

METAFORE: L' *HOMO OECOMICUS* E  
LA "SPINTA GENTILE" NELLA  
PROSPETTIVA DEL SISTEMA PUNITIVO\*

**Criminalia**  
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 17.7.2023

*Désirée Fondaroli*\*\*

METAPHORS: *HOMO OECOMICUS*, NUDGE AND PUNITIVE SYSTEM

*The metaphor of homo oeconomicus seems to be at sunset: the "punitive" liability of the natural or legal person is conditioned by the correctness of the decision-making process. In the context of the interpretative guidelines aimed at guaranteeing the traceability of this process can find space the so-called Nudge, which plays a complementary role but seems to be inseparable from the regulatory system.*

KEYWORDS homo oeconomicus – nudge – punitive system – white-collar crimes

SOMMARIO 1. Dalla crisi dell' *homo oeconomicus* alla "spinta gentile". – 2. Impatto sul sistema punitivo. – 3. (*Segue*) Rilevanza del processo decisionale. – 4. (*Segue*) ... e responsabilità degli enti.

## 1. Dalla crisi dell' *homo oeconomicus* alla "spinta gentile"

Premessa metodologica.

Non mi avventuro nella distinzione tra "metafora" e "metonimia". Lasciando la questione agli esperti mi rimetto alla definizione della Enciclopedia Treccani: "Metafora. Processo linguistico espressivo, e figura della retorica tradizionale, basato su una similitudine sottintesa, ossia su un rapporto analogico, per cui un vocabolo o una locuzione sono usati per esprimere un concetto diverso da quello che normalmente esprimono".

Metafore antropomorfe e sistema punitivo.

Impresa ardua, in un contesto in cui, ad esempio, con riguardo alla responsabilità dell'ente<sup>1</sup>, si è ammessa la colpevolezza, in forza del «rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il

---

\* È il testo della relazione tenuta al seminario su "Le metafore antropomorfe nel diritto: funzioni speculative e regolative", svoltosi a Firenze il 12 maggio 2023.

\*\* Professore ordinario nell'Università di Bologna.

<sup>1</sup> Cfr. *infra* par. 4.

principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost)»<sup>2</sup>.

Ma, seppure attraverso percorsi diversi, anche la giurisprudenza recente in materia resta saldamente ancorata alla metafora antropomorfa: «il giudice, nel suo giudizio valutativo sul modello, prenda in considerazione anche l'imputazione del risultato colposo. Perché possa affermarsi una responsabilità colposa, infatti, si ritiene insufficiente la realizzazione del risultato offensivo tipico in conseguenza della condotta inosservante di una data regola cautelare, ma occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare. Occorre, cioè, una corrispondenza causale tra la violazione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo. Una tale impostazione porta a prendere in considerazione anche il c.d. "comportamento alternativo lecito"»<sup>3</sup>.

La metafora dell'*homo oeconomicus*<sup>4</sup>.

Si suppone che questi sia un soggetto «profondamente razionale e, quindi, orientato da un'attenta analisi costi-benefici sulla base del *know-how* per lui disponibile, [...] scarsamente condizionato dagli elementi caratteristici della psiche nella sua unicità, labilità e permeabilità a stimoli esterni, anche contingenti (come è invece, paradigmaticamente, l'autore del delitto passionale o d'impeto)», e poco propenso a farsi vincolare dall'ambiente in cui agisce. Tuttavia, anche rispetto a reati economici, l'autore può risultare profondamente influenzato «– in taluni casi, quasi coattivamente orientato – dai modelli di comportamento propri degli altri appartenenti al 'gruppo' di afferenza, come messo in luce a suo tempo dalla teoria delle associazioni differenziali»<sup>5</sup>.

Da un lato, «l'unico fattore di orientamento per tale soggetto è costituito, in definitiva, dal criterio di efficienza mezzo-scopo, senza alcun diverso condizionamento, schematizzabile – secondo l'impostazione weberiana – come 'affettivo', 'di valore' o 'tradizionale'»; dall'altro, «il carattere ambientale e, per così dire, consuetudinario di certi tipi di criminalità economica» fa affiorare fattori di influenza di carattere tradizionale, che introducono un sistema chiuso di modelli d'azione, incidenti sul grado di colpevolezza<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401.

<sup>4</sup> Si consenta si richiamare D. FONDAROLI, *Homo oeconomicus*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, *Parole dal lessico di uno studioso*, Milano, 2022, 1527 ss.

<sup>5</sup> C.E. PALIERO, *Principio di colpevolezza e reati economici*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016, 22.

<sup>6</sup> Cfr. *infra* par. 3.

Tale concetto di “razionalità” (intesa come capacità di progettazione a partire da una valutazione quantitativa basata su calcoli) va tenuto distinto dal quello di “ragionevolezza” (quale attitudine a deliberare a partire da argomenti pro e contro), che attraversa il diritto penale, anzi, la materia penale, dal giudizio di legittimità costituzionale *ex art. 3 Cost.* alla tipizzazione di figure astratte quale il “risparmiatore ragionevole” in ambito di tutela dei mercati finanziari<sup>7</sup>.

Alla “ragionevolezza” deve appellarsi anche il pubblico ministero quando, secondo i precetti della “riforma Cartabia”, deve promuovere il rinvio a giudizio solo in costanza di una prognosi favorevole di sentenza di condanna ovvero di patteggiamento<sup>8</sup>.

La granitica costruzione dell’*homo oeconomicus* posta a fondamento delle politiche punitive fondate, ad es., sul rafforzamento della ablazione patrimoniale in funzione retributiva e di prevenzione speciale e generale (confisca) sembra oggi vacillare, nel senso che gli esiti del bilanciamento costi-benefici, a priori e *per tabulas*, non appaiono più sufficientemente dissuasivi rispetto alle conseguenze punitive che deriverebbero dal riconoscimento della responsabilità.

Perplessità in ordine alla perdurante attualità del modello dell’*homo oeconomicus* emergono anche dalle ricerche sull’economia comportamentale, che sottolineano la crisi della concezione della razionalità umana, intesa quale fondamento della decisione.

La contrapposizione tra gli Umani (*Sapiens*) e gli Econi<sup>9</sup>, il riconoscimento della fallacia del giudizio umano, la “razionalità limitata”<sup>10</sup>, l’efficacia suggestiva dei diversi *biases* e le “scorciatoie” euristiche, soprattutto - per quanto concerne l’ambito del nostro tema - con riguardo al c.d. delinquente economico<sup>11</sup>, la teoria del cigno nero<sup>12</sup> analizzano

<sup>7</sup> Insuperate le considerazione di F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, 340 ss.

<sup>8</sup> L’art. 408 c.p.p. dispone che “quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione”. In senso analogo l’art. 425, comma 3 c.p.p. per quanto riguarda la regola di giudizio da applicarsi all’esito dell’udienza preliminare, nonché l’art. 554-ter c.p.p., introdotto dall’art. 32, comma 2, lett. d, d.lgs. 150/2022.

<sup>9</sup> Si veda anche *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell’economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, Esperienze n. 31, gennaio 2018, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>10</sup> Ad es., in materia di decisioni in ambito finanziario (*Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell’economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, cit., 3) e di violazioni tributarie: si veda R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse: processi razionali e biases decisionali*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus*, cit., 34 ss.

<sup>11</sup> M. BERTOLINO, *Corporate criminalità, compliance d’impresa e personalità del white-collar offender*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 10.

<sup>12</sup> N.N. TALEB, *Il Cigno nero*, trad. it. a cura di E. Nifosi, Milano, 2014.

i comportamenti irrazionali e stimolano l'individuazione di strumenti e tecniche mirati ad incanalare le scelte umane mediante percorsi alternativi rispetto al modello costrizione/sanzione, incrinando il mito dell'*homo oeconomicus*.

La prospettiva è estesa ed oggetto di articolata disamina da parte di studi a diversa connotazione, dalla psicologia cognitiva alle c.d. neuroscienze.

Per cenni.

Moderni studi di economia e finanza comportamentale, nonché di psicologia (comportamentale e cognitiva) propongono strumenti ermeneutici, in relazione alla tecniche di prevenzione di comportamenti, ed in certa misura, di reati, ed a fini di deterrenza, fondati sulla sensibilizzazione a valori etici da intendere come parte integrante della cultura e della politica di impresa, diretti ad orientare le scelte comportamentali mediante le tecniche di c.d. spinta gentile (*Nudge*)<sup>13</sup>.

Il “pungolo”, la “spinta gentile” – altra metafora – rappresenta «ogni aspetto dell'architettura delle decisioni che modifica il comportamento delle persone in una direzione prevedibile, senza vietare loro alcuna scelta e senza cambiare in modo significativo i loro incentivi economici. Per valere come *nudge*, l'ingerenza deve poter essere evitata facilmente e a basso costo».

Lo strumento, nella forma dell'intervento pubblico, è classificato come forma di «paternalismo libertario» contrapposto al cosiddetto «paternalismo forte»<sup>14</sup>: si tratterebbe di un «paternalismo», in quanto mira ad influenzare il comportamento dei destinatari; «debole», atteso che non impedisce né intralcia scelte alternative dell'individuo; «libertario», poiché l'assenza di imperativi legali e di coartazioni indirettamente derivanti da consistenti incentivi economici mira a garantire la libertà delle persone<sup>15</sup>.

Il *nudging* può altresì costituire una modalità di intervento anche nel settore privato, influenzando la libertà di iniziativa economica privata (agevolazione della realizzazione delle preferenze dell'utente, ma anche, per taluno, il c.d. *dark digital nudging*)<sup>16</sup>.

I *nudge* si basano sull'utilizzo di determinate tecniche note alla psicologia, e possono rivelarsi utili quando introducano una novità, e non si limitino a proporre in diversa veste

<sup>13</sup> R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su lavoro, salute, felicità*, trad. it., Milano, 2009, 6; cfr. altresì R. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, trad. it., Torino, 2018.

<sup>14</sup> A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 19 aprile 2021.

<sup>15</sup> S. VIDA, *Povertà del nudge e nudge della povertà*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma, 2020, 175, secondo cui «l'antipaternalismo liberale ed il paternalismo libertario hanno in comune la considerazione per i vincoli di autorizzazione e legittimazione dell'intervento pubblico e li concepiscono come garanzia contro il dispotismo e per il “bene” dei cittadini».

<sup>16</sup> A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, cit., 514 s.

noti strumenti<sup>17</sup>. Gli studiosi della materia, cui si rinvia, formulano numerose distinzioni e confermano che non tutti i *nudge* sono utili per la scienza comportamentale, e di conseguenza possono essere applicati laddove a tale scienza si faccia ricorso<sup>18</sup>.

Quale sia l'efficacia di tali strumenti supplementari (o complementari), è ad oggi oggetto di verifica sperimentale.

Il *nudge* si affianca alla regola corredata di sanzione: si pensi alla disciplina della circolazione stradale, che prevede limiti di velocità e misure punitive per il superamento degli stessi, imponendo anche conseguenze sanzionatorie gravi in caso di guida in stato di ebbrezza e di causazione di incidenti in detto stato (art. 186 cod. strad.), e punisce severamente l'omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p.) e le lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-*bis* c.p.): qui il *nudge* potrebbe offrire una "spinta" psicologica alla prudenza, mediante il ricorso a richiami atti ad incidere sulla sfera decisionale del soggetto, come la collocazione lungo i margini delle strade di immagini ammonitrici, che evocano affetti familiari<sup>19</sup>.

Analogamente, ove il *nudge* opera "in campo libero", ove cioè esistono talune restrizioni rispetto all'utilizzo (eventualmente sanzionate) ma non divieti di attività, come nel caso del fumo, vietato in determinati luoghi e contesti, ma non punito in sé: qui l'uso di segni grafici minacciosi e angoscianti riprodotti sui pacchetti delle sigarette è volto a dissuadere il fumatore. Si è osservato che dette ipotesi, ed in altre simili, connesse, ad esempio, alla messa in commercio di determinati cibi o alimenti, se è vero che non esistono divieti per i consumatori, in realtà gravano obblighi sui produttori, e ciò, quindi, pur sempre in forza di un atto normativo gravido di conseguenze in caso di inosservanza<sup>20</sup>.

Il *nudge* sembra dunque non poter operare a prescindere da una struttura normativa più o meno complessa, che talvolta solo in via mediata colpisce il soggetto che deve attivare il processo decisionale<sup>21</sup>.

## 2. Impatto sul sistema punitivo

Rinviando agli studi specifici, soprattutto con riferimento alle criticità sul piano

---

<sup>17</sup> L. SAVADORI, *Nudge: opportunità o moda passeggera?*, in *Gior. it. psicologia*, 2020, 2, 355.

<sup>18</sup> G. TUZET, *Nudge: la struttura normativa*, in *Gior. it. psicologia*, 2020, 2, 518.

<sup>19</sup> G. TUZET, *Nudge* cit., 519 s.

<sup>20</sup> Per una ricostruzione del rapporto tra *nudge* e contesto normativo, con ampia bibliografia di riferimento, cfr. R. PALAVERA, *Beni comuni e sistema penale*, in *disCrimen*, 23 giugno 2021, 26 ss. (ora anche in *Criminalia*, 2020, 421 ss.).

<sup>21</sup> G. TUZET, *Nudge*, cit., 522.

della tutela delle libertà individuali e dei rischi insiti nella persuasione occulta<sup>22</sup>, qualche riflessione può essere riservata alla possibilità di estendere il modello della c.d. spinta gentile all'ambito penalistico, che gli studiosi delle teorie sopra ricordate non hanno trascurato.

Si pensi, ad esempio, ai fatti connessi alla violazione della disciplina tributaria, al centro di numerose analisi, che hanno rilevato diverse tipologie di distorsioni del processo decisionale<sup>23</sup> e promosso approfondimenti orientati a delineare comportamenti virtuosi e disincentivare la violazione della disciplina positiva.

È a questo proposito che può suscitare interesse la teoria della “spinta gentile”.

Come ricordato, i *nudge* si caratterizzano per l'assenza di sistemi di rinforzi e punizioni, con i quali tuttavia talvolta possono integrarsi (al pari dell'educazione che promuove il sapere e dell'autonomia critica), senza peraltro sostituirli<sup>24</sup>.

Il tema è strettamente correlato a quello dell'intervento punitivo, che proprio sul binomio obbligo-divieto, da un lato, e sulla sanzione, dall'altro, fonda la propria struttura.

Premesso che i *nudge* vivono comunque in un ambiente normativo, esemplificativa appare la vicenda della disciplina dell'emergenza Covid-19: dalla regolamentazione del distanziamento e dell'uso dei dispositivi protettivi, agli obblighi connessi al contenimento del contagio, alla vaccinazione.

In tale contesto, la prima fase pandemica ha registrato un elevato numero di contestazioni<sup>25</sup> della contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti legalmente dati dall'Autorità (art. 650 c.p.), in relazione alla violazione dell'inestricabile tessuto di disposizioni di fonte nazionale e locale, che, sebbene presto superato, ha creato un *vulnus* rilevante nella cornice della tutela delle garanzie costituzionali.

Senza ripercorrere per intero le tappe di un nefasto processo di sovrapposizione e successione di disposizioni sia sufficiente ricordare i due fondamentali decreti-legge, ovvero il d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, ed il successivo d.l. 25 marzo 2020 n. 19, convertito

<sup>22</sup> A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, op. cit.; S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in *Choice Architecture in Democracies – Exploring the Legitimacy of Nudging*, a cura di A. KEMMERER, C. MÖLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER, Baden Baden, 2016, 242 ss.

<sup>23</sup> R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse*, cit., 38.

<sup>24</sup> R. CUBELLI, *Nudge: nuova confezione, vecchi contenuti*, in *Gior. it. psicologia*, 2020, 2, 419.

<sup>25</sup> Secondo i dati disponibili sul sito del Ministero dell'Interno, in due settimane, tra l'11 e il 24 marzo 2020, sono state denunciate circa 100.000 persone: cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020.

con mod. dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, contenente misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Molte le questioni aperte, su cui gli operatori del diritto si sono confrontati.

Per ciò che rileva in questa sede si osserva che in un primo momento il legislatore ha optato per il modello costrizione-sanzione<sup>26</sup> e soltanto in una fase successiva si è risolto nel senso della persuasione circa la necessità di fare fronte all'emergenza pandemica ricorrendo a presidi individuali adottati sulla base della autodeterminazione del soggetto<sup>27</sup>. La sostanziale impossibilità di dare applicazione alla norma in forza della blanda sanzione e del meccanismo estintivo mediante oblazione nonché l'attivazione di un numero sorprendente di fascicoli con enorme dispendio di risorse umane ed economiche, ha indotto il legislatore a optare per forme di intervento di tipo amministrativo-punitivo (art. 4, comma 1 d.l. 19/2020)<sup>28</sup>, che comunque, sulla scorta dei principi generali stabiliti dalla l. 689/1981, consente l'attribuzione di responsabilità sia per fatti dolosi sia per fatti colposi.

La pluralità degli interventi successivi ha però dimostrato che il legislatore ha tentato di intraprendere anche la via della "spinta gentile", promuovendo massivamente a tutti i livelli e mediante diverse forme di intervento la vaccinazione della popolazione per raggiungere una immunità diffusa (c.d. vaccinazione raccomandata).

Ancora una volta, peraltro, il modello costrizione-sanzione ha prevalso, atteso che rispetto a determinate categorie o situazioni si è comunque imposto un obbligo di vaccinazione costruito attraverso una serie di limitazioni all'esercizio delle libertà personali, annoverabili tra le misure punitive, in caso di mancata adesione al programma vaccinale<sup>29</sup>.

Se le misure che in tale contesto possono essere ricondotte al *nudge* sembrano non ottenere risultati convincenti, non si può tuttavia negare che una tale metodologia operi in punto di indirizzo culturale e di formazione della consapevolezza del proprio agire e delle conseguenze dello stesso: *lato sensu* viene in considerazione uno scopo di orientamento del comportamento dei singoli assimilabile ad una delle molteplici funzioni assegnate al diritto penale, benché attuata attraverso una modalità extrasanzionatoria, apprezzata in quanto apparentemente lontana dal regime costrittivo, ma non

---

<sup>26</sup> Per alcune riflessioni sulla *formula magica* «prevenzione mediante retribuzione» cfr. L. EUSEBI, *COVID-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021.

<sup>27</sup> G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19*, cit.

<sup>28</sup> La disposizione, tra l'altro, contempla limiti di applicazione dell'art. 650 c.p.

<sup>29</sup> Cfr. [www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=5754](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=5754).



meno limitatrice delle libertà individuali, in forza del meccanismo surrettizio che la caratterizza, e certamente non sussumibile nell'alveo delle garanzie liberali. Ed è con riguardo a dette peculiarità che si manifestano le maggiori criticità sul piano della tutela delle libertà costituzionali<sup>30</sup>.

### 3. (*Segue*) Rilevanza del processo decisionale

Ma sono certamente anche molti altri i profili di interesse di un sistema regolatorio che incide sul processo decisionale.

Per un verso, ci si interroga sugli effetti dell'estensione degli studi realizzati nell'ambito dell'analisi del comportamento economico della persona relativi alla direzione delle proprie scelte (ad es., in tema di acquisto di beni di consumo e di investimenti) anche all'accertamento della responsabilità penale.

La c.d. razionalità decisionale, infatti, rappresenta un valido banco di prova, già sottoposto alla lente di ingrandimento (a proposito ancora di metafore) delle neuroscienze, che propongono un «modello di funzionamento della mente umana» che può travolgere il metodo classico di accertamento della rimproverabilità.

È stato rilevato che, con riferimento ai reati economici, la figura dell'*homo oeconomicus*, inteso quale decisore “razionale”, in merito all'accertamento della responsabilità sul piano soggettivo, può legittimare una sorta di consacrazione del *dolus in re ipsa* e della de-psicologizzazione dell'illecito, con conseguente attribuzione dell'imputazione in chiave oggettiva<sup>31</sup>.

Per altro verso, si propone di coltivare le teorie relative alla c.d. spinta gentile per contenere le ricadute negative connesse a determinati tratti della personalità che possono lambire i confini della psicopatologia, con prevedibile incidenza sui parametri di esclusione totale o parziale della capacità di intendere e di volere.

Da questo punto di vista, muovendo dall'analisi della personalità dell'autore del reato “economico”<sup>32</sup>, già oggetto di attenta valutazione da parte della giurisprudenza in relazione a crimini dei colletti bianchi<sup>33</sup>, anche i programmi di *compliance* potrebbero

---

<sup>30</sup> A. GRAGNANI, *Nudging*, cit.

<sup>31</sup> R. BORSARI, L. SAMMICHELI, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nel reato economico. Note introduttive per una linea di ricerca*, in BORSARI, SAMMICHELI, C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus*, cit., 9 ss.

<sup>32</sup> Si rinvia all'approfondimento di M. BERTOLINO, *Corporate criminalità, compliance d'impresa e personalità del white-collar offender*, cit., 1 ss.

<sup>33</sup> Si rinvia ai casi Parmalat, Cirio e ThyssenKrupp esaminati, in questa ottica, da M. BERTOLINO,



essere integrati, a fini preventivi, da strumenti riconducibili al *nudge* per creare quella cultura d'impresa necessaria per superare l'indebolimento dell'attività di vigilanza e controllo (ad es., amministratori privi di deleghe) a causa dell'affidamento fiduciario nell'operato dei soggetti decisori, soggetti cioè con personalità carismatica e comunque tendenzialmente insofferenti a qualunque forma di limitazione della propria discrezionalità.

L'analisi potrebbe condurre a risultati interessanti ai fini della definizione dell'ambito della responsabilità, sotto il profilo soggettivo, di quanti, occupando ruoli apicali nell'impresa, commettono fatti di reato ai quali può essere ricondotta la responsabilità dell'impresa stessa, e rilevanti anche per individuare l'eventuale elusione fraudolenta del modello organizzativo (art. 6, comma 1, lett. c, d.lgs. 231/2001).

#### **4. (*Segue*) ... e responsabilità degli enti e delle società**

Si consideri il citato «sdoppiamento del principio di colpevolezza, originariamente unitario, lungo le parallele della responsabilità della “persona fisica” e della “persona giuridica”: due locuzioni che nascono da più di una metafora, se già il termine “persona” in sé costituisce metafora in senso etimologico di “maschera”, ed il concetto di “persona giuridica” è stato lungamente inteso come *fictio iuris*.

L'ordinamento attuale impone tuttavia che si debbano prendere in esame i profili di imputazione soggettiva relativi agli enti ed alle società<sup>34</sup>.

Il d.lgs. 231/2001 attribuisce effetti “esimenti” della responsabilità da reato dell'ente laddove siano adottati ed efficacemente attuati modelli organizzativi e gestionali (MOG) idonei a prevenire la commissione di taluni reati, elencati dallo stesso decreto, ovvero da disposizioni che ad esso rinviano, e sempre che a detti modelli sia data efficace attuazione.

Essi devono contemplare o richiamare protocolli e procedure, calibrati sulle aree di rischio individuate da una apposita analisi, avente lo scopo di stabilire regole di comportamento e strumenti di verifica, che fanno leva sul sistema di controllo interno e fungono da presidi preventivi. Il tracciamento dei diversi processi consente poi l'esercizio dell'attività di vigilanza e l'irrogazione di sanzioni in caso di violazione dei presidi espressi dalle procedure<sup>35</sup>.

---

Corporate *criminalità*, cit., 2 ss.

<sup>34</sup> C.E. PALIERO, *Principio di colpevolezza*, cit., 26.

<sup>35</sup> Per approfondimenti in materia di responsabilità da reato degli enti cfr. M. LEVIS, A. PETRINI (a cura di), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021.

Le strategie preventive non possono che essere peculiari della singola realtà imprenditoriale, “sartoriali”, pur nella cornice di misure che possono ritenersi di taglio generale, sebbene necessitanti degli opportuni adeguamenti.

Per quanto attiene alle questioni in esame, si pensi al processo di selezione dei dirigenti, che, pur sulla base di un rapporto fiduciario, deve contemplare percorsi atti ad assicurare la scelta di soggetti idonei (in relazione alla funzione cui sono chiamati) alla adozione di scelte “ motivate” e consapevoli, ferma restando l’insostituibilità di margini decisionali caratterizzati da un certo grado di “intuizione” personale.

Ancora. Ai fini della istituzione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili *ex art. 2086 c.c.*, nei confronti degli amministratori è ipotizzabile la responsabilità per danni cagionati alla società non solo in caso di inattività o di attività tardiva, ma anche in relazione alla assunzione di scelte “irrazionali”<sup>36</sup>.

Pur sempre nella prospettiva di escludere il rischio di alimentare un diritto penale dell’“autore economico”, va rammentato che, ad esempio, nei procedimenti per i reati di “abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate” (art. 184 d.lgs. 58/1998) e di “manipolazione del mercato” (art. 185 d.lgs. 58/1998) – fattispecie entrambe incluse nell’elenco dei reati-presupposto *ex art. 25-sexies* d.lgs. 231/2001 – la CONSOB può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all’integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell’offensività del fatto, delle *qualità personali del colpevole* [n.d.r.: il corsivo è nostro] e dell’entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato (art. 187-*undecies* d.lgs. 58/1998).

Il fatto commesso dal *white-collar offender*, sorretto dall’elemento rappresentativo e volitivo del soggetto cui è deputato il potere decisorio, rappresenta uno dei presupposti della responsabilità dell’ente (oltre che della persona fisica autore del reato) ed è (anche) rispetto a tale profilo che la società deve intervenire per escludere la propria colpa in organizzazione.

Il *compliance program* dovrebbe perciò contemplare, in merito alle scelte strategiche che maggiormente possono essere plasmate dall’apporto individuale (e quindi suscettibile di opzioni “irragionevoli”) del decisore, un esplicito rafforzamento del tracciamento del processo decisionale<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> A. PALETTA, *Adeguati assetti e loro scalabilità alla luce del codice della crisi d’impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi d’impresa e responsabilità nelle società di capitali*, Milano, 2022, 8.

<sup>37</sup> In tal senso anche V. TORRE, *La “capacità di pena” della persona giuridica*, Pisa, 2023, 166 ss.

Ancora. Il controllo sul processo decisionale rappresenta uno dei profili di maggiore difficoltà applicativa, in quanto soprattutto in merito alle strategie d'impresa è spesso affidato all'apicale a prescindere dal principio della segregazione delle funzioni. È tuttavia necessario che, senza possibilità di azzerare il rischio, ma nella prospettiva della riduzione dello stesso, detto meccanismo osservi un *iter* formale che garantisca una istruttoria e sia corroborato da idonea documentazione, al fine di minimizzare la possibile adozione di decisioni censurabili sotto il profilo sopra descritto.

In tale direzione può avere efficacia anche la disciplina del *whistleblowing*, contrassegnata da una definizione di “segnalazione” che contiene una evidente metafora, riferita al suonare il fischietto per richiamare l'attenzione circa una irregolarità: in particolare, il sistema di tutela del segnalante è finalizzato a consentire l'emersione di pratiche non conformi alle regole date (leggi generali, MOG o Codice etico, parte integrante del primo), inclusa l'assenza di controlli sull'esercizio della discrezionalità del decisore. La disciplina, sia detto *per incidens*, dopo essere stata resa obbligatoria, in caso di adozione del MOG, a seguito dell'inserimento nell'art. 6 d.lgs. 231/2001 dei commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, è stata travolta dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, contenente l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali<sup>38</sup>.

Infine.

La responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è imputabile (art. 8 d.lgs. 231/2001). E l'autore del fatto, come riconosce la giurisprudenza prevalente in argomento, può non essere imputabile se la sua capacità di intendere e di volere è esclusa *a causa* (tra le altre alternative) di un disturbo della personalità<sup>39</sup>.

Sul punto merita attenzione il rilievo attribuito da alcuni studi alla c.d. triade oscura, ovvero i tratti della personalità consistenti nel narcisismo, nel machiavellismo e nella psicopatia, riconosciuti come fondamento di decisioni apicali “sbagliate”, cui viene ricondotta la commissione di reati gravemente incidenti sulla salute e sicurezza degli individui<sup>40</sup>. Non è da escludere che l'apporto delle neuroscienze possa arricchire gli strumenti di accertamento della capacità di intendere e di volere dell'autore, anche

---

<sup>38</sup> Si rinvia alle Linee guida adottate da ANAC con Delibera 311 del 12 luglio 2023: cfr. in <https://www.anticorruzione.it/-/del.311.2023.linee.guida.whistleblowing>.

<sup>39</sup> Cass. pen., SS. UU., 8 marzo 2005, n. 9163.

<sup>40</sup> M. BERTOLINO, *Corporate criminalità*, cit., 12.

alla luce degli apporti della giurisprudenza consolidata, che non esclude i disturbi della personalità, se dotati di efficacia causale rispetto alla esclusione o limitazione della capacità di intendere e di volere<sup>41</sup>.

Muovendo dal «modello iperoggettivistico» di ascrizione di responsabilità (all'ente) sostenuta in particolare dalla giurisprudenza, peraltro sulla scorta di una normativa di per sé ambigua e parzialmente contraddittoria<sup>42</sup>, l'adozione preventiva del MOG in funzione esimente può rivelarsi di per sé poco conveniente, se non addirittura dannosa, comportando investimenti che non necessariamente escludono l'irrogazione di una sanzione, la quale, in caso di condanna, si aggiungerebbe ai costi già sostenuti in fase di adozione ed efficace attuazione del modello. Sotto tale profilo, a tenore della disciplina, potrebbe risultare più conveniente adottare o aggiornare il MOG in corso di procedimento (si pensi ai meccanismi premiali previsti dal d.lgs. 231/2001), limitando le ricadute di tipo economico, ma evidentemente in palese controtendenza rispetto al mito della cultura della legalità d'impresa che la normativa supporta.

Vero è che, ad oltre vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, dal punto di vista del riconoscimento della responsabilità della società si registra una notevole messe di decisioni relative alle misure cautelari, particolarmente del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, e all'operatività dei procedimenti speciali, ed un numero molto più limitato di pronunce incentrate sulla idoneità dei modelli organizzativi e sui criteri di valutazione degli stessi<sup>43</sup>.

Per altro verso, l'efficacia propulsiva del “sistema 231”, il suo “effetto *nudge*”, in un certo senso, si apprezza su piani complementari, che si intersecano con quello esclusione della colpevolezza in organizzazione: i profili connessi al bilancio di sostenibilità aziendale e gli indici ESG (Environmental, Social, Governance), la prevenzione del danno reputazionale connesso alla risonanza mediatica di notizie relative all'attivazione di un procedimento nei confronti dell'ente, l'esclusione – in caso di mancata adozione del MOG – dalla partecipazione a gare per forniture di servizi, o comunque, dalla liste o elenchi aziendali dei fornitori accreditati, possono rappresentare una “spinta” – forse nemmeno tanto “gentile” – nella direzione dell'adesione alla

---

<sup>41</sup> Cfr. ad es., Cass. pen., sez. II, 10 aprile 2020, n. 13959. Si veda A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012.

<sup>42</sup> I criteri di imputazione soggettiva contenuti nel d.lgs. 231/2001 sembrano soccombere a fronte della disciplina della sostanziale inversione dell'onere della prova rispetto al reato presupposto commesso dagli apicali e della disposizione della confisca (estesa alla forma per equivalente) anche laddove sia esclusa la responsabilità dell'ente, ma quest'ultimo abbia tratto profitto dal reato (art. 6 u.c. d.lgs. 231/2001).

<sup>43</sup> Significativa sul punto Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401.

*compliance* favorita dal d.lgs. 231/2001, formalmente non obbligatoria. Di certo, tuttavia, confermano che il *nudge* applicato al “sistema punitivo” si nutre del contesto normativo e fatica a prescindere dal tessuto connettivo degli obblighi di soggetti anche diversi dal decisore, potendo incidere soltanto su quella funzione di orientamento culturale comune alla sanzione in senso lato cui si è accennato in precedenza.

In questa ottica la “spinta gentile”, allocata nell’*humus* dell’interpretazione del processo decisionale, può concorrere, insieme alle scienze di cui è promanazione, al tentativo di delimitazione dei confini della colpevolezza, proponendosi quale soluzione percorribile in relazione ai fatti non meritevoli (e/o) non necessitanti di intervento punitivo.

Un contributo, quello in argomento, valorizzato anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza trasmesso alla Commissione europea<sup>44</sup>, che alla “questione Giustizia” assegna una cospicua parte di investimenti, con l’obiettivo di rendere più efficiente il procedimento penale e di accelerare i tempi di definizione mediante la predisposizione di «regimi volti a garantire maggiore selettività nell’esercizio dell’azione penale» (p. 60) e che può trovare spazio nell’alveo delle riforme definite dallo stesso P.N.R.R. «abilitanti», volte al «miglioramento dell’efficacia della qualità della regolazione, tra le quali si prevede di mettere in atto ‘in via sperimentale e progressiva, i risultati provenienti dalle scienze cognitive e dall’economia comportamentale applicata alla regolazione» (p. 65).

La concretizzazione del proposito, come evidenzia la corposa relazione illustrativa di accompagnamento, è affidata al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. in <https://www.mise.gov.it/index.php/it/68-incentivi/2042324-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-i-progetti-del-mise>.

<sup>45</sup> Il monitoraggio sull’efficienza della giustizia penale, anche in relazione agli obiettivi indicati dal PNRR, è affidato ad un Comitato tecnico-scientifico (sotto la presidenza del dott. Alberto Rizzo), di cui è componente anche l’Autrice.