare di sostanze inquinanti potrà essere applicata la più grave sanzione dell’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività ai sensi dell’art. 16 comma 3 del d.lgs. 231/2001 (cfr. comma 8 art. 25 *undecies*).

⁶¹¹ Sulla maggiore severità delle “soglie massime”, rispetto ai reati presupposto, non sembra però concordare altra dottrina (R.BRICHETTI–L.PISTORELLI, *Commento al d.lgs. 121/2011 in Guida al dir.* n. 38/2011, pag. 53), la quale ritiene anzi tali soglie meno severe, ma comunque sempre oscillanti sino ad un massimo di 387.250 euro.

⁶¹² Così C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, cit., pag. 15.

prende in considerazione la necessità di tutelare i beni ambientali, e comincia a concedere, a tutela di *locis et itineribus publicis*, interdetti popolari, di natura sia proibitoria che restitutoria⁶¹³, la cui logica di tutela preventiva o restitutoria potrebbe essere un precedente storico significativo ed incentivante l'introduzione di *programs* in materia ambientale, anche nel diritto moderno, in prospettiva appunto di tutela preventiva o reintegratoria dei danni all'ambiente.

Vengono in considerazione in materia un passo di Pomponio D. 43.7.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*) che si riferisce ad un interdetto di portata generale relativo alle *res "quod ad usum omnium pertineat"* che così recita: "*Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicatur*", di cui "*locis et itineribus publicis*", possono considerarsi una sottocategoria e perciò ad esse applicabile.

Viene, altresì, in considerazione un interdetto proibitorio, anch'esso a carattere generale, di cui in D. 43.8.2. pr.-1 (Ulp. 68 *ad ed.*): <<*Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo". 1. Hoc interdictum prohibitorium est.*>>, nonché altri passi di Ulpiano, di seguito indicati, per specifici interdetti.

La dottrina⁶¹⁴ raggruppa gli interdetti a tutela delle "*res in usu publico*", come diretti a tutelare:

a) I *loca "quae publico usui destinata sunt"*, che, secondo la definizione di Labeone (riferita da Ulpiano In D. 43.8.2.3), "*Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat*", in particolare le *viae publicae* erano tutelate da un interdetto proibitorio, di cui si ha notizia in D. 43.8.2.20 (Ulp. 68 *ad ed.*): <<*Ait praetor: "In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat,*

⁶¹³ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, pag. 91 e ss.,.

⁶¹⁴ A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle "res in usu publico". Linee di una indagine*, in AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana, atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, pag. 483-520, in particolare sul punto pag. 510 e ss.,.

veto".>>, e da un interdetto restitutorio, di cui in D. 43.8.2.35 (Ulp. 68 *ad ed.*): <<Praetor ait: "Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas".>>;

b) *Flumina publica*, tutelati da un interdetto proibitorio, riportato in D. 43.12.1. pr. (Ulp. 68 *ad ed.*): <<Ait praetor: "Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat".>>, e da un interdetto restitutorio, riportato in D. 43.12.1.19 (Ulp. 68 *ad ed.*): <<Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immisum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas".>>;

c) Le cloache pubbliche, per le quali viene in considerazione D. 43.23.1.15 (Ulp. 71 *ad ed.*): << Deinde ait praetor: "Quod in cloaca publica factum sive ea immisum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. Item ne quid fiat immittaturve, interdicam".>>, che è un interdetto restitutorio, ma che per la parte finale ("Item ne quid fiat immittaturve, interdicam") si ritiene abbia funzione anche proibitoria⁶¹⁵.

Vi è più, presso i romani tale tutela, almeno nel modello repubblicano, aveva un carattere popolare, si trattava cioè di interdetti popolari, espressione sia del ruolo attivo, di partecipazione al governo della *res publica*, tipico del *cives* repubblicano⁶¹⁶, sia della concezione del *populus Romanus*, come comunità di tutti i cittadini, che trascende il singolo *cives* e mira alla tutela della *publica utilitas*.

De iure condendo si pensi alla possibile efficacia dell'introduzione di *programs* in materia ambientale, la cui azionabilità potesse essere rimessa, se non ai singoli cittadini, almeno alle associazioni ambientaliste più rappresentative.

⁶¹⁵ Così A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle "res in usu publico", Etc.*, cit., pag. 510.

⁶¹⁶ Così ancora A. DI PORTO, ult. cit. pag. 518 e ss., il quale precisa, comunque che tale tutela popolare delle *res in usu publico*, concorreva, anche in età repubblicana, con quella, di più vasta portata, di *censores e aediles*, mentre il *cives* sarà progressivamente esautorato da tale potere popolare in epoca imperiale.

A conclusione del presente paragrafo non si può omettere qualche osservazione sul piano della circolazione dei modelli.

Va, infatti, osservato che l'influenza del diritto statunitense in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche sembra essere in via di esaurimento, a vantaggio di una legislazione stimolata soprattutto dalle Direttive europee, ciò può probabilmente spiegare anche la mancata previsione di *programs* in materia ambientale da parte del nostro legislatore, che invece, forse, sarebbero stati previsti, se la recente legge in materia di responsabilità ambientale delle persone giuridiche fosse stata il frutto di una più diretta circolazione del modello statunitense.

Capitolo XIV

Il “ritorno” in patria del modello della responsabilità penale delle persone giuridiche: verso una forma di colpevolezza legata al “difetto di organizzazione” (c.d. “*management failure*”) anche nel sistema inglese: il “*Corporate Manslaugheter and Homicide Act*” del 2007.⁶¹⁷

Appartiene alla comune esperienza la conoscenza che qualche emigrante, dopo un certo periodo di lavoro all'estero, ritorna in patria, ma sembrerebbe che questo possa dirsi anche per il modello inglese della responsabilità penale delle persone giuridiche, che dopo un periodo di arricchimento nel sistema americano, ora sembra ritornare in patria, e, forzando i tradizionali schemi della immedesimazione organica e dell’*“identification test”*, tipici del sistema inglese, propone ora, con il *Corporate Manslaugheter and Homicide Act* del 2007 (di seguito anche CMCHA) un sistema di responsabilità delle persone giuridiche incentrato sul “difetto di organizzazione” (*“management failure”*).

Per vero la dottrina aveva già fatto notare nel 2003 un altro fenomeno di importazione dal sistema statunitense da parte del sistema inglese, in particolare si tratterebbe dell’importazione della tecnica delle *Guidelines* avvenuta con il *Criminal Act* del 2003⁶¹⁸.

Si vuole però qui attirare l’attenzione su un ulteriore fenomeno di importazione dal sistema statunitense da parte del sistema inglese, che sarebbe avvenuto con *Corporate Manslaugheter and Homicide Act* del 2007, infatti, l’impianto di responsabilità per le persone giuridiche introdotto dal suddetto atto legislativo, rompe con gli schemi tradizionali dell’immedesimazione organica⁶¹⁹ e dell’*identification test*, ed incentra la

⁶¹⁷ Sull’argomento A. HAINSWORTH, *The Case for Establishing Independent Schemes of Corporate and Individual Fault in the Criminal Law*, in 65 *J. Crim. L.* 2001, pag. 420 e ss.; Stephen GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, in 71 *J. Crim. L.* 2006-2007, pag. 151 e ss.; V. TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, pag. 253-283 e ancora Stephen GRIFFIN, *Accountability for Deaths Attributable to the Gross Negligent Act or Omission of a Police Force: The Impact of the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in 74 *J. Crim. L.* 2010, pag. 358 e ss.; da ultimo ancora V.TORRE, *La “privatizzazione delle fonti del diritto penale”. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, Bologna, 2013, in particolare pag. 165-264.

⁶¹⁸ Sul punto A. HAINSWORTH & E. PLAYER, *Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions*, in 68 *Mod. L. Rev.* 2005, pag. 822 e ss.,.

⁶¹⁹ Osserva, infatti, la dottrina (V.TORRE, *La “privatizzazione delle fonti del diritto penale”. Etc.*, op. cit., pag. 232 e ss.) che si sarebbe potuto giungere al risultato di estendere la responsabilità delle

responsabilità della persona giuridica sulla violazione di obblighi (c.d. *statutory criteria*, di cui la sec. 8 fa una elencazione), che gravano direttamente sulla persona giuridica, come datore di lavoro e perciò titolare di un “*duty of care for safety*”, sui suoi lavoratori⁶²⁰.

L’iter legislativo che porta all’emanazione nel 2007 del *Manslaughter and Homicide Act* è stimolato da alcuni gravi fatti di cronaca, quali soprattutto il disastro dell’*Herald of Free Enterprise* del 1987⁶²¹, in cui morirono 187 persone⁶²², e dal deludente esito del processo per l’opinione pubblica, stante che non si poté pervenire alla condanna della persona giuridica perché il reato richiedeva la *mens rea*, che non poté essere dimostrata, ciò mostrò con la massima evidenza l’insufficienza del sistema tradizionale a rispondere ai nuovi gravi fatti di quella che era stata nel frattempo efficacemente indicata come “*corporate violence*”, espressione che mira ad evidenziare il collegamento del reato con carenze della struttura aziendale⁶²³.

Venne quindi elaborata dalla *Law Commission*, già nel 1996, una lodevole proposta di riforma, poi inglobata nel *Draft Bill*, predisposto dall’*Home Office* nel marzo del 2005, infine finalmente convertito nel *Corporate Manslaughter and Homicide Act* del 2007, entrato in vigore nell’aprile 2008.

Rispetto all’originario disegno della *Law Commission* che si proponeva un generale riordino della materia dell’omicidio colposo (*involuntary manslaughter*), il *Corporate Homicide Act* del 2007 si concentra nell’introdurre la sola figura del “*Corporate killing*”⁶²⁴, tuttavia fa proprie molte delle elaborazioni concettuali della *Law Commission*, in particolare accoglie la definizione di colpa grave (c.d. “*gross negligence*”) in cui deve incorrere la persona giuridica perché scatti la sua responsabilità: non ogni

corporations ai casi di omicidio colposo, già contemplato per ipotesi di responsabilità obiettiva, semplicemente ampliando i poteri di *sentencing* del giudice alle *corporations*, ma ciò avrebbe impedito di introdurre un giudizio di responsabilità esteso ad aspetti “soggettivi” della personalità delle *corporations*, basato cioè sulla “vita e cultura” aziendale.

⁶²⁰ V. TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, cit., pag. 265.

⁶²¹ Cfr. S. GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, cit., pag. 152.

⁶²² Su questo e altri clamorosi casi di cronaca notizie dettagliate in R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., nota 113 pag. 169.

⁶²³ V. TORRE, ult. cit., pag. 261.

⁶²⁴ V. TORRE, ult. cit., pag. 260 e ss.; sul punto anche S. GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, cit., pag. 152 e ss.,.

“*breach of duty of care*” sarà però rilevante ma solo quello che concretizza un notevole allontanamento dagli *standards* comportamentali richiesti dalle circostanze ed indicati (ma si è subito avvertito in dottrina solo in via esemplificativa), dalla Sec. 8 dell’Act e cioè la specifica normativa inglese su sicurezza e salubrità del 1974 (HSWA) e comunque ogni codice, manuale o pubblicazione simile riguardante salute e sicurezza emanata dalle autorità competenti.

Sottolinea, inoltre, la dottrina che mentre l’esistenza di un *duty of care* in capo alla persona giuridica è un questione di diritto ed quindi la sua individuazione è compito del giudice, l’accertamento della violazione in concreto degli standard di *duty of care* è una questione di fatto e quindi il suo accertamento è compito della giuria.⁶²⁵

Ciò, per altro, è stato acutamente osservato, permette una complessa interrelazione tra il *duty of care*, espressione del sistema giuridico di *common law*, e gli *standard* di *duty care*, espressione della *statutory law*, ossia tra formante giurisprudenziale e formante legislativo⁶²⁶.

Ciò è di particolare importanza perché la giuria nel compiere questo accertamento potrà si tenere presente gli *statutory criteria* elencati dalla Sec. 8 dell’Act , ma stante la loro natura esemplificativa potrà anche considerare per stabilire se c’è stata o meno *gross negligence* quale è stata la politica aziendale ed eventualmente il suo impegno a prevenzione, anche attraverso la predisposizione ed efficace attuazione di *compliance programs*.

Quali sono però le principali critiche mosse dalla dottrina all’impianto del CMCHA?

Si tratta di critiche legate proprio alla struttura suo principale elemento di novità, cioè l’aver ancorato la responsabilità della persona giuridica al c.d. “*management failure*” da parte di un “*senior management*”, in particolare il CMCHA si esprime dicendo:

“*An organisation is guilty o fan offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred in subsection*” (Sec. 01 co. III).

⁶²⁵ V. TORRE, ult. cit., pag. 275 e ss.,.

⁶²⁶ V.TORRE, La “privatizzazione delle fonti del diritto penale”. Etc., op. cit., pag. 253.

Il legislatore tiene cioè a precisare che in grado di fondare la responsabilità della persona giuridica è solo un errore organizzativo o gestionale del “*senior management*” aziendale che deve essere un fattore sostanziale del “*gross breach of duty of care*”.

La stessa espressione “*senior management*” è per altro fortemente criticata in dottrina in quanto troppo “sfumata” ed in grado di indirizzare la responsabilità aziendale solo verso i vertici aziendali, trascurando (forse volutamente!) che l’odierna complessità della struttura aziendale rende spesso scarsamente conoscibile al vertice aziendale tutto quello che accade nei vari rami dell’azienda, preparando così una facile scusante al “*senior management*” che dimostri che il “*management failure*”, sia esclusivamente ricollegabile al “*middle management*” o ad altro dipendente dell’azienda⁶²⁷.

Altra dottrina⁶²⁸ ha poi messo in evidenza che l’originario progetto di legge, cioè l’originario *Draf Bill*, predisposto dall’Home Office nel marzo del 2005, parlava di “*senior managers*”, mentre il legislatore del 2007 ha sostituito tale locuzione con quella di “*senior management*”, enfatizzando così il collegamento della responsabilità della persona giuridica alla struttura di comando della *corporation*, appunto il *senior management*, e non al *middle* o *junior management*, ciò per altro sembrerebbe suggerire, ad una interpretazione letterale, che l’oggettivizzazione del termine da “*managers*” a “*management*” possa indurre a pensare al “*senior management*” come un corpo collettivo (“*collective body*”), di cui di volta in volta si deve dimostrare il contributo significativo al “*failure management*” se si vuole fondare la responsabilità della persona giuridica.

Tale interpretazione restrittiva non può essere accettata, perché difficilmente si potrebbe, specie nelle organizzazioni più complesse, dimostrare una sorta di colpa “diffusa” su tutto il vertice aziendale, si finirebbe, infatti, così per restringere i casi di responsabilità penale della persona giuridica contraddicendo la stessa *ratio* della legge.

⁶²⁷ V. TORRE, ult. cit., pag. 278 e ss.; cfr. sul punto anche V.TORRE, *La “privatizzazione delle fonti del diritto penale”. Etc.*, op. cit., pag. 256.

⁶²⁸ S. GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, cit., pag. 157 e ss.,.

Una più logica e sensibile ricostruzione del requisito del “*senior management*” è invece quella di considerare integrato il suddetto requisito sia che si dimostri la responsabilità individuale di un singolo *senior manager*, sia che si dimostri le responsabilità individuali di più “*senior managers*”, sia infine che non riuscendosi a dimostrare la responsabilità di singoli *senior managers* sia possibile tuttavia dimostrare una colpa collettiva del “*senior management*”, come risultante dalla volontà “aggregata” dei singoli *senior managers*⁶²⁹, ciò per altro appare coerente con gli assunti tradizionali della c.d. “*aggregation theory*”, che recupera in una prospettiva di responsabilità collettiva, comportamenti che altrimenti non avrebbero nessuna rilevanza nella loro dimensione individuale.

La rilevanza penale anche di un eventuale responsabilità “aggregata” potrebbe poi, si vuole qui aggiungere, indurre le aziende ad introdurre anche nel sistema inglese l’uso di *compliance programs*, stante che la persona giuridica avrebbe tutto l’interesse a dimostrare la “sua” volontà di *compliance* alla legge e di questo, come questione di fatto, ne potrebbe ben tenere poi conto la giuria all’atto del concreto accertamento della violazione del *duty of care*.

⁶²⁹ Sembra questo il senso della condivisibile soluzione interpretativa offerta da S.GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, cit., pag. 158.

CONCLUSIONI

All'esito di questo lungo *excursus* storico-comparativo sulla responsabilità penale delle persone giuridiche ci sembra possano rassegnarsi un serie di conclusioni articolate su livelli per così dire concentrici.

Preliminarmente⁶³⁰, circa la semantica del principio "*societas delinquere non potest*", va ribadito che, pur concordando con quella dottrina che ritiene di attribuire la formulazione formale del brocardo alla scienza ottocentesca⁶³¹, da un punto di vista sostanziale la sua prima elaborazione va ricondotta ad Innocenzo IV, nella forma lessicale "*Quia impossibile est quod universitas delinquat*" (c. 53 X, 5, 39 *De sent. Exc.*), con la precisazione che tale affermazione sembra, nel pensiero di INN., muoversi più sul piano delle pene spirituali e riferirsi all'impossibilità dell'*universitas* di essere scomunicata.

Pur ammettendo, infatti, INN. che "*contra eam agatur criminaliter*", cioè si possa agire penalmente contro l'*universitas*, ma solo colpendola con pena pecuniaria, consiglia, ove possibile, di agire civilisticamente ("*si possit contra universitatem agi civiliter*"), tutto questo nella costante preoccupazione di evitare di colpire, punendo l'*universitas*, anche degli innocenti ("*pueri et alii qui omnino sunt sine culpa*") ed anticipando così problematiche ancora attuali nella dottrina penalistica moderna relativamente al riflesso che la pena che colpisce la persona giuridica ha su azionisti, impiegati e consumatori.

Sul piano più generale della circolazione dei modelli si può ragionevolmente affermare come un'indagine che tenga conto dell'elaborazione dottrinale dei civilisti (per tutti Bartolo) e dei canonisti (per tutti Innocenzo IV) nel medioevo, dimostri come forme di responsabilità collettive siano state concepite già nel diritto intermedio e quindi, come il modello della responsabilità penale delle persone giuridiche trovi fondamento già nel pensiero dei civilisti e canonisti di *civil law* del XII e XIII secolo.

⁶³⁰ Si ripetono qui alcune note già riprodotte nel contesto della ricerca al solo fine di agevolare una lettura circostanziata delle conclusioni.

⁶³¹ L. PEPPE, da ultimo, *La responsabilità, in particolare penale, della persona giuridica tra radici romanistiche e scienza giuridica europea del 1800*, cit., pag. 647.

A tacer d'altro, si può ricordare, come Bartolo non si accontenti del tradizionale principio "*Peccatum omissionis potest committere universitas*"⁶³², ed ammetta la possibilità per le corporazioni medievali di commettere reati commissivi, pur circoscrivendone l'ambito a quello che lui chiama "*ius residens universitatis*", quasi cioè una sorta di reati "propri" dell'*universitas*, realizzati nell'ambito di uno "*ius proprium universitatis*", soluzione questa dall'insigne dottore ricavata glossando il concetto di "*ius residens*" di cui in D. 1.1.9.

La riflessione di Bartolo su uno "*ius proprium universitatis*", che individua l'ambito dei reati "propri" dell'*universitas*, ci sembra, per altro, possa individuarsi come precedente storico dell'attuale tassatività della responsabilità penale delle persone giuridiche, stabilita per quanto riguarda il sistema italiano dall'art. 2 della legge 231 del 2001 e, per il diritto statunitense, dalla sec. 8C2.1 (a) delle *Guidelines*.

Non può, poi, escludersi che il diritto canonico medievale abbia addirittura influenzato una prima impostazione del sistema inglese, dove si riscontra il principio "*No soul to be damned, no body to be kicked!*", elaborato dal Lord Cancelliere *Edward Thurlow* (Cancelliere dal 1778, confermato nel 1783), e poi ripreso nei Commentari di *Blackstone*, per escludere la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese.

Ebbene è probabile che nella formulazione di tale principio il Cancelliere *Edward Thurlow* sia stato influenzato dal pensiero di Innocenzo IV (che com'è noto afferma "*Quia impossibile est quod universitas delinquat*"), infatti, pur essendo un Cancelliere laico, *Edward Thurlow* era però figlio di un ecclesiastico, l'arcivescovo di *Durham*.

Non mancano poi nel diritto medievale continentale forme di processi collettivi contro i Comuni e le comunità ribelli all'ordinamento imperiale, di cui si è ricordato il caso dei rustici del Comune di Ardenza, narrato, tra gli altri da Odofredo, e altri dottori medievali (Alberico da Rosate), glossando D. 4.2.9.1 .

⁶³² BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis* n.4: "*Peccatum omissionis potest committere universitas, nam ipsa universitas tenet aliquid facere si omittitur universitas omittit*".

Proprio da questo passo del Digesto, da cui trarranno spunto i commentatori medievali per costruire le basi per la responsabilità penale delle *universitates personarum*⁶³³, può poi forse permettere di costruire una linea di continuità tra il diritto romano, tardo repubblicano, e l'elaborazione dei commentatori medievali, ciò non necessariamente nel senso, discusso in dottrina⁶³⁴, che i glossatori e i loro successori, traggano più o meno spunto dal diritto criminale romano per il loro insegnamento e per le loro opere, quanto piuttosto al fine di individuare una comune "fonte di riflessione" che ruota attorno alla funzione di un "*animadvertere*" riferito a *collegium* o *corpus* o comunque ad una collettività.

Sul piano del fondamento del potere di scioglimento dei collegi illeciti va, infatti, rivalutata quella dottrina⁶³⁵ che ci parla di un'attività straordinaria di repressione penale, attuata dal console⁶³⁶ in forza del suo potere *d'imperium*, o più propriamente del suo potere di *coercitio*, inquadrabile quale repressione penale straordinaria, che affianca in epoca repubblicana la repressione penale ordinaria (attuata tramite i processi comiziali e poi le questioni perpetue)⁶³⁷.

Tale attività di repressione straordinaria è appunto caratterizzata da un *animadvertere*⁶³⁸ che si conclude con un *punire, coercere* o *castigare*⁶³⁹

⁶³³ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria, ad l. Auta facta, § Nonnunquam, ff. De poenis*, N. 2, richiama proprio la *l. metum § animadvertendum* come uno dei passi del Digesto in base al quale si può affermare che "*universitas possit delinquere*"; ALBERICO da Rosate commenta proprio *l. Metum § Animadvertendum* (fol. 241 n. 7, in *Commentari in primam Digesti Veteris partem*, ed. Venezia, 1585), per dare fondamento alla responsabilità penale di una collettività di *cives* "*non tanquam singuli sed tanquam universitas*", richiede che prima del delitto sia stata "*pulsata campana*"; significativo in questo senso anche ODOFREDO, che sempre nel commento *ad l. metum § animadvertendum (Lectura super Digesto veteris*, ed. Lugduni, 1550) precisa i modi di convocazione dell'*universitas* perché si possa parlare di delinquere dell'*universitas* e non dei singoli e cioè si richiede che sia stata "*sonata tuba, pulsata campana*" o siano stati issati i *vexilla* dell'*universitas*.

⁶³⁴ Per un panoramica circa le discusse connessioni tra diritto romano e scienza criminalistica medievale si cfr. L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, pag. 95-123, in particolare sul punto pag 96 e ss.,.

⁶³⁵ U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, cit., pag. 29 e ss.

⁶³⁶ O da altro magistrato dotato di *imperium*, ma nell'ambito dello scioglimento dei collegi probabilmente solo dai consoli, data l'importanza della libertà associativa.

⁶³⁷ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 33 e ss., in particolare l'autore precisa come le due sfere repressive siano per così dire *concentriche*, ma ben distinte, caratterizzandosi la repressione straordinaria per la pienezza di discrezionalità di cui gode il magistrato.

⁶³⁸ Sottolinea U. BRASIELLO (ult. cit. pag. 223 e ivi nota 20) che il termine *animadvertere* è spesso accompagnato dalla locuzione *extra ordinem*, come espressione tipica della repressione straordinaria (poiché relativo ad un *crimen* che *extra ordinem animadvertitur*), anche se l'autore non esclude la possibilità di una *animadversio* ordinaria (in particolare sul punto nota 20, pag. 223).

Il FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 25 e ivi nota 2, mette in evidenza un'altra sfumatura del termine *animadvertere*, infatti sottolinea come talvolta il magistrato prima di usare del suo *ius coercendi*

(mentre la repressione ordinaria, fondata sempre su una legge, è, com'è noto, caratterizzata da un *iudicium* e si conclude con una *damnatio*).

Questa repressione straordinaria ha poi pene sostanzialmente identiche e parallele a quelle ordinarie⁶⁴⁰, per es. una pena capitale *extra ordinem* parallela a quella irrogata a seguito di una *damnatio in iudicio*, ne consegue che, se dobbiamo trovare una parallela pena capitale *extra ordinem* per i collegi illeciti, questa non può essere che lo scioglimento.

Su queste basi ci sembra possa inquadrarsi in questa repressione penale *extra ordinem* anche l'attività di scioglimento dei collegi illeciti, attuata dai consoli, fino all'età tardo repubblicana.

A conferma di tale tesi può osservarsi come l'*animadvertere*, tipico di tale repressione *extra ordinem*, si riscontra nel Digesto riferito anche al *collegium* e al *corpus* in materia di *in integrum restitutio propter metum*, che nella specie è concesso anche nei confronti di *curia*, *collegium* e *corpus*, si tratta in particolare di:

D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 ad ed.): *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.*

In relazione al suddetto passo, autorevole dottrina⁶⁴¹, ritiene <<forse>> raggiunta da parte di Ulpiano la concezione della associazione come persona collettiva⁶⁴², ritenendo ciò implicito nella contrapposizione che il passo istaura tra *persona singularis* e *persona collettiva (populus, curia, collegium corpus)*.

preavvisi di ciò i *cives* e richiama D. 11.5.1: *"in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam"*.

⁶³⁹ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 36; secondo il FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 25, la *castigatio* è riferibile anche alle persone collettive, nel senso che il provvedimento o la misura viene presa nei confronti del *"corpus"* (collettivo), tuttavia inquadra tale *castigatio* in una attività connessa a scopi di polizia.

⁶⁴⁰ U. BRASIELLO, ult. cit., pag. 56.

⁶⁴¹ B. ALBANESE, Voce *"Persona"* (*diritto romano*), cit., pag. 180 nota 82; cfr. sul punto anche E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 387 nota 55.

⁶⁴² Il dubbio espresso dall'autorevole studioso può essere, probabilmente, positivamente sciolto ricordando come in un altro passo, particolarmente noto, D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 ad ed.), lo stesso Ulpiano esplicita, sia pure sul piano dei rapporti obbligatori, l'autonomia di debiti o crediti dell'*universitas* (*persona collettiva*) da quella dei singoli associati.

Ci sembra, pertanto, che possa concludersi per forme di responsabilità collettive anche nei collegi illeci romani, e questo non solo, per una identità della *ratio* repressiva dei *collegia* di età tardo repubblicana, che cospiravano *adversum rem publicam*, come le comunità medievali cospiravano contro l'ordinamento imperiale, ma perché è possibile riscontrare specifiche sanzioni dirette contro i *collegia*, nella specie il loro scioglimento con conseguente dissolvimento del loro patrimonio.

Un contributo decisivo per capire l'importanza del ruolo del patrimonio delle associazioni illecite, in particolare nella corruzione elettorale realizzata attraverso la forza di *sodalicia* illeciti a scopo elettorali (*rectius decuriae*), ci è fornito dall'analisi dell'elemento commissivo del *crimen sodaliciourum*, introdotta dalla *Lex Licinia de sodaliciis* del 55 a. C. e rogata dal console Licinio Crasso⁶⁴³.

Viene in considerazione il seguente passo della *pro Plancio* di Cicerone:

Cic., *pro Plancio* 18.45: *Decuriatio tribulium, discriptio populi, suffragia largitione devincta severitatem senatus et bonorum omnium vim ac dolorem excitarent. Haec doce, haec profer, huc incumbe, Laterensis, decuriasse Plancium*⁶⁴⁴, *conscriptis, sequestrem fuisse, pronuntiasse, divisisse;*

Cicerone chiede al Laterense, l'accusatore di *Plancio*, se veramente vuole ottenere la condanna di *Plancio*, di dimostrare che questi ha formato *decuriae*

⁶⁴³ Nel quadro della lotta politica il DE ROBERTIS (*Storia delle corporazioni etc.*, I, cit., pag. 133 e ss.) ritiene che M. Licinio Crasso, appoggiandosi al partito popolare, con la *lex Licinia de sodaliciis* rispose al senatoconsulto del 56 a.C., espressione del partito aristocratico, con tale senatoconsulto il Senato dispose lo scioglimento di tutte le *sodalitates* e di tutte le *decuriae*, in pratica soprattutto di tutte quelle consorterie, organizzate da Clodio per le sue mire demagogiche, e che avevano dato luogo a gravi disordini, acuitisi in particolar modo nel 56 a. C. in occasione del processo a carico di Milone, sicché il Senato intervenne con un senatoconsulto, sostanzialmente normativo, che aveva la natura di una decretazione di urgenza e come tale attendeva la successiva "ratifica" legislativa, stante che la materia associativa era ormai coperta da "garanzia" legislativa da parte della *lex Clodia* del 58 a.C., di tutto questo si ha notizia in Cicerone in una lettera al fratello Quinto: "Cic., *Ad Quintum Fratrem*, II, 3.2.5: *A. d. IIII. Idus Febr. ... senatus consultum factum est, ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur*". Il provvedimento di "ratifica" dell'intervento di "urgenza" attuato dal senato nel 56 a.C., è poi individuato, seppure in maniera non pacifica, nella *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C.,

⁶⁴⁴ Ribadito, per altro, in Cic., *pro Plancio* 19.47: *Sic tu (Laterensis) doce sequestrem fuisse (Plancio), largitum esse, conscriptis, tribulis decuriavisse.*

di *tribules (decuriasse Plancium)*⁶⁴⁵, facendosi depositario di fondi elettorali (*sequestrem fuisse*)⁶⁴⁶, che ha promesso e distribuito.

Si propone quindi di interpretare il “*sequestrem fuisse*” di *pro Plancio* 18.45, non solo, come tradizionalmente inteso, riferito alla necessità di depositare le somme da “elargire” per la compravendita di voti, presso un terzo di fiducia sia di chi vendeva il voto che di chi lo comprava (perché non accadesse che chi fosse stato anticipatamente pagato poi non votasse come richiesto o che, chi avesse ricevuto la promessa di denaro, dopo che avesse votato, non fosse pagato)⁶⁴⁷, ma anche nel senso che *sequestrem fuisse* possa riferirsi alla possibilità che il candidato, o chi organizzava le *decuriae*, si facesse depositario delle somme raccolte per procedere poi alle illecite elargizioni finalizzate alla compravendita dei voti.

In questo senso che sia proprio *Plancio* il *sequester* dei fondi elettorali, e non un terzo fiduciario, sembra deporre *pro Plancio* 16.38: “*Cuius tu tribus (Terentinae) venditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas*”⁶⁴⁸.

È chiaro, tuttavia, che quand’anche l’esito del processo fosse la *damnatio* dell’imputato⁶⁴⁹, pur rimanendo altresì accertata la formazione da parte dello

⁶⁴⁵ Cfr. in questo senso A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodaliciis* e le origini del reato associativo, cit., pag. 497, che sottolinea come è lo stesso Cicerone ad evidenziare la necessità che, per essere puniti ai sensi della *lex Licinia de sodaliciis*, si sarebbe dovuto dimostrare, oltre la corruzione, anche la creazione di associazioni illecite, qui si vuole aggiungere, dotate di una qualche autonomia patrimoniale per raggiungere le finalità elettorali illecite per cui erano costituite.

⁶⁴⁶ Sempre secondo L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 280, *sequestrem fuisse* si riferisce alla necessità di depositare le somme da “elargire” per la compravendita di voti presso un terzo di fiducia, sia di chi vendeva il voto che di chi lo comprava (perché non accadesse che chi fosse stato anticipatamente pagato poi non votasse come richiesto o che, a chi fosse stato promesso del denaro, dopo che avesse votato, non fosse pagato), ma ci sembra tuttavia che *sequestrem fuisse* possa invece, o anche, riferirsi alla possibilità che il candidato, o una persona di sua fiducia, si facesse depositario delle somme raccolte per procedere poi alle illecite elargizioni finalizzate alla compravendita dei voti. Per altro la stessa dottrina sopra richiamata (L. HERNÁNDEZ-TEJERO, op. ult. cit., pag. 280) ammette che in taluni casi vi è una deviazione dal significato tradizionale del termine *sequester*, nel senso che chi promette la somma di denaro si converte per ciò stesso in *sequester*, ciò deduce proprio da *pro Plancio* 16.38: “*Cuius tribus (Terentinae) venditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas*”.

⁶⁴⁷ In questo senso L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodaliciis*, cit., pag. 280.

⁶⁴⁸ Secondo l’opinione del FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., pag. 423, erano i capi delle *decuriae*, che presumibilmente si facevano *sequestres* delle somme con cui pagare i voti, stante che erano loro ad accompagnare i votanti alle urne, ma l’opinione non convince perché *sequestrem* è posto al singolare e sembra perciò riferirsi a *Plancio* o a persona di sua diretta fiducia.

⁶⁴⁹ Probabilmente la sanzione comminata dalla *Lex Licinia de sodaliciis* in caso di *damnatio* dell’accusato era l’*interditio aqua et igni*, (cfr. sul punto V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana. Profili*, cit., pag. 60 e C. FERRINI, *Manuale di diritto penale romano*, cit., pag. 424), che comportava la

stesso di *decuriae* a scopo illecito, non si disporrà *direttamente* alcuna “pena” a carico delle *decuriae*, sicché la repressione di eventuali *sodalicia* illeciti (che avevano formato le *decuriae*), di cui si sia venuto a conoscenza in un processo per un'accusa di *crimen sodalitorium*, non potrà che essere rimessa alla repressione penale dell'*imperium* consolare.

In base al potere consolare d'*imperium* quindi, il magistrato che avesse preso cognizione dell'attività e degli scopi illeciti di una *sodalitates* elettorale, immaginiamo noi anche a seguito della *damnatio* di un accusato in una *quaestio ex lege Licinia de sodaliciis*, e comunque in generale, poteva, a sua discrezione, ordinarne lo scioglimento, ma la sorte del patrimonio delle disciolte associazioni non è indifferente al legislatore romano.

Viene sul punto in considerazione il seguente passo del Digesto, che permette di ricostruire un eventuale disposto della *Lex Licinia de sodaliciis*, riguardante proprio la liquidazione dei patrimoni delle disciolte associazioni:

D. 4.7.12 (Marcianus 14 *instit.*): *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur: verbi gratia ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat.*

Come si è cercato di dimostrare nella Parte I, Cap. 3.5, di questa ricerca, l'inciso “*ex lege Licinia ei interdicitur*” depone per l'attribuzione del divieto disposto da D. 4.7.12 alla *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C.: il legislatore del 55 a.C. con la *lex Licinia de sodaliciis* avrebbe dettato, cioè, oltre le disposizioni penali relative al *crimen sodalitorium*, anche, per così dire, delle norme penali accessorie, riguardanti la liquidazione dei patrimoni comuni delle disciolte associazioni, e avrebbe, quindi, presidiato la violazione di tali disposizioni (di cui però non conosciamo lo specifico contenuto) con la sanzione dell'inesperibilità dell'azione di divisione a carico del condomino (*magister* o *actor*) che, nella piena disponibilità del patrimonio sociale, avesse compiuto delle alienazioni (con fini antisocietari), volte quindi ad aggirare le

perdita della cittadinanza, la confisca dei beni e la messa a morte nel caso di rientro in patria (cfr. anche G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, cit., pag. 209).

norme stabilite (per questioni di ordine pubblico) dalle *lex Licinia de sodaliciis* sulla liquidazione dei patrimoni delle associazioni disciolte, in seguito all'accertamento della loro organizzazione per la realizzazione di *crimina sodaliciorum*.

La risposta del legislatore romano al *delinquere* del *collegium* è quella quindi, a nostro modesto avviso, di combinare al *collegium* illecito, insieme alla sanzione dello scioglimento, quella della dissoluzione del suo patrimonio, poiché l'autonomia patrimoniale costituisce la spina dorsale del *collegium* ed è quella che il legislatore deve colpire se vuole impedirne la ricostituzione.

Le moderne esigenze di politica criminale sembrano per altro riproporre prepotentemente proprio il problema di colpire i patrimoni delle associazioni a delinquere di stampo mafioso per potere risanare il tessuto economico-sociale.

Se questi sono dunque i contributi dati dal diritto intermedio e dal diritto romano al problema della responsabilità collettiva, se ne conclude che, com'è stato altrove dimostrato circa il fondamento romanistico e non solo anglosassone del giusto processo⁶⁵⁰, anche l'istituto della responsabilità penale delle persone giuridiche trova un fondamento nella *civil law* ed in particolare nell'elaborazione dei commentatori medievali e, si spera di aver dimostrato, anche nell'esperienza giuridica romana tardo repubblicana.

Sul piano della circolazione dei modelli, ci sembra poi che, proprio l'aver dimostrato che il modello della responsabilità penale delle persone giuridiche non è una precipua invenzione del sistema anglosassone (ma, al massimo, una "riscoperta" all'alba della rivoluzione industriale moderna), apre, di contro, un'importante riflessione sul significato da attribuire ai *programs* statunitensi: il *program* può conservarsi un'invenzione giuridica originale⁶⁵¹ compiuta dal sistema statunitense (rispetto alla tradizione di *civil law*) all'interno del più

⁶⁵⁰ P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, cit., pag. 4 e ss..

⁶⁵¹ S'intende qui usare il termine "originale" nel senso sopra precisato in dottrina (cfr. *supra* P. II, Cap. 1) da A. WATSON, che, come si ricorda ritiene che poche sono le "invenzioni" originali di norme: la maggior parte dei cambiamenti di un sistema giuridico sarebbero, infatti, da attribuirsi a "prestiti" (*borrowing*) giuridici da altri sistemi, capaci di "inventare" norme originali, che i sistemi importatori eventualmente migliorano e comunque adattano alle loro dinamiche interne.

generale modello della responsabilità delle persone giuridiche, basato sulla colpa di organizzazione⁶⁵², di cui, invece, è possibile riscontrare numerosi precedenti storici anche nei sistemi di *civil law*.

Per altro, dal punto di vista genetico, come strumento di politica criminale, il *compliance program* esprime una esigenza tutta moderna di affiancare una risposta premial-preventiva, basata sul c.d. *corporate governance*, alla risposta sanzionatoria tradizionale contro la criminalità d'impresa, che forse, a sua volta, è, forse, indice dell'insufficienza dello Stato moderno a fronteggiare tale criminalità solo con i mezzi sanzionatori tradizionali.

Se, poi, il *program* è un'invenzione giuridica originale, ciò implica, come necessario corollario, la riconoscibilità, negli altri sistemi, della sua importazione dal sistema statunitense, ogni qual volta, all'interno del più generale modello di responsabilità penale delle persone giuridiche di un paese, si riscontri la presenza della previsione di un *compliance program* (sia essa una esplicita importazione legislativa, come nel sistema italiano, ovvero un'importazione giurisprudenziale, come nel sistema francese).

Il sub-istituto del *compliance program* è, quindi, indice rilevatore della circolazione del modello statunitense.

Questo modello, per altro, sembra essere circolato nel nostro ordinamento non solo nei suoi aspetti sostanziali ma anche portando con sé alcuni aspetti procedurali, connaturati alla discrezionalità dell'azione penale statunitense, ne è prova la presenza nella legge 231 del 2001 dell'art. 58, che permette al PM, svolte le opportune indagini, di procedere direttamente ad emettere decreto motivato di archiviazione, senza il vaglio giurisdizionale del Giudice per le indagini preliminari, con l'eventuale controllo solo del PG.

Sicché si può affermare che, ad onta di quel che dice il legislatore italiano nella Relazione introduttiva alla 231, per cui la discrezionalità del PM ad archiviare senza il vaglio giurisdizionale del Giudice sia dovuta al fatto che la disposizione è a sua volta ispirata all'art. 18 comma 2 legge 689/1981 (che costituendo un illecito amministrativo non pone l'esigenza di controllare il corretto esercizio

⁶⁵² Si ricorderà per es. come nella costruzione del c.d. *Ethos* dell'impresa, primo passo per l'elaborazione di una colpa di organizzazione, giochi un ruolo determinante un singolare "prestito" aristotelico, che ricollega l'*ethos* dell'impresa a quello dell'oratore (cfr. *supra* P. II, Cap. 7).

dell'azione penale da parte del pubblico ministero), in realtà è più probabile che il modello sostanziale della responsabilità penale delle persone giuridiche statunitense sia circolato nel nostro sistema non completamente disgiunto dai profili di discrezionalità dell'azione penale a cui è strettamente connesso nel sistema statunitense (su queste problematiche *supra* P. II, Cap. 9.1).

Una nota conclusiva spetta infine alla perdurante vitalità degli studi comparativi di diritto penale romano.

Per quanto sia opinione abbastanza pacifica che l'elaborazione giurisprudenziale romana non arrivò mai a raccogliere in un complesso unitario gli istituti e le norme di diritto criminale⁶⁵³, e che, anche le successive raccolte imperiali, pur segnando una progressiva specializzazione della materia penale, non per questo ne segnarono il raggiungimento di una autonomia scientifica della materia penale⁶⁵⁴, ci sembra tuttavia possa trovare accoglimento l'invito conclusivo di un fondamentale contributo dell'ARCHI, ove si avverte che *"Il diritto criminale romano è ancora un campo fruttuoso per chi saprà affrontarlo con mezzi adeguati alle proprie necessità"*⁶⁵⁵.

Pensiamo, infatti, che *"i mezzi"* possano essere anche i metodi, gli approcci, come quello storico-comparativo con cui si affronta l'analisi della materia, e *"le necessità"* siano quelle che nascono dai limiti alle soluzioni giuridiche moderne penali e processuali, rispetto alle quali il diritto criminale romano si potrà mostrare *"fruttoso"* di incoraggianti soluzioni.

Per quello che riguarda l'indagine sin qui svolta ci sembra che l'approccio storico-comparativo con il diritto romano tardo repubblicano, abbia evidenziato, *sul piano sostanziale*, come sia necessaria una risposta al

⁶⁵³ Tra i tentativi sistematici più significativi va ricordato quello compiuto da Saturnino (D. 48.19.16), che classifica i reati in *quattuor genera (facta, dicta, scripta, consilia)* e le circostanze in *"septem modis"* (causa, persona, luogo, tempo, qualità, quantità, evento); per una breve sintesi dei principi elaborati dalla giurisprudenza classica si cfr. L. GAROFALO, *Problematiche criminalistiche tra giurisprudenza romana e diritto comune*, in *Crimina e delicta nel tardo antico*, Milano, 2003, pag. 201-209, spec. pag. 202-205.

⁶⁵⁴ In questo senso, per tutti, cfr. F. GNOLI, voce *"Diritto penale nel diritto romano"* in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, pag. 43-64, in particolare sul punto pag. 46-47; *contra*, ma con opinione minoritaria, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, che ritiene che *"Il diritto penale si avvia ad avere una propria consistenza e in qualche modo una sua autonomia, verso la fine della repubblica"* (C. GIOFFREDI, op. ult. cit. pag. 17).

⁶⁵⁵ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, pag. 1395-1432, in particolare sul punto pag. 1432.

delinquere della *societas (rectius collegium)* che si indirizzi non solo verso il suo scioglimento ma altresì verso il dissolvimento del suo patrimonio e, *sul piano processuale*, come la risposta sanzionatoria si migliori attraverso la differenziazione del rito processuale in relazione alla fattispecie criminosa⁶⁵⁶.

Circa, infine, il problema della responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto romano, ci sembra che le osservazioni sopra svolte circa il delinquere del *collegium* dimostrino come forme di responsabilità penali collettive, nel diritto romano, prescindano dallo schema giuridico moderno della persona giuridica e delineino un'atteggiarsi di soluzioni giuridiche e di risposte al delinquere collettivo che di fatto raggiungono le finalità sanzionatorie che richiede tale fenomeno senza ricorrere necessariamente allo schema moderno della persona giuridica⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Ci si riferisce al passo (analizzato nella Parte I, Cap. 3) Cic., *pro Plancio* 15.37: "*cuiuscumque tribus largitor esset, et per hanc consensionem quae magis honeste quam vere sodalitas nominaretur quam quisque tribum turpi largitione corrumperet, eum maxime eis hominibus qui eius tribus essent esse notum*", che sottende la maggiore efficacia della risposta sanzionatoria se chiamati a decidere dell'innocenza o della colpevolezza dell'accusato di *crimen sodalitorium* sono individui appartenenti alle medesime tribù che erano state oggetto della corruzione elettorale organizzata e che quindi meglio di ogni altro erano al corrente dei fatti; cfr. in argomento anche P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, cit., pag. 87.

⁶⁵⁷ La necessità di scongiurare i rischi derivanti dall'applicazione del "prisma deformante" della categoria moderna della persona giuridica al diritto romano (in particolare alla *societas* romana) sono stati recentemente evidenziati dalla dottrina, in tema di rilevanza esterna del contratto di *societas*, si osserva come la *societas* crei un nuovo *corpus*, che tuttavia non abbisogna di essere apprezzato con la moderna categoria della persona giuridica ma piuttosto realizzi, nello schema più autenticamente romano, uno strumento che permette ai soci di amplificare le forze superando l'utilità individuale per raggiungere una sintesi ulteriore maggiore della somma aritmetica delle utilità di ciascuno (P.P. ONIDA, *Specificità della causa del contratto di societas e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna*, in <http://www.dirittoestoria.it/10/contributi/Onida-Specificita-causa-contratto-societas-rilevanza-esterna>), ci sembra, che, sia pure in riferimento ad una utilità illecita, queste considerazioni possano valere anche per l'agire illecito *uti sodales*.

INDICE DELLE OPERE CITATE NELLA PARTE I

B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

B. ALBANESE, Voce "Persona" (*diritto romano*), in *Enc. Dir.* XXXIII (1983), pag. 169-181, in particolare sulle persone giuridiche pag. 180-181.

B. ALBANESE, *Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di sodales*, in *AUPA*, Vol. XLVIII, 2003, pag. 31-44.

ALBERICO da Rosate, *Commentari in primam Digesti Veteris partem*, Venezia, 1585.

E. ALBERTARIO, *Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pag. 99-120.

E. ALBERTARIO, *Syndicus*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pag. 121-130.

V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio*, in *BIDR* N.S. 1 (1934), pag. 571-624.

V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965 (ristampa anastatica del Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma 1949-1950).

V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1972.

V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1972.

V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, Milano, 1937.

BARTOLO da Saxoferrato, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria*, Venezia, 1590.

F. BELVISI, *Alle origini dell'idea di istituzione. Il concetto di "collegium" come "persona ficta" in Sinibaldo dei Fieschi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno 23, n. 1/1993, pag. 3-23.

E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931.

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942.

I. BIROCCHI, voce "*Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*", in *D. disc. priv. sez. civ.*, XIII (1995), pag. 407-420.

A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei "collegia" in diritto romano*, in *IURA*, XXXI (1980), pag. 1-20.

F. BONA, *Società universale e società questuaria in generale nel diritto romano*, in *SDHI*, 37 (1967) pag. 366-389.

P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946.

U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.

U. BRASIELLO, voce "*Diritto penale*" (*diritto romano*), in *NN.D.I.*, V (1960), pag. 960-966.

U. BRASIELLO, voce "*Processo penale*" (*diritto romano*), in *NN.D.I.*, XIII (1966), pag. 1157-1160.

M. BRETONE, *Consortium e communio*, in *Labeo*, 6 (1960) pag. 163-215.

M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011.

E. CALORE, *Actio quod metus causa*. Tutela della vittima e azione *in rem scripta*, Milano, 2011.

F. CALASSO in *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1953.

A. CAMPITELLI, voce "*Persona*" (*diritto intermedio*), in *Enc. Dir.* XXXIII (1983), pag. 181-193.

A. CAMPITELLI, "*Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*". *Riflessioni sul Commento di Sinibaldo dei Fieschi*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 61, 1988, pp. 65-76, pubblicato anche in *St. in Memoria di Mario Viora*, Roma, 1990 pag. 61 e ss.,.

F. CANCELLI, voce "*Società*" (*diritto romano*) in *NN.D.I.*, XVII (1975), pag. 495-516.

C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001.

M. R. CAROSELLI, voce "*Corporazione medioevale*", in *NN.D.I.*, IV, (1959), pag. 864-869.

G. CATALANO, voce "*Persona giuridica*", (*diritto intermedio*) in *NN.D.I.*, XII (1965), pag. 1032-1035.

P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origini e attualità del sistema romano*, Torino, 1990.

P. CATALANO, *Il populus romanus e "il problema delle persone giuridiche in diritto romano"*, in *Atti del III colloquio "Diritto romano diritto canonico"*, Città del Vaticano, 1990, pag. 09-29.

P.CERAMI-G.DICHIARA-M.MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003.

P.CERAMI-G.PURPURA, *Profilo Storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007.

P.CERAMI-A.PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010.

P. CERAMI-A.CORBINO-A.METRO-G.PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica*, Napoli, 2010.

G. CERVENCA, *Studi vari sulla "Restitutio in integrum"*, Milano, 1965.

G. CHIODI, *Delinquere ut universi. La responsabilità penale delle universitates nei civilisti e nei canonisti del XII-XIII secolo*, Milano, 2000.

E. CIANCERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II, Napoli, 1941.

M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, Milano, 1981.

U. COLI, *Collegia e Sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*. Bologna, 1913.

U. COLI, voce "*Civitas*" in *NNDI*, III (1959) pag. 337-343.

A. CORBINO, *Diritto privato romano*, Padova, 2010.

G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000.

C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002.

F.M. DE ROBERTIS, *Contributi alla storia delle corporazioni romane*, Bari, 1933.

F.M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obiettiva nel diritto post-classico*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV. Milano, 1956, pag. 407-419.

F.M. DE ROBERTIS, voce "*Collegium*" in *NN.D.I.*, 3 (1959), pag. 484-487.

F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I e II, Bari, 1971.

F.M. DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero: il richiamo della "lex Licinia"* in *D. 4.7.12*, in *Studi in onore di Grosso*, Torino, 1972, pag. 115-136.

F.M. DE ROBERTIS, *Personificazione giuridica ed ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana*, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pag. 279-286.

F.M. DE ROBERTIS, *Il Fenomeno associativo nel mondo romani. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero*, Roma, 1981.

F.M. DE ROBERTIS, *La capacità giuridica dei Collegi romani e la sua progressiva contrazione*, in *Atti del III colloquio "Diritto romano diritto canonico"*, Città del Vaticano, 1990, pag. 31-39.

E. DE SIMONE, "*Actor sive syndicus*", in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pag. 1063-1067.

S. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *Studi in onore di V. Scialoja* 2, Milano, 1905, pag. 53-68.

P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938.

G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (I singoli reati)*, Padova, 1932.

L. FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana. Contributo allo studio del diritto criminale repubblicano*. Torino, 1984.

R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations. A propos de quelques études recentes*, in *TR*, 1956, pag. 380-447.

F. FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, Torino, 1915.

R. FIORE, *Sodales. "Gefolgschaften" e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999.

G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli, 1995.

F. GALGANO, *Le Persone Giuridiche*, in *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Padova, 2010.

O. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlino, 1887 (ristampa invariata Graz 1954).

V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1998.

F. GRELLE, voce "*Decuria*", in *NN.D.I.*, V (1957), pag. 308-309.

F. GRELLI, voce "Decuriones" in *NN.D.I.*, V (1957), pag. 309-311.

F. GRELLI, <<Adsignatio>> e <<publica persona>> *nella terminologia dei Grammatici*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pag. 1136-1141.

P. GRIMAL, *La lex Licinia de sodaliciis*, in *Rome La littérature et l'histoire*, tomo I, Roma, 1986, pag. 37-45.

C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1902.

P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2011.

E. HEINZ, *Empfiehl es sich, die strafbarkeit der juristischen person gesetzlich vorzusehen?*, in *Verhandlungen des 40. Deuteschen juristentages strafrechtliche abteilung*, pag. 67-90.

L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Notas sobre la lex Licinia de sodaliciis*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, 2007-2008, pag. 279-282.

W. HOLDSWORTH, *A History of english law*, Vol. III, London, 1942.

G. IMPALLOMENI, voce "Persona giuridica", (*diritto romano*), in *NN.D.I.*, XII (1965) pag. 1028-1032.

INNOCENZO IV, *Apparatus (Commentaria) in quinque libros decretalium*, prima ed. stampa Strassburg, 1477, (riferimenti del RUFFINI ed. Venezia 1570).

E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, trad. it., Einaudi, Torino, 1989.

B. KUPISCH, Considerazioni in materia di *metus*: l'*actio quod metus causa*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. VACCA, Padova, 2008, pag. 131-152.

P. LAMBRINI, "*Actio de dolo malo*" e risarcimento per fatto illecito, in "*Actio in rem*" e "*Actio in personam*", in ricordo di Maio Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, pag. 583-607.

L. LANTELLA – E. STOLFI, *Profili diacronici del diritto romano*, Torino, 2005.

P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933.

O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927.

O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Vol. 1, Leipzig, 1889.

R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

F.W. MAITLAND, *Introduction a GIERKE, Political Theories of Middle Age*, Cambridge, 1969.

D. MANTOVANI, *Il problema dell'origine dell'accusa popolare. Dalla questio unilaterale alla questio bilaterale*, Padova, 1989.

F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2013.

G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 445-469.

M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006.

M. MICELI, 'Governo misto', "*quartum genus rei publicae*" e separazione dei poteri, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006, pag. 659-697.

A. MILAZZO, La fattispecie materiale della *lex Licinia de sodaliciis* e le origini del reato associativo, in *SDHI*, 79, (2013), pag. 481-499.

L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908.

Th. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis romanorum*, Kiliae, 1843.

Th. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, Vol. III, traduz. M.G. HUMBERT, Parigi, 1907.

Th. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, ed. Sansone, Vol. II, Firenze, 1967.

Th. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis romanorum e Zur lehre von den römischen korporationem* (1843, 1904), (*Antiqua* 92), con nota di lettura di CARLA MASI DORIA, ristampa, Napoli, 2006.

G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, Bari, 1934.

ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteris*, ed. Lugduni, 1550.

P.P. ONIDA, *Specificità della causa del contratto di societas e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna*, in <http://www.dirittoestoria.it/10/contributi/Onida-Specificita-causa-contratto-societas-rilevanza-esterna>

R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959.

R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino, 1968.

B. PASCIUTA, *Procedura e amministrazione della giustizia nella Legislazione Federiciana: un approccio esegetico al Liber Augustalis*, in *AUPA*, Vol. XLV.2, 1998, pag. 363-412.

L. PEPPE (a cura di), *Persone Giuridiche e Storia del diritto*, Torino, 2004.

L. PEPPE, “*Societas delinquere non potest*”. *Un altro brocardo se ne va*, in *Persone Giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 143-157.

L. PEPPE, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, pag. 69-86.

L. PEPPE, *La responsabilità, in particolare penale, della persona giuridica tra radici romanistiche e scienza giuridica europea del 1800*, in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, a cura di E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris, De Boccard, 2012, pag. 645-654.

A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, III, Torino, 1892-1903, rist. an., Bologna, 1966.

A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012.

N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *Code Louis, Ordonnance Criminelle*, 1670, ed. italiana, Milano, 1996, T. II,.

A. PIOLA, *Innocenzo IV Fieschi pontefice e sommo giurista*, in *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 1969, pag. 101-115.

G.PUGLIESE-F.SITZIA-L.VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012.

F. PULITANÒ, *Il dolo dei municipes e il dolo dei decuriones. Nota sulla capacità delittuosa degli enti collettivi nel diritto romano*, in *Quaderni di scienze del linguaggio. Questioni amministrative nel Mediterraneo antico. Profili giuridici e testuali*, a cura di P. Biavaschi, Milano, 2012, pp. 117-148.

A.M. PUNZI NICOLÒ, *La persona giuridica in diritto canonico. Tra valorizzazione e relativizzazione*, in *Persone Giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 89-110.

D. QUAGLIONI, *“Universi consentire non possunt”*. *La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune*, in *Persone giuridiche e Storia del diritto*, a cura di L. PEPPE, Torino, 2004, pag. 73-88.

S. RANDAZZO, *Senatum consultum quo illicita collegia arcentur (D. 47,22,1,1)*, in *BIDR.* 94-95 (1991-1992), pag. 49-88.

S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur*. Per una verifica del principio *“societas delinquere non potest”* nel diritto associativo tardo antico, in *IAH*, 5/2013, pag. 29-48.

G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, (estratto dell'*Enciclopedia Giuridica Italiana*), Milano, 1912.

F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, II, Milano, 1936, pag. 5-90.

A. SALAMONE, *Iudicati velut obligatio*. Storia di un dovere giuridico. Napoli, 2007.

F. SALERNO, *“Collegia adversus rem publicam”?*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli, 1984, pag. 615-631.

B. SANTALUCIA, Voce "Fondazioni" (diritto romano), in *Enc. Dir.* XXVII (1968), pag. 774-785, spec. 6. *Il problema dell'eredità giacente*, pag. 782-783.

B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.

F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. Vittorio Scialoja), II, Torino, 1888.

G. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina dell'eredità giacente*, in *AUPA*, Vol. VIII, 1921, pag. 3-74.

N. SCAPINI, voce "violenza" (diritto romano), in *NN.D.I.*, XX (1957) pag. 939-941.

R. SCEVOLA, "Utilitas Publica", *II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012.

S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Testo e traduzione, I, con la collaborazione di L. LANTELLA, Milano, 2005.

F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, I. *Le persone*, Napoli, 1933.

F. SCHULT, *Classical roman law*, Oxford, 1961.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano*. Appunti dalle lezioni, Napoli, 1993.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *I più antichi divieti di riunione: gruppi, ripartizioni sociali e potere regio nelle istituzioni romane arcaiche*, in *Index*, 29 (2001), pag. 113-157.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della criminalità organizzata nel diritto romano. Criteri di impostazione della ricerca*, in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pag. 33-77.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *Profili storici del delitto politico*, Napoli, 2002.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I*, Torino, 2011.

E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, in *"Filosofia politica"*, XXI.3 (2007), pag. 379-391.

M. TALAMANCA, *Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milano, 1989.

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

M. TALAMANCA, voce *"Società"* (diritto romano), in *Enc. Dir.* XLII (1990), pag. 814-857.

K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 615-633.

F. TODISCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979.

P. TORELLI, *Storia del diritto italiano, Le persone*, Milano, 1966.

W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 64, 1948, pag. 77-96.

G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008.

C. VENTURINI, *L'orazione pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, 1984, pag. 787-804.

C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996.

INDICE DELLE OPERE CITATE NELLA PARTE II e Conclusioni.

N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *A.G.E.*, 02/2009, pag. 187 e ss.

A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *A.G.A.*, 02/2009.

G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*. In *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, pag. 1395-1432.

A. ARCURI, R. PARDOLESI voce "Analisi Economica del diritto", in *Encl. Dir. Agg. VI*, 2002, pag. 7-19.

ARISTOTELE, *Retorica e poetica di Aristotele*, a cura di Zanatta, Torino, 2004.

J. ARLEM, *Corporate Liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporations to join the war against crime*, in *Impresa e Giustizia penale*, Milano, 2009 pag. 303 e ss.

J. ARLEM, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, in *66 U.Miami L. Rev.* 2011-2012, pag. 321 e ss.

S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. 231/2001: il modello organizzativo e la giurisprudenza*, in *Corriere Giuridico*, Ipsoa, Suppl. Spec. 02/2010, pag. 5 e ss.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765.

R.BRICHETTI–L.PISTORELLI, *Commento al d.lgs. 121/2011* in *G. dir.*, 2011, 38, 48 e ss.

K.F. BRICKEY, *Rethinking Corporate liability under the Model Penal Code*, in 19 *Rutgers L.J.* 1987-1988, pag. 593 e ss.

K.F. BRICKEY, *Enron's Legacy*, in 8 *Buff. Crim. L. Rev.* 2004-2005, pag. 221 e ss.

P.H. BUCY, *Corporate Ethos: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. L. Rev.* 1991, pag. 1095-1184.

G. CASARTELLI, *La Responsabilità degli enti per i reati ambientali*, 2012, in www.penalecomporaneo.it.

F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità di impresa nel d.lgs. 231/2001. Il problema della importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *A.G.E.* 2/2009.

L.G. CERQUA, *La responsabilità da reato degli enti. Modelli di organizzazione gestione e controllo e strategie per non incorrere nelle sanzioni*, Camerino, 2006.

M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1985.

J. COFFEE, *"No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in 79 *Mich. L. Rev.* 1980-1981, pag. 386 e ss.

M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2012.

J. COFFEE, *"Carrot and Stick" Sentencing: structuring incentives for Organizational defendants*, in 3 *Fed. Sent'g Rep.* 1990-1991, pag. 126-129.

J. COFFEE, *What Caused ENRON? A Capsule Social and Economic History of the 1990S*, in 89 *Cornell L. Rev.* 2003-2004, pag. 269 e ss.

G. DE FRANCESCO, *Diritto Penale*, Torino, 2011.

C. DE MAGLIE, *L'etica ed il Mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002.

A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle "res in usu publico". Linee di una indagine*, in AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana, atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, pag. 483-520.

O. DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, pag. 162 e ss.

FRANK O. BOWMAN III, *The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: an analysis and legislative history*, in 35 *Ind. L. Rev.* 2001-2002, pag. 5 e ss.

FRANK O. BOWMAN III, *The Sarbanes-Oxley Act and What Came After*, in 15 *Fed. Sent. R.* 2002-2003, pag. 231 e ss.

FRANK O. BOWMAN III, *Drifting down the Dnieper with the prince Potemkin: some skeptical reflections about the place of compliance programs in federal criminal sentencing* in 39 *Wake Forest L. Rev.* 2004, pag. 671 e ss.

FRANK O. BOWMAN III, *Sentencing High-Loss Corporate Insider frauds After Booker*, in 20 *Fed. Sent. R.* 2007-2008, pag. 167 e ss.

B. FISSE, *Reconstructing Corporate criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1983, pag. 1141 e ss.

R. GAMBINI MUSSO, *Il Processo penale statunitense*, Torino, 2009.

G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Milano, 2008.

L. GAROFALO, *Problematiche criminalistiche tra giurisprudenza romana e diritto comune*, in *Crimina e delicta nel tardo antico*, Milano, 2003, pag. 201-209

L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008.

C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970.

F. GNOLI, voce "Diritto penale nel diritto romano" in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, pag. 43-64.

E. GRANATA, *I Codici di Comportamento redatti dalle Associazioni Rappresentative degli Enti. L'esperienza dell'Associazione Bancaria Italiana*, in *Cass. Pen. Suppl.* 3/2006, pag 93 e ss.

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

S. GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform*, in *71 J. Crim. L.* 2006-2007, pag. 151 e ss.

S. GRIFFIN, *Accountability for Deaths Attributable to the Gross Negligent Act or Omission of a Police Force: The Impact of the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *74 J. Crim. L.* 2010, pag. 358 e ss.

A. GUARNERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, Padova, 2010.

A. HAINSWORTH, *The Case for Establishing Independent Schemes of Corporate and Individual Fault in the Criminal Law*, in *65 J. Crim. L.* 2001, pag. 420 e ss.

A. HAINSWORTH & E. PLAYER, *Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions*, in *68 Mod. L. Rev.* 2005, pag. 822 e ss.

KIMBERLY D. KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the failure of negotiated governance*, in *81 Wash. U. L. Q.* 2003, pag. 487 e ss.

G. LATTANZI, *Introduzione a Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen. Suppl.* 06/2003, pag. 1 e ss.

W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds, the Failure of Corporate Liability*, *43 Emory L. J.* 1994, pag. 647.

W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds, the Failure of Corporate Liability*, Chicago and London, 2006.

R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

M. LUPOI, *La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico in Lo stile della sentenza e l'utilizzazione dei precedenti*, a cura di L. VACCA, Torino, 2000, pag. 85-102.

M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994 e 2006.

U. MATTEI - P.G. MONATERI, *Introduzione breve al Diritto Comparato*, Padova, 1998.

G. MERUZZI, *Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione: il progetto di Modifica Arel-Pwe alla disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs 231/2001*, in *Contratto ed impresa* 1/2012, pag. 211 e ss.

P. O'MALLEY, *Appunti sulla responsabilità penale societaria negli U.S.A.*, in *Riv. Diritto Penale XXI sec.*, 2008, pag. 347-355.

A. MANNO, *La responsabilité pénal delle persone morales. Aporie e ristrutturazioni del modello di imputazione degli enti nel nouveau Code Pénal* francese, Palermo, 2004.

O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in O. DOMINIONI, O. MAZZA ed altri, *Procedura Penale*, Torino, 2010.

M. ONADO, *Gli scandali societari italiani*, in *Impresa e Giustizia penale: tra presente e futuro*, Milano, 2009, pag. 59 e ss.

T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012.

F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.

L. PEPPE, *La responsabilità penale della persona giuridica tra attualità e passato*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, IV (a cura di C. Russo Ruggeri), Milano, 2010, pag. 491-525.

C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.* 01/2013, parte I, pag. 376 e ss.

C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.* 02/2013, parte II, pag. 842 e ss.

L. PISTORELLI-A. SCARCELLA, *Relazione del massimario presso la Corte di Cassazione sul d.lgs. n. 121 del 2011*, in www.penalecontemporaneo.it,

V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 477 e ss.

- R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2011.
- J. PRADEL, “*Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale*”, in *Id. Pen.*, 1994, pag. 5-26.
- B. ROMANO, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Padova, 2013.
- C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Torino, 2011.
- C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, 2011, in www.penalecomporaneo.it.
- J-C SAINT PAU, *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction in Le risque pénal dans l’entreprise*, Litec, 2003.
- L.P. SALAS, *La problematica dei reati economici nella più recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim.dir. pen. econ.* 2004, pag. 69 e ss.
- R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, 2006.
- M. SERIO, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. CERAMI e M. SERIO, II, Torino, 2011, pag. 12-27.
- S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2006.
- L. SCHIUMA, “*Le competenze dell’organo di controllo sull’assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*”, in *Riv. dir. civ.*, 01/2011, pag. 57-81.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009.

A. SOMMA, *Mutazione del diritto e mondializzazione della riflessione comparatistica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2006, pp. 535-569.

C. STONE, *Where the Law Ends: the Social Control of Corporate Behaviour*, New York, 1975.

K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 615-633.

V. TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, pag. 253-283.

V. TORRE, *La "privatizzazione delle fonti del diritto penale". Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013.

S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002.

E. M. WISE, *The Transplant of Legal Patterns* in 38 *Am. J. Comp. Law Supp.* 1, 1990.

A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, Edimburgo, 1974.

A. WATSON, *Comparative Law and legal change* in 37 *Cambridge L. J.*, 1978, pag. 313 e ss.

A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al Diritto Comparato*, a cura di L. Lonardo, Università di Camerino, 1984.

A. WATSON, *The structure of Blackstone's Commentaries*, in 97 *Yale L. J.*, 1987-1988, pag. 795 e ss.

A. WATSON, *From Legal Transplants to Legal Formants*, in 43 *Am. J. Comp. Law*, 1995, pag. 469 e ss.,.

A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach To Comparative Law*, Athens and London, *University of Georgia press*, II ed., 2003.

A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006 (traduz. G. Smorto e R. Ricciardi, presentazione M. Serio).

A. WATSON, *Law in the Books, Law in Action: and Society*, in *Fides Humanitas Ius*, in *Studi in onore di Luigi Labruna*, VII, 2007, pag. 5899-5908.

INDICE DELLE PRINCIPALI FONTI ANTICHE ANALIZZATE

FONTI GIURIDICHE PREGIUSTINIANEE

| | |
|---|---|
| <p><i>(S.C. de Bacchanalibus)</i> S.C., L. 4 FIRA I, 241; S.C., L. 10 FIRA I, 241; S.C. L. 11 FIRA I, 241; S.C., L. 13 FIRA I, 241 <i>(Titulus sepulcralis collegii symphonicorum)</i> =CIL. VI,4416; FIRA, III, 38</p> | <p>(P. I Cap. 3.5).</p> <p>(P. I Cap. 2.2).</p> |
|---|---|

CORPUS IURI CIVILIS

Digesta

| | |
|---|--------------------------------|
| <p>D. 1.8.6.1 (Marcian. 3 <i>Ist.</i>) <i>(Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia).</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.3).</p> |
| <p>D. 3.4.1 pr.-1 (Gai 3 <i>ad ed. prov.</i>) <i>(Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.1 e 2.2).</p> |
| <p>D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>) <i>(Si quid universitati debetur, singulis non debetur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.3).</p> |

| | |
|---|---------------------------------|
| <p>D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>) <i>(In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert... cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.1).</p> |
| <p>D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 <i>ad ed.</i>) <i>(Animadvertendum autem... vel populus vel curia vel collegium vel corpus)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.2. e 3.4).</p> |
| <p>D. 4.2.14.1 (Ulp. 11 <i>ad ed.</i>) <i>(Actio quod metus causa)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.2 e 3.4).</p> |
| <p>D. 4.3.15.1 (Ulp. 11 <i>ad ed.</i>) <i>(Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 5.2).</p> |
| <p>D. 4.3.15.2 (Ulp. 11 <i>ad ed.</i>) <i>(Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 5.2).</p> |
| <p>D. 4.7.12 (Marcianus 14 <i>instit.</i>) <i>(Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 3.5).</p> |

| | |
|--|--------------------------|
| <p>D. 17.2.52.18 (Ulp. 31 <i>ad ed.</i>) <i>(Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum).</i></p> | <p>(P. I, Cap. 1.2).</p> |
| <p>D. 43.7.1 (Pomp. 30 <i>ad Sab.</i>) <i>(Cui libet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat)</i></p> | <p>(P. II, Cap. 13).</p> |
| <p>D. 43.8.2. pr.-1 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias in ve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur")</i></p> | <p>(P. II, Cap. 13).</p> |
| <p>D. 43.8.2.20 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Ait praetor: "In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto")</i></p> | <p>(P. II. Cap. 13).</p> |
| <p>D. 43.8.2.35 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Praetor ait: "Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas".)</i></p> | <p>(P. II; Cap. 13).</p> |

| | |
|--|--------------------------|
| <p>D. 43.12.1. pr. (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Ait praetor: "Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immetta")</i></p> | <p>(P. II; Cap. 13).</p> |
| <p>D. 43.12.1.19 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes")</i></p> | <p>(P. II, Cap. 13).</p> |
| <p>D. 43.23.1.15 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>) <i>(Deinde ait praetor: "Quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas".)</i></p> | <p>(P. II, Cap. 13).</p> |
| <p>D. 46.1.22 (Flor. 8 <i>inst.</i>) <i>(Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 2.3)</p> |
| <p>D. 47.22.3 pr.-1 (Marcianus 2 <i>iud. publ.</i>) <i>(Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 3.6).</p> |

| | |
|--|--|
| <p>D. 47.22.3.1 (Marcianus 2 <i>iud. publ.</i>) <i>(In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel caesaris)</i></p> <p>D. 47.22.4 (Gai 4 <i>ad l. XII tab.</i>) <i>(Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt)</i></p> <p>D. 48.18.1.7 (Ulp. 8 <i>de off. proc.</i>) <i>(Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est)</i></p> <p>D. 50.6.6.12 (Call. 1 <i>de cogn.</i>) <i>(Quibusdam collegiis vel corporibus, quibus ius coeundi lege permissum est, immunitas tribuitur)</i></p> | <p>(P. I, Cap. 3.6).</p> <p>(P. I, Cap. 2.4).</p> <p>(P. I, Cap. 2.3).</p> <p>(P. I, Cap.2.4).</p> |
|--|--|

LETTERATURA NON GIURIDICA

ASCONIO, *In Pisonem*, 4.8 (P. I, Cap. 2.4).

ASCONIO, *In Pisonem*, 4.9 (P. I, Cap. 2.4).

Cic., *Ad fam.* 8.2.1 (P. I, Cap. 2.4).

Cic., *Ad Quintum Fratrem*, II, 3.2.4-5 (P. I, Cap. 2.4).

Cic., *In Pisonem*, 4.9 (P. I, Cap. 2.4).

Cic., *pro Plancio* 15.36 (P. I, Cap. 2.2 e Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 15.37 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 16.38 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 18.45 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 19.47 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 19.48 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 22.53 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 22.54 (P. I, Cap. 3.3)

Cic., *pro Plancio* 42.104 (P. I,; Cap. 3.3)

Schol.Bob.,152 Stangl. *in Planc.* (P. I, Cap. 3.3)

Schol.Bob.,153 Stangl. *in Planc.* (P. I, Cap. 3.3)

Liv. 39.8.1 (P. I, Cap, 3.5)

Liv. 39.8.3 (P. I, Cap. 3.5)

Liv. 39.13.14 (P. I, Cap. 3.5)

Liv. 39.14.6 (P. I, Cap. 3.5)

Suet. *Jul.* 42.3 (P. I, Cap. 2.2)

Suet. *Aug.* 32.1 (P. I, Cap. 2.2)

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE DI COMMON LAW

New York Central and Hadison River Railroad Co v. United States in 212 U.S., 481 (1909).

Payne v. Tennessee, in 501 U.S. 808, 820 (1991).

Coon v. United State, in 518 U.S. 81 (1996).

Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

Blakely v. Washington, in 542 U.S. 296 (2004).

United States v. Booker, in 543 U.S. 220 (2005).

Rita v. United States, in 551 U.S. (2007).

Dillon v. United States, in S. Ct., No. 09-6338 (June 17, 2010).

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE DI CIVIL LAW

Cass. Pen. (francese) 01/12/1998.

Cass. pen. Sez. II, 30/01/2006 n. 3615.

Trib. Milano 13/02/2008 n. 1774.

Trib. di Milano 18/12/2008- 5/05/2009 n. 14344 (caso Parmalat).

Corte di Assise di Torino, Sez. II, 15/04/2011 (caso *ThyssenKrupp*).

Trib. penale Milano 17/11/2009 (caso Impregilo).

Cass. pen.. Sez. VI 22/01/2011 n 2251 (ammissibilità costituzione parte civile).

SITI DI INTERESSE ISTITUZIONALE:

Federal Sentencing Guidelines Manual 2014 (U.S.S.G)

in <http://www.ussc.gov>,

Advisory Group Report 2003

in <http://www.ussc.gov>,

United State Attorney Manual (USAM)

in <http://federalevidence.com/corporate-prosecution>,

SUMMARIUM

Un approccio storico-comparativo al principio "societas delinquere non potest".

Secondo una diffusa opinione il superamento del principio "*societas delinquere non potest*" è da attribuire al sistema di *common law*, ed in particolare al sistema statunitense, con la sentenza *New York Central and Hudson Railway v. U.S.A.* del 1909, è altresì abbastanza consolidata l'idea, nella tradizione romanistica, da Ferrini a Savigny, che gli enti collettivi non possano delinquere.

La conseguenza ovvia di queste premesse è che solo in epoca moderna si sia arrivati a concepire una responsabilità penale delle persone giuridiche, tanto più, affermazione questa volta condivisibile, che il brocardo "*societas delinquere non potest*", ad onta della lingua in cui è espresso, non è stato elaborato dalla giurisprudenza romana, ma molto più probabilmente dalla scienza penalistica ottocentesca, allorché gli Stati si dovettero confrontare con la forza economica e criminale delle nuove società commerciali moderne, specie di quelle ferroviarie.

Se, tuttavia, si vuole approfondire l'indagine, senza per altro trascurare il diritto intermedio, e pervenire a più corretti risultati circa la genesi della responsabilità penale delle persone giuridiche, bisogna necessariamente procedere con un approccio storico-comparativo, perché solo attraverso questo tipo di approccio è possibile "svelare" meglio l'apparente mistero di un modello di responsabilità, che, *prima facie*, sembra sorgere improvvisamente all'alba dell'evo moderno.

Privilegiando l'approccio diacronico, forme di responsabilità collettiva si possono così riscontrare in relazione al delinquere "*ut universi*" di municipi e corporazioni nel diritto medievale, di cui apprendiamo attraverso i Commentari di Odofredo, Alberico da Rosate e altri dottori medievali.

Una fondamentale elaborazione relativa a uno "*ius residens universitatis*", cioè alla configurabilità di reati propri dell'*universitas* (collettività) è stata poi possibile riscontrare nella dottrina di Bartolo.

Con uno specifico, e ci sembra inedito tentativo, in questa tesi di dottorato si è arretrata l'indagine sino ai collegi illeciti romani di età tardo repubblicana, al fine di verificare se, nel periodo sopra indicato, vi sia una possibile operatività sostanziale del principio *societas delinquere potest*, più propriamente qui riferito ai *collegia illicita* che cospiravano *adversus rem publicam*, e quindi, *rectius*, nella specie riproponibile nella forma lessicale "*collegium delinquere potest*".

Nella tarda età repubblicana la *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C., (di cui, però, poco sappiamo dalle fonti) introdusse, infatti, il *crimen sodalitorium*, con sanzioni riferite non solo ai singoli *sodales* ma anche al *collegium* nel suo complesso (scioglimento e dissolvimento del patrimonio, cfr. D. 4.7.12), di tale legge ci parla Cicerone nell'orazione *pro Plancio* (un edile accusato in una *quaestio de sodaliciis*) e, a fini di questa indagine, è fondamentale una rilettura proprio di tale orazione di Cicerone.

Se ne conclude che un'indagine sul principio "*societas delinquere non potest*" (*rectius* "*societas delinquere potest*"), condotta con metodo storico-comparativo, mostra come la genesi della responsabilità penale delle persone giuridiche, ordinariamente ricondotta al sistema anglosassone, abbia, invece, precedenti importanti in forme di responsabilità collettiva ed elaborazione dottrinali del diritto intermedio e con precedenti, secondo una inedita proposta di questa ricerca, anche nel diritto romano.

Di contro, all'interno del più generale modello della responsabilità delle persone giuridiche, il *program* può considerarsi un'invenzione giuridica originale compiuta dal sistema statunitense, rispetto alla tradizione di *civil law*.

Se, poi, il *program* è un'invenzione giuridica originale, ciò implica, come necessario corollario, la riconoscibilità, negli altri sistemi, della sua importazione dal sistema

statunitense, ogni qual volta si riscontri, all'interno del più generale modello di responsabilità penale delle persone giuridiche di un paese, la presenza di un *compliance program*.

Il sub-istituto del *compliance program* è, cioè, indice rilevatore della circolazione del modello statunitense.

ABSTRACT

Rethinking corporate criminal liability through a comparative-historical approach.

According to a widespread opinion the overcoming of the principle "*societas delinquere non potest*" was due to the common law systems and in particular to the U.S. system, with the judgment *New York central and Hudson Railway v. U.S.A.* (1909). Moreover, in the roman tradition, from Ferrini to Savigny, that corporate bodies cannot commit crimes is a fairly well-established idea.

The obvious consequence of these assumptions is that we have come to conceive a criminal liability of corporate bodies only in modern times. Actually, the maxim "*societas delinquere non potest*", in spite of the language in which is expressed, was not laid down by Roman jurisprudence, but, more likely, by the criminal science in nineteenth century, when modern States had to face the economic and criminal strength of modern commercial corporations, especially railway corporations.

In order to deepen the investigation, without neglecting the intermediate law, as well as to achieve more correct results about the genesis of criminal liability of corporate bodies, we must proceed with a comparative-historical approach: it's only through this kind of approach that the apparent mystery of a model of responsibility, which, *prima facie*, seems to arise, abruptly, at the beginning of the modern age, can be revealed.

If we use a diachronic approach, forms of collective responsibility can be thus found, during the medieval law, in the crimes "*ut universi*" of municipalities and corporations, that we know from the commentaries of Odofredo, Alberico from Rosate and other medieval doctors.

A fundamental theory about "*ius residens universitatis*", i.e. about the admissibility of crimes that are proper of the *universitas* (a collective body) can be found in Bartolo's doctrine.

With a specific and, it seems, unprecedented attempt, in this work the investigation goes back up to the illicit colleges of the late Roman republic, in order to determine whether, during that period, the principle "*societas delinquere non potest*" was substantially operative, with specific reference to the case of illicit colleges conspiring *adversus rem publicam*, and thus better expressed in the lexical form of "*collegium delinquere potest*".

In the late roman republic, the *lex Licinia de sodaliciis* in 55 B.C. (about which little, however, is known from the sources) introduced the *crimen sodalitorium*, with sanctions referred not only to the individual *sodales* but also to the *collegium* as a whole (dissolution and disintegration of the assets, see D. 4.7.12).

Cicero talks about this Statute in the oration *pro Plancio* (an *aedilis* accused in a *quaestio de sodaliciis*) so, for this investigation, a rethinking of that Cicero's oration is of fundamental importance.

It can be concluded that an investigation on the principle "*societas delinquere non potest*" (*rectius "societas delinquere potest"*), conducted with a historical-comparative method, shows how the genesis of criminal responsibility of corporate bodies, ordinarily traced back to the anglo-american systems, has, important precedents in forms of collective responsibility and in doctrinal elaborations of intermediate law and, according to the unpublished proposal of this research, even in Roman law.

On the contrary, in the more general model of legal persons's liability, the program can be considered as a legal original invention, made by the US system, compared to the civil law tradition.

If, then, the program is a legal original invention, a necessary corollary of this assumption is that, whenever in a given legal system the model of corporate liability

comprises a compliance model, the importation from the U.S. legal system is then proven.

The sub-institute of compliance program is thus a “litmus paper” to trace the circulation of the U.S. model.