

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE PENALISTICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PENALE – CICLO XXV

LA COLPA ORGANIZZATIVA DELL'ENTE NEI REATI COLPOSI DI OMICIDIO E LESIONI (GRAVI O GRAVISSIME) COMMESSI CON VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. A. CADOPPI

Tutor: Chiar.mo Prof. S. DELSIGNORE

Dottorando: ANDREA MORONI

*Fai quel che devi,
accada quel che può.*

Immanuel Kant

*... che tu abbia sempre il vento a poppa,
che il sole risplenda sul tuo viso,
che il soffio del destino ti porti a danzare sin lassù con le stelle ...*

tratto da "Blow"

SOMMARIO

1. L'INTRODUZIONE DELL'ART. 25 SEPTIES ALL'INTERNO DEL NOVERO DEI REATI PRESUPPOSTO.....	1
2. I PROFILI DI CRITICITÀ DEL MODELLO DI RESPONSABILITÀ EX ART. 25 SEPTIES.....	6
2.1. LE CRITICITÀ FISILOGICHE	6
2.2. LE CRITICITÀ DI COORDINAMENTO CON LA NORMATIVA DI SETTORE	13
3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 25 SEPTIES	18
3.1. (Segue) LE FATTISPECIE ESCLUSE	23
4. ALLA RICERCA DI UN MODELLO (NORMATIVO E DOGMATICO) DI RIFERIMENTO.....	27
4.1. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.....	28
4.1.1. (Segue) LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.....	31
4.1.2. LA NECESSARIA “APPARTENENZA” DELL'ILLECITO ALL'ENTE	34
4.2. IL MODELLO DOGMATICO DI RIFERIMENTO.....	42
4.2.1. LE TESI ANTROPOCENTRICHE	44
4.2.2. IL MOMENTO ORGANIZZATIVO DELL'ORGANIZZAZIONE DELL'ENTE.....	47
4.2.3. LA SOSTANZIALE OMOGENEITÀ DELLA RESPONSABILITÀ EX ART. 6 E 7. UNA RESPONSABILITÀ AUTONOMA E PROPRIA DELL'ENTE	51
5. LA DISTINZIONE TRA APICALI E SUBORDINATI ALLA LUCE DEL D.LGS. 81/2008.....	56
5.1. IL DATORE DI LAVORO	61
5.2. IL DIRIGENTE	64
5.3 IL DIRETTO DI STABILIMENTO	68
5.4 I SOGGETTI APICALI DI FATTO	70
5.5. DELEGA DI FUNZIONI	73
5.5.1. FUNZIONI NON DELEGABILI E RIPERCUSSIONI SULLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE	74
5.5.2. LIMITI E CONDIZIONI DI VALIDITÀ DELLA DELEGA DI FUNZIONI	75
5.5.3. LA QUALIFICAZIONE DEL DELEGATO NELL'OTTICA DEL D.LGS. 231/01	78
5.6. I SOGGETTI DI CUI ALLA LETT. B), ART. 5.....	82
5.6.1. (Segue) – IL R.S.S.P.	85
5.7. I SOGGETTI RESPONSABILI NELL'APPALTO E NEI “CANTIERI MOBILI”	89
6. LA COMMISSIONE DEL REATO NELL'INTERESSE O A VANTAGGIO DELL'ENTE	92
6.1. NATURA UNITARIA O DUALISTICA DEL CRITERIO DI IMPUTAZIONE OGGETTIVA.....	95
6.1.1. IL RAPPORTO TRA I CRITERI DI IMPUTAZIONE.....	99

6.2. IL CRITERIO DI IMPUTAZIONE IN PRESENZA DI REATI COLPOSI.....	104
6.2.1. LA CONDOTTA QUALE MOMENTO DI VALUTAZIONE	107
6.2.2. IL SIGNIFICATO DEI CRITERI DI IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI COLPOSI D'EVENTO - GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI	111
6.2.3. (<i>SEGUE</i>) - IL VAGLIO GIURISPRUDENZIALE	116
6.3. UNA (PERSONALE) IPOTESI RICOSTRUTTIVA	121
6.3.1. IL RIFIUTO DELLA CONCEZIONE DI INTERESSE IN SENSO OGGETTIVO	123
6.3.2. L'AZIONE COSCIENTE E VOLONTARIA NEL REATO COLPOSO.....	126
6.3.3. CRITICHE E PROSPETTIVE EVOLUTIVE	131
6.3.4. IL (POSSIBILE) RILIEVO DI NORME CAUTELARI IMMANENTI ALLA QUALIFICA DI APICALI .	133
6.3.5. IL VANTAGGIO NELL'AMBITO DELL'ART. 25 <i>SEPTIES</i>	141
7. IL PROFILO SOGGETTIVO DELL'ASCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ AGLI ENTI	144
7.1. LA FUNZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE	146
7.2. IL CONTENUTO DELLA COLPEVOLEZZA DI ORGANIZZAZIONE	149
7.2.1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE.....	150
7.2.2. IL RISCHIO-REATO E L'ATTIVITÀ DI AUTONORMAZIONE DELL'ENTE	153
7.2.3. IL DISIMPEGNO DEL DOVERE ORGANIZZATIVO	157
7.2.4. LA VIOLAZIONE DEL DOVERE ORGANIZZATIVO.....	161
7.2.4.1. LA (NECESSARIA) CONNESSIONE TRA REATO E ORGANIZZAZIONE DIFETTOSA	164
7.2.5. L'ADEGUATEZZA DEI MODELLI ORGANIZZATIVI.....	167
7.2.5.1. LA VALUTAZIONE GIURISDIZIONALE.....	169
7.3. LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE NELLE IPOTESI DELL'ART. 25 <i>SEPTIES</i>	174
7.3.1. ASPETTI DI INCOMPATIBILITÀ DELL'ART 25 <i>SEPTIES</i> CON LA DISCIPLINA GENERALE.....	177
7.3.2. I MODELLI DI PREVENZIONE NEL SETTORE ANTINFORTUNISTICO	183
7.3.3. L'EFFICACIA DEL MODELLO LEGALE	188
7.3.4. MOC E SGSL: DIFFERENZE QUALITATIVE	191
7.3.5. IL <i>PROPRIUM</i> DEI MODELLI IN MATERIA PREVENZIONISTICA	195
7.3.6. MODELLI ORGANIZZATIVI E DELEGA DI FUNZIONI	201
8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E <i>DE JURE CONDENDO</i>	207
BIBLIOGRAFIA	

1. L'INTRODUZIONE DELL'ART. 25 SEPTIES ALL'INTERNO DEL NOVERO DEI REATI PRESUPPOSTO

L'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01, disciplinante la responsabilità degli enti nei casi di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, è stato introdotto dalla legge 3 agosto 2007, n. 123, successivamente modificato dall'art. 300, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Invero, la previsione di un addebito di responsabilità dell'ente nei casi disciplinati dal menzionato art. 25 *septies* era contenuta già originariamente nella legge delega 28.9.2000, n. 300 che aveva portato all'introduzione per la prima volta nell'ordinamento italiano della responsabilità da reato degli enti¹.

Senonché, il d.lgs. 231/2001, al momento dell'emanazione dello stesso, era caratterizzato da un'attuazione solo parziale dei contenuti della citata legge delega, in quanto non venivano previste nel "paniere" dei reati-presupposto della responsabilità degli enti, tra le altre, le ipotesi ora disciplinate dall'art. 25 *septies* in commento.

L'introduzione di questa forma di responsabilità era stata rinviata² al fine di consentire un'attuazione graduale dei contenuti fortemente innovativi della nuova disciplina sanzionatoria. Detta "scelta minimalista" era stata infatti adottata per favorire un progressivo radicamento della cultura della legalità che, se impostata *ex abrupto*, con riferimento ad un ampio novero di reati, avrebbe potuto determinare non trascurabili difficoltà di adattamento³.

¹ L'art. 11, legge-delega 300/2000 prevedeva un catalogo di reati tendente a coprire vasti settori del diritto penale, annoverando tra di essi anche "i reati previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro".

² Una valutazione positiva sulla scelta compiuta dal legislatore delegato è espressa da DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1128 e ss., seppur si avverte che in tal modo si è operato "al limite del difetto di delega".

³ Nella Relazione al Decreto legislativo «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», in *Dir. giust.*, 2001, p. 12, si osserva infatti che "occorre realisticamente prendere atto del maggior equilibrio della scelta cd. minimalista; poiché l'introduzione della responsabilità sanzionatoria degli enti assume un carattere di forte innovazione nel nostro ordinamento, sembra opportuno contenerne, per lo meno nella fase iniziale, la sfera di operatività, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se impostata *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento", in *Guid. Dir.*, 2001, 26, pp. 31 e ss. Tra gli altri ricordano e mettono in evidenza il *self restraint* del legislatore delegato, D'ARCANDELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Rivista* 231, 2/2008, p. 77; DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Rivista* 231, 2/2008, pp. 97 e ss.; DI GERONIMO, *Il criterio di imputazione oggettiva del reato colposo all'ente: prime applicazioni giurisprudenziali e valorizzazione delle*

A fronte del *self restraint* del legislatore delegato, vi è da mettere in luce come in numerosi ordinamenti esteri, la responsabilità degli enti per i delitti colposi e, segnatamente, per le ipotesi di omicidio e lesioni relative agli infortuni sul lavoro, costituisce acquisizione già da tempo maturata⁴ e, anzi, rappresenta il nucleo storico di emersione della responsabilità penale delle persone giuridiche, poi estesa a tutti i *corporate crime*⁵.

Peraltro, tornando entro i confini nazionali, in un'ottica extragiuridica, appare difficilmente conciliabile l'atteggiamento tenuto dal legislatore delegato con le cronache che offrono quotidianamente una sorta di rendiconto delle cd. morti bianche, a prescindere dal fatto che anche l'emisfero degli infortuni non mortali presenta contorni tutt'altro che soddisfacenti⁶.

Ad ogni modo, al di là delle perplessità che solleva la tempistica che ha segnato l'introduzione della responsabilità degli enti in materia *de qua*, ad analogo giudizio negativo è lecito riportare le ricadute sul piano interpretativo che la tecnica legislativa utilizzata solleva con riguardo all'intero impianto del d.lgs. 231/01.

Il legislatore, difatti, si è limitato all'introduzione *sic et simpliciter* dell'ipotesi di responsabilità in questione, mediante l'individuazione dei reati presupposto e le relative sanzioni, senza apportare alcuna relativa modifica alla "parte generale", oppure -

teoria organica, in *Rivista 231*, 3/2010, p. 163 e ss.; ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 48 che a fronte di tale atteggiamento del legislatore delegato rileva l'occasione mancata per una "timidezza" ritenuta eccessiva nei confronti della responsabilità amministrativa della persone giuridiche.

⁴ ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Rivista 231*, 4/2007, p. 98-99, che, da un raffronto comparatistico con la Francia e il Belgio, nei cui ordinamenti la disciplina sulla responsabilità degli enti da tempo era stata estesa anche ai reati colposi, evidenzia come proprio in relazione ai reati sulla sicurezza sul lavoro ha trovato la più frequente applicazione la disciplina sanzionatoria a carico degli enti: "Sulla base di uno studio condotto in Belgio su 381 casi di procedimenti a carico di *personnes morales* [...] la maggioranza delle decisioni si riferisce a violazioni relative alla sicurezza in ambito lavorativo (46,7%). [...] Al di là dei singoli dati numerici ciò che rileva è la tipologia di reato perseguita; le fattispecie in materia di sicurezza sul lavoro ed ambiente rappresentano il 60% dei reati perseguiti in Belgio a carico di persone giuridiche".

⁵ In maniera eloquente, osserva TIEDMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, pp. 615 e ss., che il mondo anglosassone, sin dalla metà del XIX secolo ha introdotto la responsabilità a carico delle persone giuridiche "dapprima per i reati colposi ed omissivi, poi per le *public welfare offende*, ammettendola infine in via generale". L'Autore rileva in particolare che non è un caso che si sia storicamente cominciato ad ammettere la responsabilità delle persone giuridiche in relazione ai reati omissivi e colposi, in quanto in tali ipotesi non è tanto l'azione fisica che conta, ma è l'inosservanza e la violazione delle attese misure e normative che rileva per poter imputare un determinato risultato lesivo ad un autore, sia esso persona fisica che giuridica.

⁶ DOVERE, *cit.*, p. 97 che citando il Rapporto Annuale sull'andamento infortunistico 2006 predisposto dall'Inail, evidenzia al 30 aprile 2007, per l'anno 2006, risultano denunciati 1.302 casi mortali, di cui 1.047 in occasione di lavoro, ricordando che "sulla base di proiezioni statistiche si ritiene che il numero di infortuni mortali sia destinato ad attestarsi attorno alle 1.350 unità".

ripercorrendo una strada già battuta in precedenza al momento dell'introduzione dell'art. 25 *ter*⁷ - senza immettere nel corpo dell'art. 25 *septies* specificazioni utili a guidare l'interprete nell'applicazione della fattispecie in esame, avendo in debita considerazione le peculiarità che caratterizzano le ipotesi di omicidio e lesioni correlate a violazione prevenzionistiche, rispetto al novero dei reati presupposto già presenti in "catalogo".

Pertanto, già all'indomani del varo del d.lgs. 231/01, sottolineando il dislivello tra la vocazione sistematica espressa dalla parte generale e l'avarizia della parte speciale, con riferimento alla tecnica legislativa alla quale fare ricorso nella (prevedibile) necessità dell'adeguamento della seconda alla prima, la dottrina aveva segnalato una possibile alternativa: un'elencazione dei reati presupposto, secondo l'opzione già emersa con l'introduzione del d.lgs. 231/01; la formulazione di una clausola generale, sulla falsariga della previsione elaborata dalla Commissione Grosso⁸.

Interessante notare, in particolare che il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Grosso, nella parte relativa alla materia poi codificata dal d.lgs. 231/01, avvertiva della necessità di far ricorso ad un duplice modulo di ascrizione della responsabilità, a seconda della tipologia e natura del reato presupposto che di volta in volta sarebbe venuto in considerazione.

Nel senso di ricondurre al gruppo dei reati commessi "nell'interesse" ("a favore", "per conto") della persona giuridica, da parte di soggetti competenti ad impegnarla, i delitti dolosi con implicazioni di carattere patrimoniale; al gruppo dei reati costituenti inadempimento di una garanzia dovuta nell'interesse di terzi o della collettività in relazione ad attività di organizzazione, i settori fondamentali del diritto d'impresa, tutela dell'ambiente, sicurezza del lavoro e della collettività, tutela dei consumatori⁹.

⁷ Nell'ampliare il catalogo dei reati presupposto, attraverso l'introduzione dell'art. 25 *ter*, disciplinante la responsabilità degli enti per la commissione dei reati societari, il legislatore non ha fatto semplicemente riferimento ai reati in materia *de qua*, né ha posto mano alle regole generali; ritenendo invece che la materia introdotta dal d.lgs. 11.4.2002, n. 61 presentasse profili caratteristici, per i quali il mero rinvio sia al duplice requisito dell'interesse e del vantaggio dell'ente, sia ai parametri decritti dall'art. 6 non fosse adeguato, tanto da richiedere un diverso assetto dei criteri di imputazione.

⁸ STORTONI, *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, 30 novembre e 1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, p. 70.

⁹ Commissione Grosso – per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) – Nota sulla responsabilità delle persone giuridiche (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999), in *www.giustizia.it*, ove espressamente si afferma: "Fondamentalmente, vengono in rilievo le seguenti situazioni: - reati commessi "a favore" "nell'interesse" "per conto" della persona giuridica da parte di soggetti competenti ad impegnarla; - reati

Ma come detto, con una scelta alquanto criticabile e, soprattutto, come sarà da subito messo in luce, foriera di numerose difficoltà ermeneutiche, si è optato per l'introduzione di una norma immediatamente precettiva, senza che la relativa previsione sia stata accompagnata da un'opera di coordinamento con la disciplina vigente che tenesse conto delle peculiarità dei reati presupposto introdotti con la previsione in commento¹⁰.

Sicché, la dottrina, prima, e la giurisprudenza, poi, si sono venute a confrontare con una serie davvero notevole di problematiche, le cui diverse soluzioni interpretative prospettabili e adottabili sono in grado di portare a risultati che, se estremizzati nel loro contenuto, oscillano tra la disapplicazione del modello di responsabilità degli enti, quale codificato dall'art. 25 *septies* e una responsabilità sempre dell'ente medesimo, cioè ad ogni realizzazione degli eventi di omicidio e lesioni contemplati dai reati presupposto¹¹.

Questo elaborato si propone, quindi, di apportare un *contributo di razionalità* alla materia, alla ricerca di soluzioni e interpretazioni accettabili nell'ottica del disegno complessivo del d.lgs. 231/01, tese, quantomeno, a scongiurare la realizzazione dei due estremi sopra enunciati.

A tal fine, di seguito, si procederà ad evidenziare le ragioni di criticità del modello di responsabilità da reato degli enti, per i reati di omicidio e lesioni (gravi o gravissime) commesse in violazione della disciplina prevenzionistica.

costituenti inadempimento di una garanzia dovuta nell'interesse di terzi o della collettività in relazione ad attività dell'organizzazione. Al primo gruppo appartengono prevalentemente delitti dolosi con implicazioni di carattere patrimoniale. Il secondo gruppo comprende i settori fondamentali del diritto d'impresa, tutela dell'ambiente, sicurezza del lavoro e della collettività, tutela dei consumatori; e non solo le norme di diritto penale speciale, ma anche delitti già previsti (per es. come delitti contro l'incolumità delle persone) o che possono essere introdotti nel codice penale”.

¹⁰ Evidenzia in senso critico la mancanza dell'enucleazione esplicita di categorie generali della responsabilità dell'ente da reato, per i reati colposi, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2/2008, p. 57. Secondo l'Autore, s'impone pertanto all'interprete di muovere “per percorsi ermeneutici diversi sotto il profilo metodologico e teleologico: individuare, sul piano della teoria generale dell'illecito dell'ente da reato, la trama delle regole generali che consentano di declinare nel sottosistema dei reati colposi le strutture portanti dell'istituto; elaborare, desumendole dal sistema, le regole speciali che consentano di coniugare categorie siffatte con un'articolata disciplina di settore, scolpita in atti di normazione primaria”.

¹¹ In maniera significativa, con riguardo al significato da assegnare ai criteri enunciati dal c. 1, art. 5, dell'interesse e del vantaggio per l'ente in relazione ai reati colposi d'evento presi in considerazione dall'art. 25 *septies*, osservano L. VITALI – C. BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 4/2007, n. 4, pag. 134: “si corre il rischio di oscillare tra due opposti: responsabilizzare sempre (l'ente), o non responsabilizzarlo mai, a seconda del grado di interpretazione che si decide di assegnare al concetto di interesse/vantaggio”.

Fatta questa panoramica sulle difficoltà interpretative ed applicative che il disposto in commento solleva, si passerà, in relazione ad ognuno di queste, ad illustrare dapprima la disciplina generale della responsabilità degli enti (come si presenta nel disegno del legislatore del 2001), onde apprezzare la distanza che sussiste tra questa e il modello di responsabilità portato dall'art. 25 *septies*, nell'intento di rinvenire poi nel sistema le regole attraverso cui declinare la responsabilità degli enti per i reati colposi in questione.

L'indagine verrà svolta inoltre, per gli specifici profili che interessano, avendo come imprescindibile parametro di raffronto l'articolata disciplina di settore che trova oggi codificazione nel T.U. 81/08.

Sulla base dei risultati raggiunti, si passerà, infine, ad illustrare *de jure condendo* possibili e auspicabili modifiche normative, nella convinzione che tutto sia perfettibile, a maggior ragione ciò che perfetto non è.

2. I PROFILI DI CRITICITÀ DEL MODELLO DI RESPONSABILITÀ EX ART. 25 SEPTIES

Il dato normativo introdotto dal legislatore del 2007, come anticipato, si è sin da subito rilevato portatore di numerose problematiche e difficoltà interpretative, a causa della mancata introduzione, al momento dell'estensione della disciplina delineata dal d.lgs. 231/01 alla materia *de qua*, di categorie generali specificatamente dedicate alle ipotesi di responsabilità degli enti per i reati colposi.

Le criticità in argomento possono essere suddivise in due gruppi che conviene mantenere distinti, ai fini di una migliore comprensione del fenomeno, in quanto diverse sono le direzioni dalle quali promanano e le finalità, le cui risoluzioni sono in grado di realizzare.

Nel primo gruppo sono da annoverare quelle criticità che prendono corpo dall'interno del testo normativo di cui all'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01, nel senso che la tipologia e la natura dei reati presupposto ivi contemplati pongono all'interprete delicati problemi di coordinamento, financo di compatibilità con il disegno complessivo scaturente dal d.lgs. 231/01.

Si tratta, quindi, di esaminare quegli aspetti di problematicità che coinvolgono la struttura della responsabilità da reato degli enti nella materia oggetto della presente analisi, la cui risoluzione consente di rinvenire le *regole generali* attraverso cui declinare, nel sottosistema dei reati colposi, i capisaldi dell'istituto.

Nel secondo gruppo, invece, verranno messi in evidenza i numerosi aspetti problematici che il disposto normativo in esame solleva con riferimento alla disciplina di settore.

La risoluzione di detti profili si rivela utile all'interprete per elaborare le *regole speciali* in grado di coniugare quelle categorie generali desumibili dall'architettura del d.lgs. 231/01, con la disciplina di settore contenuta in atti di normazione primaria, segnatamente ora nel d.lgs. 81/08.

2.1. LE CRITICITÀ FISILOGICHE

Proseguendo nell'intento esposto, con riguardo ai profili di criticità che la disposizione normativa in esame solleva sul piano della teoria generale dell'illecito dell'ente, si impone una preliminare considerazione, capace di spiegare uno dei maggiori profili di novità rinvenibili nell'intervento riformatore del 2007.

L'inserimento della materia della sicurezza sul lavoro all'interno del "catalogo" enunciato dalla Sezione III, Capo I, d.lgs. 231/01, rappresenta il primo punto di contatto tra responsabilità da reato degli enti e condotte illecite incentrate su un'inadeguata *gestione del rischio*; un orizzonte, dunque, ben più ampio rispetto a quello preso in considerazione dal legislatore italiano prima dell'introduzione nel novero dei reati presupposto contemplati dall'art. 25 *septies*¹².

Difatti, rispetto ai precedenti interventi normativi che hanno determinato l'espansione del catalogo dei reati dalla cui commissione può sorgere la responsabilità dell'ente collettivo, l'intervento di riforma del 2007 si caratterizza perché consente di qualificare la persona giuridica responsabile anche per la consumazione di reati colposi da parte di persone fisiche di propria appartenenza.

Ciò che rappresenta una sostanziale innovazione della portata del d.lgs. 231/01, in quanto, mentre le altre ipotesi criminose che fungono da presupposto alla responsabilità dell'ente si caratterizzano per essere illeciti dolosi, la cui commissione può ritenersi estranea al normale esercizio di una attività d'impresa, nel caso di omicidio e lesioni connesse alle violazioni prevenzionistiche, l'eventuale responsabilità della persona giuridica si fonda su una condotta del soggetto agente assolutamente compatibile con l'*ordinario svolgersi* dell'esercizio d'impresa¹³.

¹² Così si esprime, DOVERE, *cit.*, p. 98, il quale che "Si è pertanto ad un banco di prova importante che può offrire soluzioni anche in più ampio orizzonte", in quanto "Nel punto di intersezione vengono a contatto l'area per certi versi "più moderna" del diritto penale, come tale ricca di prospettive ma anche di ombre, e l'espressione più avanzata (almeno per l'ordinamento italiano) del sistema sanzionatorio". Sulla stessa linea, VITALI-BUDRIESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 4/2007, p. 126, secondo cui la riforma del 2007 rappresenta il possibile inizio di "un preciso trend normativo [...] finalizzato a responsabilizzare gli enti rispetto a violazioni (come quelle legate all'ambiente) che danno luogo ad un grave allarme sociale (si pensi al cd. traffico illecito di rifiuti) e che sovente generano costi elevatissimi a carico della collettività per il ripristino della legalità (si pensi ai costi legati alle bonifiche dei siti inquinati)". Per analoghe considerazioni GRANATA, *I nuovi reati non sono incompatibili con i profili di natura amministrativa*, in *Risarcimento e danno*, 2007, *Dossier Giurisprudenza*, novembre 2007, XIII; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al diritto*, 2007, 35, p. 40.

¹³ Svolge questa considerazione SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente*, in *Rivista 231*, 1/2008, il quale sottolinea che: "vi è un'evidente differenza tra l'ipotizzare una responsabilità della società per condotte tenute dai suoi amministratori, rappresentanti o dirigenti e consistenti nello sfruttamento della prostituzione minorile o nello svolgimento di attività terroristiche ed una responsabilità dell'ente collettivo connessa al verificarsi sul luogo di lavoro di incidenti che coinvolgono lavoratori e dipendenti dell'azienda stessa: è evidente infatti come tale seconda circostanza si presenti decisamente più frequente nella sua verifica e si connoti per un atteggiamento da parte degli organi apicali della persona giuridica profondamente diverso rispetto all'ipotesi in cui costoro indirizzano la loro attività imprenditoriale all'esclusivo perseguimento di obiettivi criminali".

Ne consegue che è facilmente prospettabile nel tempo avvenire un notevole incremento del numero dei procedimenti potenzialmente iscrivibili a carico degli enti, per imputazioni incentrate sull'art. 25 *septies*¹⁴. Assume pertanto notevole importanza una ridefinizione, entro, ovviamente, l'architettura normativa del d.lgs. 231/01, dei criteri di ascrizione della responsabilità dell'ente in materia *de qua*, sciogliendo i nodi interpretativi lasciati irrisolti dal legislatore e che dal 2007 agitano dottrina e giurisprudenza.

La considerazione sopra esposta presta il fianco all'introduzione dell'ulteriore categoria di criticità fisiologica rinvenibile nel modello di responsabilità *ex art. 25 septies*.

La circostanza che l'intervento riformatore del 2007 faccia riferimento, nell'ampliare il novero dei reati presupposto, alla commissione da parte dei soggetti identificati dall'art. 5, lett. a) e b), di reati di carattere colposo, pone una serie di problematiche in ordine all'effettiva modalità di funzionamento del sistema delineato dal d.lgs. 231/01. Come sarà di seguito messo in evidenza, la disciplina contenuta nel predetto decreto è dettata in relazione ad “un *modus operandi* scelto e consapevolmente orientato a commettere reati nell'interesse della società¹⁵”. Da ciò consegue che l'applicazione di tale normativa si presenta decisamente problematica, laddove manchi tale consapevolezza criminale e la responsabilità della persona giuridica sia conseguente alla violazione di norme cautelari e all'adozione di un atteggiamento colposo, anziché doloso, del soggetto agente¹⁶.

¹⁴ Osserva CARDIA, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2/2008, p. 119, che l'inserimento tra il novero dei reati presupposto della categoria dei reati inerenti la sicurezza e igiene sul lavoro avrà un notevole impatto anche per quelle persone giuridiche di medie-piccole dimensioni che sino ad oggi poca attenzione hanno riservato alla materia. In particolare, “mentre le imprese di grandi dimensioni sono state spesso sotto il mirino della magistratura inquirente che ha rilevato più volte la commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione e reati societari, l'introduzione dei reati in questione interessa anche e soprattutto piccole realtà aziendali”.

¹⁵ Così si esprimono, VITALI-BURDESE, *cit.*, p. 125. Nello stesso senso, DI GERONIMO, *Il criterio di imputazione oggettiva del reato colposo dell'ente: prime applicazioni giurisprudenziali e valorizzazione della teoria organica*, in *Rivista 231*, 3/2010, p. 167, secondo cui “l'originaria scelta del legislatore delegato di non attuare la delega relativamente ai reati colposi, limitando la responsabilità degli enti per i soli reati dolosi, ha inevitabilmente comportato che il criterio di imputazione oggettivo sia stato pensato e scritto avendo come parametro di riferimento privilegiato le fattispecie dolose, il che ha probabilmente determinato una sottovalutazione della compatibilità della dizione normativa rispetto alla successiva introduzione delle fattispecie colpose”. Osserva, in quest'ottica VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 696 che il d.lgs. 231/01 sembrerebbe concepito “per contrastare la criminalità di (marcata intensità) dolosa, più che quella colposa”.

¹⁶ L'osservazione è di SANTORIELLO, *cit.*, il quale evidenzia che l'aggiornamento nel tempo del catalogo dei reati presupposto non ha determinato conseguenze negative nell'applicazione della disciplina delineata dal d.lgs. 231/01, sin quando l'ampliamento del novero dei reati presupposto è avvenuta mediante il richiamo a fattispecie criminose, comunque connotate da un atteggiamento doloso e criminale da parte del soggetto agente.

Per comprendere la fondatezza di tale asserzione, è sufficiente soffermarsi brevemente sul disposto di cui all'art. 5, c. 1 che nel definire i presupposti di carattere oggettivo al ricorrere dei quali è possibile addebitare la commissione di un reato presupposto all'ente collettivo, fa riferimento ai (controversi) criteri dell' "interesse" e del "vantaggio" per l'ente, nel senso che *"L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio"*.

Rinviando alla sede in cui verranno trattate nello specifico dette problematiche, basti osservare che, mentre in presenza di una condotta corruttiva della *governance* aziendale è agevole desumere che l'accordo così illecitamente concluso è teso a favorire l'impresa nei rapporti con la pubblica amministrazione, ossia è stato concluso nell'interesse dell'impresa, una tale considerazione appare, almeno *prima facie*, impossibile riportarla con riferimento alla morte di un lavoratore dovuta alla mancata negligente predisposizione da parte del datore di lavoro di idonee misure tese a neutralizzare la potenzialità patogena di determinate sostanze, in quanto, ad esempio, non conosciute come lesive dell'altrui incolumità da parte dell'imprenditore stesso.

In quest'ultimo caso, è evidente che la condotta del singolo, proprio in quanto di carattere colposo, è priva della volontà di cagionare danni a terzi, essendo tale ultimo elemento, ossia la non volontarietà della produzione delle conseguenze negative della propria condotta negligente ed imprudente, a differenziare l'atteggiamento colposo da quello doloso.

Con la conseguenza che, come si vedrà, con riferimento al modello di responsabilità delineato dall'art. 25 *septies*, non può essere mantenuta la lettura data da dottrina e giurisprudenza - con riferimento ai reati presupposto di carattere doloso - del prima citato art. 5, co. 1, in base alla quale i criteri dell' "interesse" e del "vantaggio" rappresenterebbero l'intento del legislatore di sanzionare la persona giuridica, laddove il reato commesso dal soggetto agente sia motivato dall'intento di avvantaggiare l'ente di appartenenza. Una simile conclusione sarà, infatti, ardua da sostenere con riferimento agli *eventi lesivi* conseguenti alle condotte negligenti tenute dalla persona fisica, trattandosi di comportamenti privi di qualsiasi intenzionalità criminosa, rispetto alla produzione dell'evento del reato.

Da quanto appena esposto, ne deriva la necessità di un approfondimento della portata euristica dei criteri delineati dal citato art. 5, c. 1, alla ricerca di una soluzione compatibile con il carattere colposo dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., come richiamati dall'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01.

Sempre il carattere colposo dei reati presupposto presi in considerazione dall'art. 25 *septies*, induce l'interprete ad interrogarsi su un'ulteriore problematica che guarda da vicino la definizione di *quale colpevolezza* debba essere addebitata all'ente, nei casi di omicidio e lesioni connesse alle violazioni prevenzionistiche.

Trattandosi di reati di carattere colposo commessi dalle persone fisiche, il rimprovero (di tipo normativo) a queste rivolto, si fonda sui giudizi di prevedibilità ed evitabilità della produzione dell'evento dannoso, conseguente alla condotta antidoverosa tenuta nel caso concreto dal soggetto agente. Giudizi, nella maggior parte dei casi, di tipo specifico, nel senso che trovano cristallizzazione nella norma primaria, ora codificata nel d.lgs. 81/08.

La colpa dell'ente, o meglio come si vedrà, la colpa di *organizzazione* dell'ente¹⁷, quale delineata dagli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01 si fonda anch'essa su un rimprovero di tipo normativo, consistente nell'omessa adozione, da parte dell'ente, di un modello di condotta capace di evitare la verifica di reati della stessa specie di quelli commessi¹⁸.

La colpevolezza dell'ente, in altri termini, consiste in una colpa d'organizzazione conseguente alla mancata predisposizione di una struttura organizzativa interna, dotata di efficacia preventiva rispetto alla commissione dei reati presupposto codificati¹⁹.

Nell'ipotesi in esame, seguendo questo schema, dunque, si è indotti a ritenere che l'ente, per andare esente da responsabilità, dovrebbe adottare un modello comportamentale idoneo a prevenire la realizzazione dei reati presupposto (e quindi, degli eventi omicidio e lesioni gravi o gravissime connesse alle violazioni prevenzionistiche) la cui commissione è conseguenza

¹⁷ Come sarà meglio messo in evidenza in seguito, i profili di tale colpa di organizzazione sono strutturati diversamente a seconda della tipologia di soggetti che hanno commesso il reato presupposto, essendo diverse le tipologie di cautele che l'ente deve adottare per evitare conseguenze sanzionatorie. Mentre nell'ipotesi di delitto commesso da soggetto in posizione apicale, l'ente può andare esente da responsabilità solo se dimostra di aver assunto le misure necessarie per impedire la commissione di reati del tipo di quelli verificatisi – mediante l'adozione di efficaci controlli preventivi e per il tramite dell'istituzione di un apposito organismo di controllo, dotato di piena autonomia di iniziativa nell'attività di supervisione – di modo che la realizzazione del reato sia stata resa possibile grazie ad un'elusione fraudolenta di tali meccanismi di prevenzione (art. 6), nel caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza l'ente sarà responsabile solo ove venga dimostrato dalla pubblica accusa che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, escludendosi comunque l'esistenza di tale deficit di organizzazione se, prima della commissione del delitto, l'ente ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

¹⁸ Significativamente, D'ARCAANGELO, *cit.*, pag. 85, evidenzia che la colpa di organizzazione si sostanzia in una forma di colpevolezza oggettiva e normativizzata che evidenzia forti similitudini con la cd. misura oggettiva della colpa. In sostanza all'ente si rimprovera di non aver adottato misure cautelari atte a minimizzare il rischio-reato.

¹⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, pp. 866 e 867; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società, associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 393 e ss.

della condotta tenuta dalla persona fisica, in violazione delle regole di prevedibilità ed evitabilità, per lo più codificate dalla normativa primaria, di cui si discuteva poc'anzi.

Alla luce di quanto sopra, è evidente che vi è un fondato rischio di confusione, o meglio, di *sovrapposizione* dei piani di giudizio, l'uno rivolto alla persona fisica, l'altro all'ente collettivo²⁰.

In altri termini, occorre evitare che l'accertamento della violazione da parte dell'agente-persona fisica delle regole cautelari dettate dalla norma primaria, determini (al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 5, co. 1, dell'interesse/vantaggio) automaticamente la responsabilità dell'ente, data la sostanziale identità delle regole di giudizio che lo schema logico appena sommariamente tratteggiato indurrebbe a ritenere sussistente alla base dell'accertamento della responsabilità della persona fisica e dell'ente²¹.

Ai fini di una migliore comprensione della problematica, si faccia l'esempio della morte di un lavoratore che era stato adibito dal datore di lavoro allo svolgimento dell'attività lavorativa su un macchinario, durante il periodo di manutenzione dello stesso. Si immagini che detto macchinario, pur funzionante e idoneo alla produzione dei fini propri, a causa della manutenzione in atto, difetti dei relativi meccanismi di sicurezza.

In questi casi, sussisterà di certo la responsabilità del datore di lavoro in ordine alla morte del dipendente addetto ad un macchinario privo di sistemi di sicurezza a causa della manutenzione in atto, in quanto è senz'altro prevedibile che, proprio per l'assenza di detti meccanismi, l'utilizzo di quel macchinario possa cagionare eventi lesivi, finanche mortali;

²⁰ In tal senso, si veda ZANALDA, *cit.*, p. 100, il quale afferma che “nell'ipotesi di responsabilità per omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime [...] vi è il concreto rischio dell'identificazione della colpa da reato nella colpa in organizzazione”. Secondo l'Autore, un tentativo di via d'uscita potrebbe essere ricercato nella possibilità di fondare il rimprovero normativo diretto all'ente sul concetto del cd. rischio accettabile, ossia quel rischio eliminabile solo attraverso controlli aggiuntivi che costano più delle risorse da tutelare. Dello stesso avviso VITALI, *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25 septies d.lgs. 231/01*, in *Rivista 231*, 2/2009, p. 26 che avverte la necessità di evitare in materia *de qua* letture della responsabilità dell'ente “in sede 231, in caso di infortuni sul lavoro, come una sorta di duplicazione della responsabilità penale a carico della persona fisica che ha commesso il fatto di reato; così come quest'ultima non risponde, in base ai principi della responsabilità per colpa, se l'evento non era prevedibile e prevenibile mediante l'utilizzo combinato delle norme cautelari dettate per il caso concreto, allo stesso modo non dovrebbe rispondere l'ente quando il reato venga commesso malgrado il Modello Organizzativo rispecchi puntualmente i contenuti normativi previsti dall'art. 30, d.lgs. 81/2008”.

²¹ Del resto, avvertono ROSSI – GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/01, art. 30, d.lgs. 81/08 e modello di organizzazione gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *Rivista 231*, 2/2009, p. 13, “qualora l'ente debba sviluppare un protocollo predittivo degli infortuni sul lavoro inerente alla tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro, lo dovrà elaborare tenendo presente gli specifici contenuti tecnici elencati (dal T.U. 81/08), da intendersi come regole cautelari di settore, essenziali per l'applicazione successiva della scriminante da responsabilità”.

evento, dunque, evitabile, attraverso il rispetto della regola cautelare codificata dall'art. 18, lett. m), d.lgs. 81/08, che impone al datore di lavoro di astenersi dal richiedere ai lavoratori di svolgere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave ed immediato.

Qualora, però, in questi casi, la colpa organizzativa dell'ente venga intesa, *sic et simpliciter*, nel senso di rimprovero all'ente stesso per non aver adottato modelli organizzativi, gestionali e di controllo idonei a prevedere ed evitare la morte del lavoratore così realizzatasi nella fattispecie concreta, si correrebbe il concreto rischio di incappare in quella confusione di regole di accertamento giudiziale di cui poc'anzi si parlava.

In ipotesi di tal fatta, seguendo lo schema logico delineato, accertata la prevenibilità dell'evento morte del lavoratore con riferimento all'agente-persona fisica, ne discenderebbe infatti *automaticamente* la responsabilità dell'ente di appartenenza, ai sensi e per l'effetto dell'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01.

Rischio, quello di cui si sta parlando, totalmente assente, invece, proprio per la diversità delle regole di accertamento giudiziale, nell'ipotesi in cui il reato presupposto che viene in rilievo nel caso concreto sia di natura dolosa.

In questo senso, allora, si comprende come sia necessario definire in maniera compiuta e puntuale in quale tipo di colpevolezza possa essere ricondotto l'addebito da muovere all'ente nell'ottica dell'art. 25 *septies*. Si tratterà, perciò, di definire caratteri e limiti del modello comportamentale esigibile dalla persona giuridica nell'ottica del d.lgs. 231/01, rivenendo altrove, rispetto al momento dell'accertamento della responsabilità della persona fisica, le regole di giudizio a tal riguardo rilevanti.

Sempre con riguardo al profilo della colpa di organizzazione dell'ente, occorre mettere in evidenza che la disciplina generale enunciata dall'art. 6 prescrive che, nell'ipotesi di reato presupposto realizzato da soggetti in posizione apicale, l'ente, per andare esente da responsabilità, deve fornire la prova che *“le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione”*.

Tale presupposto appare inconciliabile con la natura dei reati colposi, contrassegnati dall'assenza di volontà dell'evento.

D'altro canto, però, la *ratio legis* del citato disposto, individuata in ossequio ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, appare essere quella di consentire comunque

all'ente una *prova liberatoria*, trattandosi, in caso contrario di un'ipotesi di responsabilità oggettiva²².

Occorre, quindi, sondare la possibilità di rinvenire nel sistema una soluzione ermeneutica alla questione, idonea, da un lato, a garantire all'ente la dimostrazione dell'assenza di colpa organizzativa con riferimento alla realizzazione dei reati presupposto, dall'altro, ad assicurare la tenuta complessiva dell'architettura del d.lgs. 231/01, attraverso la predisposizione di una regola di giudizio che consenta di prevenire il fenomeno dell'irresponsabilità organizzata.

2.2. LE CRITICITÀ DI COORDINAMENTO CON LA NORMATIVA DI SETTORE

La mancata enucleazione esplicita di categorie generali della responsabilità degli enti per i reati colposi, al momento dell'introduzione dell'art. 25 *septies*, come già avvertito, impone all'interprete di muovere per percorsi ermeneutici, alla ricerca di soluzioni che tengano conto delle peculiarità caratterizzanti l'illecito amministrativo introdotto dal legislatore del 2007.

A tal fine, dopo aver evidenziato le criticità definite *fisiologiche* - in quanto promananti direttamente dal disposto dell'art. 25 *septies*, la cui risoluzione si rende necessaria per l'individuazione delle *regole generali* che consentono di declinare le strutture portanti dell'istituto delineato dal d.lgs. 231/01 con riferimento ai reati colposi - occorre ora mettere in evidenza gli aspetti problematici che l'illecito in questione solleva con riferimento alla disciplina di settore.

La risoluzione di detti profili si rivela utile all'interprete per elaborare le *regole speciali* in grado di coniugare quelle categorie generali desumibili dall'architettura del d.lgs. 231/01, con la disciplina di settore contenuta in atti di normazione primaria, segnatamente ora nel d.lgs. 81/08.

Sotto questa prospettiva, viene in rilievo in primo luogo la problematica afferente alla *definizione e qualificazione* delle persone fisiche autrici del reato presupposto.

Il d.lgs. 231/01, nel definire i criteri di ascrizione della responsabilità a carico degli enti, distingue la figura dei soggetti posti in posizione "apicale" (*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa*

²² BONATI, *Sub. art. 25 septies*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI – CADOPPI – VENEZIANI, Utet, 2010, pp. 424-425, che osserva come il dato normativo rende praticamente "impossibile per l'ente, a fronte di reati di omicidio colposo, lesioni gravi o gravissime commesse con violazione della normativa antinfortunistica realizzate dai soggetti in posizione apicale, ove venga affermata l'esistenza dell'interesse o del vantaggio, sottrarsi a responsabilità amministrativa d.lgs. 231/2001".

dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso - art. 5, c. 1, lett. a), dai soggetti posti in posizione subordinata ai primi (*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lett. a* - art. 5, c. 1, lett. b). La predetta distinzione - come sarà nel proseguo messo in evidenza - assume notevole importanza pratica alla luce dei criteri soggettivi di imputazione della responsabilità dell'ente, codificati agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01. Ciò in quanto, detti presupposti soggettivi variano proprio a seconda che la persona fisica autrice del reato sia qualificabile in termini di soggetto posto in posizione apicale (a cui consegue la gravosa prova liberatoria posta a carico dell'ente dal citato art. 6) o subordinata²³.

Ebbene, al di là dell'aspetto da ultimo considerato, l'individuazione delle persone che all'interno dell'organigramma dell'ente devono essere inquadrati nell'una o nell'altra categoria, deve essere compiuta alla luce delle indicazioni provenienti dal d.lgs. 81/2008 che identifica e definisce i ruoli, gli obblighi e le responsabilità dei protagonisti della scena-lavoro.

In altri termini, la diversa morfologia della prova liberatoria desumibile dal combinato disposto degli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01, collegata alla diversità di funzioni²⁴, impone una *riclassificazione*, ai fini della responsabilità degli enti da reato, delle figure tipizzate a livello di normazione primaria, titolari degli obblighi di sicurezza, la cui violazione, quando produttiva degli eventi di lesioni gravi, gravissime e omicidi colposi, genera la responsabilità dell'ente²⁵.

Con riguardo all'esigenza di classificazione appena evidenziata, si tratterà dunque di coniugare il dato normativo scaturente dalle lett. a) e b), dell'art. 5, d.lgs. 231/01, con la disciplina di settore, attraverso l'analisi delle figure soggettive gravate da obblighi di sicurezza dalla normativa di settore, la cui violazione può determinare la consumazione dei reati che costituiscono il presupposto della responsabilità dell'ente.

²³ Vedi *sub* nota 17.

²⁴ Che nelle ipotesi di reati commessi da soggetti posti in posizione apicale, di cui alla lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01, impone non solo l'adozione e efficace attuazione dei Modelli organizzativi, ma anche la dimostrazione che il resto è stato commesso eludendo fraudolentemente detti Modelli.

²⁵ In questo senso, si esprime IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2008, n. 2, p. 61, secondo cui "La ricognizione delle figure gravate, nel settore, da obblighi di sicurezza, passa essenzialmente per le previsioni del d.lgs. attuativo della legge 123/2007 che, per un verso, all'art. 2, contiene una pluralità di definizioni rilevanti in questa sede, per altro verso, con l'art. 304 abroga, tra gli altri il d.p.r. 547/1955 e i d.lgs. 626/1994, 493/1996, 494/1996, 187/2005".

Alla stessa finalità, occorre del resto riportare il fenomeno della *delega di funzioni* e quindi dell'individuazione in concreto del soggetto, autore del reato presupposto, nei casi in cui questo venga formalmente designato quale destinatario di attività delegata (e, quindi, titolare dei relativi obblighi di sicurezza), nel cui ambito è stato commesso il reato presupposto.

L'art. 16, d.lgs. 81/2008, infatti, come noto, raccogliendo gli orientamenti giurisprudenziali negli anni maturati al riguardo, codifica i presupposti giuridici che la delega di funzioni deve possedere, affinché possa dirsi realizzato quell'effettivo trasferimento di poteri e delle correlative responsabilità, cui la delega di funzioni è deputata ad assolvere.

Nell'ambito della responsabilità da reato degli enti, viene in considerazione la delega di funzioni quale fattore determinante il sorgere del fenomeno della *circolazione* della posizione apicale, nel senso che la delegabilità generale delle funzioni (tranne che in specifici settori) e la correlativa possibilità di circolazione della funzione apicale, pone il problema dell'individuazione, nel caso concreto, della funzione svolta dal soggetto attivo del reato e, in ultima analisi, per ciò che maggiormente rileva nella materia in esame, della qualificazione del soggetto delegato in termini di apicale o subordinato²⁶, con le rilevanti conseguenze che derivano in punto di prova di esonero da responsabilità dell'ente per i reati commessi dalla persona fisica, nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso.

Passando alle criticità che l'opera di coniugazione in argomento solleva con riferimento ai cd. criteri di imputazione soggettiva, si impone preliminarmente l'analisi del raccordo del Modello di organizzazione delineato dall'art. 6, d.lgs. 231/01, con la prescrizione di tipo specifico, dettata dall'art. 30, d.lgs. 81/08.

Con la norma da ultimo citata, il legislatore ha declinato il *contenuto legale* del modello di organizzazione specificatamente riferito alla materia prevenzionistica, esimente la responsabilità degli enti, nelle ipotesi di commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590, c. 3, c.p.

Si tratterà dunque, di definire la natura derogatoria o, all'opposto, di specificazione della portata dell'art. 30, d.lgs. 81/08, rispetto al Modello delineato nella parte generale del d.lgs. 231/01. Strettamente connesso alla predetta tematica è, inoltre, quella volta ad individuare l'efficacia, sul piano processuale, della disposizione in esame e, quindi, la capacità o meno

²⁶ BONATI, *cit.*, p. 413.

della stessa di vincolare la decisione del Giudice, ove nella fattispecie concreta, il modello adottato dall'ente risponda alle prescrizioni contenute nell'art. 30, d.lgs. 81/08²⁷.

Una volta analizzata la portata del Modello di organizzazione e gestione esimente la responsabilità dell'ente per i reati colposi connessi alle violazioni prevenzionistiche, occorre misurarsi con la tematica afferente ai rapporti sussistenti tra il contenuto di detti protocolli e il contenuto delle molteplici disposizioni previste dalla legislazione vigente in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Ciò in quanto, il ricorso a detti modelli in un settore fortemente *procedimentalizzato*, quale quello in materia di sicurezza sul lavoro, pone diversi problemi di coordinamento, stante il sostanziale parallelismo che si viene a creare tra i *compliance programs* volti all'eliminazione del rischio-reato nell'attività dell'ente, ex d.lgs. 231/01 e le procedure finalizzate ad assicurare la sicurezza nei luoghi di lavoro, cristallizzate, *in primis*, nel documento di valutazione dei rischi, di cui agli artt. 28 e 29, d.lgs. 81/08.

In altri termini, dal momento che gli adempimenti in materia prevenzionale sono praticamente tutti già enunciati nelle norme speciali, dotate di autonome sanzioni penali, poiché trattasi di illeciti contravvenzionali, si tratta di comprendere il *proprium* dei modelli in questione e, in particolare, il piano su cui detti modelli operano, rispetto alle ulteriori procedure previste dalla legislazione primaria²⁸.

Nell'opera di enucleazione delle regole speciali, sempre con riferimento ai cd. criteri di imputazione soggettiva, occorre inoltre considerare lo spazio applicativo che può avere l'ipotesi di responsabilità dell'ente per la commissione dei reati colposi in materia *de qua* ad opera di soggetti posti in posizione subordinata.

²⁷ Mettono in evidenza dette problematiche, in particolare, ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 11-12, i quali ricordano la necessità per l'interprete di misurarsi, nell'affrontare le questioni in analisi, con il rischio di eccesso di delega, posto che nella legge delega 123/07, circa la responsabilità degli enti al legislatore delegato non era stata demandata che la riformulazione del "vecchio" art. 25 *septies* in punto di modifica del regime transitorio: "ambito questo che potrebbe decisamente considerarsi superato proprio a seguito dell'introduzione dell'art. 30, soprattutto se assumesse prevalenza la teoria che sostiene l'avvenuta introduzione, in forza di detto articolo, di un sottosistema derogatorio rispetto a quello generale delineato nell'art. 6 d.lgs. 231/01".

²⁸ Si pone l'interrogativo in argomento, tra gli altri, VITALI, in *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25-septies d.lgs. 231/01*, in *Rivista 231*, 2/2009, p. 31, secondo cui, qualora non si tenti di far operare i modelli in questione su di un piano diverso alle procedure prevenzionistiche codificate in altre parti del d.lgs. 231/01, significherebbe ritenere "la norma di cui all'art. 30 d.lgs. 231/01 [...] sostanzialmente priva di *ratio* se non totalmente inutile nell'economia della dimostrazione, da parte dell'ente, di aver rispettato ogni precetto della legislazione antinfortunistica; il che non è, se – addirittura – il legislatore è intervenuto normando il contenuto del Modello Organizzativo con l'articolato in parola".

La questione interessa da vicino la portata degli obblighi in materia prevenzionistica assegnati al datore di lavoro e al dirigente, quali codificati dal comma 3 *bis*, art. 18, d.lgs. 81/08.

La norma da ultimo citata impone alle predette figure di “*vigilare in ordine all’adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25*”. In particolare, si tratta del dovere di vigilare sull’adempimento degli obblighi facenti capo al preposto (art. 19), al lavoratore (art. 20), ai progettisti (art. 22), ai fabbricanti e fornitori (art. 23), agli installatori (art. 24) e al medico competente (art. 25), la cui mancata osservanza, nel caso di produzione dell’evento lesivo, fa sorgere in capo al datore di lavoro e al dirigente un’ipotesi di responsabilità omissiva, ai sensi e per gli effetti dell’art. 40, cpv., c.p.²⁹.

Norma che appare collidere con la possibilità di configurare una responsabilità dell’ente nel caso di reati commessi dai subordinati, posto che in questi casi l’addebito all’ente si fonda “*sull’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*” da parte dei soggetti posti in posizione apicale; violazione già autonomamente sanzionata dalla normativa primaria, idonea di per sé a fondare, quindi, una responsabilità dell’ente per reati commessi da soggetti di cui alla lett. a), dell’art. 5, d.lgs. 231/01.

²⁹ In questi termini, CASS. PEN., SEZ. IV, 20.4.11, N. 28779: “*In forza dell’art. 18, comma 3 bis, D.Lgs. n. 81/2008 l’obbligo di vigilanza e di controllo spettante al datore di lavoro, ma anche al dirigente nei limiti delle relative competenze funzionali, deve svilupparsi sull’attività degli altri soggetti che, a vario titolo, sono titolari pro quota dell’obbligazione di garanzia (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori, medico competente), e l’inosservanza a tale obbligo con riferimento al rispetto della normativa prevenzionale può portare alla responsabilità del soggetto obbligato in ossequio al principio generale fissato dell’art. 40, comma 2, c.p.*”.

3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 25 SEPTIES

Esposti i profili di criticità, prima di sondare e ricercare le regole di giudizio (generali e speciali, nel senso sopra esposto) attraverso le quali declinare il modello di responsabilità dell'ente nella materia prevenzionistica, appare opportuno compiere una ricognizione sulla portata applicativa dell'art. 25 *septies*, nell'ambito di una lettura integrata con il disegno complessivo delineato dal d.lgs. 231/01.

Sotto tale ultimo profilo, la responsabilità dell'ente viene collegata al reato commesso dalla persona fisica e configurato come un *autonomo* illecito amministrativo “a struttura complessa”³⁰, caratterizzato dalla previsione di diversi elementi: la doverosa presenza, a monte, in capo all'autore del reato, di una qualifica o di una posizione soggettiva determinata o di fatto (ma in quest'ultimo caso solo con riferimento ai soggetti indicati nell'art. 5, lett. a); la commissione del reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente (elemento oggettivo dell'illecito amministrativo) ed il particolare collegamento della condotta con l'organizzazione d'impresa che consenta di ascrivere un determinato fatto all'ente, in termini di rimprovero normativo (elemento soggettivo dell'illecito amministrativo).

Pertanto, individuato il reato in uno di quelli presenti nel “catalogo” delineato dalla Sez. III, Capo I, d.lgs. 231/01, attribuita rilevanza al legame tra il soggetto attivo e l'ente, considerata l'interconnessione tra l'illecito (penale) del primo e l'illecito (amministrativo) del secondo, accertata, infine, l'omissione della predisposizione o valutate negativamente l'effettività dell'adozione o l'efficacia dell'attuazione degli appositi Modelli Organizzativi specificatamente calibrati sui rischi-reati, dal modello così sinteticamente riassunto nasce la responsabilità diretta dell'ente³¹.

Come visto, dunque, nel ricostruire la responsabilità dell'ente, il primo passo da compiere consiste nell'individuazione del reato commesso dalla persona fisica, in uno di quelli appartenenti al catalogo contenuto nella Sez. III, Capo I, d.lgs. 231/01.

³⁰ Così, VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA-CASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004.

³¹ L'efficace sintesi è di ROSSI-GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/2001, art 30 d.lgs. 81/08 e modello di organizzazione gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *Rivista 231*, 2/2009, p. 8 che giudicano il disegno complessivo scaturente dalla novella del 2001 “una scelta tutto sommato sottoscrivibile, volta ad individuare l'effettivo legame (più stretto con i vertici, più sfumato con i sottoposti) con un'oggettiva pericolosità sociale dell'organizzazione aziendale; scelta, ancora, che consente di prevenire il fenomeno della irresponsabilità organizzata, da una parte e di evitare preordinati abbattimenti verso i soli sottoposti della responsabilità in parola, dall'altra”.

Entrando nel dettaglio della previsione normativa dell'art. 25 *septies*, i reati che la novella del 2007 - a cui è seguita la sostanziale riscrittura ad opera del d.lgs. 81/2008³² - aggiunge al catalogo delle fattispecie che fungono da presupposto per il sorgere della responsabilità amministrativa degli enti, vengono individuati attraverso il richiamo alle ipotesi previste dagli artt. 589 e 590 co. 3, c.p.

In particolare, con riferimento all'ipotesi di omicidio colposo, le conseguenze sanzionatorie dell'ente vengono a differenziarsi a seconda che nel caso concreto il fatto di reato presupposto integri o meno il modulo descrittivo di cui al primo comma³³.

La fattispecie ivi prevista³⁴, infatti, si riferisce all'ipotesi di omicidio colposo “*commesso con violazione dell'art. 55, comma 2*”, d.lgs. 81/08, ossia della norma che commina le sanzioni a carico del datore di lavoro per la violazione dell'art. 29, c. 1, d.lgs. 81/08 che, a sua volta, demanda al medesimo l'obbligo di effettuare la valutazione e la elaborazione del documento di valutazione dei rischi (art. 17, lett. a, d.lgs. 81/08), nell'ambito delle tipologie aziendali individuate dallo stesso art. 55, c. 2, lett. a), b) e c)³⁵.

³² Per apprezzare la portata della modifica legislativa intervenuta ad opera del d.lgs. 81/08, si osservi l'originaria formulazione della fattispecie in esame, come introdotta dalla l. 123/2007 che presentava una minore articolazione di contenuto. In particolare, la norma prevedeva che “In relazione ai delitti di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno”.

³³ In relazione alla fattispecie di cui al c. 1, art. 25 *septies*, TRIB. MOLFETTA, 11.01.10, in tema di successione di leggi penali nel tempo, con specifico riferimento alle due versioni della norma in esame, come previste rispettivamente dalla l. 123/07 e dal d.lgs. 81/08, ha applicato l'attuale versione del c. 1, art. 25 *septies*, in quanto ritenuta più favorevole rispetto alla precedente formulazione: “*In tema di responsabilità delle persone giuridiche dipendente dai reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, a fronte della modifica dell'art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001, ad opera dell'art. 300, D.Lgs. n. 81/2008, trova applicazione la disciplina della successione di leggi prevista dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001, ai sensi del quale se la legge del tempo in cui è stato commesso l'illecito e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli, salvo che sia intervenuta sentenza irrevocabile*”. È stata, quindi, ritenuta più favorevole la novellata versione dell'art. 25 *septies*, d.lgs. n. 231/2001, che commina sanzioni più lievi per gli illeciti dipendenti dai reati di lesioni personali colpose e di omicidio colposo, nell'ipotesi in cui siano state violate le prescrizioni di cui all'art. 55, d.lgs. n. 81/2008.

³⁴ In tali casi, nei confronti dell'ente si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote e le sanzioni interdittive (di cui all'art. 9, c. 2) per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

³⁵ In particolare, l'obbligo posto a carico del datore di lavoro dall'art. 55, c. 1, lett a), per costante interpretazione giurisprudenziale, implica che la valutazione dei rischi incorporata in detto documento sia costantemente implementata nel tempo, onde garantire attualità delle relative prescrizioni al mutare delle condizioni lavorative; da ultimo, CASS. PEN., SEZ. III, 5.5.11, N. 24820: “*L'obbligo di predisposizione del documento di elaborazione dei rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori non viene meno per il fatto che allo stesso si sia già adempiuto*”.

L'altra modalità di descrizione del fatto tipico del reato presupposto accomuna, invece, le previsioni contenute nel secondo e terzo comma dell'art. 25 *septies*, dettate rispettivamente per le ipotesi di omicidio e lesioni gravi o gravissime connesse alle violazioni prevenzionistiche, differenti da quella codificata nell'art. 55, c. 2, d.lgs. 81/08, di cui al predetto primo comma.

In entrambi i casi da ultimo considerati, infatti, all'individuazione dei reati presupposto nelle fattispecie previste dagli artt. 589 e 590, c. 3, c.p., segue la specificazione che gli stessi devono essere commessi "*con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*"^{36 37}.

Ciò che per converso accomuna le tre modalità di descrizione del fatto tipico è l'utilizzo della locuzione "*commesso con*", a cui segue l'indicazione del riferimento alla normativa prevenzionistica (nei termini di cui si è detto).

La lettera della legge pare, quindi, richiedere in tutti e tre i commi di cui si compone l'art. 25 *septies*, la sussistenza del *nesso di causalità* tra la violazione antinfortunistica compiuta dall'autore del reato presupposto e la lesione o la morte subita dal lavoratore o da un terzo che a qualsiasi titolo sia stato coinvolto nella scena-lavoro, ai fini dell'integrazione della fattispecie presupposto della responsabilità dell'ente.

Invero, si è osservato che a differenza dei delitti di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi *con violazioni delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro* (commi 2 e 3), rispetto ai quali proprio la violazione della norma prevenzionale connota e qualifica la condotta causale dell'evento morte o lesioni gravi o gravissime, nel delitto di omicidio colposo *commesso con violazione dell'art. 55, comma 2, d.lgs. 81/2008* (comma 1), alla violazione della norma cautelare espressamente richiamata non viene attribuita analoga funzione, non venendo (detta violazione) a connotare il disvalore della

da parte di società successivamente assorbita da altra, trattandosi di obbligo che deve essere sempre attuale e pertinente alle concrete condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa sussistenti nell'azienda, anche al fine di garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza".

³⁶ Con riferimento all'ipotesi di omicidio colposo, il secondo comma prescrive l'applicazione all'ente di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote e delle sanzioni interdittive (di cui all'art. 9, c. 2) per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

³⁷ Con riferimento all'ipotesi di lesioni colpose (gravi o gravissime), il terzo comma prescrive l'applicazione all'ente di una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote e delle sanzioni interdittive (di cui all'art. 9, c. 2) per una durata non superiore a sei mesi.

condotta colposa dell'evento naturalistico che dovrà essere basato sulla violazione di altre norme prevenzionali, l'osservanza delle quali ne avrebbe evitato la verifica³⁸.

Si accede, quindi, ad un'interpretazione della norma contenuta nel primo comma dell'art. 25 *septies*, nel senso di ritenere che ai fini dell'integrazione della fattispecie presupposto della responsabilità dell'ente ivi codificata, la violazione prevenzionistica di cui all'art. 55, c. 2, d.lgs. 81/08 caratterizzi solo il profilo di illiceità specifica del contesto³⁹ nell'ambito del quale l'evento omicidio colposo si è realizzato, non anche l'antecedente causale dello stesso che dovrà essere rinvenuto, come nelle altre ipotesi considerate dall'art. 25 *septies*, in violazioni di norme cautelari differenti da quella considerata dalla norma in esame.

Una tale impostazione, però, oltre a porsi in contrasto con la lettera della legge che, come già detto, richiede inequivocabilmente la sussistenza di un nesso causale tra la violazione considerata dal c. 1, art. 25 *septies* e l'evento morte, non è meritevole di trovare accoglimento, in quanto esclude aprioristicamente e inopinatamente che dalla non corretta valutazione dei rischi, possa derivare, *in termini causali*, l'evento dannoso; conclusione a cui, a tacer d'altro, si oppone l'osservazione della casistica giurisprudenziale⁴⁰.

³⁸ EPIDENIO-PIFFER, *Criteri di imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *Rivista* 231, 3/2008, p. 11 che, a sostegno dell'assunto, affermano: "Si pensi all'omicidio colposo commesso nell'ambito di un'azienda che presenti le caratteristiche di cui all'art. 55, c. 2, nella quale non sia stato nominato il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (art. 55, comma 1, lett. b): in questo caso [...] la locuzione "commesso con violazione dell'art. 55, comma 2", indica la violazione di una norma del d.lgs. 81/08 che caratterizza di una specifica illiceità il contesto aziendale in cui è avvenuto l'evento [...] ma che non è idonea a fondare l'addebito per colpa per l'evento naturalistico "morte o lesioni gravi o gravissime", evento che dovrà essere basato invece sulla violazione di altre norme prevenzionali, l'osservanza delle quali ne avrebbe evitato la verifica".

³⁹ Così si esprimono, EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 11, secondo i quali il profilo di illiceità aziendale in questione, derivante dalla violazione del menzionato art. 55, d.lgs. 81/08 "costituisce dunque, nella struttura dell'illecito a carico dell'ente, un dato esterno che esprime un autonomo disvalore, al pari degli altri elementi costitutivi previsti dall'art. 5 d.lgs. 231/01".

⁴⁰ Mette in evidenza la possibile relazione causale tra la violazione dell'art. 29, c. 1, d.lgs. 81/08 e la realizzazione dell'evento morte o lesioni, CASS. PEN. SEZ. IV, 28.1.09, N. 4123: "*Tali principi hanno trovato conferma nel D.Lgs. n. 81 del 2008, che prevede, infatti, gli obblighi del datore di lavoro non delegati, per l'importanza e, all'evidenza, per l'intima correlazione con le scelte aziendali di fondo che sono e rimangono attribuite al potere/dovere del datore di lavoro (v. art. 17). [...] La sentenza impugnata è in linea con i principi sopra tratteggiati, tenuto conto che il profilo di colpa contestato all'imputato e ritenuto dai giudici di merito era stato ravvisato, in sostanza, nella mancata analisi del rischio incendio e nella violazione degli obblighi di individuare le misure di protezione, di definire il programma per migliorare i livelli di sicurezza, di fornire gli impianti ed i dispositivi di protezione individuali, tutti aspetti che riguardano le complessive scelte aziendali inerenti alla sicurezza delle lavorazioni e che, quindi, coinvolge appieno la sfera di responsabilità del datore di lavoro. Nella specie, in definitiva, correttamente è stata ravvisata la posizione di garanzia del prevenuto, apprezzandone sia il ruolo di vertice che la diretta competenza nel settore della sicurezza, oltre che i limiti entro cui il medesimo poteva avvalersi della delega a terzi*".

La valutazione dei rischi rappresenta presidio ineludibile della legislazione antinfortunistica, la cui corretta elaborazione consente, prima, di individuare le fonti di pericolo e, successivamente, attraverso la predisposizione delle necessarie misure, di neutralizzare la potenzialità dannosa delle stesse.

È di intuitiva evidenza, allora, che proprio l'errata valutazione ed elaborazione del documento in esame, contenendo questo la catalogazione dei *rischi* e delle relative *contro-misure* da opporre alla realizzazione degli stessi rischi, ben possa costituire l'antecedente causale di un evento dannoso, allorquando quest'ultimo rappresenti la concretizzazione di un rischio che sarebbe dovuto essere stato individuato al momento della stesura di quel documento, evitabile attraverso la predisposizione di quelle consequenziali misure antinfortunistiche.

Si ritiene, dunque, che la violazione dell'obbligo imposto al datore di lavoro, avente ad oggetto la (idonea) valutazione dei rischi è in grado di connotare e qualificare la condotta causale dell'evento morte, nelle ipotesi considerate dal c. 1, art. 25 *septies*; pertanto, ai fini dell'integrazione del modulo descrittivo di cui al disposto da ultimo citato, l'evento morte dovrà trovare il proprio *antecedente causale* nella violazione di cui al c. 2, art. 55, d.lgs. 81/08.

Pertanto, tale conclusione risulta coerente con l'aumento di sanzione irrogabile in questa ipotesi all'ente, rispetto a quanto previsto nella fattispecie di cui al c. 2, art. 25 *septies*, in ragione del preminente rilievo che assume nell'ambito della disciplina antinfortunistica la corretta elaborazione del documento di valutazione dei rischi, quale primo e ineludibile presidio a tutela della salute e sicurezza sul lavoro (tanto che rappresenta una delle due eccezioni alla generale delegabilità delle funzioni del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 17, d.lgs. 81/08). Diversamente considerando, difatti - ossia ritenendo che la violazione menzionata dal c. 1, art. 25 *septies* connota esclusivamente il contesto in cui l'evento morte si è verificato, non anche la condotta colposa che tale evento ha provocato - l'inasprimento della sanzione irrogabile all'ente risulterebbe del tutto *scollegato* rispetto alle modalità con cui si è realizzato il delitto di omicidio colposo; come tale, quindi, si tratterebbe di un incremento di sanzione ingiustificato, se raffrontato con la successiva fattispecie di cui al c. 2, art. 25 *septies*, a maggior ragione considerando che la violazione di cui all'art. 55, c. 2, d.lgs. 81/08 è già autonomamente punita dalla legislazione speciale.

Esulano, invece, dal contenuto dell'art. 25 *septies*, inidonee quindi ad integrare la fattispecie presupposta della responsabilità dell'ente, quelle ipotesi di omicidio e lesioni colpose che, pur

consumate sul luogo di lavoro, cionondimeno non sono ricollegabili in termini causali alle violazioni delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁴¹.

Quanto all'individuazione delle violazioni, la cui efficacia causale in riferimento agli eventi morte e lesioni, conferisce a questi veste di elementi costitutivi del reato presupposto, il legislatore compie un chiaro rinvio al corpo normativo del d.lgs. 81/08 che comprende disposizioni talora dal contenuto preciso e immediatamente percepibile, talaltra norme dalle quali sorgono generici obblighi di tutela, quale l'art. 2087 c.c.; norma quest'ultima, a cui da tempo è stato attribuito valore significativo ai fini del riconoscimento dell'aggravante di cui al terzo comma, dell'art. 590 c.p.⁴².

3.1. (Segue) LE FATTISPECIE ESCLUSE

Sull'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie in discorso, all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 2007, sono state evidenziate numerose questioni interpretative, la cui attualità si evidenzia per essere le stesse ancora inesplorate dalla casistica giurisprudenziale.

⁴¹ G.U.P. TRIBUNALE DI CAGLIARI, 4.7.11, GIUD. ALTIERI, in cui l'ente viene assolto da ogni addebito in quanto le condotte colpose causalmente determinanti l'evento lesivo (costituite dalla deviazione comportamentale rispetto a talune procedure tecniche formalizzate) hanno trovato origine in un guasto tecnico e comunque in ragioni estranee all'interesse dell'ente. Le specifiche condotte oggetto di imputazione, viceversa, non erano dotate di efficacia causale rispetto agli eventi tipici del reato-presupposto e pertanto non possono essere ascritte alla responsabilità dell'ente.

⁴² Si veda a tal riguardo, CASS. PEN., SEZ. IV, 17.4.96, N. 5114, secondo cui *“L'art. 2087 c.c., pur non contenendo prescrizioni di dettaglio come quelle rinvenibili nelle leggi organiche per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, non si risolve in una mera norma di principio, ma deve considerarsi inserito a pieno titolo nella legislazione antinfortunistica, di cui costituisce norma di chiusura, peraltro comportante a carico del datore di lavoro precisi obblighi di garanzia e protezione ai fini individuali. Detta norma, per il richiamo alla tutela dell'integrità fisica del lavoratore e alla particolarità del lavoro, rende specifico l'illecito consumato in una sua violazione sia rispetto alla colpa generica richiamata nell'art. 2043 c.c. che rispetto a quella di rilievo penalistico e, in tal caso, aggrava il reato, rendendolo perseguibile di ufficio”*. Più recentemente, CASS. PEN. SEZ. IV, 19.7.11, N. 28779: *“La decisione gravata, confermativa di quella di primo grado, appare corretta siccome adottata in piena aderenza a quello che, per assunto pacifico, è il contenuto precettivo dell'art. 2087 c.c.. Come è noto, in forza della disposizione generale di cui all'art. 2087 c.c. e di quelle specifiche previste dalla normativa antinfortunistica, il datore di lavoro è costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo reattivo previsto dall'art. 40 c.p., comma 2”*.

Innanzitutto, con riferimento all'ipotesi in cui il reato presupposto sia rappresentato dalle lesioni colpose, singolare appare il richiamo al solo terzo comma dell'art. 590, c.p.⁴³

Difatti, la previsione ivi contenuta non descrive il fatto tipico di lesioni colpose, limitandosi a sancire un aggravamento di pena nelle ipotesi in cui l'evento sia dovuto alla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, dalla quale sia derivata una lesione, appunto, qualificabile, ai sensi delle disposizioni vigenti, come grave o gravissima.

A tacer d'altro, in punto di tecnica legislativa, pare interessante sottolineare come il richiamato terzo comma dell'art. 590, c.p., si riferisca alle sole violazioni delle norme "*per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*" e non anche di quelle sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro o, comunque specificatamente dettate per prevenire le malattie professionali⁴⁴, ad onta, tra l'altro, della specifica dizione utilizzata in rubrica, in cui i reati presupposto vengono qualificati anche dalla violazione delle norme sulla tutela della salute sul lavoro.

Si pone, dunque, l'interrogativo se le nozioni di "igiene sul lavoro" e di "malattia professionale" devono essere tenute distinte da quella di "infortunio sul lavoro" e che pertanto non si possa estendere l'aggravante di cui al terzo comma dell'art. 590 c.p. anche alle violazioni delle norme in tema di igiene e salute sul lavoro, con le evidenti ripercussioni che detta esclusione avrebbe in tema di responsabilità degli enti, *ex art. 25 septies*⁴⁵.

A sostegno di questa impostazione, peraltro, potrebbe essere richiamata la consolidata elaborazione giurisprudenziale che dal combinato disposto delle norme previste dal terzo comma e dall'ultimo comma dell'art. 590 c.p., esclude tra le ipotesi aggravate, i reati di lesioni connessi alla violazione delle norme dettate in tema di igiene e salute sul lavoro⁴⁶.

⁴³ Da un punto di vista strettamente processuale, il rinvio alla fattispecie aggravata di cui al terzo comma dell'art. 590 c.p. consente di estendere, in virtù del contenuto precettivo dell'art. 37, d.lgs. 231/01, la procedibilità d'ufficio anche alla corrispondente fattispecie di illecito dipendente da reato.

⁴⁴ PISTORELLI, *Principi generali*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA, Milano, 2007, pp. 20 e ss.

⁴⁵ D'ARCANGELO, *cit.*, p. 80, secondo cui dall'estensione dell'aggravante in discorso, dal cui riconoscimento consegue il sorgere della responsabilità degli enti, anche alle norme dettate in tema di igiene e salute sul lavoro, ne deriva "un'inammissibile interpretazione analogica *in malam partem*", anche in virtù della consolidata ermeneusi in materia.

⁴⁶ Si veda *ex plurimis*, CASS. PEN., 12.3.1987, N. 9981, secondo cui l'ultimo comma dell'art. 590 c.p., novellato dalla l. 689/81, ai fini della perseguibilità d'ufficio, annovera le lesioni commesse con violazione delle norme antinfortunistiche, delle norme relative all'igiene sul lavoro o determinanti malattie professionali; il comma 3 dell'articolo contempla come aggravante solo la violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Dal rapporto tra tali commi si deduce che non è consentito annoverare, mediante interpretazione

Sul punto, in dottrina si è messo in evidenza che l'espressa rubrica dell'art. 25 *septies* depone inequivocabilmente per l'inclusione delle norme dettate a tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro nella descrizione della condotta materiale del reato presupposto. In tal senso, peraltro, suggerisce - secondo la dottrina in commento - la tecnica di rinvio adoperata con riguardo all'ipotesi di omicidio colposo, in cui il referente normativo citato è l'art. 589 c.p. nel suo insieme e non specificatamente il secondo comma, concernente la violazione di norme antinfortunistiche⁴⁷.

Comunque, al di là delle perplessità evidenziate, dal rinvio operato al terzo comma dell'art. 589, c.p., ne deriva innanzitutto che la responsabilità degli enti è configurabile esclusivamente come conseguenza di un delitto di lesioni gravi o gravissime, non anche nel caso in cui alle suddette violazioni derivi una lesione lieve⁴⁸.

Inoltre, quanto all'ambito di applicazione oggettiva della norma in esame, essa viene riferita esclusivamente ai delitti colposi di evento, come sopra elencati; rimangono fuori dal novero dei reati presupposto, quindi, nonostante l'attinenza con la disciplina antinfortunistica, le fattispecie di pericolo, dettate dal codice sostanziale. Si intende fare riferimento alle ipotesi, tanto di natura dolosa che colposa, di cui agli artt. 437 e 451 c.p. che si limitano ad esporre a pericolo il bene salute e integrità fisica del lavoratore, attraverso la mancata adozione o mancata rimozione di mezzi di prevenzione degli infortuni⁴⁹.

Inoltre, stante la chiara formulazione normativa, devono essere escluse le ipotesi dolose relative alle fattispecie di lesioni (gravi e gravissime) e di omicidio.

Il problema principale – e che ispira forti perplessità – riguarda la forma più lieve del dolo eventuale.

estensiva, la violazione delle norme sull'igiene sul lavoro o determinanti malattie professionali tra le ipotesi aggravate.

⁴⁷ ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti di violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e Sicurezza lavoro*, 2007, 577.

⁴⁸ In punto di qualificazione delle lesioni in termini di lievi o gravi, si tenga presente l'insegnamento di CASS. PEN., SEZ. IV, 11.8.09, N. 32687, secondo cui *“il periodo di incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni risulta, dalle emergenze in atti, avere avuto durata superiore ai quaranta giorni. Difatti, siffatta incapacità va intesa sia in relazione alla sfera del lavoro produttivo di reddito, che in riferimento ad ogni impiego della propria energia psico - fisica per scopi leciti e giuridicamente apprezzabili. Altresì, la condivisibile giurisprudenza di questa Corte di legittimità (sia pure risalente nel tempo: Cass. 14-3-1979 n. 8017; Cass. 5-5-1969 n. 1408) è nel senso di ricomprendere nella nozione il periodo di convalescenza e di riposo dipendente dalla malattia”*.

⁴⁹ BONATI, *cit.*, p. 411; ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 24, i quali auspicano un ripensamento del legislatore, mediante l'introduzione, all'interno dei reati presupposto, della fattispecie di cui all'art. 437 c.p.

Peraltro, proprio una condotta posta in essere dalle persone fisiche individuate alle lett. a) e b) dell'art. 5, con consapevole violazione delle norme prevenzionistiche e correlativa accettazione del rischio che tale condotta produca eventi lesivi in danno di altri soggetti popolanti la scena-lavoro (o terzi rispetto a questi), appare perfettamente compatibile con i criteri di imputazione previsti dall'art. 5, d.lgs. 231/01 per il sorgere della responsabilità dell'ente.

Si pensi al caso del soggetto posto in posizione apicale che, ben conscio dei *deficit* di sicurezza sul luogo di lavoro, pur di evitare di investire in detto ambito risorse economiche e, per converso, accettando il rischio che un lavoratore sia oggetto degli eventi delittuosi in commento, ordini e continui nello svolgimento dell'attività lavorativa. In tal caso, pur palesandosi il criterio di aver il soggetto apicale agito nell'interesse dell'ente, l'eventuale contestazione mossa al soggetto apicale nella forma del dolo eventuale, escluderebbe in radice la possibilità di muovere addebiti all'ente, stante la chiara formulazione normativa dell'art. 25 *septies* che contempla esclusivamente delitti colposi di evento.

Pertanto, stante il disposto dell'art. 25 *septies*, qualora un evento lesione (grave e gravissima) o morte sia imputato a taluno in termini dolosi, finanche a titolo di dolo eventuale, affinché possa configurarsi una responsabilità dell'ente, è necessario che ad una persona fisica legata all'ente da un rapporto di appartenenza tipico ai sensi delle lett. a) e b) dell'art. 5, venga ipotizzato un *concorso colposo*⁵⁰ nella produzione dell'evento⁵¹.

⁵⁰ La configurabilità di un "concorso" colposo nel delitto doloso è stata chiaramente enunciata da CASS. PEN., 12.11.08, n. 4107, purché la compartecipazione riguardi un reato che sia previsto dalla legge come colposo, stante il limite insuperabile previsto dall'art. 42, c. 2, c.p.: *"Il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo"*.

⁵¹ Emblematico, in tal senso, è il noto caso ThyssenKrupp, in cui, tra i molteplici addebiti mossi, si è pervenuto alla condanna della società, in relazione all'unica fattispecie contestata in forma colposa. La Corte di Assise di Torino, infatti, ha condannato l'amministratore delegato della società per i delitti di omicidio volontario plurimo, incendio doloso e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento. Vengono condannati, inoltre, altri cinque soggetti appartenenti alla compagine sociale per i reati di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, incendio colposo e omicidio colposo plurimo. Proprio ed esclusivamente in relazione a quest'ultimo reato, commesso con violazione dell'allora art. 4 del D.lgs. n. 626/94, che obbligava il datore di lavoro alla valutazione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori e alla redazione del relativo documento (obblighi oggi confluiti negli artt. 17 e 55 del D.lgs. n. 81/2008) la Corte di Assise di Torino ha riconosciuto la responsabilità della società, ai sensi dell'art. 25-*septies*, comma primo, d.lgs. 231/01.

4. ALLA RICERCA DI UN MODELLO (NORMATIVO E DOGMATICO) DI RIFERIMENTO

Nell'intento di declinare le regole generali e speciali della responsabilità dell'ente in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, come disciplinata dall'art. 25 *septies*, l'opera preliminare che si impone di compiere è quella di rinvenire un parametro (normativo e dogmatico) di riferimento, da porre alla base della successiva analisi.

Nel senso che le (innumerevoli) opzioni interpretative che possono essere prospettate in relazione a ciascuna delle criticità (in particolare, quelle che sono state definite "fisiologiche") che il disposto in commento solleva, dipendono, in prima battuta, dal modello normativo e dogmatico che si pone alla base dell'indagine che in questa sede si intende compiere.

Da questo punto di vista, la questione interessa le problematiche attinenti, da un lato, la natura (penale o meno) della responsabilità amministrativa degli enti e, dall'altro, il modello dogmatico (dell'immedesimazione organica o autonomo di responsabilità) a cui questa deve essere riportata.

Aspetti che verranno nel proseguo affrontati ai soli limiti che in questa sede interessano, ossia al fine di gettare le *fondamenta* di tutto il percorso ermeneutico che si andrà poi nel proseguo ad affrontare.

In particolare, indagare la natura della responsabilità degli enti, significa specificatamente, ai fini della presente analisi, verificare l'assoggettabilità della normativa in esame al vincolo della personalità della responsabilità, prescritto dall'art. 27, c. 1, Cost. o, quantomeno, ad un argine garantistico che di quello ne ricalchi l'essenza, salvo una diversa declinazione di contenuto, in ragione della peculiarità del destinatario della normativa prescritta dal d.lgs. 231/01.

Qualora l'indagine così condotta abbia esito positivo, si tratterà successivamente di rinvenire le regole per l'ascrizione del reato presupposto all'ente, compatibili con il citato canone ermeneutico.

Accertare, in secondo luogo, se la responsabilità degli enti sia strutturata secondo il modello dell'immedesimazione organica o che, comunque, trovi fondamento in tesi antropocentriche, ai fini della presente analisi, significa ritenere (quantomeno dal punto di vista oggettivo, se non anche, secondo una corretta interpretazione del modello in questione, nell'ottica soggettiva) che il reato commesso dall'organo dell'ente sia da considerarsi, per ciò solo, proprio di quest'ultimo, rinunciando così a ricercare un rimprovero peculiarmente diretto all'agire dell'ente.

Ritenere diversamente, invece, impone all'interprete di impostare la propria analisi al rinvenimento di regole ulteriori da quelle desumibili dai postulati delle tesi antropocentriche.

4.1. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

Se si vuole distillare nei minimi termini la questione, il tutto potrebbe risolversi nel interrogativo, se il decreto legislativo 231/01 introduca o meno il principio che la società è capace di delinquere.

Interrogativo che, nonostante la novella del 2001, rimane tutt'ora privo risposta.

Difatti, la scelta compiuta dal legislatore con l'introduzione della normativa in commento, rappresenta una sorta di compromesso tra l'antico brocardo *societas delinquere non potest* e le più moderne esigenze legate alla pressante necessità di contrastare dilaganti e pericolose forme di criminalità d'impresa. Come a voler dire: la società non può delinquere, ma può essere punita, al ricorrere di determinate condizioni, per reati commessi nell'ambito dello svolgimento dell'attività d'impresa⁵².

Da più parti, in particolare, è stata manifestata l'impressione secondo cui il legislatore del 2001, ben consapevole delle difficoltà a cui sarebbe andato incorso con l'assoggettamento degli enti e delle persone giuridiche allo strumento penale, abbia preferito *aggirare l'ostacolo*, qualificando come amministrativa, anziché penale, la responsabilità delle persone giuridiche per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio dai loro organi o sottoposti, salvo poi incorrere in una sorta di *frode delle etichette*, configurando di fatto una normativa ibrida di matrice schiettamente penalistica.

⁵² CONSIGLIO, *Responsabilità giuridica delle persone giuridiche e principio di colpevolezza*, in *Rivista* 231, 2/2006, secondo cui "come tutte le soluzioni di compromesso, la normativa presenta zone d'ombra che [...] non possono certo dirsi dissipate". L'autore ricorda che storicamente, le ragioni che sono state sempre opposte alla possibilità di configurare una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche, risiedono nella obiettiva incompatibilità delle tradizionali categorie penalistiche nei confronti di un soggetto ontologicamente incapace di prevedere e volere. Rilevo che da sempre è stato posto in evidenza quale indicatore dell'evidente difficoltà, se non impossibilità, di apprezzare le manifestazioni della persona giuridica in termini di atteggiamenti psicologici soggettivi reali quali il dolo e la colpa, determinando un'insanabile incompatibilità con la regola di giudizio cristallizzata nell'art. 27 Cost. Sullo stesso piano interpretativo è stato inoltre messo in rilievo che il problema si configurerebbe anche qualora si voglia punire l'ente non con sanzioni penali, ma con misure di sicurezza, posto che quest'ultime presuppongono la pericolosità sociale la quale, a sua volta, non prescinde affatto dall'atteggiamento psicologico dell'autore del reato, né tantomeno dal concetto di risocializzazione. Nell'ottica dell'esclusione della configurabilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche, poi, è stato valorizzato il disposto dell'art. 197 c.p. che pone a carico della persona giuridica, nelle situazioni ivi contemplate, un'obbligazione di garanzia che non avrebbe senso – si argomenta – se l'ente stesso potrebbe considerarsi soggetto attivo del reato.

Il volto parapenalistico della disciplina in esame si delineerebbe con chiarezza, secondo un corposo orientamento dottrinale⁵³, innanzitutto considerando la circostanza della connessione diretta della responsabilità della società con la realizzazione di un reato da parte di una persona fisica⁵⁴.

Altro indice rivelatore della natura penale della responsabilità in questione, è stato ravvisato nella circostanza che la decisione sulla colpevolezza dell'ente è affidata alla competenza del giudice penale⁵⁵.

Sul piano dogmatico, poi, è stata esaltata la prevista autonomia della responsabilità *ex delicto* dell'ente, la quale, ai sensi dell'art. 8, persiste anche qualora l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, ovvero quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Dallo stesso angolo prospettico, sembrerebbe emergere una responsabilità penale, qualora si consideri i criteri di imputazione dell'illecito sul piano soggettivo, legati e commisurati ad una responsabilità per colpa della persona giuridica.

Con precipuo riferimento all'apparato sanzionatorio, le finalità prevalentemente special-preventive delle sanzioni interdittive⁵⁶, come tali modellate sulle sanzioni di carattere penale, nonché la rilevanza ai fini della determinazione della specie e tipologia di pena applicanda, della eventuale reiterazione degli illeciti, costituirebbero ulteriori indici del volto penalistico della responsabilità delle persone giuridiche.

⁵³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 1329; PALIERO, *Il d.lgs. 8.6.2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri ipotest)*, in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 845; ID., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, Padova 2003, p. 23; ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 2003, Suppl. al n. 6, 31; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, p. 86; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 146; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di un ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/01: una "truffa delle etichette" davvero innocua*, in *Riv. trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, p. 879; MANNA, *La cosiddetta responsabilità amministrativa: il punto di vista di un penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1101; TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001, p. 1305; REVERDITI, *La responsabilità degli enti: crocevia fra repressione e special prevenzione*, Napoli, 2009, p. 27.

⁵⁴ REVERDITI, *cit.*, p. 27; PADOVANI, *cit.*, p. 86.

⁵⁵ MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *La giustizia penale nella prospettiva internazionale. Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 8-10 ottobre 1999*, Milano, 2000, p. 308.

⁵⁶ Sottolinea specificatamente questo aspetto, DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del terzo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10.

Questa conclusione, circa la natura penale della responsabilità in questione, è però contraddetta da altri e non meno importanti aspetti del sistema normativo delineato dal d.lgs. 231/01.

Oltre al dato nominale della qualificazione assunta dal legislatore, che parla di responsabilità amministrativa, vi sono diversi elementi strutturali che inducono a propendere per la natura non penale della colpevolezza dell'ente.

Il trattamento sanzionatorio, in particolare, contempla aspetti - diversi da quelli sopra evidenziati - che si pongono in insanabile contrasto con la disciplina strettamente penalistica, come nel caso di vicende modificative dell'ente, la cui regolamentazione è agganciata completamente alla disciplina civilistica relativa alla traslazione delle obbligazioni della società oggetto o soggetta della modificazione⁵⁷. Allo stesso modo, si è evidenziata l'assenza di una disposizione che disponga il cumulo tra la sanzione applicata all'ente e quelle proprie dell'autore del reato, nonché la mancanza di un regime di conversione della pena pecuniaria.

Ancora, si è sottolineato in negativo rispetto alla qualificabilità della responsabilità delle persone giuridiche come penale, l'inesistenza di istituti sospensivi nell'applicazione della sanzione e il regime della prescrizione, completamente svincolato dai regimi penalistici⁵⁸.

Dal punto di vista strettamente processuale, la normativa dettata in tema di archiviazione e contestazione dell'illecito, si rivela vicina agli omologhi istituti di diritto amministrativo.

Chiara caratterizzazione amministrativa, inoltre, mostra la normativa in tema di risanamento e liquidazione degli enti creditizi⁵⁹.

Non esulano poi dal dibattito in questione, voci che, sulla scorta di quanto asserito dallo stesso legislatore nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001⁶⁰, parlano di un

⁵⁷ In proposito, ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, p. 49; MARINUCCI, *Societas puniri ipotesi: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1203.

⁵⁸ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 116. Nello stesso senso, RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti*, Torino, 2004, p. 277.

⁵⁹ REVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 28; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV. *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/01*, a cura di Lattanzi, Milano, 2007, p. 11.

⁶⁰ La Relazione governativa, cit., qualifica espressamente in termini di *tertium genus*, rispetto al modello penale e amministrativo, la responsabilità delineata dal d.lgs. 231/01, affermando che "Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale

nuovo diritto punitivo o sanzionatorio che non sarebbe interamente penale, né tantomeno suscettibile di appiattirsi negli schemi dell'illecito amministrativo configurato dalla l. 689/81⁶¹.

Secondo questi autori, dunque, dovrebbe parlarsi genericamente di una *responsabilità da reato* degli enti collettivi, poiché tale espressione sarebbe idonea ad esprimere con immediatezza il problema cui la nuova normativa ha inteso dare risposta, ovvero, individuare al fianco della responsabilità penale delle persone fisiche, “diverse e articolate forma di responsabilità (non solo formalmente) extrapenale che colpiscano con efficacia l’ente collettivo”⁶².

4.1.1. (Segue) LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

All’orientamento dottrinale di cui si è dato conto al termine del precedente paragrafo, può essere riportata l’interpretazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito che, in maniera (sorprendentemente) unanime, attribuisce alla responsabilità degli enti in materia *de qua* natura di *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa.

In tal contesto si argomenta – con peculiare riguardo ai reati presupposto commessi da soggetto posto in posizione apicale, ma la considerazione viene estesa anche alle ipotesi di reato presupposto commesso dai cd. sottoposti – che il d.lgs. 231/01 prevede un’autonoma responsabilità amministrativa dell’ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella sezione III, ad opera di un soggetto

e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”.

⁶¹ Propendono per questa lettura, PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1365; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 3; VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito*, in VINCIGUERRA – CERESA GASTALDO – ROSSI, *La responsabilità dell’ente per reato commesso nel suo interesse*, Cedam, Padova, 2004, p. 183; BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell’udienza preliminare*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002; FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 1479; DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. Merito*, 2005, p. 1153; PADULA, *L’archiviazione nel procedimento per gli “illeciti amministrativi dipendenti da reati” ascrivibili agli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2799.

⁶² Così si esprime, PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 198. Nello stesso senso, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 418; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche; un esempio di “metamorfosi della sanzione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398.

che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato “è fatto della società, di cui essa deve rispondere”. Con la conseguenza che, in forza del rapporto di immedesimazione organica con il soggetto posto in posizione apicale, l’ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui⁶³.

Sicché – si argomenta – il complesso normativo in esame è caratterizzato da una nuova forma di responsabilità, al cui accertamento vengono preposte garanzie tipiche del sistema processual-penalistico, a cui corrispondono sanzioni innovative rispetto a quanto previsto dall’ordinamento penalistico⁶⁴.

Con la conseguenza che in materia *de qua* non si applicano istituti penalistici, se non nella misura in cui sono espressamente richiamati dalla normativa di settore; pertanto, non sono riferibili al modello di responsabilità amministrativa degli enti, ex d.lgs. 231/01, l’istituto dell’indulto⁶⁵ e la costituzione di parte civile nel procedimento istaurato per l’accertamento della responsabilità dell’ente⁶⁶.

⁶³ Da ultima, ribadendo un costante filone giurisprudenziale CASS. PEN., SEZ. VI, (ud. 18.2.10) 16.7.10, n. 27735, secondo cui *“La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in tema di responsabilità da reato degli enti non entra in rotta di collisione con i principi che la Carta Fondamentale enuncia negli artt. 3, 24 e 27 e si rivela, pertanto, manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità. V’è certamente compatibilità tra tale disciplina e il riferimento all’art. 27 Cost.. Il fatto - reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della società, in vista del perseguimento dell’interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come “proprio” anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell’ambito delle sue competenze societarie, nell’interesse dell’ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all’immedesimazione”*.

⁶⁴ CORTE ASS. TORINO, 14.11.11, secondo cui *“In relazione al D.Lgs. n. 231/2001 la volontà del legislatore, come traspare sia dalla legge delega sia dal decreto delegato, era quella di introdurre una nuova forma di responsabilità, tipica degli enti: di natura amministrativa, con garanzie procedurali che richiamano quelle processualpenalistiche e con sanzioni innovative, in quanto non assimilabili né alle pene né alle misure di sicurezza. Con la conseguenza che, così definita la natura della responsabilità, non possono porsi questioni di legittimità costituzionale, in particolare in relazione al supposto conflitto con l’art. 27 Cost.”*.

⁶⁵ CASS. PEN., SEZ. II, 13.6.07, n. 35337, secondo cui *“L’indulto, operando con riferimento alle pene detentive e pecuniarie, non è applicabile alle sanzioni di cui all’art. 9 D.Lgs. n. 231 del 2001 in quanto sanzioni collegate a responsabilità di natura amministrativa e non penale”*.

⁶⁶ CASS. PEN., SEZ. VI, 5.10.10, n. 2251, secondo cui *“Nel processo instaurato per l’accertamento della responsabilità da reato dell’ente, non è ammissibile la costituzione di parte civile, in quanto la mancanza nel D.Lgs. n. 231 del 2001 di ogni riferimento all’istituto, lungi dal costituire una lacuna normativa, manifesta, insieme ad alcuni dati specifici ed espressi, la consapevole scelta del legislatore di operare una deroga rispetto alla regolamentazione codicistica. D’altra parte, il presupposto per la costituzione di parte civile è rappresentato dalla commissione di un reato mentre l’illecito amministrativo ascrivibile all’ente costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende, con la conseguenza che deve escludersi che possa farsi applicazione, estensiva o analogica, degli artt. 185 c.p. e art. 74 c.p.p. che invece contengono un espresso ed esclusivo riferimento al reato in senso tecnico”*. La questione relativa all’(in)ammissibilità della costituzione di parte civile contro l’ente imputato ex d.lgs. 231/01 è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia

dell'Unione Europea dal Tribunale di Firenze che con ordinanza del 9.2.2011, ha chiesto al Supremo Consesso europeo di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di *“tutte le decisioni europee che concernono la posizione della persona offesa”*, così da rispondere al quesito se sia conforme al diritto dell'Unione europea la normativa italiana in tema di responsabilità amministrativa degli enti, nella misura in cui non prevede espressamente che gli enti siano chiamati a rispondere, nel processo penale, dei danni cagionati alle vittime dei reati. L'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE (causa C-79/11 – Procura della Repubblica italiana contro Giovanardi e a.) nelle conclusioni presentate rilevava che: *“La regola generale sancita nella prima parte dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale deve essere interpretata nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico di uno Stato membro preveda la possibilità di instaurare un procedimento nei confronti di persone giuridiche con riferimento ad un illecito, la circostanza che tale ordinamento possa qualificare la responsabilità rispetto a tale illecito come «indiretta e sussidiaria» e/o «amministrativa» non solleva tale Stato membro dall'obbligo di applicare le disposizioni del menzionato articolo rispetto alle persone giuridiche se (1) i criteri in base ai quali viene definito l'illecito sono sanciti mediante rinvio alle disposizioni del codice penale, (2) alla base della responsabilità di una persona giuridica vi è sostanzialmente la commissione di un illecito da parte di una persona fisica e (3) il procedimento a carico di una persona giuridica è promosso dinanzi al giudice penale, è assoggettato alle disposizioni del codice di procedura penale e, in circostanze normali, verrà riunito con il procedimento a carico della persona o persone fisiche che avrebbero commesso l'illecito di cui trattasi. Alla deroga a tale regola generale, sancita nella seconda parte dell'articolo 9, paragrafo 1, deve essere data interpretazione restrittiva. Essa non può essere interpretata nel senso che esclude dalla regola generale stabilita nella prima parte di tale articolo tutti i casi che coinvolgono una specifica categoria di autori del reato, come le persone giuridiche”*.

Nelle more della decisione, il TRIB. MILANO, UFF. GIP, ord. 22 maggio 2012, Giud. Ghinetti, prendeva posizione per la prima volta sulle conclusioni presentate dall'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE, ritenendole inconferenti alla materia *de qua*, in quanto basate *“su un inesatto apprezzamento degli istituti peculiari dell'ordinamento interno. E' evidente infatti la errata premessa che fonda tutto il percorso argomentativo dell'Ufficio requirente per cui “qualora il reato sia stato commesso da una persona giuridica, il giudice del rinvio è del parere che tale azione [l'azione civile nel processo penale] sia improcedibile e che la vittima debba esercitare l'azione in un procedimento civile autonomo instaurato a tal fine”*. Essa misconosce da un lato il peculiare regime di responsabilità amministrativa dell'Ente, che non commette un reato, neppure in senso *“sostanziale”*, dall'altro l'efficacia dell'istituto del responsabile civile e, infine, la questione sostanziale dell'*“identità del danno”*. Il Giudice milanese riteneva così inammissibile la costituzione di parte civile nel procedimento ex d.lgs. 231/01. Alla *ratio decidendi* della decisione da ultimo riportata, può essere riportata la decisione resa dalla Corte di Giustizia UE che si discosta dalla cruciale premessa dell'Avvocato Generale, circa la natura di *“procedimento penale”* del procedimento ex d.lgs. 231/01, come tale non rientrante nell'applicazione della decisione quadro 2001/220/GAI. La Corte si preoccupa anzi di sottolineare espressamente che *“la decisione quadro, il cui unico oggetto è la posizione delle vittime nell'ambito dei procedimenti penali, non contiene alcuna indicazione in base alla quale il legislatore dell'Unione avrebbe inteso obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche”* (§ 45), rilevando poi - con riferimento specifico alla disciplina del d.lgs. 231/2001 - che *“un illecito «amministrativo» da reato come quello all'origine delle imputazioni sulla base del decreto legislativo n. 231/2001 è un reato [rectius, un illecito] distinto che non presenta un nesso causale diretto con i pregiudizi cagionati dal reato commesso da una persona fisica e di cui si chiede il risarcimento”*. Secondo il giudice del rinvio, in un regime come quello istituito da tale decreto legislativo, la responsabilità della persona giuridica è qualificata come *“amministrativa”*, *“indiretta”* e *“sussidiaria”*, e si distingue dalla *“responsabilità penale della persona fisica, autrice del reato che ha causato direttamente i danni e a cui”*, come osservato al punto 40 della presente sentenza, *“può essere chiesto il risarcimento nell'ambito del processo penale”* (§ 47). Inevitabile a questo punto la conclusione: *“l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro [2001/220/GAI] deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento*

In conclusione, la giurisprudenza, sulla scorta delle indicazioni fornite dal legislatore storico, inquadra la responsabilità prevista dal d.lgs. 231/01 in un *tertium genus* rispetto al paradigma penale e amministrativo, risolvendo in maniera pragmatica le questioni strettamente dipendenti dalla natura della responsabilità dell'ente, in virtù del fatto che specifiche problematiche sono espressamente risolte dal legislatore, come ad esempio in materia di irretroattività della responsabilità, puntualmente disciplinata dall'art. 2, d.lgs. 231/01.

Il profilo da ultimo evidenziato, peraltro, riveste peculiare interesse con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 25 *septies* in esame. L'operatività del principio di irretroattività della responsabilità dell'ente, impedisce di ipotizzare il profilo della responsabilità in questione per i reati di lesione e omicidio colposo, sia per eventi che si siano consumati prima dell'entrata in vigore dell'art. 25 *septies*, sia, talvolta, nei casi di malattie professionali, per eventi verificatisi anche successivamente. In questi casi, infatti, il tempo del commesso reato, ossia il manifestarsi dell'evento, cioè la patologia collegata all'esposizione del fattore di rischio, si manifesta normalmente a distanza di tempo dall'esposizione e, dunque, a distanza di tempo dalla violazione delle relative norme prevenzionali; sicché, se detto tempo è precedente all'introduzione dell'art. 25 *septies*, non è formulabile un addebito all'ente, per il predetto divieto di retroattività della responsabilità *ex* d.lgs. 231/01⁶⁷.

4.1.2. LA NECESSARIA “APPARTENENZA” DELL'ILLECITO ALL'ENTE

Come si è visto, con riferimento alla problematica in esame si fronteggiano, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, diversi ed opposti orientamenti, dalla cui adesione all'uno, rispetto all'altro, ne derivano conseguenze di rilevante importanza.

La soluzione che si intende dare alla problematica *de qua*, infatti, lungi dall'aver carattere solo dogmatico, ha importanti riflessi pratici.

Dalla natura penale della responsabilità degli enti discende, infatti, la possibilità di riconoscere valore vincolante ai principi costituzionali vigenti in materia penale (artt. 25, co.

principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato”.

⁶⁷ In questi termini, CERONI, Relazione al convegno tenutosi a Bologna, 16 marzo 2012, “*Il caso Thyssenkrupp – prime riflessioni sugli esiti interpretativi della sentenza della Corte di Assise di Torino, 15 aprile – 14 novembre 2011*”; l'Autore mette in evidenza come la considerazione sopra riportata sia di “intuitiva evidenza, diversamente ipotizzandosi una responsabilità – e relative sanzioni – per una colpa i cui elementi normativi [...] non erano stati ancora normativamente delineati al momento della condotta”.

2⁶⁸; 27; 111; 112 Cost.) nonché, stante la regola sancita dall'art. 16 c.p., di estendere alla disciplina in esame le regole fissate nel codice sostanziale.

Al contrario, dalla natura amministrativa della responsabilità degli enti, dovrebbe discendere l'integrazione del d.lgs. 231/01 con i principi sanciti dalla l. 689/1981⁶⁹.

Orbene, come si è anticipato, il cuore della problematica, per la parte che in questa sede maggiormente interessa, consiste nello stabilire se e in che misura debba considerarsi operante il principio costituzionale di personalità con riferimento alla responsabilità preveduta dalla disciplina in questione. Infatti, l'esigenza di ricostruire criteri di imputazione che possano garantire in modo soddisfacente l'appartenenza dell'illecito all'ente collettivo (quali la politica d'impresa e/o la lacuna organizzativa) – e a maggior ragione l'eventuale esigenza di soggettivizzare la responsabilità della persona giuridica – deriverebbe essenzialmente da una qualificazione in senso penalistico della responsabilità medesima e delle conseguenze sanzionatorie che si applicano all'ente.

Da questo punto di vista, quindi, non può condividersi sino in fondo l'affermazione secondo cui il dibattito sulle etichette sarebbe privo di utilità, per aver la nuova disciplina già apprestato un nucleo esauriente e significativo di garanzie⁷⁰.

⁶⁸ Di notevole interesse, TRIB. MILANO, UFF. GIP. (ord.) 8.3.2012, Giud. Salemmè, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 25 *septies*, d.lgs. 231/2001 sollevata in relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati di omicidio e lesioni personali colpose conseguenti a violazioni di norme antinfortunistiche, con riferimento agli artt. 24 commi 1 e 2 e 25 comma 2 Cost. Con particolare riferimento alla riserva di legge in materia penale, desumibile dall'art. 25, c. 2, Cost, il Giudice ritiene errata l'individuazione del parametro in questione, dovendosi escludere che la responsabilità delineata dal d.lgs. 231/2001 sia riconducibile al paradigma della responsabilità penale. La scelta legislativa di qualificare la responsabilità in parola come "amministrativa" condurrebbe piuttosto a individuare il quadro costituzionale di riferimento nel combinato disposto degli artt. 23 e 41 co. 3 Cost., i quali contemplano entrambi una riserva di legge dai contenuti assai meno stringenti rispetto a quella di cui all'art. 25 co. 2 Cost. In questa ottica, ritiene il Giudice che la mera indicazione normativa dell'obbligo dell'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quelli commessi, senza l'esatta specificazione dei contenuti dei modelli medesimi, non vulneri quelle riserve di legge, né la possibilità di difesa in giudizio dell'ente. A quest'ultimo proposito, *"premesso che i modelli di cui si tratta sono correttamente qualificati alla luce del risultato cui tendono, ossia la prevenzione dei reati, è proprio la libertà di organizzazione dell'attività economica ad impedire che il grado di dettaglio delle previsioni legislative si spinga sino al punto di enucleare distinte tipologie di modelli, in funzione delle innumerevoli possibilità organizzative e dell'ormai ragguardevole numero dei reati iscritti nell'ideale catalogo di parte speciale del d.lgs. 231 del 2001"*.

⁶⁹ Passano in rassegna le conseguenze pratiche del diverso inquadramento dogmatico che si vuole dare alla questione, STORTONI-TASSINARI, in *La responsabilità degli enti: di quale natura? quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, 21.

⁷⁰ PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 417, il quale propende così per una qualificazione "dogmaticamente neutra" come quella di "responsabilità da reato"; nello stesso senso DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 331; in una prospettiva analoga, v. le considerazioni di ALESSANDRI, *Riflessioni*

Vero è però che ciascuna delle argomentazioni sulle quali le ricordate (opposte) interpretazioni si basano, è in grado di minare a propria volta e vicendevolmente la significatività di ognuna delle altre.

Schematicamente, sulla base di criteri di riconoscimento fondati sul *nomen iuris* delle sanzioni, sembrerebbe doversi escludere una qualificazione penale *stricto sensu*. D'altro canto, anche volendo far riferimento ad indici di tipo sostanziale, non potrebbero trascurarsi le pur minimali divergenze rispetto al modello penalistico.

Si tratta allora di comprendere se debba darsi senz'altro seguito alla qualificazione "amministrativa"⁷¹, con quanto ne discenda sotto il profilo delle garanzie costituzionali, dovendosi cioè escludere il vincolo di personalità derivante dall'art. 27 Cost., o se non emergano elementi atti ad evidenziare l'autonomia del nuovo settore punitivo rispetto a quello penale e penale-amministrativo⁷², in relazione al quale, emerga comunque l'esigenza di garantire l'accertamento giudiziale dell'appartenenza dell'illecito all'ente (ai fini dell'irrogazione nei suoi confronti della sanzioni), secondo una peculiare concezione della personalità della colpevolezza, specificatamente calibrata con riferimento alle persone giuridiche.

Tentando di rispondere all'interrogativo, vi è da dire innanzitutto che l'impossibilità di arrestarsi al mero dato nominale sussisterebbe peraltro anche per chi intendesse valorizzare in modo esclusivo la "formale" volontà legislativa: è infatti il legislatore delegato, prima della dottrina e della giurisprudenza, ad evidenziare la peculiarità dell'illecito, definendolo come appartenente ad un *tertium genus*⁷³.

penalistiche sulla nuova disciplina, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 51, il quale fa genericamente riferimento ad una responsabilità "punitiva".

⁷¹ Sostengono la natura amministrativa della responsabilità ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1351; MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, *cit.*, p. 1202; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, *cit.*, p. 116.

⁷² Anche tenendo conto di una caratterizzazione di quest'ultimo già di per sé minore rispetto a quello penale: SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995, p. 177, il quale appunto già evidenzia la autonomia dell'illecito amministrativo "depenalizzato" rispetto a quello (punitivo) amministrativo, definibile appunto come "penale-amministrativo"; ritengono che la responsabilità "amministrativa da reato" degli enti rientri in quest'ultima area (di diritto penale-amministrativo), PAGLIARO-ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, 2006, p. 112.

⁷³ Così la Relazione, *cit.*, p. 12: "Tale responsabilità poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla legge del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita

D'altro canto, anche a voler desumere la natura penale guardando al complesso della disciplina, in particolar modo all'articolazione dei criteri di ascrizione della responsabilità dell'ente, quali individuati dagli artt. 5, 6 e 7, d.lgs. 231/01, si potrebbe obiettare che non si introdurrebbe così nulla di nuovo rispetto al modello *ex l.* 689 del 1981, che garantisce, seppur ad un livello inferiore rispetto a quello penale, un'imputazione colpevole.

Approfondendo l'analisi, in verità pare che tre siano le linee guida attraverso cui comprendere se e in che misura debba essere garantita la (colpevole) appartenenza dell'illecito all'ente, ai fini della declaratoria di responsabilità di quest'ultimo per il commesso reato presupposto.

In primo luogo, al di fuori dei confini del diritto penale propriamente inteso e tale qualificato dal legislatore, in nessuna ipotesi la cognizione è interamente⁷⁴ demandata al giudice penale⁷⁵.

Inoltre, assolutamente inedita si rivela l'ipotesi di una responsabilità dipendente dalla commissione di un reato, ossia di un fatto qualificato come tale dalla legge e in relazione al quale operano determinate garanzie, *in primis*, il principio costituzionale della personalità della responsabilità. Pertanto, potrebbe argomentarsi una sorta di effetto "a cascata" dell'operatività di detto principio nell'ambito del procedimento istaurato a carico dell'ente, destinato, cioè, ad operare anche qualora il reato non costituisca precipuamente l'oggetto dell'accertamento giudiziale, ma il presupposto, la condizione del sorgere della responsabilità dell'ente.

Al di là dei rilievi sopra formulati, però, la ragione prima che induce a propendere per la necessità di rinvenire l'esistenza di regole di accertamento giudiziale che garantiscano l'appartenenza colpevole dell'illecito all'agire dell'ente, ai fini della responsabilità dello stesso, può essere colta nell'osservazione del sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. 231/01.

di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia".

⁷⁴ Con riferimento al sistema delineato dalla l. 689/81, si veda l'art. 24 che prevede la competenza del giudice penale nell'ipotesi di connessione obiettiva con un reato.

⁷⁵ Il rilievo è chiaramente evidenziato da PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2006, p. 7. Peraltro, il criterio della cognizione a cui è devoluto l'accertamento dell'illecito, rappresenta quello immediatamente successivo, in ordine di rilevanza, a quello nominalistico: in tal senso VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in Enc. dir., vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 801, che lo ritiene senz'altro valido quando non soccorra quello del *nomen*.

Si tratta senza dubbio di un sistema caratterizzato da un grado di afflittività assai elevato, spingendosi financo a prevedere l'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività svolta dall'ente⁷⁶.

E seppur analogo contenuto afflittivo è possibile rinvenire in altre sanzioni tipicamente amministrative⁷⁷, inedita rimane la direzione verso cui quelle previste dal d.lgs. 231/01 operano. Nella sede da ultimo citata, le misure restrittive si rivolgono direttamente all'ente; circostanza da cui derivano effetti certamente più devastanti, rispetto ad altre sanzioni amministrative in cui il destinatario delle stesse è (solamente) la persona fisica che gestisce l'attività.

Peraltro, anche a voler considerare settori limitrofi, in cui la sanzione colpisce direttamente l'ente⁷⁸, l'analisi degli stessi mostra un grado di afflittività non comparabile con quello delineato dal d.lgs. 231/01⁷⁹.

Da ultimo, sempre avendo riguardo al sistema sanzionatorio, non può essere sottaciuto che la scelta del modello processul-penalistico introduce meccanismi di afflizione estranei a

⁷⁶ Sul punto, GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 198.

⁷⁷ Si veda MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1201, il quale porta ad esempio il d. lgs. n. 507 del 1999, di cui l'art. 3 dispone, al comma 2, la possibilità di sanzioni amministrative accessorie, comunque individuali, quali: "a) nel caso di reiterazione specifica delle violazioni, la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio da un minimo di cinque giorni ad un massimo di tre mesi, ovvero la sospensione fino ad un massimo di tre mesi o la revoca della licenza, dell'autorizzazione o dell'analogo provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività; b) per i fatti di particolare gravità dai quali sia derivato pericolo per la salute, la chiusura definitiva dello stabilimento o dell'esercizio e la revoca della licenza, dell'autorizzazione o dell'analogo provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività». L'art. 8 stabilisce quindi che "gli organi della pubblica amministrazione incaricati della vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di produzione, commercio ed igiene degli alimenti e delle bevande dispongono la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio nei casi di insussistenza dei requisiti igienico-sanitari necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione sanitaria".

⁷⁸ La memoria corre alla l. n. 287 del 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato (artt. 15-19) che prevede la comminatoria di sanzioni pecuniarie amministrative alle imprese, o nei casi di reiterata inottemperanza, la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni; sembra disporre una misura sanzionatoria diretta nei confronti dell'impresa anche la l. 223 del 1990 (l. Mammi, sulle telecomunicazioni), quando agli artt. 33-34 prevede la disattivazione degli impianti e la dismissione forzata di società o di partecipazione o di quote, ovvero lo scorporo e la vendita forzata di attività esercitate da società controllate o collegate. Ritengono che in questi casi si configuri una responsabilità amministrativa diretta della persona giuridica ROMANO, *Societas delinquere non potest*, cit., p. 1039 e ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 324 e ss.

⁷⁹ Nel caso della prima citata l. 287/90 si prevedono solo sanzioni pecuniarie, o sanzioni interdittive in via eccezionale, come la sospensione dell'attività per il periodo di tre mesi in caso di reiterazione, comunque non equiparabili alla interdizione definitiva prevista dal d. lgs. n. 231 del 2001. Stesso dicasi con riguardo alla l. 62/2005 che introduce una responsabilità amministrativa dell'ente dipendente dagli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato (187 bis; 187 ter; 187 quinquies).

qualunque sistema amministrativo, come è l'applicazione delle misure interdittive in via cautelare⁸⁰.

Da questo punto di vista, si comprende allora come non possa essere certo il *nomen iuris* adottato dal legislatore a giustificare, o meglio ancora, ad imporre l'esclusione di adeguate garanzie che fungano da argine garantistico contro manipolazioni interpretative e applicative della normativa in esame, ispirate da una concezione oggettiva della responsabilità dell'ente⁸¹. Se così è, forti dubbi possono esprimersi sull'inquadramento del nuovo sistema nell'ambito punitivo amministrativo "tradizionale", assumendo invece esso i connotati di un sotto-sistema autonomo più vicino a quello penale, e perciò autorevolmente definito come "para-penale"⁸². E a fronte di un tal contesto sanzionatorio, assume decisivo rilievo la tutela accordata dalla Carta Costituzionale alla libertà d'impresa, alle libertà collettive ed associative, e più in generale agli interessi ad esse collegati⁸³.

⁸⁰ Ne evidenzia la particolare significatività ai fini dell'inquadramento giuridico della responsabilità in questione, FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 73 e ss.

⁸¹ D'altra parte, per la non assoluta rilevanza del criterio del *nomen*, basti osservare l'esempio delle misure di sicurezza, definite come "amministrative" dal codice Rocco, ma pacificamente qualificate come penali (o quanto meno "criminali"). Sulla natura criminale delle misure di sicurezza, CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 237 e ss.

⁸² Così si esprime, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano, 2006, p. 5107; nello stesso senso SELVAGGI, *L'interesse collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 55; anche DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Principi generali e criteri d'imputazione*, Bari, 2002, p. 113 e ss. Del resto, FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1296 e ss., già prima del d. lgs. n. 231 del 2001 sottolineava la opportunità di collocare la responsabilità diretta delle persone giuridiche nell'ambito di un diritto punitivo "para-penale".

⁸³ Sul punto, si osservi TRIB. MILANO, UFF. GIP, 8.3.2012, Giud. Salemmè, che, nell'ambito dello scrutinio volto ad accertare una prospettata illegittimità costituzionale della disciplina in questione con la riserva di legge prescritta dall'art. 25, c. 2, Cost., nel tentativo di rinvenire i parametri costituzionali di riferimento della responsabilità degli enti, significativamente – per quanto in questa sede maggiormente interessa – affronta la problematica nell'ottica del disposto degli artt. 23 e 41 Cost. In particolare, si afferma "Il tentativo di provvedere comunque di un fondamento costituzionale il principio di legalità proclamato dall'art. 2 d. lgs. n. 231 del 2001, sì da non lasciarlo alla mercé del legislatore ordinario, induce, come sovente si è fatto, a soffermare lo sguardo sull'art. 23 Cost., che contempla le "prestazioni" sia "personali" che "patrimoniali", riservandone l'"imposizione" alla legge, per modo che, in subjecta materia, una legge che svuotasse se stessa a beneficio di fonti sub-primarie sarebbe per ciò solo censurabile. Par chiaro che, se nulla quaestio in punto di "prestazioni patrimoniali", la sussumibilità nell'art. 23 Cost. di quelle "interdittive" – che le lettere a) e b) dell'art. 13 comma 1 d. lgs. n. 231 del 2001 rispettivamente riconnettono ai requisiti di un profitto (e non vantaggio) di rilevante entità in presenza di gravi carenze organizzative ovvero alla reiterazione degli illeciti, tradendone per l'effetto la maggiore afflittività rispetto alle patrimoniali (d'altronde confermata dalle cause di esclusione che il comma 3 introduce mediante rinvio al comma 1 dell'art. 12) – passa per l'intendimento della "personalità" alla stregua di un'accezione ampia, siccome idonea a ricomprendere tra le "persone" gli enti in quanto soggetti di diritto (alcuni dei quali, a mo' di conferma, sul piano civilistico, effettivamente "personalizzati", perché attributari del regime di separazione patrimoniale perfetta che suole definire come personalità giuridica).

Sicché, la loro eventuale limitazione ad opera di un apparato sanzionatorio dotato di spiccata afflittività, presupporrebbe, quantomeno, l'elaborazione di garanzie volte ad assicurare che il sacrificio di quei fondamentali interessi e valori operi solo come *extrema ratio* e, dunque, in relazione e in ragione di una *colposa appartenenza* dell'illecito all'ente. Emerge la necessità, in altri termini, di garantire un bilanciamento tra contrapposti interessi che porti ad escludere, in assoluto, il totale sacrificio di quelli che l'apparato sanzionatorio previsto dal d.lgs. 231/01 è istituzionalmente diretto a colpire, se non nei casi in cui sia ravvisabile nel fatto concreto un effettivo *coinvolgimento*, o meglio, un *contributo* dell'ente alla realizzazione del reato presupposto⁸⁴.

Quanto appena esposto, a tacer d'altro, come prima ricordato, trova conferma nella circostanza che la responsabilità degli enti è indefettibilmente collegata alla commissione di un fatto qualificato dalla legge come reato, per il riconoscimento del quale, quindi, è richiesta la colpevole responsabilità del suo autore, nel senso voluto dall'art. 27 Cost. e che l'accertamento della responsabilità dell'ente, al pari di quello del reato presupposto, è compiutamente demandato all'autorità giudiziaria penale, ossia all'autorità a cui la legge demanda il compito di assicurare il rispetto del canone costituzionale citato.

Alla luce delle predette argomentazione, quindi, si rivela essenziale l'enucleazione di criteri di imputazione dotati di rilevante significatività nell'ottica predetta.

Percorribile l'argomentazione esposta, perché non vulnerativa del dato testuale dell'art. 23 Cost., v'è però probabilmente anche da sovrapporre, in una combinazione prospettica, anche il richiamo all'art. 41 comma 3 Cost., nella parte in cui, posto, al comma 1, il principio della libertà – come visto: sia nei fini e sia nell'organizzazione – dell'iniziativa economica privata (perché quella pubblica dovrebbe essere vincolata quantomeno all'interesse pubblico) ed esplicitato, al comma 2, che l'iniziativa economica (nuovamente solo) privata incontra i limiti dell'utilità sociale e della sicurezza, libertà e dignità umana (principi che dovrebbero informare ex se quella pubblica), spiega che la legge determina, non solo i “programmi”, ma anche i “controlli opportuni” affinché l'attività economica questa volta sia pubblica che privata “possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”. L'indirizzo ed il coordinamento a fini sociali impongono di eliminare in radice la possibilità che l'attività economica possa divenire terreno di commissione di reati. La legge, dal canto suo, interviene ex ante, in fase pianificatoria (con i programmi), ed ex post, in fase verificatoria (con i “controlli opportuni”).

⁸⁴ In questo senso, SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 67 e ss. Prima dell'introduzione del d.lgs. 231/01, poneva lucidamente in evidenza il rapporto tra natura della responsabilità prescelta per l'ente e la struttura dei criteri di imputazione, BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti, (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 659: “dalle osservazioni svolte è emersa la necessità che per imputare all'ente sanzioni penali *stricto sensu*, il legislatore non si accontenti di requisiti che sottolineano la connessione del reato con l'attività dell'ente, o la vantaggiosità di esso per l'impresa. Occorrono elementi che identifichino più direttamente l'illecito con l'impresa e con la volontà sociale”.

Le maggiori difficoltà, a questo punto, nascono qualora si intenda rinvenire le regole in grado di conciliare con la realtà dell'impresa, una colpevolezza, quale storicamente delineata sulla base dell'art. 27 Cost., che risulta fortemente caratterizzata da valutazione etiche⁸⁵.

Ma l'aspetto da ultimo considerato coinvolge il diverso tema dell'individuazione e definizione di quei criteri di rilevante significatività - come si è detto - idonei a garantire che l'illecito appartenga colposamente all'ente. Da questo punto di vista emerge, in particolare, la necessità di rimeditare la categoria della colpevolezza che, priva di legami psicologici, viene a perdere quelle caratteristiche di natura essenzialmente etica che la rendevano adatta alle sole persone fisiche⁸⁶.

A prescindere da quanto da ultimo evidenziato, ciò che in questo momento interessa affermare, è che, per i motivi sopra detti, l'esigenza dell'accertamento della (colpevole) appartenenza dell'illecito all'ente, nel quadro normativo in cui si staglia il d.lgs. 231/01, non può (di certo) essere revocata in dubbio. Detto in altri termini, rimandando all'apposita sede ogni più compito approfondimento, non può essere aprioristicamente esclusa l'individuazione di quella che può definirsi la "colpevolezza dell'organizzazione"⁸⁷.

Del resto, questa conclusione si pone in linea con l'intendimento del legislatore storico allorquando, configurando il criterio cd. di imputazione soggettiva, sulla base di una colpevolezza intesa come rimproverabilità soggettiva, si sforza di assicurare che il reato deve costituire espressione di una politica aziendale, o quantomeno derivare da una colpa di organizzazione che discende dalla mancata adozione e dalla concreta ed efficiente attuazione di modelli comportamentali specificatamente volti ad impedire il verificarsi di determinati eventi.

⁸⁵ Secondo l'orientamento classico, infatti, la colpevolezza presuppone un insieme di fattori fiso-psichici identificabili solo in capo alla persona fisica. In particolare, TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625 che sintetizza con efficacia le posizioni della dottrina tradizionale secondo cui la colpevolezza consisterebbe "in un rimprovero etico morale che non sarebbe concepibile nei confronti delle società commerciali".

⁸⁶ Così, VIGNOLI, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *Rivista* 231, 2/2006, p. 112.

⁸⁷ FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398, ritiene che le sanzioni introdotte dalla novella del 2001 richiedano "una sorta di colpevolezza dell'ente, avente una propria autonomia, distinta e diversa dalla colpevolezza della persona fisica autore del reato-presupposto; addirittura indipendente dalla stessa responsabilità della persona fisica autore dell'illecito di collegamento, nel senso che scattano anche quando egli non è identificabile o non è imputabile".

Proprio l'introduzione dei modelli organizzativi costituisce, infatti, indice significativo della rinuncia dell'ordinamento a criteri di imputazione della responsabilità meramente oggettivi, comprovando, all'opposto, la scelta interpretativa per l'ineludibile dimensione di *rimprovero* da individuare in capo all'ente ai fini dell'irrogazione giudiziale della sanzione e, quindi, l'opzione legislativa per la necessaria appartenenza colpevole dell'illecito all'ente.

4.2. IL MODELLO DOGMATICO DI RIFERIMENTO

Rinviando oltre per la disamina di quale sia il contenuto tecnico di questa nuova forma di colpevolezza, affermata comunque la necessità di rinvenire nel sistema le regole che consentono di ritenere che l'illecito appartenga all'agire colposo dell'ente e, quindi, l'esigenza di rinvenire un contributo dell'ente alla realizzazione del reato presupposto (ai fini della punibilità dell'ente stesso), occorre analizzare quale sia lo schema di ascrizione della responsabilità all'ente che meglio è idoneo a rispondere a detta esigenza e quale sia in concreto quello adottato, a tal fine, dal d.lgs. 231/01.

In astratto - a prescindere, cioè, dalle scelte normative fatte proprie dal legislatore del 2001 - al fine di soddisfare l'esigenza di garantire un collegamento del reato presupposto con l'agire dell'ente, si pongono sostanzialmente due alternative che rappresentano altrettanti meccanismi di imputazione dell'illecito all'ente.

Il primo modello, ossia quello dell'*immedesimazione organica* (o, comunque, modelli in vario modo dominati dalle tesi antropocentriche, cioè fondate sull'agire dell'organo dell'ente), nasce storicamente proprio in risposta alla diffusa constatazione che *societas delinquere non potest*. La ritenuta impossibilità di muovere un rimprovero tecnicamente inteso all'ente, tale quindi da garantire la personalità della responsabilità, ha condotto a spostare l'attenzione sull'agire dell'organo della persona giuridica⁸⁸.

Tale prospettiva consentirebbe di strutturare un meccanismo di imputazione giuridicamente soddisfacente, non solo dal punto di vista oggettivo, come imputazione degli effetti dell'agire

⁸⁸ L'orizzonte interpretativo raggiunto dalle tesi organicistiche è segnato dal passaggio dalle tesi cd. finzioniste a quelle cd. realiste, riconoscendo la possibilità di imputare all'ente anche attività commesse in violazione dei limiti segnati dallo scopo e dall'oggetto sociale, superando così l'obiezione dei cd. *ultra vires*. Per la ricostruzione delle teorie 'finzioniste' e 'realiste', GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, p. 397 e ss.

dell'organo, ma anche dal punto di vista soggettivo, mediante una sorta di effetto traslativo dell'elemento soggettivo che muoveva l'organo dell'ente, in capo a quest'ultimo⁸⁹.

Invero, dal punto di vista strettamente penalistico, tale modello di ascrizione sarebbe all'evidenza insufficiente a garantire che l'illecito possa dirsi effettivamente proprio dell'ente. In tal contesto, è evidente che il rimprovero si dirige unicamente sull'organo, rinunciandosi così a rinvenire la dimensione soggettiva dell'ente, ossia il personale contributo dell'ente al fatto criminoso⁹⁰.

Di fronte a tale indiscutibile constatazione, si è fatta strada l'idea di una rimeditazione dei modelli di ascrizione dell'illecito all'ente, attraverso la valorizzazione delle *dinamiche organizzative*, rinvenendo quali indici di appartenenza del fatto criminoso all'ente, la politica d'impresa e l'organizzazione difettosa.

Si argomenta, così, che alla tradizionale prospettiva della garanzia dovuta dai soggetti che operano all'interno degli organismi complessi, si affianca e con essa si raccorda necessariamente la garanzia dovuta dalla stessa organizzazione dell'ente.

In tal contesto, l'elaborazione della colpevolezza dell'organizzazione, quale indice del personale contributo dell'ente al fatto criminoso, trova la sua ragione fondante e sistemica nello scopo di fissare un concetto di colpevolezza dell'ente che prescindano da qualsiasi collegamento con il coefficiente psicologico che accompagna la persona fisica autore del reato⁹¹.

⁸⁹ È la cd. "imputazione giuridica di fattispecie", che distinguerebbe l'imputazione alla persona giuridica mediante rappresentanza organica dalla imputazione mediante rappresentanza volontaria, la quale sarebbe semplice imputazione di effetti, GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1969, p. 65. Appare utile evidenziare come in realtà anche nel diritto civile, in cui a differenza del diritto penale sono previsti criteri di ascrizione della responsabilità anche di tipo oggettivo, sono stati sottolineati i limiti della imputazione degli stati conoscitivi fondata sugli schemi della rappresentanza, CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 312. Problematica quest'ultima ripresa con riferimento alla responsabilità penale della persona giuridica da COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 18 e ss.

⁹⁰ Esprime critiche nei confronti della teoria organicistica, evidenziando i limiti rispetto alla materia in esame, PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di DE FRANCESCO, Torino, 2004, p. 18.

⁹¹ In questi termini si esprimono, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista* 231, 6/2006, p. 167 e ss., i quali evidenziano altresì un'ulteriore ragione che ha ispirato storicamente l'ideazione della categoria della colpa di organizzazione, ossia quella di "disegnare una colpevolezza di caratura socio-normativa, diretta a soppiantare il concetto classico di colpevolezza ricco di implicazioni etico-personalistiche e perciò ontologicamente non applicabile ad una persona giuridica".

Tratteggiata nei termini che precedono l'alternativa dei meccanismi di ascrizione dell'illecito all'ente, occorre ora sondare quale opzione è stata adottata dal legislatore del 2001.

4.2.1. LE TESI ANTROPOCENTRICHE

Nell'intento del legislatore storico, la tesi organicistica sembra costituire il fondamento della responsabilità delineata dal d.lgs. 231/01, quantomeno e specialmente con riferimento all'ipotesi di reato presupposto commesso dal soggetto cd. apicale, di cui alla lett. a), art. 5.

La Relazione giunge persino a ravvisare in tale modello di imputazione, il mezzo tramite il quale superare la ritenuta incompatibilità della responsabilità degli enti con il canone personalistico prescritto dall'art. 27 Cost., storicamente ritenuto l'ostacolo insormontabile per la configurabilità della responsabilità penale degli enti⁹².

Considerazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, allorquando è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della responsabilità della normativa in questione, con il citato canone costituzionale⁹³.

Invero, l'attenta osservazione dello schema normativo delineato dal d.lgs. 231/01 non consente di ritenere che i criteri di ascrizione dell'illecito all'ente si fondino su una visione antropocentrica della responsabilità degli enti.

Tentando di procedere con una certa sistematicità, appare innanzitutto utile operare un raffronto della disciplina in questione, con altri ambiti dell'ordinamento, dominati chiaramente dai postulati delle tesi antropocentriche.

⁹² Relazione governativa, *cit.*, secondo cui: "Ribadito ancora una volta che anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27, già la teoria della c.d. immedesimazione organica consente di superare le critiche che un tempo ruotavano attorno alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ancora nella sua accezione "minima" di divieto di responsabilità per fatto altrui. Vale a dire: se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative".

⁹³ CASS. PEN., SEZ. VI, (ud. 18.2.10) 16.7.10, n. 27735, secondo cui "La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in tema di responsabilità da reato degli enti non entra in rotta di collisione con i principi che la Carta Fondamentale enuncia negli artt. 3, 24 e 27 e si rivela, pertanto, manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità. V'è certamente compatibilità tra tale disciplina e il riferimento all'art. 27 Cost.. Il fatto - reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della società, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione"

Il primo termine di riferimento è da individuarsi nella disciplina delle sanzioni tributarie penali, come risultanti dalla riforma legislativa avvenuta con il d.l. 30.9.2003, n. 269, convertito nella legge 24.11.2003, n. 326.

Prima del predetto intervento normativo, il sistema delineato dalla d.lgs. 472 del 1997 era caratterizzato - per ciò che maggiormente interessa in questa sede - dalla previsione della necessaria responsabilità colpevole dell'autore dell'illecito (art. 5) per assoggettare a sanzione, oltre le persone fisiche, anche le persone giuridiche nell'interesse delle quali l'autore della violazione aveva agito (art. 11).

Con la novella apportata dal primo menzionato d.l. 269/03, a modifica del previgente sistema, si è previsto che le sanzioni tributarie, nei casi disciplinati dal predetto art. 11, d.lgs. 472/97, si applichino esclusivamente a carico della persona giuridica.

Si tratta di una chiara ipotesi in cui trova applicazione il modello organico, ritenendo imprescindibile la colpevole violazione tributaria a carico della persona fisica, con effetti che ricadono *esclusivamente* sulla persona giuridica nell'interesse della quale la prima ha agito⁹⁴.

Chiara ed evidente è allora la differenza che sussiste con il sistema delineato dal d.lgs. 231/01, in cui è prevista la punizione, pur a titoli diversi, sia della persona fisica che dell'ente di appartenenza.

Se invece il modello dell'*alter ego* venisse rispettato fino in fondo, con la conseguenza che solo l'ente risponderebbe della condotta criminosa del proprio organo, si creerebbero spazi di impunità assolutamente in conflitto con la logica ispiratrice il legislatore del 2001 che è sì volta a sanzionare l'ente, senza però mandare esente da responsabilità l'autore del reato presupposto.

Un altro termine di riferimento, assimilabile al sistema previsto dal d.lgs. 231/01, è l'ipotesi preveduta dall'art. 28 Cost. che al pari del primo e a differenza dello schema adottato nella legislazione tributarista appena analizzata, presenta un meccanismo di doppia responsabilità.

⁹⁴ La comparazione con la materia tributaria è svolta da VIGNOLI, *cit.*, pp. 113 e 114. L'Autore evidenzia che solo apparentemente l'ente viene chiamato a rispondere sulla base del nesso di causalità con l'evento lesivo, trovando in realtà applicazione il modello organico. In particolare, si afferma che "Una interpretazione che escludesse la dimensione del rimprovero darebbe adito ad una inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva. Pertanto il richiamo di cui all'art. 7, comma 3, all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 472/1997 "in quanto compatibili" va inteso nel senso di ritenere applicabile il principio di responsabilità colpevole in capo alla persona fisica autrice materiale dell'illecito ancorché la sanzione amministrativa sia esclusivamente a carico della persona giuridica. In questo caso può ritenersi che la persona fisica che ha materialmente commesso l'illecito ha espresso con il suo comportamento, per il principio dell'immedesimazione organica, la volontà dell'ente. Ne consegue che sulla persona giuridica ricadranno le conseguenze dell'illecito".

La norma prevede una sorta di responsabilità cumulativa⁹⁵, con meccanismo a rimbalzo, in cui l'illecito è del funzionario e la responsabilità si propaga, ai (soli) fini risarcitori, all'amministrazione di appartenenza.

Ma all'amministrazione di appartenenza non si imputa alcunché in relazione al fatto del funzionario; la previsione risponde esclusivamente ad un'istanza di maggiore garanzia per il danneggiato. Si versa in questo caso unicamente in ipotesi di risarcimento del danno.

Diversamente, è agevole osservare che nel sistema delineato dal d.lgs. 231/01 la punizione della persona fisica e quella dell'ente sottendono ad autonomi e diversi rimproveri, l'uno di tipo penalistico, l'altro di tipo amministrativistico, nel senso voluto dal d.lgs. 231/01.

La tesi desumibile dal citato termine di raffronto sconta, inoltre, il pregiudizio che la responsabilità della *societas* non possa prescindere da quella imputabile all'individuo⁹⁶.

La responsabilità da rimbalzo, strutturata sul modello dell'art. 28 Cost. funziona dunque solo se l'autore del fatto illecito è stato individuato, a differenza di ciò che accade nell'ambito del d.lgs. 231/01, in cui, stante la previsione dell'art. 8, la responsabilità dell'ente è autonoma⁹⁷ e, in virtù della previsione dell'art. 27, aggiuntiva (e non sostitutiva) a quella della persona fisica.

Da queste brevi osservazioni, è agevole desumere che, seppur in ambiti diversi da quelli oggetto della presente analisi, attraverso l'utilizzo del cd. "metodo comparativo interno"⁹⁸, le tesi antropocentriche sono idonee a spiegare unicamente il motivo per cui ad un ente si imputano le *conseguenze* di un fatto compiuto da un suo organo.

⁹⁵ DE MAGLIE, *cit.*, p. 334-335, che parla appunto di colpevolezza cumulativa, in quanto costituita da una sommatoria delle responsabilità individuali dei singoli dipendenti. Il soggetto collettivo viene a costituire una sorta di "macroantropo caratterizzato da una megacolpevolezza" che si distingue solo per quantità e non per qualità dalla colpevolezza della persona fisica.

⁹⁶ La comparazione con il sistema delineato dall'art. 28 Cost. è, ancora una volta di VIGNOLI, *cit.*, p. 114, che evidenzia l'inidoneità della responsabilità a rimbalzo a spiegare la *ratio* sottesa al d.lgs. 231/01 che nel prevedere all'art. 8 che il soggetto collettivo risponda "anche quando l'autore del reato non è stato identificato" viene a costituire "un'ipotesi di responsabilità autonoma dell'ente collettivo e vizia, ci sembra irrimediabilmente, il modello accessorio della dipendenza da reato".

⁹⁷ Mette in risalto la disposizione dell'art. 8, VINCIGUERRA, in VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. 231/01)*, Padova, 2004, p. 11, secondo cui "Lo sganciamento della responsabilità dell'ente all'identificazione del reo è stato previsto per rendere effettiva la responsabilità degli enti, precludendo comode vie di fuga che altrimenti sarebbero state dischiuse ogniqualvolta l'organizzazione imprenditoriale presenta una certa complessità".

⁹⁸ CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, Milano, 1936, nello stralcio pubblicato in AA.VV., *Sulla scuola italiana del diritto*, Milano, 2001, p. 95, secondo cui il "metodo comparativo interno" favorisce "l'impiego di concetti giuridici per l'elaborazione di zone diverse da quella in cui hanno avuto il loro punto di emersione, il che, al postutto, si risolve in un arricchimento della teoria generale"; concetto ripreso da VIGNOLI, *cit.*, pag. 118 e 119.

L'indagine condotta su tali parametri si arresta irrimediabilmente, allorché si tenta di individuare un *rimprovero propriamente e unicamente* riferito all'ente per il fatto illecito commesso dal suo organo.

La tesi antropocentriche, in altri termini, non sono in grado di spiegare il contributo dell'ente alla realizzazione del reato presupposto; condizione - come si è visto prima - imprescindibile per assicurare la necessaria garanzia che l'illecito appartenga all'agire colposo dell'ente.

Del resto, il limite delle tesi antropocentriche emerge a chiare lettere dalla Relazione del legislatore storico, che, allorquando andava ad esaltare la teoria organica come fondamento della responsabilità degli enti e strumento dogmatico attraverso il quale superare la ritenuta violazione del principio di personalità della responsabilità penale riferita agli enti, giustificava la tesi, riferendosi espressamente all'imputazione delle conseguenze del reato, non invece alla condotta che quel reato aveva realizzato⁹⁹.

4.2.2. IL MOMENTO ORGANIZZATIVO DELL'ORGANIZZAZIONE DELL'ENTE

Da un punto di vista aziendalistico, non ostante studi ormai consolidati a riconoscere nell'impresa un'entità autonoma rispetto ai soggetti che ne fanno parte a vario titolo: un organismo vitale capace di esprimere una propria attività, un proprio indirizzo strategico ed operativo¹⁰⁰.

In particolare, da un punto di vista strutturale, l'ente è caratterizzato da una propria organizzazione, quale insieme collegato ed ordinato di parti preposte, ciascuna in relazione alla sua funzione, alla realizzazione di un risultato.

Detto obiettivo, l'organizzazione dell'ente si propone di realizzare attraverso l'assunzione di decisioni in reciproca progressione.

⁹⁹ Relazione gov., cit., in cui si afferma "Ribadito ancora una volta che anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27, già la teoria della c.d. immedesimazione organica consente di superare le critiche che un tempo ruotavano attorno alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ancora nella sua accezione "minima" di divieto di responsabilità per fatto altrui. Vale a dire: se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative. Anzi, a rigore, questa soluzione si profila quasi necessitata sul piano logico (dal momento che assicura la corrispondenza tra chi commette l'illecito e chi ne paga le conseguenze giuridiche), oltre che auspicabilmente idonea, su quello pratico, a contenere le distorsioni di una giurisprudenza che, come noto, tendeva - in nome della prevenzione generale - a dilatare oltre il consentito l'ambito delle responsabilità individuali degli amministratori".

¹⁰⁰ BASTIA, *Imputazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV. *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, pp. 35 e ss.

Trattandosi di un insieme composito di ruoli e competenze, l'organizzazione si trova nella condizione, o meglio, necessità di scegliere tra una pluralità di alternative decisionali, ciascuna delle quali caratterizzata da un coefficiente di probabilità rispetto alla realizzazione del risultato che scarica sull'ente il rischio di non adottare la più corretta ed appropriata decisione che il caso concreto richiede.

Ma per realizzare detti processi decisionali, l'organizzazione deve a sua volta organizzarsi, scambiando tra le diverse componenti del tutto, informazioni, conoscenze e obiettivi per adottare, tra le varie soluzioni alternative che si profilano, la migliore scelta. Condizione questa per eliminare o quantomeno ridurre lo stato di incertezza che caratterizza ogni procedimento decisionale.

Per contro, un'organizzazione non organizzata è destinata a non assorbire l'incertezza, restando in balia dei rischi decisionali.

Il momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente costituisce l'aspetto di fondamentale importanza ai fini della comprensione del modello di ascrizione della responsabilità all'ente¹⁰¹, idoneo a garantire l'appartenenza dell'illecito all'agire dell'ente, attraverso la dimostrazione di un reale coinvolgimento dell'ente nella commissione del reato presupposto.

La prevenzione del rischio-reato che rappresenta il valore fondante della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/01, a tutela del quale è destinato ad operare il sistema sanzionatorio ivi contemplato, attiene ai *processi decisionali* in seno all'organizzazione: l'agire di ciascuna delle parti di cui si compone l'organizzazione deve coordinarsi con le altre, in maniera tale che nell'attività volta alla realizzazione del risultato perseguito dall'ente nel suo complesso, vengano adottate pratiche comportamentali e protocolli operativi che riducano al minimo il rischio di verifica del reato presupposto.

¹⁰¹ La brillante analisi è di PALIERO, PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., che spiegano come “Ciascuna decisione provoca un effetto irritativo nei confronti dell'organizzazione, costringendola a confrontarsi con nuovi effetti, nuove strategie, che a loro volta richiedono ulteriori decisioni. Dal punto di vista funzionale la decisione serve ad assorbire l'incertezza, a sedarla, sia pure in parte. [...] Ma proprio per poter esprimere decisioni, l'organizzazione, come sistema artificiale – a differenza di un sistema naturale, che semplicemente esiste – deve, a sua volta, organizzarsi (organizzazione dell'organizzazione). Il principale vantaggio che deriva dall'agire organizzati è infatti da intravedere nella formazione di una “metacompetenza”, superiore alla somma delle competenze degli individui: il gruppo, rispetto ai singoli componenti, possiede, di norma, maggiori informazioni e conoscenze, la capacità di proporre soluzioni alternative e una più accentuata condivisione degli obiettivi (cd. “effetto esponenziale” del fenomeno organizzativo). Per contro un organismo disorganizzato resta in balia dei rischi decisionali, si abbandona all'incertezza, manifestandosi incapace di contenere le irritazioni che si scaricano sul sistema”.

Il problema della prevenzione del rischio-reato negli enti collettivi, al pari di ogni altro obiettivo perseguibile dall'ente (economico o meno), non è un problema di persone che in nome e per conto dell'ente agiscono, ma di corretta (in rapporto al risultato da perseguire) *organizzazione dell'organizzazione*¹⁰².

In quest'ottica, si comprende quale sia il momento in cui è possibile ravvisare il contributo dell'ente alla realizzazione del reato presupposto ad opera di un proprio organo. Nella gestione della prevenzione del rischio-reato, l'ente è chiamato ad adeguare lo stile e i comportamenti degli organi che lo compongono alle pretese dell'ordinamento, innescando processi decisionali capaci di sfociare nella predisposizione di un'organizzazione attraverso la quale ciascun organo, per la parte di propria competenza, è chiamato ad individuare il rischio-reato e a fornire indicazioni utili a gestirlo, al fine di contenerne la realizzazione nei limiti della tollerabilità.

Qualora l'organizzazione rinunci a dotarsi di tali processi decisionali volti a ridurre l'incertezza, restando in balia dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività, o comunque, qualora la relativa attuazione si mostri inadeguata a gestire la prevenzione del rischio-reato, assicurandone quantomeno il contenimento nei limiti della tollerabilità, la realizzazione del reato presupposto ad opera di un suo organo ben potrà ritenersi *propria* dell'ente, o meglio dell'organizzazione dell'ente.

Considerazione quest'ultima che aiuta ad individuare il contributo proprio dell'ente alla realizzazione del reato presupposto, consistente nell'omessa predisposizione o inefficace attuazione di un'organizzazione caratterizzata da processi decisionali e protocolli operativi che si snodano ed interessano i vari momenti di cui si compone l'organizzazione stessa, in vista del contenimento del peculiare rischio preso in considerazione dal d.lgs. 231/01, ossia il rischio-reato.

In altri termini, l'idea di fondo è quella di ravvisare il coinvolgimento dell'ente, non nella condotta di uno o più persone fisiche, ma nell' "atteggiamento complessivo" dell'ente stesso, considerando, a tal fine, quale parametro di riferimento il modo in cui il potere di organizzazione generale è stato esercitato. Ne discenderebbe, così, la possibilità di valutare il comportamento della *societas* nel suo insieme, avendo l'esercizio di quel potere una precisa

¹⁰² Ancora, PALIERO, PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., che significativamente affermano: "Alla tradizionale prospettiva della garanzia dovuta dai soggetti che operano all'interno di organismi complessi (nei termini, conosciuti, delle posizioni di protezione e di controllo), si raccorda così necessariamente la garanzia dovuta dalla stessa organizzazione".

capacità di orientamento dei singoli¹⁰³; ciò che consentirebbe di garantire l'appartenenza dell'illecito all'ente.

Appurato, dunque, che l'ente collettivo non si riduce alla mera somma algebrica dei suoi componenti e che il problema della gestione del rischio-reato attiene alle modalità e forme che l'organizzazione si è data per organizzarsi, si comprende come sia del tutto fuorviante fondare la responsabilità dell'ente sulla base di un rimprovero al suo membro, secondo le prima analizzate tesi antropocentriche¹⁰⁴.

Del resto, la tesi qui proposta, volta a ravvisare il coinvolgimento dell'ente (nella realizzazione del reato) nelle modalità in cui il potere di organizzazione è stato esercitato, non può dirsi acquisizione del tutto nuova nel nostro ordinamento, in quanto trova un importante precedente nel settore della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.

Volendo, infatti, proseguire nell'opera di raffronto con altri ambiti dell'ordinamento, secondo il prima ricordato "metodo comparativo interno", già seguito in precedenza nell'analisi delle tesi antropocentriche, giova rilevare che nella responsabilità civile dell'Amministrazione discendente da atto illegittimo, il rimprovero mosso non è riferibile al singolo funzionario che ha materialmente assunto il provvedimento, ma all'apparato nel suo complesso.

La nota sentenza del Supremo Consesso che ha ammesso il risarcimento del danno da lesione da interesse legittimo, è parimenti importante per aver operato una ricostruzione dell'illecito aquiliano della Pubblica Amministrazione. In tal contesto interpretativo, è stata individuata una colpa dell'Amministrazione che prescinde dal singolo funzionario, con conseguente esclusione di ogni metafora organica e che si sostanzia in una disfunzione della struttura, inadeguata organizzazione, cattiva gestione del personale, controlli interni insufficienti¹⁰⁵.

¹⁰³ Oltre agli Autori prima citati, propongono questa soluzione, SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 84 e ss.; sulla necessità del raccordo dell'illecito con la "organizzazione complessiva" dell'ente, in generale, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103 e ss.

¹⁰⁴ Giunge a questa conclusione anche VIGNOLI, cit., p. 112 che tra gli altri rilievi, sottolinea, in un'ottica di politica criminale che "la colpevolezza della persona giuridica non può confondersi con il rimprovero ai singoli partecipanti di quest'ultima. L'elemento soggettivo, anche nel contesto di una responsabilità dell'ente, assume una precisa e ineludibile funzione preventiva. Diversamente la minaccia della sanzione perderebbe la sua efficacia deterrente risolvendosi in un costo per l'impresa che in definitiva, verrebbe a essere scaricato sui fruitori del prodotto realizzato". Queste considerazioni compaiono anche in RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma 30 novembre – 1° dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 79 e ss.

¹⁰⁵ Così si esprime VIGNOLI, cit., p. 119 che nell'opera di comparazione della responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/01 rispetto alla responsabilità aquiliana della P.A., ricorda come le SU nella sentenza n. 500/99 abbiano nella sostanza stabilito che ai fini dell'imputazione della responsabilità "non è sufficiente il mero dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, ma è altresì indispensabile accertare l'illiceità della condotta". In

Come si vede, dunque, la valorizzazione del momento organizzativo in seno ad un ente complesso, quale fondamento di una colpa dell'ente stesso, è già praticata in altri ambiti dell'ordinamento. La differenza sostanziale consiste nella direzione finalistica verso la quale il potere organizzativo deve essere esercitato e che assume rilevanza ai fini dell'esonero di responsabilità (civile o amministrativa ex d.lgs. 231/01): nella responsabilità dell'Amministrazione, detto potere deve essere diretto ad evitare l'assunzione di atti illegittimi; nel sistema di responsabilità amministrativa da reato, il momento organizzativo è preposto alla gestione della prevenzione del rischio-reato.

4.2.3. LA SOSTANZIALE OMOGENEITÀ DELLA RESPONSABILITÀ EX ART. 6 E 7. UNA RESPONSABILITÀ AUTONOMA E PROPRIA DELL'ENTE

Nel paragrafo che precede, si è avvertita la necessità di spostare l'attenzione dall'agire dell'organo dell'ente (secondo i postulati della tesi antropocentriche) al momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente, al fine di rinvenire un reale coinvolgimento dell'ente nella realizzazione del reato presupposto. Detto ultimo requisito - come si è dato atto sopra - si rivela essenziale per garantire l'appartenenza dell'illecito all'ente stesso: aspetto che funge da argine garantistico all'indiscriminata applicazione dell'afflittivo sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/01, nell'ottica di un bilanciamento tra valori

particolare, CASS. CIV., S.U. 22.7.1999, N. 500, affermano la necessità, ai fini della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, ad opera dell'attività provvedimenti della P.A. di un accurato accertamento dell'elemento psicologico in capo alla P.A.: *“Qualora sia stata dedotta davanti al giudice ordinario una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio della funzione pubblica, il detto giudice, onde stabilire se la fattispecie concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini: [...]d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo [...] l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”*.

costituzionalmente tutelati, idoneo ad escludere il totale sacrificio degli uni, a favore degli altri.

La ricostruzione così offerta pare essere, però, inficiata dalla disciplina prevista con riferimento all'ipotesi di reato commesso dai soggetti cd. apicali, di cui all'art. 6, se posta in raffronto con quella codificata all'art. 7, in relazione al reato presupposto commesso dai soggetti in posizione cd. subordinata.

Nel primo caso, la responsabilità dell'ente si presume. Grava sulla persona giuridica, attraverso un meccanismo di inversione probatoria, l'onere di dimostrare di aver adottato efficaci modelli di prevenzione e che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli.

Se viceversa, il reato è stato commesso dai dipendenti, secondo lo schema normativo previsto dall'art. 7, d.lgs. 231/01, spetterà all'accusa provare la colpa organizzativa dell'ente.

Solo nell'ipotesi in cui sia stato un soggetto in posizione apicale a delinquere, l'adozione del modello costituisce *conditio sine qua non* per mandare esente da responsabilità l'ente collettivo.

Invece, in caso di violazione commessa da dipendente, l'ente non è responsabile se dimostra che sono stati rispettati gli obblighi di direzione e vigilanza.

La fattispecie da ultimo considerata contempla, dunque, una responsabilità colposa che si traduce in una carenza strutturale dell'ente che non ha saputo prevenire e proteggere l'azienda dal rischio di commissione del reato. Fattispecie, pertanto, che si rivela perfettamente coerente con l'ipotesi ricostruttiva esposta, in cui, ai fini della punibilità dell'ente, assume preminente rilievo il momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente stesso.

Invece, nell'ipotesi di reato commesso dai cd. apicali, buona parte della dottrina¹⁰⁶ dubita della possibilità di parlare di colpa di organizzazione, in quanto il reato commesso dal vertice è dell'ente, nel senso che replicherebbe le fattezze sul versante dell'imputazione soggettiva, secondo i postulati della teoria dell'immedesimazione organica. Si sostiene che in questo caso, l'adozione e l'efficace adozione del modello organizzativo non costituisce il fulcro della

¹⁰⁶ PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 959, il quale considera come fondata sul "fatto colpevole" dell'apice l'imputazione ex art. 6 e come giustificata da una più pregnante valorizzazione di coefficienti di colpevolezza quella ex art. 7. Nello stesso senso, MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 86; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 103; BASSI, EPIDENIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 259 e ss.

colpa organizzativa, avendo il più modesto compito di garantire all'ente un meccanismo capace di dissociarlo dal proprio vertice, così da escludere la colpevolezza dell'ente.

A sostegno di tale conclusione, si è valorizzato innanzitutto il meccanismo di inversione dell'onere della prova, previsto dall'art. 6, in relazione all'adozione e attuazione dei modelli organizzativi. Si è argomentato, in particolare, che affermare la responsabilità dell'ente anche qualora vi sia dubbio sulla sua colpa organizzativa, contrasterebbe con il principio di colpevolezza. Sicché, nell'ipotesi di reato commesso da soggetti in posizione apicale, si è concluso nel senso di conferire ai modelli organizzativi, efficacia di mera esclusione della sanzionabilità¹⁰⁷, ritenendo, quindi, di non poter fondare nel momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente, il criterio di ascrizione della responsabilità *ex d.lgs. 231/01*.

Nella stessa ottica, è stato evidenziato che l'eventuale riconoscimento esimente della responsabilità, nel caso di reato commesso da soggetti cd. apicali, non avrebbe effetto di esonero totale, essendo sempre prevista la confisca del profitto. Si è negato, pertanto, per tale via, significato di imputazione all'adozione e attuazione dei modelli organizzativi¹⁰⁸.

Infine, si è messo in luce la circostanza che mentre nel caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale, l'adozione e attuazione dei modelli organizzativi è prevista come un onere, nel caso di soggetto sottoposto si avrebbe un vero e proprio obbligo¹⁰⁹, così sottolineandosi la radicale diversità strutturale dei due modelli di responsabilità in questione.

Invero, nonostante la indubbia diversità di disciplina sussistente tra l'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale e soggetto in posizione subordinata, non pare potersi negare la natura di imputazione della responsabilità degli enti, al momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente, anche nella fattispecie disciplinata dall'art. 6.

In quest'ottica, non si può prescindere dalla constatazione che, nell'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, la possibilità concessa all'ente di reclamare la propria estraneità rispetto alla realizzazione del reato da parte del proprio vertice, altro non vuol dire che profilare l'impossibilità di muovergli un rimprovero per colpa, in quanto il reato presupposto è stato realizzato al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo.

¹⁰⁷ In particolare, evidenzia questo aspetto, COCCO, *cit.*, p. 103.

¹⁰⁸ In particolare, PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 959.

¹⁰⁹ Ancora, PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 961.

Ancora una volta dunque, vi è la riprova di una colpevolezza distinta da quella della persona fisica, autrice del reato presupposto¹¹⁰.

Colpevolezza, nel senso di appartenenza dell'illecito all'ente che, per tutto quanto in precedenza esposto, è da intendersi come mancata o inidonea organizzazione dell'organizzazione dell'ente, capace di ridurre entro limiti di tollerabilità il rischio di verifica del reato presupposto.

In conclusione, se è doveroso tener conto delle divergenze di disciplina tra l'imputazione del reato dell'apicale e quella del reato del subordinato, non sembra però possibile desumerne una volontà legislativa tesa a diversificare il modello ascrivivo di base.

Certamente vi è da dire che, specie per l'inversione dell'onere probatorio, il rapporto tra il significato da attribuire, nell'ottica dell'ascrizione della responsabilità all'ente, all'agire dell'organo, rispetto alla mancata adozione dei Modelli, viene in parte ad alterarsi, lasciando emergere con più evidenza la componente organicistica dell'imputazione. Ciò, tuttavia, non comporta l'esclusione delle dinamiche organizzative dal sistema ascrivivo della responsabilità dell'ente.

Come è stato osservato, i due meccanismi ascrivivi della responsabilità degli enti non sono in conflitto tra di loro, integrandosi, piuttosto, nella prospettiva di garantire l'appartenenza dell'illecito all'ente. Difatti, il primo sintomo della colpa organizzativa dell'ente - o meglio della disorganizzazione dell'organizzazione dell'ente in rapporto al contenimento del rischio-reato - indiscutibilmente emerge in prima battuta, quantomeno come *propensione* dell'ente all'illecito, dal criterio della "posizione significativa" rivestita, in seno all'ente, dall'autore del reato presupposto che può essere apicale o subordinata¹¹¹.

¹¹⁰ PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., che evidenziano come nell'ipotesi dell'art. 6 viga una presunzione di colpevolezza dell'ente, ma comunque, "L'adozione del modello consente di rimuovere la presunzione, così di non avere in alcun modo agevolato la consumazione del reato". Accoglie la stessa impostazione VIGNOLI, *cit.*, p. 121, secondo cui "la ricostruzione proposta comporta un sostanziale affievolimento della distinzione tra apici e dipendenti. D'altra parte la realtà delle organizzazioni aziendali sembra propendere verso un sostanziale superamento della dicotomia prevista dal legislatore che rischia di risultare agevole e cartesiana solo sotto il profilo teorico dimostrandosi invece sorpassata, e forse anche fuorviante, dal punto di vista pratico". Particolarmente critico, BASTIA, *cit.*, p. 14-15, che con riferimento alla distinzione tra soggetti apicali/soggetti subordinati e alle conseguenze in punto di esonero della responsabilità, come codificate rispettivamente dagli artt. 6 e 7, afferma che "la disciplina appena varata vede un modello d'impresa del passato e non più rappresentativo delle attuali dinamiche aziendali, risultando privo dei fondamenti di una robusta e aggiornata teoria dell'impresa".

¹¹¹ La considerazione è espressa da FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, *cit.*, p. 5107

Ciò non toglie però che il prima osservato meccanismo di esonero della responsabilità dell'ente, anche nei casi disciplinati dall'art. 6, depone inequivocabilmente per la centralità, nell'ottica dell'imputazione dell'illecito, del momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente, unico elemento idoneo ad assicurare l'appartenenza dell'illecito all'ente.

Del resto, la disposizione che più di ogni altra assevera normativamente la possibilità di configurare in capo all'ente un'autonoma e propria forma di colpevolezza (organizzativa) e, quindi, di ravvisare un contributo dell'(organizzazione dell') ente alla realizzazione del reato e su di detto contributo fondare la ragione della rimproverabilità dell'ente, è quella dell'art. 8, d.lgs. 231/01.

La norma stabilisce l'autonomia della responsabilità della persona giuridica, chiamata a rispondere del reato anche se la persona fisica non è imputabile, non è punibile, ovvero è ignota.

Si è in presenza, in questo caso, di un centro d'imputazione a cui vengono ricondotte le realizzazioni di reati, nell'ipotesi limite in cui l'autore degli stessi non sia neppure individuato.

L'ipotesi prescinde, dunque, da qualsiasi possibilità di umanizzare la responsabilità dell'ente, legandola all'agire di un proprio organo (in posizione verticistica o subordinata), andando a considerare e ad analizzare unicamente quell'attività dell'ente che ha innescato il rischio-reato, senza prevedere meccanismi di contenimento di quest'ultimo che all'ente competevano¹¹².

Appare provato, dunque e in definitiva, che il profilo della disorganizzazione dell'organizzazione assume rilievo assorbente ai fini della comprensione della responsabilità dell'ente, costituendo l'assenza di (idonea) programmazione di processi decisionali volti a contenere il rischio-reato entro limiti di tollerabilità, il segnale inequivocabile dell'appartenenza dell'illecito all'ente, ossia il contributo personale dell'ente alla realizzazione del reato presupposto.

¹¹² Rileva VIGNOLI, *cit.*, p. 122, onde avvalorare la scarsa significatività ai fini dell'individuazione del modello di iscrizione della responsabilità all'ente, della distinzione tra soggetti apicali/soggetti subordinati, che nell'ipotesi disciplinata dall'art. 8, "La profilata distinzione appare comunque non applicabile nell'ipotesi in cui un braccio umano che ha commesso l'illecito non risulti individuato. In questo caso la dicotomia disciplinare apici-dipendenti è priva di effetto".

5. LA DISTINZIONE TRA APICALI E SUBORDINATI ALLA LUCE DEL D.LGS. 81/2008

I reati di lesione (gravi o gravissime) e di omicidio colposi che fanno sorgere la responsabilità dell'ente *ex art. 25 septies*, debbono essere realizzati da una persona fisica, nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso (art. 5, d.lgs. 231/01). La persona fisica autrice del reato presupposto deve essere legata all'ente da un certo tipo di rapporto; a seconda del tipo di rapporto, si distingue tra soggetti posti in posizione apicale e soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza.

La predetta distinzione assume notevole importanza pratica alla luce dei criteri soggettivi di imputazione della responsabilità dell'ente, codificati agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01. Ciò in quanto, detti presupposti soggettivi variano proprio a seconda che la persona fisica autrice del reato sia qualificabile in termini di soggetto posto in posizione apicale (a cui consegue la gravosa prova liberatoria, posta a carico dell'ente dal citato art. 6) o subordinata¹¹³.

La qualificazione della persona fisica autrice del reato presupposto, in termini di apicale o subordinato, come già anticipato¹¹⁴, deve essere operata alla luce delle disposizioni a ciò rilevanti, dettate dal d.lgs. 81/2008 (in specie, gli artt. 2, 16 e 18, c. 3 *bis*), lette in combinato disposto con le lettere a) e b) dell'art. 5, d.lgs. 231/01.

Detta ultima fonte normativa considera soggetti in posizione apicale le “*persone che rivestono funzioni di rappresentanza*”¹¹⁵, di *amministrazione*¹¹⁶ o di *direzione dell'ente*¹¹⁷ o di una sua

¹¹³ Vedi *sub* nota 17.

¹¹⁴ Si rinvia a quanto considerato al § 2.2., in cui si è avvertito che la diversa morfologia della prova liberatoria desumibile dal combinato disposto degli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01, collegata alla diversità di funzioni, impone una riclassificazione, ai fini della responsabilità degli enti da reato, delle figure tipizzate a livello di normazione primaria, titolari degli obblighi di sicurezza, la cui violazione, quando produttiva degli eventi di lesioni gravi, gravissime e omicidi colposi, genera la responsabilità dell'ente. In questo senso, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2008, n. 2, p. 61, secondo cui “La ricognizione delle figure gravate, nel settore, da obblighi di sicurezza, passa essenzialmente per le previsioni del d.lgs. attuativo della legge 123/2007 che, per un verso, all'art. 2, contiene una pluralità di definizioni rilevanti in questa sede, per altro verso, con l'art. 304 abroga, tra gli altri il d.p.r. 547/1955 e i d.lgs. 626/1994, 493/1996, 494/1996, 187/2005”.

¹¹⁵ In particolare, svolgono funzioni di rappresentanza i legali rappresentanti della persona giuridica: coloro cioè che sono legittimati ad emettere dichiarazioni negoziali in nome e nell'interesse della stessa; così BASSI-EPIDENIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006. Sul punto precisa DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV. *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005 che nell'ambito di detta sottocategoria vi rientri la sola rappresentanza organica, non la rappresentanza volontaria, fondata su un atto negoziale di procura. L'ambito del rendiconto che incombe sul procuratore presuppone, infatti, la sottomissione di questi all'altrui sfera di controllo e vigilanza.

*unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*¹¹⁸”.

I soggetti in esame sono quindi descritti dal legislatore, mediante l'impiego di un criterio *oggettivo-funzionale*, incentrato, cioè, non sulla qualifica formale, ma sulla *funzione* in concreto svolta, consentendo in tal modo di dare rilevanza, nello specifico, all'operato dell'amministratore di fatto e, in generale, di tutti coloro che, nell'ambito delle proprie mansioni, sono in grado di esercitare un *dominio* sull'ente o su una sua unità operativa¹¹⁹.

La lett. b) del disposto in commento, individua poi i soggetti posti in posizione subordinata nelle “*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*”¹²⁰.

¹¹⁶ Svolge la funzione di amministrazione colui che esercita concretamente la gestione della società, con il relativo potere che si scompone in potere di iniziativa, esecutivo, gestionale in senso stretto e rappresentativo. ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/01): i soggetti responsabili*, in *Rivista* 231, 2/2008, *passim*, inquadra nell'ambito degli apicali anche gli amministratori non delegati che pur potendosi astenere da attività di amministrazione attiva, sono comunque titolari di una competenza concorrente e di penetranti poteri di controllo su amministratori delegati; dovendosi ricordare inoltre l'esistenza di compiti non delegabili a norma dell'art. 2381, c. 4, c.c. Secondo RODORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma 30 novembre – 1° dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 79 e ss. devono essere inquadrati nel novero degli apicali i cd. amministratori dipendenti.

¹¹⁷ La funzione di direzione si riferisce in prima istanza alla figura dei direttori generali. Giudica condivisibile la scelta di inserire i direttori generali nel novero dei soggetti apicali, VENEZIANI, *sub* Art. 5, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI - CADOPPI - VENEZIANI, Utet, 2010, in quanto “nelle grandi imprese o medio-grandi, i direttori generali – pur non essendo organici dell'ente, ma normalmente dipendenti, i cui poteri gestionali derivano dal contratto di lavoro – rivestono un ruolo operativo preminente e talora addirittura superiore per importanza a quella degli amministratori”.

¹¹⁸ Per il riconoscimento della posizione apicale di fatto è necessario che le funzioni “vengano esercitate continuativamente e significativamente, così mutuandosi i termini qualificatori di cui all'art. 2639 c.c., trattandosi di un criterio maggiormente garantistico e a connotati limitativi rispetto ad una generalizzata estensione della qualifica di riferimento”, così ROSSI, *cit.* Nello stesso senso, TRIB. MILANO, 20.12.2004, che afferma, a tal fine, la necessità di “*accertare la presenza di elementi che possano far ritenere che il soggetto abbia svolto significativamente e continuativamente le relative funzioni gestorie*”. *Contra*, TRIB. TORINO, 11.10.2005, secondo cui l'art. 5 richiede che la persona fisica eserciti la gestione e il controllo dell'ente: definizione questa “*ben precisa e che tende a circoscrivere la categoria, poiché comporta il dominio ovvero la disponibilità dell'ente in capo a tale persona, anche se in modo non esclusivo o continuativo, ma sicuramente, al fine di ritenere la responsabilità dell'ente, in occasione della condotta di rilevanza penale*”.

¹¹⁹ ROSSI, *cit.*, che definisce corretta l'utilizzo di una formula elastica da parte del legislatore, rispetto ad una elencazione tassativa che sarebbe apparsa di difficile praticabilità data l'eterogeneità degli enti destinatari della disciplina.

¹²⁰ Pacifico che in tale categoria rientrino i lavoratori subordinati, così come quelli parasubordinati, le cui posizioni lavorative sono caratterizzate da un'ingerenza del committente nell'attività del prestatore. Maggiore difficoltà concerne la figura dei collaboratori esterni (agenti, concessionari di vendita, fornitori, ecc. ...) o altri soggetti aventi rapporti contrattuali con l'impresa, ma non soggetti ad un rapporto subordinato e/o parasubordinato (consulenti esterni). In questi casi, decisivo pare essere l'osservazione delle modalità di

Coniugando i predetti dati normativi con le indicazioni desumibili dal d.lgs. 81/2008, al fine di tracciare una (prima sommaria, ma fondamentale) linea di discriminare tra soggetti posti in posizione apicale e soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei primi, assume dirimente valore il comma 3 *bis*, dell'art. 18 che, nell'elencare gli obblighi facenti capo al datore di lavoro e al dirigente, impone a questi di “*vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25*”. In particolare, si tratta del dovere di vigilare sull'adempimento degli obblighi facenti capo al preposto (art. 19), al lavoratore (art. 20), ai progettisti (art. 22), ai fabbricanti e fornitori (art. 23), agli installatori (art. 24) e al medico competente (art. 25), la cui mancata osservanza, nel caso di produzione dell'evento lesivo, fa sorgere in capo al datore di lavoro e al dirigente un'ipotesi di responsabilità omissiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, cpv., c.p.¹²¹.

In forza del comma 3 *bis* dell'art. 18 in argomento, dunque, il d.lgs. 81/08 produce l'effetto di estendere, in termini ormai inequivoci, l'*obbligo di vigilanza* del datore di lavoro e del dirigente sulle ulteriori categorie prime citate¹²², non potendo essi addurre a propria scusante la mancata conoscenza del *modus operandi* adottato nello svolgimento del lavoro dal preposto, dal lavoratore, dai progettisti, dai fabbricanti e fornitori, dagli installatori e dal medico competente, alla cui condotta sia eziologicamente riferibile l'evento dannoso realizzato¹²³.

svolgimento dell'attività lavorativa, nel senso della riconducibilità degli stessi nell'ambito della categoria dei cd. sottoposti, ogniqualvolta essi siano soggetti alla direzione e vigilanza altrui. Diversamente, si deve ritenere che tali soggetti non sono in grado di impegnare la responsabilità amministrativa dell'ente.

¹²¹ In questi termini, CASS. PEN., SEZ. IV, 20.4.11, N. 28779: “*In forza dell'art. 18, comma 3 bis, D.Lgs. n. 81/2008 l'obbligo di vigilanza e di controllo spettante al datore di lavoro, ma anche al dirigente nei limiti delle relative competenze funzionali, deve svilupparsi sull'attività degli altri soggetti che, a vario titolo, sono titolari pro quota dell'obbligazione di garanzia (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori, medico competente), e l'inosservanza a tale obbligo con riferimento al rispetto della normativa prevenzionale può portare alla responsabilità del soggetto obbligato in ossequio al principio generale fissato dell'art. 40, comma 2, c.p.*”.

¹²² GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, 2° ed., Roma, 209, p. 225.

¹²³ Ben evidenzia l'estensione dell'obbligo di vigilanza incombente sul datore di lavoro e sul dirigente, CASS. PEN., SEZ. IV, 21.6.06, N. 21450, ove, con riferimento ad un amministratore delegato di una s.r.l. e direttore di stabilimento, si legge che “*E ciò posto, ritenuto cioè che il ricorrente rivestisse, in effetti, quella posizione di garanzia, per l'espletamento in fatto di quelle funzioni che ne facevano "il terminale delle decisioni organizzative nell'ambito della unità produttiva", correttamente la sentenza impugnata rileva che egli aveva "l'obbligo di accertarsi della rigorosa osservanza delle disposizioni antinfortunistiche..."*; e non giova al riguardo il rilievo gravatorio secondo cui egli poteva non essere a conoscenza di quel *modus operandi*, giacché negli obblighi di sorveglianza al riguardo rientra, evidentemente, anche quello di doverosamente accertarsi di quale sia il *modus operandi* nello svolgimento dell'attività lavorativa in relazione alla osservanza delle misure antinfortunistiche prescritte dalla legge; questa richiede, in proposito, che il titolare della posizione di garanzia

Sulla base di tale dato normativo è possibile, quindi, osservare come la disciplina antinfortunistica dettata sul punto dal d.lgs. 81/08, viene incontro all'interprete nell'individuazione dei soggetti definibili come apicali, mediante un *procedimento logico per esclusione* di quelli popolanti la scena-lavoro, il cui operato viene normativamente sottoposto alla vigilanza e alla direzione del datore di lavoro e del dirigente e come tali, definibili, quindi, soggetti sottoposti, ai sensi della lett. b) dell'art. 5, d.lgs. 231/01.

Individuati in tal modo i soggetti che attraverso il su riferito procedimento per esclusione, non sono qualificabili in assoluto quali soggetti apicali, rimane da precisare *in positivo* quei soggetti che tale veste possano assumere.

Ancora una volta appare necessario risolvere la problematica dell'individuazione dei soggetti posti in posizione apicale, mediante una lettura congiunta delle norme a ciò rilevanti dettate nel d.lgs. 81/2008 e dal d.lgs. 231/01.

In particolare, assumono rilievo, quanto alla prima fonte normativa citata, l'art. 2 che contiene le definizioni degli attori della scena-lavoro e l'art. 16, concernente il fenomeno della delega di funzioni e, quindi, quello che nella materia *de qua* si traduce nel fenomeno della *circolazione* delle funzioni apicali; quanto al d.lgs. 231/01, l'art. 5, lett. a), offre un valido supporto interpretativo per determinare, al di là del ruolo ricoperto formalmente da un soggetto all'interno dell'organigramma aziendale, l'inclusione dello stesso nel novero dei soggetti posti in posizione apicale.

Partendo da quest'ultimo dato, deve qualificarsi soggetto posto in posizione apicale colui che, oltre ad avere compiti di vigilanza e direzione su suoi sottoposti, eserciti un penetrante dominio sull'ente, a cui si ricollegano, oltre le funzioni espressamente menzionate dalla prima parte della lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01 (amministrazione, rappresentanza e direzione), le funzioni di gestione e controllo che si concretizzano nel potere di dettare le linee guida di politica aziendale e nel compimento di determinate operazioni, anche nel caso in cui le stesse funzioni vengano esercitate in una *“unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale”*.

Pertanto, nell'analizzare le singole figure che animano la scena-lavoro, come individuate dagli artt. 2 e 16, d.lgs. 81/08, occorre guardare *in concreto* alle funzioni che detti soggetti esercitano, sia in via diretta, sia in quanto funzioni delegate, onde apprezzare l'idoneità delle

si attivi di propria iniziativa, ed a prescindere da rappresentate o meno sollecitazioni altrui, per verificare la osservanza o meno di quelle misure da parte dei lavoratori dipendenti”.

stesse ad esprimere un potere di dominio sull'ente o su una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, capace di dettare le linee guida della politica aziendale.

La questione, come si vedrà, assume un importante significato con riguardo ad alcune figure-limite, la cui collocazione tra il novero dei soggetti in posizione apicale appare di difficile risoluzione, stante un dettato normativo, quello di cui al d.lgs. 81/08, e la relativa elaborazione giurisprudenziale, che, delle volte, mal si concilia con le indicazioni provenienti dal d.lgs. 231/01.

Difatti, nei casi in esame non appare sufficientemente risolutore della questione il canone ermeneutico adottato dalla giurisprudenza penale-lavoristica, con riferimento alle responsabilità penali individuali, per accertare se un dato reato sia stato commesso da soggetto posto in posizione apicale o sottoposto all'altrui direzione. Nel contesto dell'accertamento delle responsabilità individuali, difatti, ricorre sovente il principio in base al quale occorre distinguere tra violazioni di norme cautelari dovute a difetti strutturali dell'organizzazione dell'impresa, la cui responsabilità ricade sul vertice e quelle riconducibili alle deficienze inerenti al buon funzionamento delle strutture stesse, riferibili invece ai soggetti specificatamente responsabili dei singoli servizi, in cui le violazioni antinfortunistiche si sono consumate¹²⁴.

Come osservato da attenta dottrina¹²⁵, la diversa morfologia della prova liberatoria dell'ente, collegata alla qualificazione in termini di soggetti posti in posizione apicale o meno dell'autore del reato-persona fisica, impone una riclassificazione delle figure tipizzate dal d.lgs. 81/08, specificatamente calibrata sulla normativa inerente la responsabilità amministrativa dell'ente.

In altri termini, occorre accertare, al di là della formale qualifica attribuita ad un soggetto, se costui, nel caso specifico, disponga di poteri e funzioni idonee ad esercitare, attraverso le scelte compiute, un (penetrante) dominio sull'ente.

¹²⁴ In questi termini si esprime CASS. PEN., SEZ. III, 13.7.2004, N. 39268, secondo cui *“In tema di individuazione delle responsabilità penali all'interno delle strutture complesse, ai fini della operatività della delega di funzioni occorre distinguere tra difetti strutturali e deficienze inerenti all'ordinario buon funzionamento della struttura aziendale, atteso che in relazione alle prime permane la responsabilità dei vertici aziendali, mentre per le seconde occorre distinguere fra quelle di carattere occasionale, soltanto per le quali non sussiste in ogni caso una riferibilità al soggetto apicale, e quelle permanenti, per le quali, ai fini della ascrivibilità al datore di lavoro, si richiede la prova della conoscenza delle stesse da parte degli organi di vertice”*.

¹²⁵ IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2008, n. 2, p. 61.

Nel proseguo, pertanto, esclusi quei soggetti che a livello di normazione primaria (art. 18, c. 3 *bis*, d.lgs. 81/08) sono sottoposti, nel rispetto dei doveri sugli stessi gravanti, alla vigilanza altrui, si provvederà ad analizzare le residue figure tipizzate dalla legislazione di riferimento, onde tracciare condizioni e limiti al ricorrere dei quali questi devono essere qualificati apicali.

5.1. IL DATORE DI LAVORO

Per quanto sopra detto, non vi è dubbio alcuno sul fatto che il datore di lavoro vada collocato tra i soggetti che rivestono posizione apicale, deponendo in tal senso, a tacer d'altro, l'espressa definizione data dalla lett. b), art. 2, d.lgs. 81/08¹²⁶ che ricomprende in sé i requisiti e le condizioni fissate dalla lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01.

Più problematica, delle volte, invece, appare l'esatta *individuazione* della persona che possa essere qualificata come datore di lavoro nell'ambito di società complesse, ai fini della legislazione antinfortunistica.

Emblematica, in proposito, è la questione concernente le società di capitali che ha visto svilupparsi nel tempo un'ampia casistica giurisprudenziale.

Costituisce, così, principio enunciato dalla Suprema Corte, quello secondo cui nel caso di impresa gestita da società di capitali, gli obblighi concernenti l'igiene e la sicurezza del lavoro gravano su tutti i componenti del consiglio di amministrazione.

In tal contesto, si sottolinea che la delega di gestione conferita a uno o più amministratori, pur se specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, può solo ridurre la posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del consiglio di amministrazione, ma mai escluderla del tutto, in quanto non possono essere comunque trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sulla stessa¹²⁷.

¹²⁶ Ai sensi del citato art. 2, lett. b) il datore di lavoro è "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo".

¹²⁷ Esprime bene la problematica in argomento, CASS. PEN., SEZ. IV, 8.2.08, N. 6280, in cui si legge: "*Infondato è il primo motivo, con il quale si contesta la posizione di garanzia degli imputati M.A. e M.E., assumendo che*

La posizione di garanzia che in tal modo viene individuata su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, trova fondamento nel dato normativo dell'art. 2392 c.c. che nel prevedere che gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto, stabilisce che se taluni compiti sono attribuiti al comitato esecutivo o ad uno o più amministratori, gli (altri) amministratori *“sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*.

In sostanza, in presenza di strutture aziendali complesse, la delega di funzioni esclude la riferibilità di eventi lesivi ai componenti di un consiglio di amministrazione, se detti eventi costituiscono la conseguenza di occasionali disfunzioni; quando, invece, detti eventi sono determinate da difetti strutturali aziendali e del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali e quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione¹²⁸. Responsabilità che permane anche nelle ipotesi di successione nel tempo nelle predette cariche sociali, a meno che il comportamento colposo del garante sopravvenuto non abbia fatto venir meno, per ciò che concerne il rapporto di causalità, la situazione di pericolo originariamente sussistente¹²⁹.

entrambi, nella qualità di componenti del consiglio di amministrazione della società per azioni IMAT FELCO, non erano delegati alla sicurezza [...] La decisione è in linea con la giurisprudenza di questa Corte (v. tra le altre, Sez. 4^a, 11 luglio 2002, Macola ed altro) secondo la quale nel caso di imprese gestite da società di capitali, gli obblighi concernenti l'igiene e la sicurezza del lavoro gravano su tutti i componenti del Consiglio di amministrazione. La sentenza sopra citata sottolinea, altresì, che la delega di gestione, in proposito conferita ad uno o più amministratori, se specifica e comprensiva di poteri di deliberazione e spesa, può solo ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del Consiglio, ma non escluderla interamente, poichè non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento, soprattutto nel caso di mancato esercizio della delega”. Nello stesso senso, CASS. PEN., SEZ. IV, 4.11.2010, N. 38991, secondo cui “anche di fronte alla presenza di un’eventuale delega di gestione conferita ad uno o più amministratori, specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e di spesa, tale situazione può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del consiglio, ma mai escluderla del tutto, poichè non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega”.

¹²⁸ In questo senso si esprime, CASS. PEN. SEZ. IV, 4.11.2010, N. 38991, che così argomenta: *“Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del delegante permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo. In definitiva, anche in presenza di una delega di funzioni ad uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del consiglio non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa ed organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro”*.

¹²⁹ CASS. PEN. SEZ. IV, 4.11.2010, N. 38991: *“a fronte della circostanza che nelle cariche sociali gli imputati si sono succeduti nel tempo, va ribadito quanto già più volte affermato da questa Corte di legittimità e che cioè, in*

In linea con le sopra riportate *ratio* decisorie, è l'orientamento giurisprudenziale che individua il datore di lavoro nel presidente del consiglio di amministrazione. Difatti, pur in assenza di effettivi poteri di iniziativa autonoma nella gestione dell'impresa e in mancanza di delega ad altri soggetti responsabili nel settore della sicurezza del lavoro, spetta pur sempre al presidente del Consiglio di amministrazione, in virtù della carica da esso ricoperta, il dovere di garantire la sicurezza nell'ambiente di lavoro¹³⁰.

Sempre con riferimento alla disciplina di settore, occorre evidenziare che la prima parte della lett. b) della norma in esame, nel definire il datore di lavoro, fa palese riferimento al concetto di unità produttiva (allorquando attribuisce la qualifica in esame, oltre che al soggetto titolare del rapporto di lavoro, a quello che “*secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*”), di cui alla lett. t) dell'art. 2, d.lgs. 81/08 (*stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale*).

A tal riguardo, si rivela di fondamentale importanza l'insegnamento impartito dalla Suprema Corte sotto il vigore della previgente normativa (la cui *ratio decidendi* si appalesa di spiccata attualità, stante la sostanziale identità normativa in relazione al concetto in esame), secondo cui, perché il dirigente responsabile di tali *dependance* aziendali possa assumere la veste di datore di lavoro, è necessario che l'organismo da lui diretto sia dotato di una rilevante *autonomia*. In particolare, si richiede che detta unità produttiva, pur rimanendo un'emanazione della stessa impresa, abbia una fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare in condizioni di indipendenza il riparto delle risorse disponibili, operando, così, scelte organizzative, specificatamente calibrate alle proprie caratteristiche funzionali e produttive¹³¹.

caso di successione di posizioni di garanzia, in base al principio dell'equivalenza delle cause, il comportamento colposo del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento, quando tale comportamento non abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente determinata (ex plurimis, Cass. 4[^], 27956/08, Stefanacci)”.

¹³⁰ Affronta la specifica problematica riferita al presidente di CDA, CASS. PEN., SEZ. IV, 8.5.08, 18480, “*Infine in relazione alla posizione della M., la stessa deve essere considerata datrice di lavoro per la sua carica all'interno della società ed indipendentemente dalle attività di iniziativa autonoma nella gestione della medesima dell'amministratore unico, spettava pur sempre anche alla presidente del consiglio di amministrazione il dovere di garantire la sicurezza nell'ambiente di lavoro, in mancanza di delega chiara ed espressa ad altri soggetti responsabili in tale campo*”.

¹³¹ CASS. PEN., SEZ. IV, 22.11.2004, N. 45068 che afferma: “ [...]se ci si riporta esattamente al contenuto di quella definizione - è datore di lavoro il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque,

5.2. IL DIRIGENTE

Se per la figura del datore di lavoro non si oppongono rilievi alla qualificazione del medesimo in termini di soggetto in posizione apicale (ma semmai, come visto, profili di criticità riveste l'individuazione della persona fisica qualificabile come tale), problemi di coordinamento con l'assetto dettato dal d.lgs. 231/01, rispetto alla normativa recata dal d.lgs. 81/08, solleva la figura del dirigente.

Difatti, seppur il procedimento logico per esclusione prima esposto, pare deporre per la qualificazione della figura del dirigente nell'ambito dei soggetti posti in posizione apicale, la definizione contenuta nell'art. 2, lett. d), d.lgs. 81/08, non è perfettamente sovrapponibile alle condizioni a tal fine individuate dalla lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01.

L'art. 2, lett. d), d.lgs. 81/08 definisce il dirigente come la *“persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa”*.

La difficoltà di inquadramento della figura in esame nell'ambito dei soggetti posti in posizione apicale deriva dalla circostanza – acutamente osservata da attenta dottrina – che se il richiamo espresso, normativamente dedicato al dovere di attuazione delle direttive del datore di lavoro, potrebbe portare all'inserimento del dirigente tra i soggetti di cui alla lett. b) dell'art. 5, lo stesso disposto sopra citato aggiunge che il dirigente deve attuare le direttive in oggetto *“organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa”*; formula quest'ultima che pare evocare la qualificazione del medesimo in termini apicali¹³².

il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ai sensi della lettera i (stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni o di servizi dotata di autonomia finanziaria o tecnico-funzionale) in quanto titolare di poteri decisionali e di spesa - ci si accorge subito che, in tanto un soggetto titolare dei poteri decisionali e di spesa potrà assumere, nell'ambito della medesima impresa, la qualifica, a fini prevenzionali, di datore di lavoro, in aggiunta a quella attribuita al titolare del rapporto di lavoro con i dipendenti, in quanto la filiale di essa o una sua separata unità produttiva godano di effettiva autonomia finanziaria e tecnico-funzionale". "Non basta, quindi, - si è aggiunto - che il dirigente responsabile di tali dependance aziendali sia provvisto, come un qualsiasi altro delegato, di un'autonomia decisionale e di spesa proporzionata all'entità dell'incarico ricevuto, ma sarà necessario, perchè possa assumere altresì la veste di datore di lavoro, che l'organismo da lui diretto, pur restando un'emanazione della stessa impresa, abbia una sua fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare, in condizioni di relativa indipendenza, il riparto delle risorse disponibili, operando così le scelte organizzative ritenute più confacenti alle proprie caratteristiche funzionali e produttive" [...] è datore di lavoro, anche ai fini dell'art. 4, commi 1 e 2, - solo se è responsabile di un organismo dotato di quella particolare, rilevante, autonomia dianzi sottolineata, che deve essere espressamente prevista negli atti della impresa o società”.

¹³² In questi termini si esprimono, ROSSI - GERINO, Art. 25 septies d.lgs. 231/01 e art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione gestione e controllo; ambiti applicativi e rapporti, in Resp. Amm. soc. e enti, 2009, n.

Di contrario avviso, altra parte della dottrina che, in linea di massima, ritiene che il dirigente possa essere annoverato tra i soggetti posti in posizione apicale¹³³.

Quest'ultima soluzione ha goduto sin ora di maggior seguito in giurisprudenza.

Le sentenze di merito che hanno avuto occasione di affrontare la specifica questione in argomento e che si sono pronunciate a favore della responsabilità dell'ente, hanno sempre qualificato - con l'eccezione che si dirà in seguito - il dirigente quale soggetto in posizione apicale, senza peraltro porsi troppe domande al riguardo e senza che i difensori degli enti imputati sollevassero sul punto particolari questioni¹³⁴.

Invero, a diverse conclusioni pare lecito giungere analizzando la giurisprudenza di legittimità che si è espressa nell'ambito della materia prevenzionistica, con riguardo ai poteri e alle funzioni che a livello di normazione primaria sono riconducibili in capo al dirigente.

In particolare, anche di recente, la Suprema Corte, analizzando le figure del datore di lavoro, dirigente e preposto - sulle quali è sostanzialmente incardinato il sistema prevenzionistico nell'ambito della sicurezza sul lavoro - distingue il dirigente, dal datore di lavoro, sulla base dell'assenza in capo al primo di responsabilità inerenti alle scelte gestionali generali, qualificando i relativi poteri ad un livello inferiore di quelli spettanti per legge al primo¹³⁵.

Conclusione perfettamente in linea con la giurisprudenza che si era espressa sotto il vigore della previgente disciplina che nel procedere ad una definizione della figura del dirigente, distingueva quest'ultima, da quella del datore di lavoro, in ragione dell'assenza di poteri in

2, 18, i quali concludono sul punto affermando che “sarà la futura giurisprudenza ad indirizzare al meglio l'opzione; opzione, a parere di chi scrive, allo stato pressoché impossibile”.

¹³³ LAGEARD - GEBBIA, *I soggetti penalmente responsabili in materia di sicurezza ed igiene del lavoro*, Milano, 2008, 252.

¹³⁴ Emerge questo dato dalle motivazioni delle sentenze emesse dal TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 26.10.09; TRIB. NOVARA, UFF. GIP, 1.10.10; TRIB. PINEROLO, 23.9.10.

¹³⁵ CASS. PEN., SEZ. IV, 7.4.11, N. 22334, secondo cui “Il sistema prevenzionistico nell'ambito della sicurezza sul lavoro si fonda su tre figure cardine, ovvero il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto, le quali incarnano distinte funzioni e diversi livelli di responsabilità e sono tenute ad adottare, nell'ambito dei rispettivi ruoli, le iniziative necessarie ai fini dell'attuazione delle misure di sicurezza appropriate, nonché ad assicurarsi che esse siano costantemente applicate. Già ai sensi dell'art. 4, D.P.R. n. 547 del 1955 e dell'art. 1, comma quarto bis, D.Lgs. n. 626 del 1994, nonché del testo Unico sulla Sicurezza, il datore di lavoro è colui che esercita l'attività, ha la responsabilità della gestione aziendale e pieni poteri decisionali e di spesa. Le richiamate norme individuano, altresì, un livello di responsabilità intermedio, incarnato nella figura del dirigente, il quale non porta le responsabilità inerenti alle scelte gestionali generali, ma ha poteri di un livello inferiore. Il terzo livello inerisce, invece, la figura del preposto, il quale sovrintende alle attività e svolge, dunque, funzioni di supervisione e controllo sulle attività lavorative concretamente svolte”.

grado di determinare la politica d'impresa, spettando per contro le relative decisioni agli organi di vertice che formano la volontà dell'ente¹³⁶.

Sulla scorta di tali rilievi – nell'intento di offrire una risoluzione alla problematica in argomento – non pare attribuibile in assoluto e in via generale al dirigente la qualifica di soggetto posto in posizione apicale, ai sensi e per gli effetti della lett. a), dell'art. 5, d.lgs. 231/01, dovendosi preferire la tesi che ravvisa la necessità di individuare, *caso per caso, in relazione agli specifici poteri conferitigli*, se il soggetto, qualificabile ai sensi della normativa prevenzionistica come dirigente, eserciti le funzioni richieste dal citato dato normativo per poter essere ritenuto soggetto apicale.

Non necessariamente, infatti, alla qualifica dirigenziale si accompagna un potere di direzione dell'ente e, qualora il dirigente sia investito della direzione di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale (si veda quanto a tal riguardo esposto nel § 5.1), tenderebbe ad essere qualificabile, nella prospettiva delle citate norme in tema di sicurezza, in un vero e proprio datore di lavoro¹³⁷.

Sicché, come detto, appare più prudente, ai fini dell'inquadramento del dirigente tra i soggetti apicali o tra quelli in posizione subordinata, procedere attraverso una valutazione che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, non potendosi affermare, in via assoluta, la sussistenza in capo al medesimo di quei penetranti poteri di dominio sull'ente, idonei ad includere detta figura, sempre e comunque, nel novero dei soggetti di cui alla lett. a), art. 5.

Nel senso che, qualora il dirigente sia preposto ad un'articolazione dell'impresa qualificabile come unità produttiva, ai sensi e per gli effetti della lett. t), art. 2, d.lgs. 81/08 e a tal fine venga dotato, o in concreto eserciti, autonome potestà decisionali e di spesa, dovrà essere qualificato quale soggetto apicale, ai sensi e per gli effetti della lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01.

Diversamente, qualora il dirigente rappresenti la mera *manus* operativa degli organi di vertice, le cui sole scelte concorrono a formare la volontà dell'ente, pare più appropriato qualificare il dirigente come soggetto subordinato all'altrui vigilanza e direzione, difettando i necessari poteri di iniziativa autonoma, rappresentanza e direzione sulla gestione dell'ente, per essere qualificato come soggetto in posizione apicale.

¹³⁶ CASS. PEN., 26.10.07, N. 39606 secondo cui “*Un livello di responsabilità intermedia è incarnato dalla figura del dirigente che dirige, appunto, ad un qualche livello, l'attività produttiva, un suo settore o una sua articolazione. Tale soggetto non porta le responsabilità inerenti alle scelte gestionali generali; ma ha poteri posti ad un livello inferiore, solitamente rapportati all'effettivo potere di spesa*”.

¹³⁷ In questi termini si esprime, VENEZIANI, *Sub. art. 5*, in *Enti e responsabilità da reato, cit.*, 115.

La correttezza di quanto appena detto – così venendo all'unica eccezione (di cui si è dato conto sopra) che contraddistingue sul punto il panorama giurisprudenziale in tema di responsabilità degli enti *ex art. 25 septies* – è confermata dalla decisione emessa nel (tristemente) noto “caso Thyssenkrupp”, in cui l'organo giudicante ha ricondotto alla categoria dei “sottoposti”, di cui alla lett. b), art. 5, due dirigenti imputati di omicidio colposo, commesso in violazione della normativa prevenzionistica.

In questa occasione, difatti, con riferimento alla figura di dirigente, si è concluso per la predetta qualificazione, in ragione dell'*effettiva dislocazione dei centri di potere* operanti in detta società, prescindendo da astratte qualifiche formali, analizzando – secondo il *modus procedendi* sopra esposto – se in concreto l'autore del reato presupposto (qualificato come dirigente *ex d.lgs. 81/08*) rivestiva effettivamente i poteri riconducibili ad un soggetto qualificabile come apicale, ovvero se gli stessi poteri, nella situazione data, erano rimasti in capo ad altri, rispetto ai quali il dirigente, altri non era che un sottoposto¹³⁸.

La conclusione a cui si è appena giunti, che pare essere rispettosa della distinzione tracciata dall'art. 5, d.lgs. 231/01, viene, da una parte della dottrina, riferita esclusivamente al caso del dirigente non munito di delega di funzioni. In tal contesto interpretativo, infatti, si è affermato che il dirigente munito di delega di funzioni conferita nell'osservanza dei requisiti dettati dall'art. 16 d.lgs. 81/08 debba essere qualificato in ogni caso in termini di soggetto in posizione apicale. Ciò in quanto – secondo l'orientamento in discorso – tra i requisiti della delega, vi è l'attribuzione al delegato di “*tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*”, nonché dell' “*autonomia di spesa necessaria*” allo svolgimento delle stesse¹³⁹.

In realtà, tale dato normativo non pare essere dirimente, in quanto come si vedrà, il fenomeno della delega di funzioni disciplinata dall'art. 16 d.lgs. 81/08, si pone in posizione peculiare rispetto allo schema normativo del d.lgs. 231/01.

Rimandando ai prossimi paragrafi ogni più compiuta osservazione¹⁴⁰, la circostanza che vede l'attività delegata al delegato essere soggetta al controllo e alla vigilanza del delegante (art.

¹³⁸ Così si esprime CERONI, *cit.* che ricorda la sentenza CORTE ASS. TORINO, 15.4-14.11.2011, ove a tal riguardo si legge che: “*Allora, il fatto che a commettere il reato siano stati soggetti in posizione apicale - PRIEGNITZ e PUCCI - oltre che sottoposti agevolati da gravi carenze organizzative - MORONI, SALERNO e CAFUERI [rectius, dirigenti e direttori di stabilimento] - è già stato affermato e non necessita di ulteriori precisazioni*”.

¹³⁹ BONATI, *cit.*, p. 415.

¹⁴⁰ La tematica afferente alla delega di funzioni e alla qualificazione del delegante ai sensi del d.lgs. 231/01 sarà sviluppata nei § 5.5. e ss., ai quali pertanto si rinvia.

16, c. 3, d.lgs. 81/08), rende non decisiva, ai fini della qualificazione del dirigente quale soggetto in posizione apicale o subordinata, il conferimento nei suoi confronti di una delega di funzioni.

Peraltro, a tacer d'altro, si tratterà sempre di valutare il tipo di funzioni delegate e, quindi i poteri spettanti al dirigente munito di delega.

In altri termini e in conclusione, alla luce del riparto operato dall'art. 5, d.lgs. 231/01 tra apicali e subordinati e della corrispondente diversa morfologia della prova liberatoria, di cui agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01, collegata alla diversità di funzioni facenti capo all'autore del reato presupposto, non pare lecito distinguere e qualificare diversamente il dirigente sol perché ad egli sia stata conferita o meno una delega.

Dirimente invece - ripetendo quanto più sopra affermato - è valutare caso per caso i poteri ad esso spettanti, onde apprezzare l'idoneità degli stessi a determinare la politica d'impresa, sintomo di quel dominio sull'ente che caratterizza in positivo la definizione dell'autore del reato in termini di apicale.

5.3 IL DIRETTO DI STABILIMENTO

Come si è già avvertito, la lett. a) dell'art. 5, d.lgs. 231/01, contempla la possibilità che il soggetto, autore del reato presupposto, rivesta la funzione di apicale, non in senso assoluto, riferito cioè alla realtà d'impresa nel suo complesso, ma anche in senso *relativo*, ossia in relazione ad un'unità organizzativa dell'ente, purché la stessa sia dotata di autonomia finanziaria e funzionale.

Quanto a tali ultimi due requisiti, mutuando nello specifico ambito *de qua* la definizione data in giurisprudenza al concetto di unità produttiva, di cui all'art. 2, lett. b), sec. parte e lett. t), d.lgs. 81/08, si deve considerare unità organizzativa dell'ente nel senso sopra detto, quella *dependance* aziendale che, pur rimanendo un'emanazione della stessa impresa, abbia una fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare in condizioni di indipendenza il riparto delle risorse disponibili, operando così scelte organizzative, specificatamente calibrate alle proprie caratteristiche funzionali e produttive¹⁴¹.

¹⁴¹ CASS. PEN., SEZ. IV, 22.11.2004, N. 45068 che afferma: “[...] il dirigente responsabile di tali *dependance* aziendali sia provvisto, come un qualsiasi altro delegato, di un'autonomia decisionale e di spesa proporzionata all'entità dell'incarico ricevuto, ma sarà necessario, perché possa assumere altresì la veste di datore di lavoro, che l'organismo da lui diretto, pur restando un'emanazione della stessa impresa, abbia una sua fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare, in condizioni di relativa indipendenza, il riparto delle

Tornando al dettato normativo di cui alla lett. a), art. 5, d.lgs. 231/01, vengono in considerazione, segnatamente, le funzioni di direzione dell'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nel senso sopra detto; funzioni che nell'ambito della disciplina di cui al d.lgs. 81/08, sono di regola demandate al direttore di stabilimento¹⁴².

Dalla lettura della norma, quindi, ne deriva che si equiparano ai soggetti posti in posizione apicale anche i direttori di stabilimento, purché, appunto, preposti ad un'unità organizzativa dotata di propria autonomia.

Ciò, evidentemente, sul presupposto che il direttore di stabilimento abbia il dominio della *dependance* aziendale, il cui operato, in quanto svolto presso un'unità autonoma dal punto di vista funzionale e finanziario, non è sottoposta alla vigilanza e al controllo di altri soggetti.

Del resto, la piena equiparazione degli obblighi facenti capo sul direttore di stabilimento, rispetto a quelli del datore di lavoro dell'impresa *tout court*, è acquisizione pacifica nell'elaborazione giurisprudenziale in materia antinfortunistica, gravando a tal riguardo su tale figura, un'autonoma posizione di garanzia *ex art. 40 cpv., c.p.*¹⁴³.

Potere di dominio facente capo al direttore di stabilimento sulla singola unità organizzativa dell'ente che significa, nell'ottica della responsabilità amministrativa *ex d.lgs. 231/01*, che l'ente sia considerato responsabile del reato presupposto, secondo la più gravosa morfologia della prova liberatoria codificata all'art. 6, d.lgs. 231/01.

Sul punto rimane da precisare che senza dubbio il riferimento compiuto dalla norma alla singola unità organizzativa, purché dotata di autonomia nel senso sopra detto, sia stata

risorse disponibili, operando così le scelte organizzative ritenute più confacenti alle proprie caratteristiche funzionali e produttive" [...] è datore di lavoro, anche ai fini dell'art. 4, commi 1 e 2, - solo se è responsabile di un organismo dotato di quella particolare, rilevante, autonomia dianzi sottolineata, che deve essere espressamente prevista negli atti della impresa o società".

¹⁴² VENEZIANI, *op. cit.*

¹⁴³ Con riferimento alla figura del direttore di stabilimento, *ex multis*, si veda CASS. PEN., SEZ. IV, 20.12.07, N. 47137, in cui si legge: "Nè può essere posto in dubbio l'altro profilo di responsabilità addebitato al C., sul quale gravava, ai sensi del D.P.R. n. 547 del 1955, art. 4, l'obbligo di rendere edotti i lavoratori dei rischi specifici cui erano esposti e di disporre ed esigere che i singoli lavoratori osservassero le norme di sicurezza ed usassero i mezzi di protezione a loro disposizione. Ai sensi, poi, del D.Lgs. n. 626 del 1994, artt. 21 e 22, il datore di lavoro (ed il direttore dello stabilimento, che ha la responsabilità dell'unità produttiva, rientra in tale nozione, secondo quanto disposto dall'art. 2, lett. b), dello stesso testo normativo), provvede affinché ciascun lavoratore riceva una adeguata informazione sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta ed assicura che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e di salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro ed alle proprie mansioni".

introdotta dal legislatore pensando alle società di grandi dimensioni, in cui non si può prescindere dal considerare le realtà periferiche delle stesse¹⁴⁴.

Occorre però avvertire, che il requisito dimensionale dell'impresa non spiega alcuna efficacia in ordine all'inquadramento del direttore di stabilimento tra i soggetti apicali o subordinati.

Nel senso che, per escludere la qualifica di soggetto apicale (e quindi la gravosa prova liberatoria di cui all'art. 6, d.lgs. 231/01), non rilevano l'eventuali ridotte dimensioni dell'ente, richiedendo la norma unicamente di accertare se detta unità organizzativa sia dotata di autonomia funzionale e finanziaria.

Vero è, però, che nelle realtà economiche segnate da minore complessità organizzativa, sarà più facilmente riscontrabile un difetto di autonomia finanziaria e funzionale, facente capo alle singole unità periferiche; difetto che avrebbe l'importante conseguenza di degradare l'unità organizzativa e, con essa, l'autore del reato, dalla previsione di cui alla lett. a), a quella della lett. b), art. 5, d.lgs. 231/01, ossia nella posizione di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza o direzione. Da cui deriva l'ulteriore conseguenza che l'ente andrà esente da ogni addebito, ove nella fattispecie venga raggiunta la meno gravosa prova liberatoria codificata all'art. 7, d.lgs. 231/01.

Considerazione, questa, che spiega l'importanza pratica della possibilità o meno di qualificare i caratteri dell'unità organizzativa dell'ente, in termini di autonomia finanziaria e funzionale.

5.4 I SOGGETTI APICALI DI FATTO

L'art. 5, d.lgs. 231/01, nel definire i soggetti posti in posizione apicale, conclude il disposto recato dalla lett. a), con il riferimento alle *“persone che esercitano, anche in via di fatto, la gestione e il controllo dello stesso”*.

Pertanto, potranno impegnare la responsabilità dell'ente, secondo la gravosa morfologia della prova liberatoria di cui all'art. 6, d.lgs. 231/01, anche i soggetti che, pur sprovvisti di formale

¹⁴⁴ Esempiativa a tal proposito è la lettura della Relazione governativa, *cit.*, in cui si evidenzia che “L'aspetto che merita maggiore attenzione concerne tuttavia l'equiparazione, ai soggetti che ricoprono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, delle persone che rivestono le medesime funzioni in una "unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale". La previsione richiama un fenomeno ben noto, ed anzi in via di progressiva espansione; si pensi ai c.d. direttori di stabilimento che, nelle realtà aziendali medio-grandi, sono molto spesso dotati di una forte autonomia gestionale e sottratti al controllo delle sedi centrali. La collocazione di questi soggetti all'interno della lettera a) e quindi come soggetti apicali, è suggerita, oltre che dall'osservazione del dato empirico, anche da considerazioni di natura sistematica: come noto, infatti, la figura ha da tempo trovato ingresso nel nostro ordinamento, in materia di sicurezza sul lavoro, dove pure affonda la sua ratio nella tendenziale comunione tra poteri-doveri e responsabilità”.

investitura, esercitano in concreto e di fatto le funzioni riferite al datore di lavoro, al dirigente (nei limiti in cui si è detto) e al direttore di stabilimento preposto ad un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale.

Si tratta dell'enunciazione del *principio di effettività* delle funzioni svolte e dei poteri esercitati che costituisce il perno sul quale ruota la catalogazione sancita dall'art. 5, d.lgs. 231/01 e che trova un preciso referente normativo nella disciplina posta a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, segnatamente nell'art. 299, d.lgs. 81/08.

Il disposto citato estende espressamente le posizioni di garanzia facenti capo al datore di lavoro e al dirigente (oltre che al preposto, il quale però nell'ottica dello schema *ex d.lgs. 231/01* deve essere inquadrato tra i soggetti subordinati) a *“colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti”*.

La norma recepisce indirizzi consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale che costantemente ritiene che la presenza di un atto formale di investitura nella posizione alla quale è riconnesso l'obbligo di assicurare l'osservanza della normativa prevenzionistica costituisce, in via di principio, condizione sufficiente, ma *non necessaria* al sorgere della responsabilità, ben potendo questa derivare dalla collocazione verticistica di fatto assunta da un determinato soggetto nell'organizzazione del lavoro e in generale dalle mansioni dallo stesso svolte¹⁴⁵.

In maniera speculare alla problematica dell'individuazione delle persone che in concreto e di fatto esercitano il controllo e la gestione sull'ente, di cui al combinato disposto degli artt. 5, lett. a), d.lgs. 231/01 e 299, d.lgs. 81/08, si pone la peculiare questione della responsabilità della *cd. testa di legno* o *garante formale*.

Sovente, infatti, nella prassi si assiste a fittizie assunzioni di responsabilità e di funzioni, nel senso che, per i più disparati motivi, persone ricoprono, all'interno dell'organigramma societario, ruoli e posizioni che di fatto vengono esercitati da altri.

¹⁴⁵ CASS. PEN., SEZ. IV, 23.1.08, N. 3481; a tal riguardo, si veda CASS. PEN., SEZ. IV, 30.4.08, N. 17514, secondo cui *“Risponde della violazione di norme antinfortunistiche non solo colui il quale non le osservi o non le faccia osservare essendovi istituzionalmente tenuto, ma anche chi, pur non avendo nell'impresa una veste istituzionale formalmente riconosciuta, si comporti di fatto come se l'avesse e impartisca ordini nell'esecuzione dei quali il lavoratore subisca danni per il mancato rispetto della normativa a presidio della sua sicurezza, dovendosi avere riguardo alle mansioni ed attività in concreto svolte. Infatti, in base al principio di effettività, si sostiene la nozione di datore di lavoro di fatto o di dirigente di fatto”*.

In astratto, sulla base del principio di effettività sopra esposto, di cui all'art. 299 d.lgs. 81/08, si potrebbe sostenere che a rispondere degli eventi dannosi conseguenti alle violazioni della normativa prevenzionistica sia solo colui che in concreto, nella situazione data, eserciti i corrispondenti poteri, il cui conferimento è funzionale ad evitare quegli eventi.

Invero, la giurisprudenza di legittimità, con orientamento consolidato, ha sempre rifiutato di accedere ad una tale argomentazione, sul presupposto che l'*assunzione* di una posizione di garanzia, comporta di per sé il sorgere dell'obbligo di protezione dei beni alla cui preservazione tale posizione è preordinata¹⁴⁶.

In tale contesto interpretativo, si è osservato, infatti che, ad esempio, la formale accettazione della carica di legale rappresentante comporta, verso l'esterno, l'assunzione delle responsabilità correlate al rispetto delle norme sulla sicurezza ed igiene del lavoro dei dipendenti della società, rendendo il garante formale destinatario dei relativi precetti normativi penalmente sanzionati¹⁴⁷.

Si tratta di principi che la giurisprudenza mutua dal vicino settore della delega di funzioni, in cui è stato sovente evidenziato che le posizioni di garante di fatto e di garante formale si cumulano tra di loro ai fini dell'individuazione del soggetto in capo al quale competono le relative responsabilità e che se il garante formale ritenga di non essere stato posto in grado di svolgere le sue funzioni, per sottrarsi dalle predette responsabilità, ha l'unica possibilità di rifiutare l'incarico.

Allo stesso modo, allora, si argomenta, come visto, che l'assunzione di ruoli di garanzia di per sé, indipendentemente dal grado di autonomia e potere decisionale realmente spettante al garante formale, comporta l'assunzione delle correlative responsabilità.

¹⁴⁶ Esemplificativa della questione in argomento è CASS. PEN. SEZ. IV, 19.12.08, N. 47380, in cui si afferma: *“Come si è già accennato la ricorrente P.C.R. contesta, in buona sostanza, l'esistenza della sua posizione di garanzia nel periodo in cui ha svolto le funzioni di presidente del consiglio di amministrazione della soc. SILCA: la ricorrente sostiene che, in questo periodo, le funzioni indicate sono state di fatto svolte dal padre P. A.G. (che avrebbe ammesso la circostanza) e quindi non potrebbe essere chiamata a rispondere delle violazioni delle regole cautelari in effetti verificatesi. Ciò in base al principio di effettività da cui consegue che responsabile delle violazioni commesse nell'esercizio dell'attività di impresa risponde chi di fatto ha esercitato i poteri corrispondenti alle funzioni svolte. La premessa da cui prende le mosse la censura proposta dalla ricorrente è da ritenere corretta; chi di fatto dispone dei poteri decisionali e di spesa risponde certamente delle violazioni in cui sia incorso nell'esercizio di questi poteri. Ma ciò non comporta le conseguenze che la ricorrente pretende derivino da questa situazione perchè l'assunzione di una posizione di garanzia comporta, di per sé, il sorgere dell'obbligo di protezione dei beni alla cui preservazione tale posizione è preordinata. Questa posizione di garanzia non viene meno sol perchè il titolare di essa rifiuta di esercitare i suoi poteri o consente che altri li svolgano per lei”*.

¹⁴⁷ Affronta il caso, CASS. PEN., SEZ. III, 17.6.04, N. 27297.

Ciò che nella materia *de qua* significa che garante formale e garante di fatto risponderanno tra loro in cooperazione ex art. 113 c.p. per gli eventi di lesioni e morte colpose conseguenti alle violazioni della normativa prevenzionistica, quali soggetti posti in posizione apicale. Con l'ulteriore conseguenza che l'ente sarà tenuto ad adempiere, a propria discolpa, al gravoso onore probatorio di cui all'art. 6, d.lgs. 231/01.

5.5. DELEGA DI FUNZIONI

La riflessione sopra esposta introduce la peculiare problematica della delega di funzioni che nell'ambito dello specifico contesto delineato dall'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01, assume caratteri di spiccato interesse pratico.

Si è infatti avvertito nel § 5 che l'individuazione in concreto dei soggetti qualificabili come apicali, ai sensi e per gli effetti della lett. a) art. 5, d.lgs. 231/01, deve misurarsi con la tematica della *circolazione delle funzioni apicali*. Nel senso che la delegabilità generale delle funzioni (tranne che in specifici settori) e la correlativa possibilità di circolazione della funzione apicale, pone il problema dell'individuazione, nel caso concreto, della funzione svolta dal soggetto attivo del reato e, quindi, della sua qualificazione in termini di apicale o subordinato all'interno dell'organigramma dell'ente¹⁴⁸.

La problematica va nuovamente affrontata alla luce delle norme a ciò rilevanti presenti nel d.lgs. 81/08, in specie l'art. 16, attraverso il quale il legislatore italiano, per la prima volta definisce e regola il fenomeno della delega di funzioni degli obblighi antinfortunistici da parte del datore di lavoro.

Secondo una ricostruzione aderente al dato reale, ora corroborata da quello normativo, la delega di funzioni è l'atto organizzativo di natura negoziale che opera la traslazione di specifici doveri ("funzioni") rilevanti in sede penale (riguardanti di norma il controllo di fonti di rischio per beni penalmente tutelati), unitamente ai poteri giuridico-fattuali necessari ad adempiere, dal titolare *ex lege* (garante "originario") a un altro soggetto, che assume così la veste di garante "derivato"¹⁴⁹.

¹⁴⁸ La riflessione è di BONATI, *op. cit.*, 414.

¹⁴⁹ La definizione è di MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto correttivo (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.com.

In questi casi, dunque, l'atto negoziale ha un'efficacia *costitutiva* di un nuovo centro di imputazione penale, in quanto al delegato viene attribuita una quota di responsabilità penale *ab origine* facente capo al delegante.

Nel silenzio della norma, quanto ai soggetti possibili destinatari della delega di funzioni e quindi capaci, in virtù di detto atto negoziale e in relazione alle funzioni delegate, di impegnare la responsabilità dell'ente, non può essere escluso in radice la liceità della delega conferita ad un soggetto esterno all'organigramma dell'impresa; conclusione, peraltro, conforme all'orientamento giurisprudenziale che si era venuto a creare sotto il vigore della previgente disciplina¹⁵⁰.

5.5.1. FUNZIONI NON DELEGABILI E RIPERCUSSIONI SULLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

Passando ai contenuti della delega di funzioni, occorre subito evidenziare i compiti in assoluto non delegabili dal datore di lavoro, come identificati e puntualizzati dal successivo art. 17, d.lgs. 81/08.

Il significato delle eccezioni al generale principio di delegabilità delle funzioni, viene sostanzialmente a coincidere con la gestione diligente dei fattori di rischio per la vita e l'incolumità dei lavoratori, connessi allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, affinché essi non sfocino in eventi lesivi.

Difatti, la norma citata sancisce l'indelegabilità della valutazione di tutti i rischi, con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28 e ss., d.lgs. 81/08 e della designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi¹⁵¹.

¹⁵⁰ CASS. PEN. SEZ. IV, 27.2.08, N. 8620, secondo cui, *“Che il datore di lavoro possa legittimamente ricorrere alla delega conferendola a soggetti esterni all'impresa è principio comunemente affermato anche in giurisprudenza (v. ad esempio Cass. 3, 8 febbraio 1991, Bortolozzi)”*.

¹⁵¹ Per una prima applicazione pratica, si veda CASS. PEN. SEZ. IV, 28.1.09, N. 4123: *“Tali principi hanno trovato conferma nel D.Lgs. n. 81 del 2008, che prevede, infatti, gli obblighi del datore di lavoro non delegati, per l'importanza e, all'evidenza, per l'intima correlazione con le scelte aziendali di fondo che sono e rimangono attribuite al potere/dovere del datore di lavoro (v. art. 17). [...] La sentenza impugnata è in linea con i principi sopra tratteggiati, tenuto conto che il profilo di colpa contestato all'imputato e ritenuto dai giudici di merito era stato ravvisato, in sostanza, nella mancata analisi del rischio incendio e nella violazione degli obblighi di individuare le misure di protezione, di definire il programma per migliorare i livelli di sicurezza, di fornire gli impianti ed i dispositivi di protezione individuali, tutti aspetti che riguardano le complessive scelte aziendali inerenti alla sicurezza delle lavorazioni e che, quindi, coinvolge appieno la sfera di responsabilità del datore di lavoro. Nella specie, in definitiva, correttamente è stata ravvisata la posizione di garanzia del prevenuto, apprezzandone sia il ruolo di vertice che la diretta competenza nel settore della sicurezza, oltre che i limiti entro cui il medesimo poteva avvalersi della delega a terzi”*.

Da quanto appena detto è possibile compiere una prima riflessione con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01.

Si è infatti osservato nel § 3 che il primo comma del disposto da ultimo citato sanziona l'ente nei casi in cui l'evento omicidio colposo sia *causalmente* ricollegabile alla violazione dell'art. 29, c. 1, d.lgs. 81/08 che sancisce l'obbligo in capo al datore di lavoro di effettuare la (corretta) valutazione ed elaborazione del documento di valutazione dei rischi.

Con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 25 *septies*, c. 1, d.lgs. 231/01, dunque, non viene in rilievo il problema della delega di funzioni, posto che il d.lgs. 81/08, con riguardo alla predisposizione del documento di cui all'art. 28, esclude in radice la circolazione della funzione apicale, rimanendo in capo al datore di lavoro la responsabilità per la mancata o inidonea adozione della valutazione dei rischi. In questa ipotesi, dunque, il procedimento volto all'individuazione della persona fisica autrice del reato di omicidio colposo sarà di agevole risoluzione, conducendo sempre, indipendentemente dalla presenza di una delega di funzioni, al datore di lavoro.

Pertanto, in tali ipotesi, la responsabilità dell'ente è ricollegata ad un reato la cui persona fisica autrice dello stesso è qualificabile in termini di soggetto posto in posizione apicale, con le conseguenze che l'art. 6 ricollega con riferimento ai criteri soggettivi di imputazione della responsabilità ex d.lgs. 231/01.

Strettamente connesso con il modulo del d.lgs. 231/01 è un ulteriore limite fisiologico al generale potere di delega, individuato dalla dottrina nell'adozione del Modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità dell'ente, trattandosi di un profilo intrinsecamente connesso alle decisioni di politica aziendale di carattere verticistico¹⁵².

5.5.2. LIMITI E CONDIZIONI DI VALIDITÀ DELLA DELEGA DI FUNZIONI

Con riferimento, invece, alle funzioni delegabili, e, quindi, a ciò che in questa sede maggiormente interessa, ossia al fenomeno della circolazione della funzione apicale, il legislatore ha precisato i limiti e le condizioni della delega di funzioni nella materia della sicurezza e salute dei lavoratori, ispirandosi agli orientamenti giurisprudenziali consolidati al riguardo.

¹⁵² Così, AMATO, *Le novità normative in tema di “delega di funzioni”*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096.

L'art. 16, d.lgs. 81/08 sancisce, infatti, l'ammissibilità della delega, nei limiti in cui abbia ad oggetto funzioni delegabili, purché, in estrema sintesi:

- la delega risulti da atto scritto recante data certa (art. 16, lett. a) e alla stessa sia data adeguata e tempestiva pubblicità (art. 16, c. 2); parallelamente, il legislatore ha previsto che l'accettazione della delega risulti da atto scritto, così palesando e chiarendo la natura di negozio bilaterale (contrattuale) della delega di funzioni (art. 16, lett. e).

Come ha, in maniera condivisibile, osservato attenta dottrina, la pretesa legislativa di una rigorosa documentazione del trasferimento di funzioni, sembra dettata dalla preferenza accordata ad istanze di certezza nella ripartizione di funzioni prevenzionistiche, rispetto all'ordinario regime della prova nel processo penale. Il requisito in esame, infatti, non solo potrebbe agevolare una maggiore consapevolezza degli effetti dell'atto da parte sia del delegante che del delegato (nonché la sua conoscibilità da parte di terzi), ma permette di risolvere sul piano sostanziale (della validità della delega), le consuete difficoltà probatorie inerenti all'identificazione dei responsabili di un illecito nelle organizzazioni complesse¹⁵³.

Del resto, la nuova formulazione legislativa è aderente agli arresti giurisprudenziali enunciati sotto il vigore della previgente disciplina che, in maniera costante, hanno, da un lato, evidenziato la necessità, a fini probatori, di documentazione scritta attestante i contenuti della delega¹⁵⁴ e, dall'altro, hanno addossato sul soggetto tenuto all'adempimento della prestazione imposta dalla legge, l'onere di dimostrare l'assenza di responsabilità in capo al medesimo, per effetto del conferimento di una valida delega rilasciata ad altri soggetti¹⁵⁵.

- il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate (art. 16, lett. b).

Tale requisito evoca la necessità che la delega sia conferita ad un soggetto dotato, non di una generica capacità organizzativa, quanto, piuttosto, di una specifica competenza tecnico-

¹⁵³ In questi termini, si esprime MONGILLO, *op. cit.*

¹⁵⁴ Evidenzia la necessità che la delega rivesta determinate condizioni formali a fini probatori, CASS. PEN. SEZ. III, 24.1.07, N. 2287: *"In ogni caso, ad abundantiam, si osserva che in questa materia la delega di funzioni, per escludere la responsabilità del titolare dell'impianto o della macchina, deve possedere determinati requisiti che nella fattispecie non risultano dedotti nè tanto meno dimostrati. Essa, invero, deve essere chiara ed espressa, possibilmente redatta per scritto essendo la forma scritta richiesta quanto meno ad probationem al fine di fugare dubbi sull'effettiva esistenza della delega; [...] deve essere specifica e resa pubblica con le forme di pubblicità previste dalla natura dell'ente"*.

¹⁵⁵ CASS. PEN. SEZ. III, 24.3.09, N. 12866: *"Peraltro, si deve, in ogni caso, osservare che è onere del soggetto tenuto all'adempimento della prestazione imposta dalla legge dimostrare la assenza di responsabilità conseguente alla sua inottemperanza per effetto di una valida delega di specifiche competenze, nei casi consentiti, ad altri soggetti"*.

professionale, da valutare caso per caso. Si tratta del recepimento dell'orientamento giurisprudenziale più rigoroso e dominante, secondo cui il delegato deve essere persona tecnicamente qualificata in senso specialistico, e non semplicemente affidabile o idonea a ricoprire i compiti affidatigli¹⁵⁶.

L'intento palesato dal legislatore è quello di proteggere in modo più efficace i beni esposti a pericolo, come conferma il richiamo al requisito dell'esperienza, concetto che deve essere riferito ad una competenza non solo in astratto, quanto specificatamente dimostrata sul campo¹⁵⁷.

Ad ogni modo, sul piano probatorio, spetta al soggetto delegante dimostrare la sussistenza in capo al delegato delle necessarie competenze tecniche a svolgere le funzioni delegate¹⁵⁸.

- la delega deve attribuire al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate (art. 16, lett. c) e l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate (art. 16, lett. d).

Si tratta di due requisiti di cruciale importanza, in quanto, sul piano materiale, concorrono a definire la sfera di autonomia gestionale del delegato e, quindi, giustificano l'assunzione in capo al medesimo della posizione di garanzia derivata¹⁵⁹.

Pertanto, la delega di funzioni, ai fini della validità della stessa, deve prevedere, in primo luogo, un effettivo trasferimento di poteri di organizzazione, di gestione e di controllo, in

¹⁵⁶ Da ultimo, CASS. PEN. SEZ. IV, (UD. 13.11.07) 20.2.08, N. 7709, ove si legge: *“Poteri autoritativi e decisori assai ampi, inoltre, erano stati conferiti, perchè fossero esercitati in luogo del datore di lavoro, a persona che non aveva frequentato corsi di qualificazione professionale ed era stata nominata quadro pochi giorni prima. Essa, pertanto, non appariva in possesso di una particolare competenza nella materia antinfortunistica, nonostante le capacità nel settore delle materie plastiche. La delega conferita, quindi, non era idonea a scagionare il legale rappresentante della Nuova Eletta spa, datrice di lavoro della vittima, dalle sue responsabilità in materia di approntamento delle misure antinfortunistiche”*.

¹⁵⁷ In questi termini, VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 37 ss.

¹⁵⁸ Evidenza detto onere probatorio, CASS. PEN. SEZ. I, 19.1.10, N. 2273: *“Conclusione quest'ultima che deve ritenersi senz'altro corretta alla luce della giurisprudenza di questa Corte (cfr. Sez. 4, 4/10/89, Bolzoni, rv. 183.039) secondo cui datore il datore di lavoro può essere esonerato da responsabilità in merito all'osservanza delle norme antinfortunistiche solo se dia la prova rigorosa, il che nel caso di specie non è affatto avvenuto, di avere delegato ad altre persone tecnicamente qualificate l'incarico di seguire lo svolgimento delle varie attività, riservando per sé solo funzioni amministrative”*.

¹⁵⁹ Si tratta in particolare del principio giurisprudenziale di effettività della delega, ben espresso da CASS., SEZ. III, 17.04.08, N. 16138, secondo cui *“soltanto un delegato dotato di poteri decisionali e di spesa può esercitare concretamente la vigilanza ed intervenire per eliminare gli inconvenienti o per effettuare gli interventi necessari per la sicurezza e la salute dei lavoratori”*.

assenza dei quali si avrà una delega solo parziale, inidonea in assoluto, comunque, ad escludere la responsabilità del delegante per i fatti di reato ravvisabili nel caso di specie¹⁶⁰.

Correlativamente, onde rendere in concreto operanti detti poteri trasferiti in capo al delegato, costui deve essere dotato di una disponibilità economica, idonea a far fronte a tutte le istanze di prevenzione connesse alle funzioni delegate. Con la conseguenza che, ove detto potere di spesa difetti di tale idoneità, secondo il prudente apprezzamento del giudice, da valutarsi caso per caso in relazione alle peculiarità e dimensioni dell'attività d'impresa, il delegante sarà chiamato a rispondere (eventualmente in cooperazione con il delegato) dell'evento infortunio occorso nell'ambito di quelle funzioni delegate¹⁶¹.

5.5.3. LA QUALIFICAZIONE DEL DELEGATO NELL'OTTICA DEL D.LGS. 231/01

Esposte le condizioni di validità ed operatività della delega di funzioni, tornando allo specifico campo della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/01, si tratta di affrontare la problematica dell'inquadramento del delegato tra i soggetti posti in posizione apicale (art. 5, lett. a), ovvero tra quelli sottoposti all'altrui direzione e vigilanza (art. 5, lett. b).

¹⁶⁰ Si veda, a tal proposito, CASS. PEN. SEZ. IV, 19.12.08, N. 47380 ricorda che *“Esaminando congiuntamente i motivi proposti dagli imputati la Corte d'Appello di Caltanissetta richiama anzitutto quanto affermato dal primo giudice sull'esistenza ed efficacia delle deleghe in materia di protezione della sicurezza del lavoro nello stabilimento della soc. SILCA confermando che queste deleghe non potevano assumere efficacia esimente dalla responsabilità perchè non attribuivano i poteri di disporre atti di straordinaria amministrazione che sarebbero stati necessari per operare le trasformazioni del sistema produttivo indispensabili per impedire la dispersione delle fibre di amianto negli ambienti di lavoro”*.

¹⁶¹ Esemplificativa a tal proposito, CASS. PEN., SEZ. IV, 20.2.08, N. 7709, in un caso in cui il legale rappresentante di una società aveva conferito delega al direttore di stabilimento, affinché questi provvedesse alla *“direzione, sorveglianza del lavoro per tutti i reparti produttivi della Nuova Eletta spa con poteri di autorità ad impartire ordini, disposizioni ed istruzioni ai fini della prevenzione degli infortuni ed igiene del lavoro”*, a tal fine dotando il medesimo di un potere di spesa che non poteva eccedere i 5.000.000 di lire. La Suprema Corte ritiene che il limite posto al potere di spesa del delegato non sia idoneo ad operare un totale trasferimento dei poteri delegati e, quindi, ad esimere da responsabilità il delegante, così esprimendosi: *“Ad una delega di tale ampiezza, che conferiva pieni poteri in via esclusiva ed una grande responsabilità, però, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, corrispondeva un potere di spesa del S. molto limitato, avuto riguardo anche all'ampiezza dello stabilimento industriale. Esso infatti non poteva eccedere L. 5.000.000, occorrendo in caso di necessità di spese superiori, la richiesta da parte del S. della preventiva autorizzazione alla direzione aziendale. Ciò non poteva non influire sull'autonomia operativa, in quanto una lettura della procura speciale rilasciata fa escludere che il tetto di L. 5.000.000 fosse previsto per ciascun singolo intervento, dovendosi, al contrario, ritenere che tale importo fosse la somma complessiva di cui il S. poteva disporre nello svolgimento dei suoi compiti. Il S., quindi, era stato munito di poteri identici a quelli del datore di lavoro ma, in concreto, non idonei a fare fronte in piena autonomia sul piano dei mezzi finanziari alle esigenze in materia di prevenzione degli infortuni”*.

Anche in questo caso, il quadro interpretativo è reso non agevole dal difficile coordinamento delle norme dettate a livello di normazione primaria, con quelle enucleate nella schema del d.lgs. 231/01.

La dottrina sicuramente maggioritaria, ponendo l'accento sulle condizioni di validità della delega di funzioni, quali dettate dal sopra analizzato art. 16, d.lgs. 81/08, ritiene che il delegato, il più delle volte, vada inquadrato tra il novero dei soggetti apicali, con le importanti ricadute che detta qualificazione importa in ordine alla responsabilità dell'ente, onerato dall'assolvimento del gravoso riparto probatorio, di cui all'art. 6, d.lgs. 231/01.

In particolare, si afferma che una delega rilasciata in conformità del modello legale che - come visto - richiede per un valido ed efficace trasferimento di funzioni che al delegato siano attribuiti i poteri di organizzazione, gestione e controllo dell'ente (art. 16, lett. c), nonché l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento di dette funzioni (art. 16, lett. d), il più delle volte dovrà essere considerata portatrice delle funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione dell'ente o, comunque, del potere di gestione e controllo sullo stesso, che valgono ad attribuire al delegato, ai sensi dell'art. 5, lett. a), la qualifica di soggetto apicale all'interno dell'organigramma societario¹⁶².

Ebbene, se il dato normativo desumibile dal primo comma della disposizione in esame, segnatamente le lett. d) e c), pare deporre per un inequivocabile segnale, significante la qualificazione in termini di soggetto apicale del delegato, il proseguo del referente normativo appena citato mette in crisi il punto di equilibrio che sembrava appena raggiunto.

Il comma 3, dell'art. 16, d.lgs. 81/08 infatti, sancisce la permanenza, in capo al delegante, di obblighi di vigilanza sul delegato, *"in ordine al corretto espletamento delle funzioni delegate"*.

Dato normativo, quest'ultimo, che pare deporre per la qualificazione del delegato in termini di soggetto sottoposto all'altrui vigilanza e direzione, secondo quanto prescritto dalla lett. b) dell'art. 5, d.lgs. 231/01.

Si tratta di un dovere di vigilanza, il cui assolvimento da parte del delegante-datore di lavoro verrà valutato dal giudice caso per caso e la cui mancanza o inidoneità comporterà,

¹⁶² Tra gli altri, VITARELLI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 700, il quale, con riferimento al meccanismo delle deleghe, ritiene che "il più delle volte si verterà nella prima ipotesi (rectius – soggetto posto in posizione apicale), in quanto o il delegato riveste ab origine una posizione apicale – caso del dirigente – ovvero, pur trattandosi di un sottoposto, costui la assume in via derivata, svolgendo funzioni attinenti alla salute e alla sicurezza del lavoro che non siano semplice vigilanza o collaborazione".

all'evidenza, la *cooperazione colposa* del delegante nella produzione dell'evento lesivo commesso dal delegato, con violazione della normativa prevenzionistica¹⁶³.

Nessun dirimente rilievo, nell'ottica di una presunzione assoluta di assolvimento del dovere di vigilanza in capo al datore di lavoro-delegante, può, peraltro, essere attribuito alla seconda parte del comma 3 in esame, stante una tecnica normativa utilizzata in maniera non del tutto coerente con la specifica problematica delle delega di funzioni.

In particolare, la seconda parte del c. 3, art. 16, d.lgs. 81/08, dispone che tale obbligo "*si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all' articolo 30, comma 4*"; norma, quest'ultima, che si riferisce alla predisposizione, nel Modello di organizzazione, di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello stesso.

Rimandando alla sede in cui questa problematica sarà approfondita, basti in questa sede evidenziare che il legislatore non ha introdotto una presunzione assoluta di assolvimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante, nei casi considerati dalla norma citata. Il significato del disposto riportato deve essere inteso quale *modalità normativamente indicata* di assolvimento dell'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Quest'ultimo, in altri termini, non si spoglia dell'obbligo di vigilanza sulle funzioni delegate, posto che rimane integralmente di sua pertinenza, in quanto soggetto che porta la responsabilità ultima dell'impresa¹⁶⁴.

Diversamente, si andrebbero a confondere e sovrapporre due piani di responsabilità del tutto inconferenti tra loro, enunciando una presunzione di adeguata vigilanza, parametrata al

¹⁶³ Si veda a tal riguardo, CASS. PEN., 26.5.04, N. 24086, ove in un caso in cui il datore di lavoro veniva condannato in cooperazione con il direttore di stabilimento, pur in presenza di una valida delega di funzioni rilasciate a detto direttore di stabilimento, si legge: "*Il datore di lavoro non può utilmente scagionarsi assumendo di non essere a conoscenza della mancata adozione di presidi antinfortunistici, giacché tale ignoranza lo costituisce, di per sé, in colpa, avendo egli il dovere di vigilare e sull'adozione di strumenti di lavoro già ad imis dotati dei necessari presidi antinfortunistici e sul comportamento anche del delegato nel rispettare e far rispettare le norme antinfortunistiche. Ancor più pregnantemente, nel caso di specie, a tali principi si sono attenuti i giudici di merito, rilevando che, per la frequentazione che l'imputato aveva dei luoghi di lavoro e per il fatto che egli esercitava comunque un certo controllo sulla produzione, non avrebbe potuto sfuggirgli la percezione della mancata adozione di quelle dovute cautele antinfortunistiche, tenuto conto, peraltro, che quei presidi non erano mai stati adottati, aparendo a tal punto anche ben vistose tali mancanze e tali violazioni*".

¹⁶⁴ LECIS, *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2/2010, p. 165, secondo cui la disposizione dell'art. 16, c. 3, d.lgs. 81/08 non costituisce "un ulteriore trasferimento di responsabilità ad altri soggetti, quanto [...] un parametro di diligenza da seguire suggerito dalla legge stessa".

controllo del rispetto del Modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. 231/01 a cui è preposto l'Organismo di Vigilanza, come tale impossibilitato a coprire anche il profilo della vigilanza sul rapporto datore-delegato¹⁶⁵.

Con la conseguenza che l'imprecisa tecnica normativa, di fatto, renderà inoperante detta presunzione di idonea vigilanza, lasciando al giudice il potere di ritenerla, nel caso concreto, del tutto inefficace¹⁶⁶.

Quindi, tornando allo specifico campo d'interesse ex d.lgs. 231/01, ancora una volta si assiste all'enunciazione di dati normativi tra loro contraddittori e, comunque, difficilmente armonizzabili con lo schema normativo della responsabilità degli enti. In particolare, con riferimento alla qualificazione ex art. 5, d.lgs. 231/01 del delegato quale soggetto apicale o subordinato, i dati normativi a ciò rilevanti si connotano per non essere di alcun dirimente significato in ordine alla specifica problematica in oggetto.

¹⁶⁵ CERONI, *cit.*, il quale afferma che la dizione del disposto in commento, contrariamente all'intendimento del legislatore delegato, si sostanzia in effetti paradossalmente estensivi della responsabilità del delegante, "grazie ad una tecnica normativa incerta quando non addirittura inconsapevole".

¹⁶⁶ Conferma il permanere di un obbligo di vigilanza in capo al delegante, la più recente giurisprudenza che però precisa che il c. 3, art. 16, introduce il concetto di vigilanza "alta" che non impone il controllo delle singole modalità di lavorazione sul delegato, avendo ad oggetto piuttosto la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato. In questi termini, CASS. PEN. SEZ. IV, 19.3.12, N. 10702, secondo cui: *"Il tema della vigilanza presenta particolare interesse; anche perchè in passato si è discusso se una delega piena determinasse il venir meno dell'obbligo di vigilanza e, soprattutto, se in ogni caso essa, implicando solo un ruolo di sorveglianza, determinasse il permanere di una posizione di garanzia. Pare che queste incertezze siano fugate dalla nuova normativa che colma una lacuna di quella precedente e, come si è accennato, recepisce opinioni condivise da questa Corte ed accreditate già nel passato sia in dottrina che in giurisprudenza. Va dunque ribadito che la delega di cui si discute non fa venir meno l'obbligo di vigilanza. Tuttavia, come il richiamato art. 16 chiarisce, si parla qui di una vigilanza "alta", che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato; e che si attua anche attraverso i sistemi di verifica e controllo previsti dall'art. 30, comma 4, che a sua volta disciplina il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Tale rinvio costituisce una norma assai rilevante, che introduce nel sistema della responsabilità penale un importante frammento del sistema di responsabilità degli enti; e rende al contempo più chiara la reale natura dell'obbligo di vigilanza. Ciò che maggiormente interesse è che la vigilanza, quale che ne sia l'esatta estensione, di certo non può identificarsi con un'azione di vigilanza sulla concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni che la legge affida, appunto, al garante. Se così non fosse, l'istituto della delega si svuoterebbe di qualsiasi significato. La delega ha senso se il delegante (perchè non sa, perchè non può, perchè non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui demanda i pertinenti poteri: al delegato vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo. Ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato. Esso riguarda, come si è accennato, precipuamente la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni"*.

Pertanto, ai fini della qualificazione del soggetto delegato in termini apicali o di soggetto sottoposto all'altrui vigilanza e direzione, non rimane che – ancora una volta – adottare un *modus procedendi* che prescindendo da astratte qualificazioni formali.

Nel senso che anche in tali casi, soltanto un'accurata analisi della *portata contenutistica* della delega e in concreto degli *effettivi poteri trasferiti* in capo al delegante, può consentire di risolvere la problematica in esame e, quindi, di qualificare il delegato come “apicale” o “sottoposto”.

5.6. I SOGGETTI DI CUI ALLA LETT. B), ART. 5

La lett. b) dell'art. 5 individua ulteriori categorie di soggetti, il cui commesso reato presupposto è capace di impegnare la responsabilità dell'ente, in quelle persone che si trovano a svolgere la propria attività all'interno dell'organigramma dell'ente, essendo sottoposti al potere di vigilanza e di direzione dei soggetti di cui alla lett. a) dello stesso disposto normativo.

In questo caso, a differenza dell'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetto in posizione apicale, a norma dell'art. 7, l'ente sarà responsabile solo ove venga dimostrato dalla pubblica accusa che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, escludendosi comunque l'esistenza di tale *deficit* di organizzazione se, prima della commissione del delitto, l'ente ha adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo, idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Quanto all'individuazione dei soggetti definibili come sottoposti, ai sensi della lett. b), art. 5, in precedenza si è avuto modo di osservare che la legislazione speciale, segnatamente il c. 3 bis dell'art. 18, d.lgs. 81/08 delinea il catalogo delle qualifiche professionali la cui attività è normativamente sottoposta al potere di ingerenza del datore di lavoro e del dirigente¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Il comma 3 bis, dell'art. 18, che, nell'elencare gli obblighi facenti capo al datore di lavoro e al dirigente, impone a questi di “vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25”. In particolare, si tratta del dovere di vigilare sull'adempimento degli obblighi facenti capo al preposto (art. 19), al lavoratore (art. 20), ai progettisti (art. 22), ai fabbricanti e fornitori (art. 23), agli installatori (art. 24) e al medico competente (art. 25), la cui mancata osservanza, nel caso di produzione dell'evento lesivo, fa sorgere in capo al datore di lavoro e al dirigente un'ipotesi di responsabilità omissiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, cpv., c.p. In questi termini CASS. PEN., SEZ. IV, 20.4.11, N. 28779: “In forza dell'art. 18, comma 3 bis, D.Lgs. n. 81/2008 l'obbligo di vigilanza e di controllo spettante al datore di lavoro, ma anche al dirigente nei limiti delle relative competenze funzionali, deve svilupparsi sull'attività degli altri soggetti che, a vario titolo, sono titolari pro quota dell'obbligazione di garanzia (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori, medico competente), e l'inosservanza a tale obbligo con riferimento al rispetto della normativa prevenzionale

Tale dato normativo abbisogna di essere integrato con una considerazione che *in positivo* connoti i soggetti sottoposti dalla normativa citata all'altrui potere di vigilanza, stante la possibile presenza, all'interno del catalogo fornito dal c. 3 *bis* dell'art. 18, di soggetti esterni all'azienda o all'attività produttiva della stessa. In questo senso, vengono in particolar modo in rilievo, per il preminente ruolo assegnato loro dalla legislazione antinfortunistica, le figure del medico competente e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ogni qual volta detti soggetti non siano legati all'organigramma dell'ente nelle forme del lavoro subordinato o similari.

Secondo un primo orientamento, difatti, sarebbero capaci di impegnare la responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/01*, solo i soggetti legati all'ente da un rapporto di lavoro subordinato¹⁶⁸ o anche parasubordinato¹⁶⁹, le cui posizioni lavorative sono quindi contrattualmente caratterizzate da un'ingerenza del committente nell'attività del prestatore.

Secondo l'orientamento maggioritario¹⁷⁰, invece, occorre avere riguardo all'esistenza in concreto di rapporti di direzione e vigilanza, a prescindere dalla fonte contrattuale che lega tali soggetti all'ente, sì che in presenza di tali condizioni sarà impegnata la responsabilità dell'ente, anche quando il reato presupposto è stato commesso da cd. collaboratori esterni.

L'interpretazione da ultimo esposta è sicuramente da preferire, sulla base del *principio di effettività* che ispira la disciplina recata dall'art. 5. Pertanto, in questi casi, decisivo sarà l'osservazione delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, nel senso della riconducibilità di tali soggetti nell'ambito della categoria dei cd. sottoposti, ogniquale volta essi siano effettivamente ed in concreto sottoposti alla direzione e vigilanza dei cd. apicali. Diversamente, qualora, cioè, non siano riscontrabili in concreto tali caratteristiche, si deve ritenere che il reato presupposto commesso da tali soggetti non è idoneo ad impegnare la responsabilità amministrativa dell'ente, venendo meno il presupposto della *posizione significativa* del reo rispetto all'organigramma dell'ente.

può portare alla responsabilità del soggetto obbligato in ossequio al principio generale fissato dell'art. 40, comma 2, c.p."

¹⁶⁸ GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2008, p. 43.

¹⁶⁹ VIGNOLI, *Societas puniri ipotest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 903 e ss.

¹⁷⁰ Così ritengono, PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. D. Agg.*, VI, 2002, p. 959; BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in *I Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, p. 139; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, p. 58; BASSI-EPIDENIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 158.

Appurato quanto sopra, si tratta di osservare, in relazione alle singole figure definibili come sottoposti, i doveri su di esse incombenti in materia prevenzionistica, la cui violazione, qualora si ponga come antecedente causale dell'evento morte o lesioni (gravi o gravissime) colpose, è idonea a radicare la responsabilità amministrativa da reato in capo all'ente, salva la necessità, ovviamente, di accertare la sussistenza delle condizioni di cui al citato art. 7.

Da questo punto di vista, preminente rilievo assume la figura del preposto, definito dalla lett. e), art. 2, d.lgs. 81/08, come colui che in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa.

Sul preposto, in particolare, non gravano compiti di attuazione delle misure di prevenzione, funzioni riservate ad altri livelli, quanto specificatamente il dovere di far applicare le misure da altri predisposte, dovendo egli semmai intervenire a specificare meglio, con ordini e direttive particolari, le cautele da osservare e le concrete modalità della loro applicazione¹⁷¹; sicché la violazione di tali obblighi di controllo (dell'operato altrui), di attuazione (delle misure da altri predisposte) e di iniziativa (nei termini di cui si è detto), può comportare la responsabilità del preposto in ordine ai reati presupposto individuati dall'art. 25 septies.

Rientra senza ombra di dubbio tra i cd. sottoposti, il lavoratore, ossia colui il quale si obbliga a fornire le proprie energie intellettuali e/o materiali contro retribuzione. Il lavoratore è prevalentemente creditore di sicurezza, ma il d.lgs. 81/08, così come del resto la previgente disciplina, pone a suo carico anche obblighi di eteroprotezione.

In particolare, l'art. 20, c. 1, contiene una clausola generale di protezione, in forza della quale egli deve prendersi cura anche della salute e sicurezza delle altre persone sulle quali ricadono

¹⁷¹ Così si esprime, CULOTTA-DI LECCE- CASTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, IV ed., Milano, 1996, p. 138. Nello stesso senso la giurisprudenza che individua nei preposti coloro i quali svolgono funzioni di immediata supervisione e diretto controllo sull'esecuzione delle prestazioni lavorative, CASS. PEN., 17.2.2005, N. 14017: "Occorre a questo punto chiarire le figure dei principali soggetti tenuti alla osservanza degli obblighi prevenzionali. Anche se nè il D.P.R. 547/1955 nè il D.Lgs. 19.9.1994 n. 626 forniscono una compiuta definizione del dirigente e del preposto, si può dire che: - datori di lavoro sono coloro che hanno la effettiva responsabilità gestionale dell'azienda o della unità produttiva, in quanto dotati dei relativi poteri di decisione e di spesa; - dirigenti sono coloro che dirigono le attività produttive dell'azienda o di singoli stabilimenti o reparti, senza avere poteri decisionali e finanziari riguardo alle strategie gestionali generali; - preposti sono coloro che sovrintendono a determinate attività produttive, o più esattamente svolgono funzioni di immediata supervisione e di diretto controllo sulla esecuzione delle prestazioni lavorative".

gli effetti delle sue azioni od omissioni¹⁷². Il c. 2 della stessa disposizione, peraltro, prevede una pluralità di obblighi specifici, alcuni dei quali caratterizzati da finalità di eteroprotezione, la cui violazione costituisce profilo di colpa specifica¹⁷³.

In relazione ad entrambi i profili evidenziati, dunque, non è dubbio che il lavoratore possa rendersi responsabile di uno dei reati presupposto di cui all'art. 25 *septies*, capaci di radicare la responsabilità amministrativa da reato in capo all'ente di appartenenza.

Altra figura inquadrabile nel novero dei cd. sottoposti, è il medico competente cui è demandato lo svolgimento di compiti dal contenuto informativo, valutativo e di accertamento, nell'ambito della sorveglianza sanitaria che costituisce una specifica forma della prevenzione antinfortunistica sul luogo di lavoro, nonché compiti di collaborazione con il datore di lavoro nell'elaborazione della valutazione dei rischi.

Il rapporto datore di lavoro-medico competente non è improntato a moduli di dipendenza gerarchica, stante gli ampi margini di autonomia, non solo valutativa, che sussistono in capo al secondo. Allorquando, però, si ravvisino nel caso concreto quelle condizioni di direzione e vigilanza che costituiscono il presupposto per la qualificazione del medico competente nei termini indicati dalla lett. b), art. 5, la violazione degli obblighi su di tale figura incombenti, a cui sia seguito il verificarsi degli eventi morte o lesioni di cui all'art. 25 *septies*, è in grado di impegnare la responsabilità dell'ente.

5.6.1. (*Segue*) – IL R.S.S.P.

Problematiche affatto peculiari solleva la figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (d'ora in avanti, Rssp) che rappresenta l'attore principale, assieme al datore di lavoro, del fondamentale manifesto a tutela della salute e sicurezza sul lavoro, costituito dal documento di valutazione dei rischi.

Se non possono nutrirsi dubbi sulla possibilità di annoverare tale figura nell'ambito della previsione di cui alla lett. b), art. 5¹⁷⁴, il maggiore profilo di criticità risiede nell'accertare se

¹⁷² Il c. 1, art. 20 pone a carico di ciascun lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

¹⁷³ Così si esprime, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2/2008, p. 63.

¹⁷⁴ Salva la necessità di accertare in concreto, nell'eventualità in cui il Rssp sia un consulente esterno rispetto all'organigramma dell'ente, la sussistenza in capo al datore di lavoro dei poteri di direzione e di vigilanza sull'attività svolta da tale figura. Del resto, l'autonomia decisionale di cui deve disporre il Rssp (in quanto la

ed in quali termini il Rssp può essere chiamato a rispondere dei reati di omicidio e lesioni colpose e, quindi, in ultima analisi, se ed in quali termini tale figura è in grado di impegnare la responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

Questione che interessa l'annosa e *vexata quaestio* della eventuale posizione di garanzia del Rssp.

I compiti del Rssp sono dettagliati nell'art. 33, d.lgs. 81/08 e tra questi rientra l'obbligo dell'individuazione dei fattori di rischio e delle misure da adottare per la sicurezza e la salubrità dell'ambiente di lavoro. Nello svolgimento di questi compiti, il Rssp opera *per conto* del datore di lavoro, svolgendo un'attività di consulenza in materia di prevenzione dei rischi, i cui risultati sono destinati al datore di lavoro, cui spetta materialmente il compito di ottemperare alle indicazioni, predisponendo gli opportuni presidi e le necessarie misure, idonee a rimuovere le situazioni pericolose segnalate dal Rssp¹⁷⁵.

Dall'osservazione dei compiti che la legge demanda al Rssp, discende che tale figura è priva di capacità operative sulla struttura aziendale. A tacer d'altro, significativamente l'art. 29, d.lgs. 81/08 ne costituisce una conferma, allorquando definisce di "collaborazione" l'attività prestata dal Rssp in occasione della predisposizione del documento di valutazione dei rischi, il cui obbligo e la cui correlativa responsabilità permane in capo al datore di lavoro, come si desume dall'art. 17 che prevede appunto l'indelegabilità di tale incombente. Peraltro, l'art. 55 punisce il solo datore di lavoro per omessa o insufficiente valutazione dei rischi, non prevedendosi, per contro, nel corpo del decreto, sanzioni a carico del Rssp.

Ricostruiti i compiti demandati per legge al Rssp, appurata l'assenza di poteri immediatamente operativi nell'ambito dell'organigramma dell'ente e, quindi, impeditivi degli eventi lesivi ricollegabili all'esercizio delle sue funzioni¹⁷⁶, verificato il difetto di un'espressa

sua attività è funzionale agli scopi di sicurezza da perseguire, come tale quindi, auspicabilmente privo di connotazioni dirigistiche) è compatibile sia con il potere di direzione che con quello di vigilanza dei soggetti di cui alla lett. a), art. 5.

¹⁷⁵ AMATO, *Le figure del processo di responsabilità derivante da violazioni antinfortunistiche*, in *Rivista* 231, 3/2008, p. 121. Nello stesso senso, si esprime la recente giurisprudenza, CASS. PEN. SEZ. FER., 12.8.10, N. 32357: "Tra i compiti ed i relativi poteri attribuiti al RSPP rientra l'obbligo dell'individuazione dei fattori di rischio e delle misure da adottare per la sicurezza e la salubrità dell'ambiente di lavoro: nello svolgimento di tali compiti, peraltro, egli opera "per conto" del datore di lavoro, svolgendo [solo] un'attività di "consulenza" nella materia della prevenzione dei rischi in ambiente lavorativo, di guisa che i risultati della sua attività sono destinati al datore di lavoro, cui compete, poi, di ottemperare alle indicazioni offertegli rimuovendo le situazioni pericolose".

¹⁷⁶ In particolare, l'attribuzione a taluno di una posizione di garanzia presuppone, oltre che la presenza di una valida fonte normativa che deponga in tal senso, la sussistenza di autentici poteri impeditivi che il garante tipico

sanzione in capo al Rssp in relazione alla sua attività di valutazione dei rischi, occorre conseguentemente escludere la sussistenza, in capo al medesimo, di una posizione di garanzia.

A ben vedere, peraltro, questa conclusione risulta essere avvalorata da un argomento normativo, costituito dalla previsione dell'art. 299, d.lgs. 81/08, secondo cui le posizioni di garanzia sussistenti in capo al datore di lavoro, al dirigente e al preposto, gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei predetti soggetti. Pertanto, è la legge stessa che, codificando le posizioni di garanzia nell'ambito della sicurezza sul lavoro, non include nel novero delle espresse menzioni il Rssp¹⁷⁷.

e primario è di regola chiamato ad esercitare. Mette ben in evidenza la necessità che accanto all'obbligo giuridico di impedire l'evento, sussista la presenza di poteri in grado di influenzare il corso degli eventi CASS. PEN. SEZ. IV, 3.5.10, N. 16761 secondo cui *“Si tratta di un problema particolarmente complesso perchè, secondo un orientamento dottrinale non potrebbe essere considerata posizione di garanzia quella nella quale esiste soltanto un obbligo di attivarsi o un obbligo di sorveglianza senza che questi obblighi siano accompagnati da poteri impeditivi di natura tale da consentire all'agente di evitare il verificarsi dell'evento. In merito a questo orientamento può osservarsi che la tesi in esame nasce dalla giusta esigenza che il garante sia in grado di influenzare il corso degli eventi e risponde alla necessità, riguardante il profilo soggettivo, che la condotta richiesta sia da lui esigibile. Se il garante non può comunque influenzare questo decorso è ovvio che l'evento non può essere a lui addebitato oggettivamente [...]. Per converso è da sottolineare che la disponibilità di poteri impeditivi non vale, da sola, a fondare l'obbligo di garanzia che deve preesistere alla condotta: [...]. Non è dunque sufficiente la disponibilità di poteri impeditivi per fondare la responsabilità per omissione. Non sembra invece condivisibile l'affermazione che il garante, perchè risponda dell'evento, debba essere dotato di tutti i poteri impeditivi dell'evento essendo richiesto all'agente che ponga in essere solo quelli da lui esigibili. [...] Insomma la posizione di garanzia richiede l'esistenza dei poteri impeditivi che peraltro possono anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento. Del resto nella gran parte dei casi i garanti non dispongono sempre e in ogni situazione di tutti i poteri impeditivi che invece di volta in volta si modulano sulle situazioni concrete: è ovvio che i poteri impeditivi dei genitori del minore, per esempio, variano di contenuto a seconda che essi siano presenti in una situazione di pericolo che può riguardare il minore o che il bambino sia affidato ad un familiare, alla scuola ecc.. Saranno proprio le situazioni concrete a determinare l'ambito dei poteri impeditivi esigibili da parte del garante e questi poteri impeditivi possono essere limitati ad un mero obbligo di attivarsi (per es. l'agente di polizia che viene a conoscenza che si sta commettendo un reato, ma non ha la possibilità di intervenire personalmente, dovrà segnalare appena possibile la situazione a chi è in grado di intervenire). Insomma all'obbligo giuridico di impedire l'evento deve accompagnarsi l'esistenza di poteri fattuali che consentano all'agente di porre in essere, almeno in parte, meccanismi idonei ad evitare il verificarsi dell'evento. In conclusione: l'agente non può rispondere del verificarsi dell'evento se, pur titolare di una posizione di garanzia, non dispone della possibilità di influenzare il corso degli eventi. Per converso chi ha questa possibilità non risponde se non ha un obbligo giuridico di intervenire per operare la modifica del decorso degli avvenimenti”*.

¹⁷⁷ La considerazione sul dato normativo di cui all'art. 299, d.lgs. 81/08 è compiuta da MASIA, Rssp (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione) e modello antinfortunistico, tra doverosità e facoltatività dell'agire prevenzionistico, in Rivista 231, 2/2011, p. 101. Esclude la sussistenza in capo al rssp di una posizione di garanzia, anche AMATO, cit., p. 121 secondo cui “il rssp non può essere chiamato a rispondere

Per concludere, non è possibile, allo stato della legislazione vigente, attribuire al rssp una posizione di garanzia, sia perché è assente una valida fonte normativa che deponga in tal senso, sia per l'assenza di autentici poteri impeditivi che il garante tipico e primario è di regola chiamato ad esercitare.

Quanto appena detto non toglie, però, che in capo al Rssp residui una responsabilità concorsuale (precisamente, da cooperazione nel reato colposo), ove la condotta del Rssp si sia tradotta in errate indicazioni e cautele, ovvero queste siano state decisamente omesse¹⁷⁸. In particolare, il Rssp, pur non potendo intervenire direttamente per rimuovere le situazioni di rischio, può essere ritenuto corresponsabile del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli *avrebbe dovuto conoscere e segnalare*, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare la situazione pericolosa¹⁷⁹.

per il solo fatto di non aver svolto adeguatamente le proprie funzioni di verifica delle condizioni di sicurezza"; nello stesso senso PISANI, *Posizione di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009, 123 secondo cui la conclusione "sembrerebbe rafforzata alla luce della nuova disciplina delle posizioni di garanzia di cui agli artt. 16 e 299 t.u.: al responsabile del servizio il legislatore non assegna poteri giuridici di organizzazione, gestione e controllo che contrassegnano l'obbligo di garanzia". In passato, si era espresso per l'opposta tesi VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 519, secondo cui il rssp "è gravato di un obbligo che occorrendo può essere richiamato per fondarne la responsabilità ex art. 40, cpv. c.p.: trattasi dell'obbligo basato appunto sul disposto dell'art. 9 d.lgs. 626/94 ovvero dell'obbligo contrattualmente assunto".

¹⁷⁸ Vi è da precisare che non essendo il rssp diretto destinatario per legge dell'osservanza dei precetti prevenzionali, essendo suo compito quello di individuare le situazioni di rischio da sottoporre all'attenzione del datore di lavoro, la condotta dello stesso, ancorché oggettivamente violatrice di taluno di essi, non potrà mai essere considerata caratterizzata da colpa specifica. Con la conseguenza che, qualora il reato contestato sia quello di lesioni colpose, tale reato sarà sempre perseguibile a querela di parte, anche nel caso in cui le stesse siano qualificabili come gravi o gravissime; così CASS. PEN. SEZ. IV, 31.3.06, N. 11351.

¹⁷⁹ Si veda a tal riguardo la recente giurisprudenza di legittimità che riprendendo orientamento consolidati, dopo aver escluso la sussistenza in capo al rssp di una posizione di garanzia, evidenzia la possibilità che costui, qualora la sua condotta colposa si ponga come concausa dell'infortunio, risponda dell'evento a titolo di cooperazione con il datore di lavoro che rimane l'unico titolare in questa materia della posizione di garanzia, spettando a quest'ultimo l'obbligo di effettuare la valutazione dei rischi e di elaborare il documento contenente le norme di prevenzione e protezione. CASS. PEN. SEZ. IV, 27.1.11, N. 2814 "*l'omissione colposa al potere-dovere di segnalazione in capo al RSPP, impedendo l'attivazione da parte dei soggetti muniti delle necessarie possibilità di intervento, finirebbe con il costituire (con)causa dell'evento dannoso verificatosi in ragione della mancata rimozione della condizione di rischio: con la conseguenza, quindi, che, qualora il RSPP, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, ben potrebbe (rectius, dovrebbe) essere chiamato a rispondere insieme a*

In conclusione, il Rssp sarà chiamato a rispondere secondo le regole generali, allorché la sua inosservanza colposa dei compiti di prevenzione attribuitigli dall'art. 33, d.lgs. 81/08 rappresenti una *concausa* dell'evento infortunio. Ciò perché l'omissione colposa al potere-dovere di segnalazione in capo al Rssp, impedendo l'attivazione da parte dei soggetti muniti delle necessarie possibilità di intervento, finisce con il costituire concausa dell'evento dannoso che si è verificato in ragione della mancata rimozione della situazione di pericolo.

Le considerazioni appena svolte hanno importanti ripercussioni in tema di responsabilità da reato degli enti.

Non sussistendo una posizione di garanzia e quindi un titolo di responsabilità autonoma, la condotta colposa del Rssp, come detto, dovrà essere inquadrata nel modello codificato dall'art. 113, c.p., ossia in *cooperazione* (il più delle volte, se non sempre), con il datore di lavoro o comunque con soggetto definibile apicale ai sensi della lett. a) art. 5, cui competono poteri impeditivi dell'evento dannoso realizzatosi.

Con la conseguenza che in questi casi l'ente, per andare esente da responsabilità, dovrà fornire la più gravosa prova liberatoria di cui all'art. 6, trattandosi di reato presupposto commesso (anche se non unicamente, ma in cooperazione con il Rssp) dal datore di lavoro, o comunque da soggetto apicale.

5.7. I SOGGETTI RESPONSABILI NELL'APPALTO E NEI "CANTIERI MOBILI"

Una posizione peculiare assumono i soggetti responsabili della gestione dell'appalto e del subappalto, ai fini del coordinamento con l'individuazione del soggetto autore del reato nel d.lgs. 231/01.

L'art. 26, d.lgs. 81/08, reca la disciplina dell'appalto d'opera o di somministrazione (in ambito lavorativo), individuando quale centro di poteri il "datore di lavoro committente", imponendogli obblighi di verifica, coordinamento e cooperazione finalizzati alla valutazione e alla gestione del cd. rischio da interferenza (DUVRI)¹⁸⁰.

questi (in virtù del combinato disposto dell'art. 113 c.p. e art. 41 c.p., comma 1) dell'evento dannoso derivatone".

¹⁸⁰ I rischi derivanti da interferenze, nella disciplina della sicurezza sul lavoro, sono i rischi per la salute e l'integrità fisica dei lavoratori derivanti dall'intervento di una ditta esterna nell'unità produttiva, dovuti al contatto con macchinari, sostanze o altre fonti di pericolo ivi presenti, o comunque dal concomitante operare di più maestranze nell'ambito della stessa unità produttiva.

Laddove la qualità di datore di lavoro e di committente convergano su una stessa persona, *nulla quaestio* in ordine all'assunzione da parte di quest'ultima della figura di soggetto in posizione apicale, ai sensi e per gli effetti della lett. a), art. 5.

Nell'ipotesi in cui invece tali qualifiche non coincidano, il comma 3 *ter*, art. 26, d.lgs. 81/08 impone l'obbligo di procedere alla redazione del DUVRI al *soggetto che affida il contratto*. In questo caso, è stato osservato che tale ultimo soggetto, in quanto dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa per la gestione del contratto che ha affidato, assumerà la qualifica di soggetto in posizione apicale¹⁸¹.

Altrettanto peculiare, ai fini del coordinamento con il d.lgs. 231/01, è la disciplina sancita con riferimento ai "cantieri temporanei o mobili"¹⁸². La disciplina individua il *committente* quale soggetto destinatario degli obblighi di direzione e coordinamento che, nella specifica ottica dell'art. 5, d.lgs. 231/01, deve definirsi come apicale.

In particolare, il committente è colui per conto del quale l'intera opera è realizzata, ossia colui che affida il contratto di appalto, nella normalità dei casi, dunque, il *proprietario* dell'immobile. Dubbi interpretativi, in tal contesto, sorgono nelle ipotesi in cui la titolarità formale del contratto spetta a persona diversa dal proprietario dell'immobile che risulta essere, in ultima istanza, il beneficiario dell'opera. In tali casi, valorizzando le ragioni di effettività intorno alle quali ruota la disciplina sancita dall'art. 5, qualora l'effettivo interesse al compimento dell'opera si allochi in capo al proprietario, sembra doversi individuare in quest'ultimo il soggetto committente e quindi, nell'ottica dell'art. 5, d.lgs. 231/01, il soggetto

¹⁸¹ REVERDITI, *I contratti di appalto e le responsabilità degli enti in materia di infortuni sul lavoro e reati ambientali*, Atti del convegno tenutosi a Torino, 26-27 settembre 2012, il quale mette in rilievo che in questi casi il soggetto che affida il contratto sarà o il committente in senso stretto o specifica figura al quale il primo ha delegato la funzione di redigere il DUVRI, nel rispetto dei canoni dell'art. 16, d.lgs. 81/08. Tratta diffusamente dell'argomento, SANTORIELLO, *Attività imprenditoriali, servizi in affidamento esterno e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2010, 2, 53 e ss.

¹⁸² La definizione è contenuta nell'allegato X, d.lgs. 81/08, ai sensi del quale sono da considerare tali "i lavori di costruzione, manutenzione, riparazione, demolizione, conservazione, risanamento, ristrutturazione o equipaggiamento, la trasformazione, il rinnovamento o lo smantellamento di opere fisse, permanenti o temporanee, in muratura, in cemento armato, in metallo, in legno o in altri materiali, comprese le parti strutturali delle linee elettriche e le parti strutturali degli impianti elettrici, le opere stradali, ferroviarie, idrauliche, marittime, idroelettriche e, solo per la parte che comporta lavori edili o di ingegneria civile, le opere di bonifica, di sistemazione forestale e di sterro. Sono, inoltre, lavori di costruzione edile o di ingegneria civile gli scavi, ed il montaggio e lo smontaggio di elementi prefabbricati utilizzati per la realizzazione di lavori edili o di ingegneria civile".

in posizione apicale, piuttosto la persona che si limita ad utilizzare a vario titolo l'immobile oggetto dei lavori in questione¹⁸³.

Peraltro, nel contesto da ultimo in esame, altra figura centrale è quella del *responsabile dei lavori*, ossia colui che il committente può incaricare per lo svolgimento dei compiti ad esso attribuiti dalla legge. Si tratta di un fenomeno diverso da quello della delega di funzioni, posto che con terminologia piuttosto perentoria, l'art. 93, d.lgs. 81/08 fa discendere dalla predetta nomina, per il committente, l'esonero "dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito". In questi casi, in presenza di un effettivo trasferimento di autonomia gestoria e di spesa dal committente al responsabile dei lavori (condizione necessaria, pur nel silenzio della legge, per l'operatività dell'esonero da responsabilità del primo), quest'ultimo assumerà la qualifica di apicale.

Diversamente, in assenza cioè di quell'effettivo trasferimento di poteri, la qualifica di apicale permarrà in capo al committente.

¹⁸³ REVERDITI, *cit.*, che a supporto della riportata conclusione, con specifico riferimento al rapporto di locazione, evidenzia la necessità di riconoscere il committente in capo al proprietario "se si pensa che questo rapporto non solo è destinato ad interrompersi (quantomeno come ipotesi) alla scadenza naturale, ma, eventualmente, anche prima, in caso di inadempienza del locatore o negli altri casi normativamente previsti".

6. LA COMMISSIONE DEL REATO NELL'INTERESSE O A VANTAGGIO DELL'ENTE

Al termine del paragrafo 4, si è affermato che i modelli dogmatici attraverso i quali comprendere le ragioni, al ricorrere della quali è consentito ascrivere alla responsabilità dell'ente, un reato commesso da un organo (nell'accezione data dalle lett. *a* e *b* dell'art. 5) dell'ente stesso - ossia il modello di immedesimazione organica e quello fondato sulla disorganizzazione dell'organizzazione dell'ente - non sono in conflitto tra di loro, integrandosi, piuttosto, nella prospettiva di garantire l'ineludibile necessità che l'illecito appartenga all'ente.

Nel senso che, ferma la centralità dell'osservazione delle dinamiche organizzative e operative dell'ente, onde ravvisare un coinvolgimento dell'ente nella commissione dell'illecito, (nell'ottica del doveroso bilanciamento tra contrapposti interessi costituzionalmente tutelati), il criterio della *posizione significativa*¹⁸⁴ dell'autore del reato presupposto (di chiara derivazione organicistica), si rivela funzionale ad individuare in prima battuta la *propensione* dell'ente all'illecito.

Il legislatore, però, non ha ritenuto sufficiente - ai fini della dichiarazione di responsabilità dell'ente - la sola condizione che il reato presupposto sia stato commesso da determinati soggetti, in virtù della posizione che questi rivestono in seno all'organizzazione dell'ente, essendo invece necessario considerare anche quali siano le conseguenze derivanti dall'illecito ed, in particolare, se tali conseguenze si risolvano in un beneficio per l'ente collettivo o siano invece indifferenti o finanche dannose per l'ente stesso¹⁸⁵.

In altri termini, si è ritenuto necessario accertare l'esistenza di un *collegamento rilevante* tra individuo-autore del reato presupposto ed ente collettivo di appartenenza che consenta di

¹⁸⁴ Come si è avvertito nel § 2.2., nella materia considerata dall'art. 25 *septies*, in relazione al criterio della posizione significativa dell'autore del reato, si impone un'opera di *riclassificazione* dei soggetti in posizione apicale e subordinata, secondo quanto previsto dalle lett. *a* e *b*, art. 5, nell'ottica delle disposizioni a tal fine rilevanti dettate dal TU 81/08. Sul punto si rinvia alla disamina compiuta nel § 5 e ss.

¹⁸⁵ In particolare, SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Rivista* 231, 4/2011, p. 73, che evidenzia come la previsione del c. 1, art. 5 non consente di fondare la responsabilità dell'ente sulla semplice esistenza di un rapporto di compenetrazione organica: "Il legislatore, dunque, non ha ritenuto sufficiente – ai fini della responsabilità dell'ente – che la persona fisica abbia agito per conto della società, perché la responsabilità di quest'ultima non può fondarsi sulla mera esistenza di un rapporto di compenetrazione organica tra singolo e persona giuridica, senza alcuna considerazione delle conseguenze che l'ente può ottenere dall'altrui condotta delittuosa".

ritenere l'illecito originato dal *centro d'interessi* dell'ente stesso, come tale destinatario meritevole della sanzione amministrativa¹⁸⁶.

A tal fine, si è previsto, quale ulteriore (rispetto alla posizione significativa dell'autore del reato) presupposto perché possa rinvenirsi una responsabilità da reato della persona giuridica, che i soggetti autori del reato presupposto - siano essi in posizione apicale o subordinata, secondo quanto previsto dalle lett. *a* e *b* dell'art. 5 - abbiano agito nell'*interesse* dell'ente, ovvero che questo abbia comunque tratto un *vantaggio* dall'illecito.

Rapportando tali considerazioni con l'ormai consolidata interpretazione del principio di personalità della responsabilità, può argomentarsi che il requisito codificato dall'art. 5 mira ad assicurare il rispetto del canone costituzionale citato, nella sua misura minima, che vieta forme di responsabilità per fatto altrui¹⁸⁷.

Essendo imprescindibile - come si è già dimostrato - assicurare che l'illecito appartenga all'ente (ai fini dell'irrogazione delle sanzioni nei suoi confronti), il requisito che vede la responsabilità dell'ente sussistere per i *sol*i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, garantisce contro forme di responsabilità che esulino totalmente dal centro d'interessi riferibile all'ente, già sul piano della causalità materiale¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Significativamente, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 332 che argomenta: "la prova dell'esistenza di un collegamento rilevante tra individuo e persona giuridica consente infatti di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi anche come fonte di rischio del reato. La sanzione amministrativa diretta alla persona giuridica colpisce lo stesso centro di interesse che ha dato origine al reato".

¹⁸⁷ Accoglie questa prospettiva, VENEZIANI, sub Art. 5, cit., p. 104. Nello stesso senso, SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, pp. 82 e ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1131, secondo cui i requisiti dell'interesse e del vantaggio delineano un nesso di imputazione oggettiva, in difetto del quale il reato risulterebbe altrui rispetto all'ente "allo stesso modo che risulta irrimediabilmente estraneo alla persona fisica il fatto che non abbia con essa alcun collegamento già sul piano della causalità materiale".

¹⁸⁸ Invero, vi è da dar conto di un'impostazione secondo la quale i criteri individuati dall'art. 5 operano non soltanto quali criteri di imputazione dell'illecito all'ente sul piano oggettivo, ma addirittura soggettivo. In questo senso, DE VERO, cit., p. 1156, secondo cui "il perseguimento di un vantaggio per l'ente di appartenenza, da parte del soggetto in posizione apicale, può promuovere una sorta di *traslatio* del dolo di questi in capo alla *societas*; per converso, la condotta di agevolazione colposa del vertice rispetto al reato del sottoposto - pur non determinando in atto, come sopra visto, una responsabilità penale a tal titolo in capo alla persona fisica - può legittimamente suggerire il fondamento di una colpa in senso stretto riferibile all'ente come tale". Come già detto, però, dal combinato disposto degli artt. 5, 6, 7 e 8 non sembra possibile argomentare l'accoglimento da parte del d.lgs. 231/01 della teoria organica, dovendosi rinvenire il profilo soggettivizzante della colpa dell'ente, nella disorganizzazione dell'organizzazione dell'ente rispetto al contenimento del rischio-reato.

Invero, non sono mancate opinioni secondo le quali i requisiti dell'interesse o vantaggio dell'ente, di cui all'art. 5, non sono idonei ad esprimere un effettivo legame eziologico, tali da risultare del tutto estranei alla *signoria d'azione* dell'ente imputato.

Si argomenta, pertanto, che il principio di personalità della responsabilità penale è contraddetto nei suoi postulati minimi¹⁸⁹.

Vi è da dire che l'obiezione esposta appare essere inconferente con il sistema delineato dal d.lgs. 231/01. Non trattandosi di una responsabilità penale e non potendosi sottacere le lapalissiane differenze tra imputare un fatto ad una persona fisica, anziché ad un ente collettivo, non possono essere trasportati in materia *de qua* istituti penalistici, per desumere l'incompatibilità del d.lgs. 231/01 con parametri riferibili esclusivamente a quelli.

Si è già detto che da una visione complessiva entro cui si inserisce il d.lgs. 231/01, sorge la necessità di assicurare la presenza di un argine garantistico che assicuri l'appartenenza dell'illecito all'ente. In tale ottica, si tratta, quindi, di rinvenire indici dotati di rilevante significatività allo scopo, che non possono, però, consistere nella mera duplicazione di istituti nati ed elaborati nella materia penalistica.

Da questo punto di vista, i criteri dell'interesse e del vantaggio possono rappresentare (sul versante oggettivo) criteri di collegamento che consentano ragionevolmente di attrarre nell'orbita della responsabilità dell'ente i reati commessi dai soggetti qualificati, a maggior ragione ove si consideri il passo in avanti compiuto dal legislatore del 2001, rispetto alle precedenti proposte normative avanzate in materia¹⁹⁰.

Il problema che si pone, allora, è quello di fornire un'interpretazione dei criteri in argomento che, in ossequio al principio di legalità sancito dall'art. 2, d.lgs. 231/01, ne riveli, appunto, la significatività nell'ottica dell'appartenenza dell'illecito all'ente. Interpretazione che, come si

¹⁸⁹ STORTONI-TASSINARI, *cit.*, p. 19, secondo i quali "Non è richiesta alcuna verifica causale. Il fatto è attribuito oggettivamente all'ente, sulla base, invero, di assai meno che un legame eziologico. L'interesse e il vantaggio, infatti, sono parametri così sterili da risultare del tutto estranei alla signoria d'azione del soggetto imputato, tali che, se il raffronto dovesse essere operato con l'ipotesi di un autore persona fisica, dovrebbe dirsi che egli sostanzialmente risponderebbe di un fatto altrui. Non c'è quindi bisogno di spingersi sino ad effettuare complesse considerazioni in tema di colpevolezza dell'ente, per avvedersi che il principio di personalità di responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. è qui contraddetto nei suoi postulati minimi". Nello stesso senso, PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*, *cit.*, p. 17 e ss.

¹⁹⁰ Il progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso (1 ottobre 1998), prevedeva che la responsabilità dell'ente sarebbe dovuta dipendere da "reati commessi "a favore, nell'interesse, per conto della persona giuridica da parte di soggetti competenti ad impegnarla". Come si vede, dunque, il progetto di riforma in questione prevedeva, quale collegamento tra il reato della persona fisica e la responsabilità dell'ente, criteri, quali "a favore" o "per conto" ancora meno significativa di quelli poi impiegati dal legislatore del 2001.

vedrà, assume contorni di particolare problematicità proprio con riferimento al disposto dell'art. 25 *septies*.

6.1. NATURA UNITARIA O DUALISTICA DEL CRITERIO DI IMPUTAZIONE OGGETTIVA

Preliminare e propedeutica alla declinazione del criterio cd. oggettivo nell'ambito dei reati colposi, di cui all'art. 25 *septies*, si rivela l'esegesi della formula “*nel suo interesse o a suo vantaggio*”. In particolare, stante la collocazione dei due concetti in esame nella medesima disposizione, è necessario verificare se il legislatore abbia inteso richiamare una nozione unitaria o se invece abbia voluto far riferimento a due concetti distinti.

Voci autorevoli hanno interpretato la formula di cui all'art. 5, come un'endiadi che sottende un criterio unitario, incentrato su un interesse dell'ente in senso oggettivo, a prescindere cioè da soggettive rappresentazioni o intenzioni del soggetto agente¹⁹¹.

Argomenti in tal senso vengono dedotti *in primis* dalla previsione di cui al c. 2, art. 5, ai sensi del quale l'ente non risponde se l'agente ha commesso il reato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. La previsione, come chiarito dalla Relazione¹⁹², opera in deroga al disposto del primo comma. Sicché - si argomenta - pare doversi escludere che il requisito del “vantaggio” abbia un ruolo autonomo, dovendo sussistere pur sempre un interesse, anche misto, dell'ente in relazione alla commissione del reato¹⁹³.

Al medesimo risultato interpretativo, la dottrina perviene attraverso un percorso argomentativo che prende le mosse dall'analisi della cooperazione rappresentativa, disciplinata dal codice civile. Si è evidenziato, in particolare, che allo stesso modo in cui ai

¹⁹¹ Così ritiene PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425. In maniera analoga, DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1352 che considera i due termini di “interesse” e “vantaggio” come “totalmente equivalenti”; CORDERO, *Procedura penale*, VII ed. Milano, p. 1329 che li qualifica come “sinonimi”.

¹⁹² Relazione governativa, *cit.*, ove si afferma che qualora risulti che il reato non è stato commesso nell'interesse dell'ente, anche solo concorrente, ossia nelle “ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo [...] il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio (la previsione opera dunque in deroga al primo comma)”.

¹⁹³ In particolare, DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Rivista* 231, 2/2008, p. 102, il quale afferma in relazione al disposto di cui al c. 2, art. 5, che “Ciò sembra escludere che il canone del vantaggio abbia un ruolo autonomo, poiché delle due l'una: o il vantaggio si accompagna ad un interesse, anche misto dell'ente, ed allora esso non svolge alcuna funzione essenziale; oppure quell'interesse è del tutto assente ed allora il vantaggio che l'ente abbia ricavato dal reato non è sufficiente a determinarne la responsabilità”.

fini della produzione di effetti nella sfera giuridica del rappresentato, occorre che vi sia stata una “cura programmatica dell’interesse alieno”, anche con riferimento alla materia *de qua* non è possibile “prescindere dalla programmatica funzionalizzazione della condotta lesiva a realizzare lo scopo del soggetto meta individuale”. Ciò che comporta la devalorizzazione, nel novero degli elementi strutturali, del mero vantaggio¹⁹⁴.

Altro argomento portato a dimostrazione della tesi unitaria del criterio, muove dal necessario assoggettamento della disciplina del d.lgs. 231/01 al principio costituzionale della personalità della responsabilità, in ragione del carattere afflittivo del relativo apparato sanzionatorio. In tal contesto, si argomenta la compatibilità con il citato canone costituzionale di una disciplina che valorizzi la sola destinazione genetica dell’atto a soddisfare un interesse, anche misto, dell’ente collettivo e l’indifferenza verso la mera fruizione delle conseguenze che del reato abbia fatto l’ente, in quanto il vantaggio, di per sé considerato, non garantisce il rispetto del canone costituzionale di personalità, potendo questo essere sconnesso da dati riconducibili all’atteggiamento complessivo dell’ente¹⁹⁵.

In generale, quindi, si può osservare come la tesi che propende per una concezione unitaria dei criteri di ascrizione della responsabilità, quali codificati all’art. 5, rimanda ad un superiore concetto di interesse, prevalentemente inteso in ottica oggettiva¹⁹⁶, tale da inglobare in sé anche l’eventuale vantaggio che del primo costituisca la conseguenza.

Di contro, nella Relazione governativa veniva mantenuta la distinzione tra interesse e vantaggio, rispettivamente intesi come finalità soggettiva della condotta, da valutarsi *ex ante* e dato oggettivo, da valutarsi *ex post*¹⁹⁷.

¹⁹⁴ ZOPPINI, *Imputazione dell’illecito penale e “responsabilità amministrativa” nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1324: che sulla base del parallelismo instaurato con la disciplina della cooperazione rappresentativa, conclude nel senso di ritenere che occorre “riconoscere un dato programmatico, consistente nel fatto che l’agire del preposto mira a realizzare un fine attuativo dello scopo sociale”; ciò che comporterebbe che “l’interesse o il vantaggio costituiscono nella struttura della norma un’endiadi”.

¹⁹⁵ SELVAGGI, *cit.*, p. 82 e ss., secondo cui il rimprovero volto a garantire la responsabilità dipendente da fatto proprio, modulato secondo la realtà dell’ente collettivo, rimanda ai concetti di politica d’impresa o difetto di organizzazione. Da qui la rilevanza della sola destinazione genetica a soddisfare un interesse, anche misto, dell’ente collettivo.

¹⁹⁶ Ancora SELVAGGI, *cit.*, il quale precisa che non è necessario che l’interesse sia in concreto soddisfatto, essendo sufficiente “un interesse dell’ente (o che è lo stesso, un suo possibile vantaggio) riconoscibilmente connesso alla condotta dell’autore del reato”.

¹⁹⁷ Relazione governativa, *cit.*, in cui si afferma: “E’ appena il caso di aggiungere che il richiamo all’interesse dell’ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che “si accontenta” di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall’ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*”.

Impostazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito che propendono per la natura dualistica del criterio codificato all'art. 5. In tal contesto interpretativo, si distingue un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio oggettivamente conseguito con la commissione del reato, seppur non prospettato *ex ante*; sicché – si conclude – l'interesse e il vantaggio sono in concorso reale¹⁹⁸.

I due vocaboli, pertanto, esprimono concetti giuridicamente diversi, ciascuno dei quali idoneo ad imputare all'ente, sul piano oggettivo, il reato presupposto commesso dalla persona fisica¹⁹⁹.

A supporto di questa conclusione possono in effetti rinvenirsi nel sistema diversi elementi.

In primo luogo, è stato sottolineato che il principio di conservazione dei valori giuridici conduce inevitabilmente a ritenere che i due termini non sono usati come sinonimi, posto che diversamente considerando si avrebbe una *interpretatio abogans* di uno dei due presupposti oggettivi di ascrizione della responsabilità, previsti nella parte generale del d.lgs. 231/01²⁰⁰.

¹⁹⁸ Così si esprime, CASS. PEN. SEZ. II, 20.12.05, N. 3615, secondo cui, “in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati “nel suo interesse o a suo vantaggio”, non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse “a monte” per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio oggettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato “ex ante”, sicché, l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale”. Negli stessi termini, con riferimento al fenomeno dei gruppi di società, TRIB. MILANO, SEZ. XI, 20.12.04, secondo cui “Perché possa configurarsi la responsabilità dell'ente discendente da reato è necessario, come si desume da una lettura sistematica degli artt. 5 e 12 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, trattandosi di criteri ascrittivi di responsabilità di carattere alternativo. Nei gruppi di società è da escludere, per gli inevitabili riflessi che le condizioni della società controllata riverberano sulla società controllante, sia che i vantaggi conseguiti dalla controllata, in conseguenza dell'attività della controllante, possano considerarsi conseguiti da un terzo, sia che l'attività di quest'ultima possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse di un terzo”.

¹⁹⁹ Sottolinea trattasi dell'opinione maggioritaria in dottrina, BERNASCONI, sub art. 5, in PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 98. In particolare, SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano 2004, p. 236 secondo cui l'interesse “debba pur sempre rispondere ad una tensione al risultato o all'utilità anticipata ideologicamente dal suo autore nel momento in cui ha posto in essere il comportamento criminoso”. Aderisce a questa impostazione anche VACIAGO, *La responsabilità normativa degli enti: profili normativi*, in AA.VV. *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/01. Profili metodologici e soluzioni interpretative*, Milano, 2008, p. 40 ss. che desume, quale argomento nel senso della non coincidenza tra “interesse” e “vantaggio”, il disposto dell'art. 26, laddove si distingue tra delitto tentato e consumato, affermando a tal riguardo che “se nel caso del reato consumato può senz'altro esservi un vantaggio per l'ente perché l'evento voluto per realizzarlo viene ad esistenza, nel caso del tentativo, tale vantaggio manca per definizione dal momento che non si deve verificare l'evento da cui esso scaturisce”.

²⁰⁰ ASTROLOGO, *Brevi note sull'interesse ed il vantaggio nel d.lgs. 231/01*, in *Ind. Pen.* 2003, p. 657. Nello stesso senso DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005, p. 3.

In secondo luogo - come evidenziato dalla migliore dottrina e dalla giurisprudenza di merito - spinge un argomento di ordine sistematico, desumibile dal disposto dell'art. 12, c. 1, lett. a) d.lgs. 231/01 che comprende, tra i casi di riduzione della sanzione pecuniaria irrogabile a carico dell'ente, l'ipotesi in cui l'autore abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non abbia ricavato alcun vantaggio, o ne abbia ricavato un vantaggio minimo²⁰¹. Ciò che sta a significare che la responsabilità dell'ente può originare da un illecito presupposto commesso nell'interesse dell'ente, senza che però l'ente stesso ne abbia ricavato alcun vantaggio.

Spinge, infine, verso una lettura dualistica del criterio in esame, un argomento di ordine squisitamente letterario, ricavabile dalla constatazione che nel comma 1, dell'art. 5, le parole "interesse" e "vantaggio" sono separate dalla particella disgiuntiva "o", proprio a segnalare il loro diverso significato²⁰².

I rilievi da ultimo evidenziati depongono indubitabilmente, nell'ottica del pieno rispetto del principio di legalità, quale in materia *de qua* sancito dall'art. 2, per una lettura della norma in esame che consenta di mantenere distinti i due concetti di "interesse" e "vantaggio"²⁰³ e di valorizzare gli stessi quali criteri di imputazione oggettiva dell'illecito all'ente posti in via alternativa, ciascuno dei quali, quindi, idoneo ad imputare all'ente, sul piano oggettivo, la condotta della persona fisica (apicale o subordinato) commissiva di un reato presupposto ex d.lgs. 231/01.

²⁰¹ ASTROLOGO, *cit.*, p. 657. Valorizza tale dato normativo, TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 11.01.10, secondo cui "Accedendo all'interpretazione più condivisibile, il giudicante deve escludere che la locuzione "interesse o vantaggio" di cui all'art. 5, D.Lgs. n. 231/2001, possa essere intesa in una complessiva ottica meramente rafforzativa di un solo concetto, tautologicamente ripreso dal secondo termine. I sostantivi sono individuati in via alternativa, come si ricava del resto anche dall'art. 12 che, nell'enucleare i casi di riduzione della sanzione pecuniaria, tratteggia quale ipotesi attenuata quella del fatto commesso dall'autore nel prevalente interesse proprio o di terzi se l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo. Ci può essere quindi responsabilità in presenza di un interesse, anche senza vantaggio".

²⁰² DI GIOVINE, *cit.*, p. 63. Sottolinea questo dato, seppur per inciso, CASS. PEN. SEZ. II, 20.12.05, N. 3615, secondo cui "Al riguardarsi osserva, in sede esegetica, secondo la Relazione alla legge, l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato "ex ante"; mentre il vantaggio richiede una verifica "ex post". Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa "e" tra le parole interesse e vantaggio; e non la congiunzione disgiuntiva "o" presente invece nella norma".

²⁰³ VENEZIANI, *cit.*, p. 106 e ss, secondo cui "sembra in effetti corretto mantenere distinto il profilo dell'interesse e quello del vantaggio". L'Autore, inoltre, mette in evidenza che "secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'interesse o il vantaggio sembrano inevitabilmente destinati a colorarsi di un significato economico; nondimeno un diretto contenuto economico non è richiesto come requisito necessario, in virtù della formula adottata dal legislatore".

6.1.1. IL RAPPORTO TRA I CRITERI DI IMPUTAZIONE

Intimamente connessa con la questione appena posta in evidenza, è la problematica concernente i rapporti sussistenti tra i criteri del “vantaggio” e dell’ “interesse”, in specie, il significato da attribuire agli stessi.

In particolare, il dilemma che affatica gli interpreti, ruota attorno alla natura soggettiva o oggettiva del requisito dell’interesse, nel senso che si pone l’alternativa di considerarlo come evocatore dell’atteggiamento psicologico dell’agente o, piuttosto, di ritenere che lo stesso assuma rilevanza, in quanto obbiettivatosi nel fatto di reato²⁰⁴.

A tal riguardo, è evidente, per quanto sopra esposto, che se si è disposti ad ammettere che quelli di “interesse” e “vantaggio” siano concetti autonomi, è doveroso sostenere, poi, che l’interesse presenta un profilo soggettivizzante, da intendersi come rappresentazione (nella sfera cognitiva del reo) degli effetti positivi in capo all’ente che, seppur in parte, hanno mosso la condotta dell’autore del reato.

Diversamente, cioè propendendo per una concezione oggettiva dell’interesse, i due concetti sarebbero praticamente sovrapponibili, come del resto risulta evidente dall’analisi dell’orientamento dottrinale che, attribuendo natura unitaria ai criteri in esame, individua un superiore concetto di interesse, inteso in senso oggettivo, comprensivo quindi del vantaggio eventualmente fruito dall’ente in conseguenza dell’illecito²⁰⁵.

Distinzione che, a tacer d’altro, risulta necessaria mantenere, alla luce dell’inequivoco dettato normativo dell’art. 12, c. 1, lett. a), prima evidenziato che ammette la presenza dell’interesse dell’ente, senza che questo dal reato abbia ottenuto alcun vantaggio.

Inoltre, proprio perché intesa in senso oggettivo, tale nozione di “interesse” evocherebbe l’accusa di portare a configurare una responsabilità oggettiva dell’ente, ritenuta contraria ai principi di garanzia dettati per il diritto penale, estensibili anche alla materia *de qua*²⁰⁶.

²⁰⁴ Mette in evidenza la stretta connessione con la problematica attinente alla natura unitaria o dualistica del criterio di imputazione oggettiva, DOVERE, *cit.*, p. 104 che propende per un lettura oggettiva del criterio dell’ “interesse”, richiamando “la *ratio legis*, che sarebbe frustrata se fosse possibile per all’ente avvantaggiarsi dell’erronea autorappresentazione dei mezzi e dei fini nei quali è incorsa la persona fisica. Inoltre, si aggiunge, il movente è genericamente irrilevante nel nostro ordinamento”.

²⁰⁵ Evidenziano questo dato, EPIDENIO-PIEFFER, *cit.*, p. 15.

²⁰⁶ Il rilievo è svolto da EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 15. L’estensione alla materia disciplinata dal d.lgs. 231/01 dei principi garantisti vigenti per il diritto penale è d’altro canto sancita dalla Relazione governativa, *cit.*, ove si legge: “Stanti le surriferite premesse di carattere empirico-criminologico, dal punto di vista teorico, non si sarebbero incontrate insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti. Sul punto può dirsi oltretutto superata l’antica obiezione legata al presunto sbarramento dell’art. 27 Cost., e cioè all’impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti. Come

Ma al di là dei rilievi sopra effettuati, alla conclusione che conduce ad interpretare i concetti di “interesse” e “vantaggio”, rispettivamente in ottica soggettiva e oggettiva e, quindi, a conferire agli stessi diversi significati, conduce un’argomentazione di ordine sistematico che consente di meglio comprendere i confini applicativi di ciascuno dei summenzionati criteri.

Si è visto che l’art. 5, c. 2, menziona il solo interesse e non anche il vantaggio, ai fini dell’esenzione da responsabilità dell’ente, qualora *“le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi”*.

Del resto, l’art. 12, c. 1, lett. a), dimostra che vi possa essere responsabilità dell’ente senza che questo ricavi dal reato alcun vantaggio, posto che *“la sanzione pecuniaria è ridotta [...] se: a) l’autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l’ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo”*.

Ciò comporta che il vantaggio non è essenziale ai fini della responsabilità dell’ente, mentre, sulla base del su menzionato c. 2, art. 5, si comprende che non vi può essere responsabilità dell’ente senza un suo interesse (anche se non esclusivo, tuttavia concorrente con quello personale o di terzi perseguito dall’autore) alla commissione del reato.

Se si pongono in relazione questi dati, con l’uso della particella “o” nell’enunciato dell’art. 5, c. 1 - indicativo della diversità di aree semantiche che i concetti di “interesse” e “vantaggio” coprono e dell’idoneità degli stessi a porsi in via alternativa quali criteri di imputazione - è possibile riconoscere ai criteri in argomento una precisa e reciproca *funzione ermeneutica*.

Nel senso che, se, come è vero, ciascuno dei due criteri è idoneo a fondare la responsabilità in capo all’ente, quindi anche il solo vantaggio da questo conseguito a seguito della commissione del reato presupposto, occorre conferire a tali criteri significati che consentano di far operare la clausola di esonero da responsabilità codificata al c. 2, art. 5, anche nell’ipotesi in cui, sul piano oggettivo, l’accusa porti la prova del solo vantaggio. Sorge la necessità, in altri termini, di dare coerenza al sistema di imputazione delineato dall’art. 5,

risulterà meglio nella parte della relazione dedicata a questo aspetto, appare ormai recessiva una concezione “psicologica” della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno nei termini in cui è stato poc’anzi descritto. Potrebbe anzi affermarsi che proprio la mancata previsione di una forma di responsabilità della persona giuridica in relazione a comportamenti in linea o comunque discendenti dalla politica aziendale, in uno con il suaccennato costume di rinnovare frequentemente e sistematicamente i centri di imputazione formali all’interno della stessa, si risolvesse - paradossalmente - nell’aggiramento di quel principio di “responsabilità personale” che ha rappresentato la remora più sensibile all’adozione da parte dell’Italia di nuovi modelli sanzionatori”. Ad ogni modo si vedano le considerazioni espresse nel § 4.1 e ss.

mediante un raccordo dei due criteri che spieghi il motivo per cui, da un lato, ciascuno dei due criteri è idoneo ad ascrivere l'illecito all'ente e, dall'altro, la clausola di esonero da responsabilità prende in considerazione il solo requisito dell'interesse e non anche quello del vantaggio.

Da questo punto di vista, allora, si comprende che, affinché il dato codificato al c. 2, art. 5 possa in concreto operare, anche quando la contestazione mossa all'ente si fondi esclusivamente sul conseguimento da parte dello stesso di un vantaggio (oggettivo, da valutarsi *ex post*), necessariamente si deve essere disposti ad ammettere che la condotta dell'autore del reato era tesa, a monte, a perseguire un interesse per l'ente (soggettivo, da valutarsi *ex ante*), rappresentato, almeno in parte (in quanto vi deve essere almeno un interesse concorrente dell'ente, con quello personale del reo o di terzi), dal conseguimento di quel vantaggio poi ottenuto dall'ente.

Diversamente, qualora si ritenga che il vantaggio conseguito dall'ente e su cui nel caso concreto viene fondata la responsabilità dell'ente, non costituisca l'oggetto (anche parziale) della rappresentazione che a monte muoveva la condotta del reo, o comunque, si riveli estraneo o ultroneo rispetto all'interesse dell'ente, in virtù del quale il reo ha agito, il meccanismo di esonero della responsabilità (*ex art. 5, c. 2*), opererebbe in maniera del tutto indifferente rispetto alla presenza del conseguito vantaggio.

Conclusione che, però, si rivela all'evidenza incoerente con la necessaria natura dualistica dei criteri di imputazione della responsabilità codificati dall'art. 5, ciascuno dei quali - è bene ricordare - idoneo ad imputare sul piano oggettivo il reato all'ente.

Ciò sta a significare che, ai fini della punibilità dell'ente, *non vi può essere vantaggio che non sia stato prima un interesse dell'ente o che di questo ne rappresenti la naturale conseguenza*.

Pertanto, il vantaggio rilevante nell'ottica dell'imputazione del reato all'ente, da un punto di vista oggettivo, è solo quello che costituisce la realizzazione concreta dell'interesse che l'ente aveva con riguardo al reato commesso dalla persona fisica.

Ciò che induce a non attribuire rilevanza, nell'ottica dell'imputazione del reato all'ente, a forme di vantaggio comunque realizzate dall'ente in conseguenza del commesso reato che non siano identificabili con l'interesse che nutriva l'ente prima della commissione del fatto o che rispetto a detto interesse non si pongono in termini di consequenzialità²⁰⁷.

²⁰⁷ Adottando la proposta impostazione si evita il pericolo messo in luce da SELVAGGI, *cit.*, p. 30 che "la verifica della sussistenza del criterio in parola possa dare esiti positivi anche soltanto valorizzando fatti del tutto esteriori

Allo stesso tempo, la menzione del solo requisito dell'interesse all'interno della clausola di cui al c. 2, art. 5 e l'utilizzo della particella "o" al primo comma dello stesso articolo, assegna all'interesse un'area semantica più ampia di quella appena evidenziata in relazione al vantaggio, quest'ultima corrispondendo ad una parte soltanto della prima, ossia quella che effettivamente si traduce in un risultato conseguito²⁰⁸.

Da ciò consegue che ai fini della responsabilità dell'ente rileva un interesse dello stesso che non deve necessariamente essere funzionale ad ottenere un vantaggio per l'ente e che, anche qualora lo fosse, non necessariamente si deve tradurre in un risultato conseguito.

Quando invece l'interesse si traduce in vantaggio²⁰⁹, il primo viene (dal punto di vista naturalistico) ad identificarsi nel conseguito risultato. In questi casi, quindi, non ha più senso discorrere di reato commesso nell'interesse dell'ente, posto che si è concretizzato nell'ottenuto vantaggio, coerentemente con l'utilizzo della particella "o" nell'art. 5, c. 1²¹⁰.

al reato, come se, nell'ottica dell'imputazione, il giudice dovesse ricostruire il presupposto di responsabilità chiedendosi a chi giova il reato?". In particolare, l'Autore argomenta in senso critico che può verificarsi che "il vantaggio venga autonomamente operato nel caso in cui si sia prodotto un beneficio per l'ente anche, ricostruendo la situazione esistente al momento della condotta, ci si avveda che l'azione in concreto tenuta dall'agente non era in sintonia con gli interessi collettivi [...] un esito del genere finirebbe, in sostanza, per stabilizzare (anche) un criterio teso ad attribuire rilevanza alla mera fruizione del reato da parte dell'ente [...] [nonostante] la scontata inidoneità di quest'ultima circostanza a rispecchiare dati riconducibili all'atteggiamento complessivo dell'ente".

²⁰⁸ Lucidamente evidenziano la funzione ermeneutica all'indicazione figurante nel c. 1, art. 5, del "vantaggio" EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 20, secondo i quali: "L'indicazione del vantaggio nell'art. 5, c. 1, assume quindi anche una funzione ermeneutica – quella di imporre un'interpretazione più ampia del termine interesse, quale fondamentale criterio di imputazione dell'illecito che il vantaggio contribuisce solo a meglio specificare in uno dei suoi aspetti che assume autonoma significanza quando si traduca effettivamente in un risultato conseguito, rispetto al quale il correlativo interesse rappresenta un *prius* che non esiste più quando il vantaggio si è realizzato".

²⁰⁹ La necessità in questi casi di determinare il vantaggio conseguito dall'ente è d'altro canto imposta da specifiche norme di legge che ne ricollegano la produzione di determinati effetti, quali ad esempio l'operatività dell'attenuante di cui all'art. 12, c. 1, lett. a). Da qui si comprende come il vantaggio, qualora conseguito dall'ente, assume uno specifico rilievo giuridico autonomo.

²¹⁰ Da questo punto di vista, interessante si rivela l'esegesi offerta dalla giurisprudenza di merito, secondo cui il requisito del vantaggio deve essere valorizzato, sul piano processuale, nella formazione della prova della responsabilità dell'ente, quale elemento apprezzabile *ex post*, ma dimostrativo dell'interesse dell'ente *ex ante* e che esso sia destinato a perdere vigore probatorio, in presenza della prova positiva di un interesse esclusivo o di terzi presente nella condotta tenuta da parte delle persone indicate nel primo comma dell'art. 5, d.lgs. 231/01. TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 11.01.10: "*La lettura del secondo comma lascia però comprendere che, pur in presenza di un vantaggio, l'ente non possa rispondere in assenza di un reato commesso anche nel suo interesse. Per non lasciare al testo dell'art. 5 una portata criptica, si deve ritenere che il vantaggio possa essere valorizzato, sul piano processuale, precisamente nella formazione della prova della responsabilità dell'ente, quale elemento apprezzabile ex post ma dimostrativo del suo interesse ex ante e che esso sia destinato a perdere vigore probatorio in presenza della prova positiva di un interesse esclusivo proprio o di terzi presente nella condotta tenuta da parte delle persone indicate nel primo comma*".

Da un punto di vista strettamente processuale²¹¹, le superiori considerazioni si tradurranno, quindi, nell'onere in capo all'accusa di provare *indifferentemente* l'estremo dell'interesse o quello del vantaggio, ove nella fattispecie conseguito dalla società.

Il vantaggio a tal fine rilevante, però, è solo quello che prima della realizzazione del reato rappresentava l'oggetto dell'interesse dell'ente, in virtù del quale la persona fisica ha commesso il reato o che comunque di questo ne rappresenti la normale conseguenza.

Non anche dunque forme di vantaggio casualmente ottenute dall'ente in conseguenza del reato o benefici comunque conseguiti dall'ente, pur nell'ambito di una situazione in cui vi sia contrasto tra gli interessi patrimoniali della persona giuridica e la condotta delittuosa posta in essere dal singolo²¹².

In generale, comunque, onde assicurare che il vantaggio operi e sia funzionale a garantire una connessione significativa tra il reato commesso dalla persona fisica e l'attività imprenditoriale dell'ente, dovendo l'illecito essere ricollegabile alla struttura organizzativa, la valutazione (sulla sussistenza di un vantaggio per l'ente) non deve essere svolta isolando le singole conseguenze del reato, ma considerando in termini complessivi quali siano stati gli effetti che in capo alla persona giuridica sono derivati dall'illecito stesso²¹³.

²¹¹ BONATI, *sub* Art. 25 *septies*, *cit.*, secondo cui: “la prova della sussistenza dell'interesse dell'ente spetterà alla pubblica accusa, laddove la prova della commissione del reato nell'interesse esclusivo di terzi o dell'autore del reato, quale causa oggettiva di esclusione della responsabilità, graverà sulla difesa con le relative conseguenze in caso di fallimento dell'allegazione” Diversamente, sostengono BASSI-EPIDENIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 161, che simili conclusioni non sono giustificate dalla lettera della legge, ritenendo l'interesse e il vantaggio, elementi costitutivi dell'illecito. Il relativo onere, pertanto, grava sull'accusa, onerata della dimostrazione di un interesse dell'ente ancorché non esclusivo e la difesa impegnata, solo in replica ai risultati eventualmente raggiunti dall'accusa, a dimostrare che invece l'interesse è esclusivamente dell'autore del reato o di terzi ovvero che sussistono elementi impeditivi della responsabilità o di determinate sanzioni.

²¹² SANTORIELLO, *cit.*, p. 81 che, con riguardo alle ipotesi di contrasto tra gli interessi della società e le finalità perseguite dal singolo delinquente, per argomentare l'irrelevanza del beneficio ottenuto in questi casi dall'ente, ai fini della responsabilità dello stesso, formula il seguente esempio: “Si pensi al caso in cui gli amministratori falsifichino i dati di bilancio onde occultare gli utili maturati nel corso dell'anno dall'impresa per poi versarli su propri conti personali: la società, in tal caso, maturerà senz'altro un risparmio in termini di oneri fiscali da versare, ma è corretto sostenere che si è in presenza di un vantaggio rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 231/01?”

²¹³ Ancora, SANTORIELLO, *cit.*, p. 81 che con riguardo a tale ipotesi, formula il seguente esempio: “Ancora si pensi all'amministratore il quale, consapevole dell'intenzione dell'assemblea dei soci di rimuoverlo dall'incarico per la sua incapacità gestionale, corrompa un pubblico ufficiale per evitare l'applicazione di sanzioni tributarie o previdenziali a carico della società ed evitare così la rimozione: la società, in tale ipotesi, non si vedrà applicate le dovute sanzioni, ma si può ritenere che ciò integri un vantaggio rilevante ai sensi dell'art. 5?”

Quanto sopra spiega il motivo per cui l'ente incriminato, per andare esente da responsabilità, dovrà, sul piano oggettivo, offrire la prova che, anche in presenza di un vantaggio conseguito, il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo dell'autore dello stesso o di un terzo.

Rappresentando il vantaggio il precipitato reale dell'interesse per l'ente che a monte muoveva l'autore del reato, dimostrare che il fatto non è stato commesso neppure in minima parte nell'interesse dell'ente, significa dire che il vantaggio, neppure in minima parte, rappresentava un interesse dell'ente che muoveva dal punto di vista soggettivo la condotta dell'autore del reato; dunque, un vantaggio non imputabile all'ente.

Qualora invece l'interesse dell'ente, in virtù del quale il reo ha commesso il reato, non era teso a conseguire un vantaggio o comunque non si è tradotto in vantaggio, nulla si oppone all'operatività della clausola di esonero di cui all'art. 5, c. 2. In tal caso, quindi, all'ente spetterà l'onere di dimostrare che la condotta delittuosa posta in essere dal soggetto agente era volta a perseguire un interesse alieno rispetto all'ente.

6.2. IL CRITERIO DI IMPUTAZIONE IN PRESENZA DI REATI COLPOSI

Appurato il significato del criterio di imputazione oggettiva nello schema generale delineato dal d.lgs. 231/01, ben si comprendono le difficoltà di adeguare il disposto codificato all'art. 5, con l'ipotesi prevista dall'art. 25 *septies*.

In particolare, l'inserimento all'interno del novero dei reati presupposto di illeciti di carattere colposo, si è rivelato generatore di un duplice ordine di problemi che fanno dubitare della compatibilità del modello di responsabilità in questione con i criteri di imputazione cd. oggettivi in esame.

Da un punto di vista generale - ossia avendo riguardo alla compatibilità della struttura dell'illecito colposo con quello amministrativo "da reato" - si è, *a ragione*, argomentato che dal reato colposo, o meglio dall'evento costitutivo del reato, morte o lesioni, non può di certo derivare un risultato positivo qualificabile in termini di vantaggio per l'ente²¹⁴, allo stesso

²¹⁴ EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 13, che mettono in luce come le difficoltà interpretative che le ipotesi codificate all'art. 25 *septies* sollevano con riferimento al criterio di imputazione oggettiva dipendono in prima battuta dalla "scelta minimalista" a suo tempo operata dal legislatore delegato (che non introduceva immediatamente le ipotesi colpose nel novero dei reati presupposto), che ha fatto sì che "le discussioni dottrinarie e le elaborazioni giurisprudenziali, in punto di definizione del requisito dell'interesse, fossero condotte sullo sfondo (spesso inconscio) rappresentato da reati presupposto di natura dolosa e fossero finalizzate a risolvere problemi ermeneutici determinati da reati dolosi".

modo per cui è in ogni caso implausibile ritenere che la lesione all'integrità fisica o della vita del lavoratore (o di terzi coinvolti nella scena-lavoro) possa a monte rappresentare un interesse dell'ente, in ragione del quale la persona fisica ha commesso il reato²¹⁵.

In secondo luogo - con specifico riferimento al requisito dell' "interesse", interpretato in ottica soggettiva - la prescrizione che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente, se risulta agevolmente comprensibile a fronte della commissione di reati dolosi, appare incompatibile con le fattispecie colpose, dovendosi in effetti dubitare che in assenza di un elemento volitivo di indirizzo in capo all'agente rispetto alla produzione degli eventi lesivi, si possa ricollegare il reato presupposto ad un interesse dell'ente.

Se è vero, infatti, che la responsabilità ex d.lgs. 231/01 - con specifico riferimento al concetto di "interesse" - può essere predicata solo per quei reati che siano stati posti in essere al fine di procurare un indebito arricchimento all'ente, e se è vero che l'accertamento di una simile finalità deve essere condotto in chiave soggettiva e *ex ante*, la possibilità di verificarne la sussistenza rispetto ad un qualunque reato colposo è apparsa alla quasi totalità dei commentatori quantomeno evanescente²¹⁶.

²¹⁵ Evidenzia in particolare questo dato, DOVERE, *cit.*, p. 111, secondo cui quando "il problema è stato posto nei termini che gli sono propri non si è mancato di cogliere la natura paradossale dell'affermazione per la quale l'evento morte o l'evento lesione possono tradursi in un vantaggio per l'ente o esprimerne l'interesse. In realtà si tratta di eventi che, lungi dal determinare un accrescimento patrimoniale dell'ente o un risparmio di costi, sono generatori di danni di vario genere. Basti pensare alla perdita d'immagine, alla diminuzione del patrimonio di competenze, ai costi connessi alla formazione di un nuovo addetto o a quelli derivanti da un peggioramento delle relazioni industriali. Quanto alla funzionalità dell'evento rispetto all'interesse dell'ente [...] sarebbe in ogni caso implausibile ipotizzare che dalla lesione all'integrità fisica o della vita del lavoratore possano obiettivamente derivare utilità per l'ente".

²¹⁶ In particolare, da più parti è stato affermato che il reato colposo, proprio perché non richiede la volontarietà dell'evento, non può ritenersi commesso nell'interesse dell'ente, difettando il requisito finalistico dell'azione posta in essere dalla persona fisica. Riportano tale concetto, MANCINI, *L'introduzione dell'art. 25 septies. Criticità e prospettive*, in *Rivista* 231, 2-2008, p. 54; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 2004, p. 673. I termini del problema sono nitidamente tracciati da SANTORIELLO, *Violazioni delle norma antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse e a vantaggio dell'ente*, in *Rivista* 231, 2008, p. 171, che evidenzia come "nell'ambito della condotte colpose sia per definizione assente qualsiasi atteggiamento finalistico da parte del soggetto agente: se in presenza di un'intenzionale alterazione dei dati contabili è possibile ipotizzare che il falso è stato commesso nell'interesse dell'impresa, volendo o occultare le perdite economiche subite nel corso dell'esercizio, un'analoga affermazione è implausibile, ad esempio con riferimento ad un imprenditore che ignorando la potenzialità patogena dell'amianto per la salute umana ometta di dotare i locali della propria azienda di idonei aspiratori di fumo. In sostanza nelle fattispecie colpose il singolo viene accusato di aver tenuto una determinata condotta pericolosa per l'altrui incolumità in violazione della normativa cautelare che prescriveva le precauzioni da assumere prima di adottare quel determinato comportamento, fermo restando però che esula dalle intenzioni dell'agente qualsiasi volontà di cagionare danni a terzi, giacché è proprio tale ultimo elemento – ovvero la non volontarietà delle conseguenze negative subite da altri soggetti in conseguenza della condotta negligente ed imprudente – a differenziare la condotta colposa da quella dolosa".

La (apparente) fondatezza dei rilievi appena esposti potrebbe condurre a ritenere l'incompatibilità del criterio di imputazione oggettiva di cui all'art. 5, rispetto agli illeciti dipendenti da reati colposi di cui all'art. 25 *septies*²¹⁷.

Prospettiva quest'ultima che, al di là della correttezza delle soluzioni proponibili, non può però essere accolta, sostanzialmente per due ordini di (irriducibili) motivi, rispettivamente riferiti alle due problematiche sopra evidenziate.

Innanzitutto – con riferimento alla ritenuta incompatibilità di struttura dei due modelli di illeciti in considerazione – non può essere sostenuta la disapplicazione dell'art. 25 *septies*, in quanto altrimenti si perverrebbe ad una *interpretatio abrogans* della nuova normativa, la cui previsione era già presente nella legge delega. Conseguenza che sarebbe, oltre che contraria al principio della conservazione delle norme giuridiche (secondo cui gli enunciati normativi devono essere interpretati in modo da avere un significato, piuttosto che nessuno), irrispettosa del canone di cui all'art. 101 Cost. (di sottoposizione del giudice alla legge), ove si andasse a sostenere l'inapplicabilità della nuova fattispecie di illecito, contro l'espressa volontà del legislatore²¹⁸.

D'altro canto, - con riferimento alla ritenuta incompatibilità del concetto di interesse con gli illeciti colposi - prescindere dal requisito dell'interesse, ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente, nei casi di illeciti presupposto colposi, comporta un'evidente violazione del principio di legalità. Il dato letterale dell'art. 5 pone, infatti, in termini generali il requisito dell'interesse come costitutivo dell'illecito, senza stabilire alcuna clausola di compatibilità in relazione alla natura degli illeciti presupposto, in ciò ottemperando alla previsione contenuta nella legge delega²¹⁹. Pertanto, ogni interpretazione che consentisse di

²¹⁷ In particolare, se si volesse dar corso all'assoluta incompatibilità, le alternative sarebbero due, a seconda di quale sia la problematica sotto l'angolo visuale della quale si intende analizzare il problema: disapplicare l'art. 25 *septies*, in quanto i reati presupposto colposi non consentirebbero mai di integrare i criteri di imputazione oggettivi, di cui all'art. 5 (in quanto la lesione all'integrità fisica o alla vita non può ragionevolmente mai rispondere ad un interesse dell'ente o ad un vantaggio dello stesso), oppure ritenere inapplicabile il requisito dell'interesse (in virtù del fatto che nei reati colposi, l'evento del reato è necessariamente non voluto dall'agente), sostenendosi che l'imputazione dell'illecito all'ente, nei casi disciplinati dall'art. 25 *septies*, sarebbe sostanzialmente giustificata dalla sola esistenza della cd. colpa organizzativa, per mancata o inadeguata adozione e attuazione dei modelli di organizzazione e controllo di cui agli artt. 6 e 7.

²¹⁸ Sul punto si rinvia al § 1. Basti ricordare comunque che l'art. 11, legge-delega 300/2000 prevedeva un catalogo di reati tendente a coprire vasti settori del diritto penale, annoverando tra di essi anche "i reati previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro".

²¹⁹ L'art. 11, nel prevedere la delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, alla lett. e), c. 1, prevedeva in termini assolutamente generali l'operatività del criterio dell' "interesse" in tutti i

prescindere dal predetto elemento costitutivo dell'illecito amministrativo²²⁰, da un lato si esporrebbe a dubbi di incostituzionalità, perché determinerebbe un'inottemperanza alla legge-delega, dall'altro rappresenterebbe un'inaccettabile interpretazione in *malam partem*, mediante parziale disapplicazione di una parte dell'enunciato normativo di cui all'art. 5: interpretazione che sarebbe incompatibile con il sistema di garanzie²²¹ che devono ritenersi operanti anche con la disciplina punitiva del d.lgs. 231/01²²².

Per tali ragioni, occorre *forzatamente* andare alla ricerca di una risoluzione della problematica in argomento che si muova entro gli invalicabili confini tracciati dal principio di legalità, ma che al contempo consenta la piena applicazione anche alla materia disciplinata dall'art. 25 *septies*, dei criteri di imputazione dell'illecito all'ente, quali codificati dall'art. 5 e della clausola di esonero della responsabilità, di cui al c. 2 della disposizione citata.

6.2.1. LA CONDOTTA QUALE MOMENTO DI VALUTAZIONE

Tentando di procedere secondo un certo ordine sistematico, occorre preliminarmente ricercare una soluzione alla prima problematica sopra evidenziata, relativa alla compatibilità della struttura stessa dell'illecito dell'ente, con quella propria delle fattispecie colpose di evento, considerate dall'art. 25 *septies*.

In particolare, sorge la necessità di comprendere come possa l'evento lesione o morte, necessariamente non voluto dall'autore del reato, porsi quale oggetto dell'interesse dell'ente, o identificarsi nell'utilità dall'ente maturata a seguito della commissione del reato colposo presupposto.

casi di applicazione della normativa, quindi anche per i reati individuati dalla lett. c), ossia "in relazione alla commissione dei reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro".

²²⁰ Ivi compresa un'interpretazione dell'art. 5, come se sostenesse una riserva implicita di compatibilità del requisito dell'interesse in esso previsto con la natura colposa dell'illecito presupposto, che porti a ritenere insito detto requisito nella condotta della persona fisica. Interpretazione, come si vedrà, fatta propria da una parte della dottrina.

²²¹ Così si esprimono EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 14 che evidenziano altresì come "il requisito dell'interesse è strutturale nel sistema del d.lgs. 231/01 e la rinuncia alla sua configurabilità comporterebbe conseguenze paradossali in punto di applicazione di una serie di altre norme, in cui l'interesse è comunque presupposto, quale, ad esempio, la citata attenuante ex art. 12, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001".

²²² Sull'estensione delle garanzie previste dal diritto penale alle altre forme di responsabilità di carattere punitivo, ancorché qualificate diversamente, per tutti, ZAGREBELSKI, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. VI, p. 31.

Questa problematica, invero, si pone come *prius* logico per la stessa configurabilità del criterio di imputazione oggettiva in rapporto alla responsabilità degli enti per illeciti colposi, in quanto permette di individuare il *parametro di riferimento* su cui incentrare la successiva ricerca di una soluzione interpretativa compatibile con l'estremo dell'interesse (anche se, invero, le stesse considerazioni si rivelano funzionali anche con riferimento al criterio del vantaggio).

A tal proposito, si è da più parti lucidamente evidenziata la necessità, in relazione ai reati colposi, di interpretare la formula “reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio” come riferita “non già agli eventi illeciti non voluti, bensì alla condotta che la persona fisica abbia tenuto nello svolgimento della sua attività per l'ente”²²³.

Una tale soluzione interpretativa, da un punto di vista logico-pratico, evidentemente si rende necessaria per superare l'assoluta incompatibilità della formula di cui all'art. 5 con i reati presupposto colposi di evento, nell'ipotesi in cui si volesse rapportare l'interesse o il vantaggio dell'ente, all'evento lesioni o morte.

Ma al di là dell'opportunità di adottare tale soluzione, al fine di consentire al criterio in esame di operare nell'ipotesi di cui all'art. 25 *septies*, ne occorre valutare la stessa praticabilità, in ossequio alle garanzie dettate dal d.lgs. 231/01 (o comunque da quelle penali estensibili alla materia *de qua*), in specie, il principio di legalità.

In tale ottica, si è infatti dubitato dell'incostituzionalità di una tale interpretazione, in quanto, così impostata la questione, la responsabilità dell'ente discenderebbe non già dal reato colposo di evento, bensì dall'illecito, talvolta anche di carattere penale, in cui consiste la condotta. Con effetti (ritenuti) singolari: se la violazione cautelare non integra di per sé reato, l'ente viene chiamato a rispondere per una condotta che gli appartiene, ma non costituisce illecito penale; se a quella violazione consegue un'autonoma sanzione penale, l'ente è

²²³ In questo modo si esprimeva, già prima dell'introduzione dell'art. 25 *septies*, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 426. In maniera analoga, nel senso che con riguardo ai reati colposi occorra sostituire la locuzione “reato commesso nell'interesse” con un richiamo al fatto colposo, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005, p. 63. Per MASIA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Rivista 231*, 2008, p. 110: “la condotta inosservante di regole, cautelari e prevenzionistiche, può assurgere – meglio dell'intero fatto di reato – a momento di anticipata valutazione di interesse e vantaggio, liberando l'interprete da un compito difficile se non impossibile (si pensi, a mero titolo esemplificativo, al dirigente che accelera i processi produttivi a scapito della sicurezza dei lavoratori)”.

chiamato a rispondere in realtà per un reato diverso da quelli previsti dall'art. 25 *septies*. E in tal contesto, l'evento lesivo degraderebbe ad una sorta di condizione di punibilità²²⁴.

A sostegno dell'opposta argomentazione, si sono evidenziati i plurimi dati normativi in seno al d.lgs. 231/01, da cui emerge(rebbe) la volontà del legislatore di ricollegare il criterio dell'interesse e del vantaggio, all'elemento del reato presupposto rappresentato dalla condotta del reato. In questo contesto, si è in special modo sottolineato il "limpido dato letterale" desumibile dall'art. 5, c. 2, secondo il quale "l'ente non risponde se le persone indicate nel 1° co. hanno agito nell'interesse esclusivo o di terzi": un'espressione ("hanno agito"), dunque, che induce a focalizzare l'attenzione sulla condotta dell'autore del reato presupposto²²⁵.

In realtà, vi è da dire che dalla formulazione delle norme utilizzate dal legislatore delegato, non emerge, quantomeno in maniera chiara, l'intenzione dello stesso di rapportare gli estremi di cui all'art. 5, alla condotta del reato presupposto.

Invero, la chiave di lettura da adottare in relazione alla problematica in argomento, risiede nel verificare se il legislatore, richiedendo che il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, abbia voluto fare riferimento alla fattispecie tipica dell'illecito penale, intesa nella sua globalità, o diversamente al singolo elemento costitutivo della stessa che di volta in volta possa effettivamente integrare gli estremi in esame.

Orbene, occorre partire dalla considerazione che il reato rappresenta la qualificazione giuridica che il legislatore attribuisce ad una fattispecie complessa, rispetto alla quale, presa nella sua globalità, non può mai ragionevolmente sussistere un interesse dell'ente all'integrazione dello stesso; d'altro canto, la realizzazione di tale fattispecie non può mai rappresentare un vantaggio per un ente che si sforzi di operare in condizioni di normalità.

²²⁴ La considerazione è espressa da DOVERE, *cit.*, p. 112 che con riferimento alla problematica in esame, conclude ritenendo che "non sembra possibile aderire all'orientamento che sembra in via di consolidamento; neppure utilizzando la potenzialità dell'interpretazione è possibile superare l'ostacolo, ché si tratterebbe di un'interpretazione analogica (*in malam partem*) e non di un'interpretazione estensiva".

²²⁵ GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, 2° ed., Roma, 2009, p. 850. L'Autore evidenzia altri dati normativi, oltre quello desumibile dal c. 2, art. 5. In particolare, è stato invocato il c. 1, art. 5, a norma del quale "l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, dunque commessi"; il dato letterale dell'art. 12, c. 1, lett. a), che prevede una riduzione della sanzione pecuniaria "se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato vantaggio minimo", dunque ha commesso il fatto; "ancora, il dato letterale di cui all'art. 23, d.lgs. 231/2001, intitolato – inosservanza delle sanzioni interdittive – che al 2° co., prevede che nel caso di cui al 1° co. nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a seicento quote [...] dunque reato commesso".

L'interesse, difatti, tende al materiale soddisfacimento di un'esigenza e il vantaggio, a sua volta, ne rappresenta la concretizzazione. In quest'ottica, il reato rappresenta la qualificazione giuridica delle modalità attraverso le quali l'interesse e il vantaggio sono stati nel caso concreto perseguiti, ma non si identifica in quell'interesse e in quel vantaggio, tale potendo essere, a seconda dei casi, l'evento del reato, o la condotta integrante il reato, avendo comunque sempre e solo riguardo all'elemento materiale costituente il reato²²⁶.

Un banco di prova è fornito proprio dall'osservazione dei reati dolosi, di cui mai si è dubitata la compatibilità (di struttura) con la formula dell'art. 5.

Nell'ipotesi di corruzione, ad esempio, l'interesse dell'ente o il vantaggio da questo ottenuto, consiste nel compimento dell'atto da parte del pubblico ufficiale: dunque, nell'evento del reato che è uno degli elementi costitutivi della fattispecie complessa tipica, non nel reato di corruzione in sé considerato. L'interesse dell'ente che opera in condizioni di liceità - salvo quindi le ipotesi di impresa criminale - di ottenere il compimento dell'atto del pubblico ufficiale, sarebbe innegabilmente meglio garantito dall'ottenimento di quello stesso risultato, senza commettere il reato.

L'interesse e il vantaggio, dunque, anche nei reati dolosi, devono essere rapportati unicamente all'utilità oggettiva ottenibile o ottenuta, (nell'ipotesi di corruzione, insita nell'evento del reato), a prescindere dall'integrazione della fattispecie penale, che per un ente rappresenta sempre un danno, non fosse altro per le conseguenze negative che ne potrebbero derivare.

Pertanto, anche nei reati colposi, il concetto di interesse o di vantaggio deve essere necessariamente rapportato, non alla fattispecie complessa nella sua totalità, ma all'elemento materiale costituente il reato che possa rappresentare quell'utilità oggettiva ottenibile o ottenuta. In particolare, nella specie, si tratterà di valutare la rispondenza o meno della

²²⁶ Focalizza l'attenzione sull'elemento materiale posto a base della fattispecie illecita, tanto nei reati dolosi quanto in quelli colposi, DI GERONIMO, *Il criterio di imputazione oggettiva del reato colposo all'ente: prime applicazioni giurisprudenziali e valorizzazione della teoria organica*, in *Rivista* 231, 3/2010, p. 169 e ss. In particolare, l'Autore afferma che "L'interesse riguarda l'aspetto concreto e materiale derivante da una condotta, ovvero insita nella condotta stessa, posto che solo tali elementi materiali possono integrare una oggettiva utilità per l'ente, restando del tutto indifferente che tale utilità venga a meno a configurare – unitamente agli altri elementi della fattispecie – un'ipotesi di reato. [...] In sostanza, l'interesse, proprio perché attiene al materiale soddisfacimento di un'esigenza, prescinde dalla qualificazione giuridica che la fattispecie complessa può assumere". L'Autore conclude considerando che "L'unica differenziazione tra reati dolosi e colposi, pertanto, sarà che nei primi l'interesse verrà riferito – di norma – all'evento del reato e, nei secondi, alla condotta, ma in entrambi i casi l'interesse riguarderà sempre il solo aspetto materiale posto a base della fattispecie illecita. In questo senso, pertanto, si ritiene che l'espressione reati commessi nel suo interesse, ben possa essere interpretata facendo riferimento al solo elemento materiale costituente il reato, così pervenendo ad una concezione unitaria di interesse valevole tanto per le ipotesi dolose che per quelle dolose".

condotta materiale posta in essere dall'autore del reato, alle finalità (ottenibili o ottenute) rispetto alle quali l'ente agisce²²⁷.

6.2.2. IL SIGNIFICATO DEI CRITERI DI IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI COLPOSI D'EVENTO - GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI

Individuato - nel senso sopra esposto - il parametro di riferimento a cui rapportare i criteri dell'interesse e del vantaggio, ossia la condotta posta in essere dalla persona fisica (dotata di efficacia causale rispetto all'evento lesivo), si tratta ora di comprendere le modalità di funzionamento del canone previsto dal c. 1, art. 5, nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 25 septies.

I maggiori profili di criticità sono stati evidenziati - come prima ricordato - in relazione al criterio dell'interesse, inteso in senso soggettivo, come rappresentazione di un'utilità oggettiva per l'ente, in vista del conseguimento della quale l'autore del reato ha agito. Finalità soggettiva, il cui accertamento sembra inconciliabile con la natura stessa dei reati colposi, contraddistinti dalla non volontarietà dell'evento.

²²⁷ La giurisprudenza di merito che sin ora si è espressa al riguardo ha ricostruito il concetto di interesse e vantaggio (pur se in diverse sfumature) assumendo come punto di riferimento la condotta e non il reato né l'evento. TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 1.1.10, *"In tema di responsabilità degli enti per il reato di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, cagionati per violazione di norme cautelari in materia di sicurezza sul lavoro, il presupposto per la responsabilità dell'ente - costituito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 e 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001 dalla commissione dei predetti reati a suo interesse o a suo vantaggio - deve essere accertato valutando se la condotta colposa, che ha determinato l'evento morte o lesioni, sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente, ovvero se abbia determinato un beneficio a quest'ultimo, senza apparenti interessi esclusivi di altri. Se l'evento delittuoso è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, ben può ritenersi che la mancata adozione di tali misure abbia garantito un vantaggio alla società o all'ente, nella forma di un risparmio di costi"*. CORTE ASS. TORINO, 15.4-14.11.2011 che afferma *"La Corte ritiene che quanto appena esposto, consistente nel collegare il requisito dell'interesse della persona fisica, dell'interesse o del vantaggio dell'ente non all'evento bensì alla condotta penalmente rilevante della persona fisica corrisponda ad una corretta applicazione della norma ai reati colposi, in particolare a quello di cui all'art. 589, c. 2, c.p.; ricordando qui come, la responsabilità dell'ente anche per questo reato - logicamente collegato proprio all'organizzazione aziendale - fosse stata, sin dall'origine (v. sopra) considerata dalla legge delega"*; TRIB. NOVARA, 1.10.10, secondo cui *"Né va esaltata la distinzione tra i reati colposi di evento e quelli di pura condotta stante le ulteriori difficoltà di ipotizzare e dimostrare che i primi (omicidio colposo e lesione personale colposa in danno di un lavoratore) possano essere commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e cioè che l'evento lesivo (mortale o comunque pregiudizievole dell'incolumità psico-fisica del lavoratore) abbia comportato un vantaggio o utilità per la società. In effetti, ritiene il Giudice che l'interesse o vantaggio può essere correlato anche a tali reati colposi, rapportando i due criteri non all'evento delittuoso, bensì alla condotta violativa di regole cautelari che ha reso possibile la consumazione del delitto. Non c'è dubbio che solo la violazione delle regole cautelari poste a tutela della salute del lavoratore può essere commessa nell'interesse o vantaggio dell'ente, e cioè allo scopo di ottenere un risparmio dei costi di gestione, mentre l'evento lesivo (in sé considerato, semmai controproducente per l'ente) deve essere ascritto all'ente per il fatto stesso di derivare dalla violazione di regole cautelari. I criteri di interesse o vantaggio devono, quindi, essere riferiti non già al reato (e quindi all'evento di morte o lesione della vittima), bensì alle condotte costitutive di esso, e, quindi, alla violazione di regole cautelare connesse al determinismo dell'evento"*.

Tanto dirompente erano (e sono) le suggestioni che un tale postulato solleva che già prima dell'entrata in vigore della novella del 2007, si era evidenziata l'opportunità di far precedere l'allargamento dell'ambito di applicazione del d.lgs. 231/01 ai reati colposi, da un adeguamento (anche) del criterio di imputazione di cui all'art. 5²²⁸. In particolare, si era suggerita la sostituzione (o quantomeno, l'affiancamento) di detto criterio con la diversa formula di "reato commesso per conto" dell'ente²²⁹.

Ma come in precedenza già detto, il legislatore del 2007 non ha ritenuto di apportare adeguamenti alla disciplina previgente²³⁰, in ragione del carattere colposo delle nuove previsioni; sicché la dottrina trovatasi a confrontare con la stessa dizione normativa dei criteri in esame adottata per le fattispecie dolose²³¹, per superare l'*impasse* venutasi a creare a seguito della novella del 2007, ha formulato una serie davvero notevole di variegate soluzioni. L'orientamento sicuramente maggioritario muove dalla necessità di conferire al requisito dell'interesse un significato oggettivo, posta la ritenuta incompatibilità della presenza di un atteggiamento finalistico con la struttura degli illeciti colposi²³².

²²⁸ Mette in evidenza tale opportunità, PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (I). Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1352; nonché PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti. Alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli punitivi e prospettive di efficienza*, in *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, in *Legislazione penale*, 2003, 366.

²²⁹ Così, VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA, CERESA CASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 23.

²³⁰ Si rinvia sul punto al § 1. In particolare si ricordi che il legislatore si è limitato all'introduzione *sic et simpliciter* dell'ipotesi di responsabilità in questione, mediante l'individuazione dei reati presupposto e le relative sanzioni, senza apportare alcuna relativa modifica alla "parte generale", oppure - ripercorrendo una strada già battuta in precedenza al momento dell'introduzione dell'art. 25 *ter* - senza immettere nel corpo dell'art. 25 *septies* specificazioni utili a guidare l'interprete nell'applicazione della fattispecie in esame, avendo in debita considerazione le peculiarità che caratterizzano le ipotesi di omicidio e lesioni correlate a violazione prevenzionistiche, rispetto al novero dei reati presupposto già presenti in "catalogo".

²³¹ DOVERE, *cit.*, 100, mette in evidenza come il dibattito sviluppatosi attorno alla compatibilità del criterio di cui all'art. 5, con le fattispecie colpose previste dall'art. 25 *septies*, sia stato condizionato dalle elaborazioni a cui dottrina e giurisprudenza erano pervenute con riferimento agli illeciti presupposto di matrice dolosa: "All'interprete costretto a misurarsi con l'esistente non resta che l'esplorazione delle potenzialità del complesso normativo, muovendo dal dubbio che esista un'ampia area lasciata in ombra dal sistema definito dal d.lgs. 231/01. Dubbio che trova indiretta conferma nel fatto che la ricostruzione del legame tratteggiato tra l'illecito dell'autore fisico ed ente ha risentito fortemente dell'identità degli illeciti ricompresi nel catalogo adottato e segnatamente del loro essere reati dolosi".

²³² Alla nozione soggettiva, si è infatti opposta una nozione oggettiva di interesse sulla scorta della considerazione che non sarebbe stato ragionevole rimettere il collegamento del reato con l'ente alle soggettive intenzioni o rappresentazioni dell'agente, occorrendo viceversa radicarlo su dati obiettivi. In questo senso si esprime, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425. In maniera analoga, GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale amministrativo interno dopo il d.lgs. 231/2001*, in *Studiorum iuris*, 2002, p. 290 che evidenzia l'esigenza di non

L'intento di oggettivizzare la nozione di interesse è stata in vario perseguita.

Terreno fertile, innanzitutto, rinviene in materia *de qua*, quell'orientamento dottrinale affermatosi all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/01 che vedeva nei criteri individuati dall'art. 5 "un'endiadi che addita un criterio unitario, riconducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso obiettivo [...] riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato". Sicché, partendo da questa considerazione, riferita dai suoi Autori alla disciplina generale del d.lgs. 231/01 (a prescindere, cioè, dalla matrice dolosa o colposa dei reati presupposto), con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 25 *septies*, si è argomentato che il criterio in parola postula solo che il fatto colposo sia stato commesso dal soggetto qualificato, nell'espletamento delle attività istituzionali dell'ente²³³.

Ad una concezione oggettiva del requisito dell'interesse perviene anche parte della dottrina che si sforza comunque di mantenere distinti i criteri di imputazione di cui all'art. 5.

In particolare, già prima dell'entrata in vigore della legge 123/2007, partendo dalla constatazione che non esiste un rapporto diretto tra interesse ed illecito colposo, si è argomentato il distinguo tra interesse immediato e mediato. Nel senso che, in ottica generale, l'illecito può essere commesso o, immediatamente, nell'interesse dell'ente, ovvero "in occasione dello svolgimento di un'attività in contesto lecito, a sua volta finalizzata a perseguire quell'interesse"²³⁴. Secondo questa tesi, mentre nei reati presupposto tipicamente dolosi si realizzerebbe il primo dei due tipi di collegamento tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente, l'interesse mediato si ravviserebbe proprio nell'area dei reati colposi d'impresa, nell'ambito dei quali, non è tanto il reato, quanto l'attività in sé ad essere funzionale al perseguimento dell'interesse dell'ente.

consentire all'ente di sfruttare le eventuali erronee autorappresentazioni dei mezzi e dei fini da parte della persona fisica, frustando così la *ratio legis* del d.lgs. 231/01.

²³³ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. IV, Milano, 2008, p. 156 e ss. che espone l'esigenza di astenersi dall'indagare "su particolari finalità avute di mira dall'agente, né tantomeno su concreti vantaggi che la persona giuridica abbia tratto dall'accaduto". La definizione di endiadi data ai criteri di cui all'art. 5 è di PULITANÒ, *La responsabilità degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. Pen.*, 2003, suppl. 6, p. 15.

²³⁴ DE SIMONE, *La responsabilità cd. amministrativa degli enti nel d.lgs. 231/01: alcune riflessioni sui profili (sostanziali ma non solo) della nuova disciplina*, Relazione all'incontro sul tema *La responsabilità da reato degli enti*, Lecce 29.4.2005, in www.csm.it, p. 6. Seppur, come si vedrà, il distinguo interesse immediato/interesse immediato non convince, all'Autore va il merito di aver tentato di porre un collegamento tra il reato colposo, inteso nella sua interezza di elementi costitutivi e l'interesse dell'ente.

Altrettanto variegato è il panorama interpretativo proposto dagli orientamenti che sulla base della (corretta) osservazione della disciplina generale del d.lgs. 231/01, ritengono imprescindibile interpretare il concetto di interesse in ottica soggettiva.

In questo contesto, preso atto della (ritenuta) inconciliabilità di una componente finalistica in seno alla condotta del reo, rispetto alla struttura del reato colposo, si è attribuito un ruolo centrale al requisito del vantaggio, ritenendo che detta nozione, per altri versi superflua, fosse stata inserita dal legislatore pensando proprio agli illeciti colposi²³⁵. Si è sostenuto, così, che il vantaggio ottenuto dall'ente in seguito alla realizzazione del reato, si risolverebbe in un "risparmio di spesa" dovuto al mancato impiego delle risorse economiche necessarie per conformare l'attività produttiva alle norme precauzionali, ovvero al risparmio di tempo per l'esplicazione dell'attività produttiva²³⁶.

In una diversa prospettiva, è stato valorizzato il combinato disposto del c. 2, art. 5, interpretato nel senso di escludere la responsabilità dell'ente, solo quando l'autore del reato presupposto "abbia agito a titolo personale" e dell'art. 12, c. 1, lett. a), in relazione al quale si argomenta che "è solo l'esclusivo interesse di altri a far venir meno la responsabilità dell'ente". Da questi indici normativi, si è desunto "un criterio negativo di accertamento dell'interesse dell'ente", per indicare che l'interesse dell'ente sussiste ogni qualvolta il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione qualificata nell'ente, *non a titolo personale*²³⁷. In altri termini, secondo la ricostruzione proposta, l'interesse dell'ente è ravvisabile ogni qual volta possa ritenersi che il commesso reato si fondi sulla violazione di una norma

²³⁵ VITALI-BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2007, 4, p. 134.

²³⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al Diritto*, 2007, 31, p. 41, secondo i quali "l'omissione di comportamenti doverosi imposti da norme cautelari, tenendo in debito conto il contesto in cui i reati presupposto devono essere consumati, potrebbero tradursi in un contenimento dei costi aziendali, suscettibile di essere qualificato *ex post* come vantaggio ai fini dell'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 231/2001".

²³⁷ La tesi dell'accertamento negativo dell'interesse dell'ente è formulata da EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, pag. 19, secondo cui "Nel caso dunque di reati colposi caratterizzati dalla violazione di una norma cautelare diretta all'attività d'impresa e riconducibili quindi all'attività svolte in veste qualificata all'interno dell'ente, l'agente non viola la norma cautelare *a titolo personale*, ma nella sua veste qualificata: in questi casi risulta dunque configurabile l'interesse dell'ente, secondo la concezione sopra esposta e il reato intero, non solo la condotta può ritenersi commesso nell'interesse dell'ente. Analoghe considerazioni valgono per i reati omissivi posti in essere da soggetti che rivestono una posizione di garanzia fondata ancora una volta su norme dirette a disciplinare l'attività d'impresa. [...] Quando dunque la norma violata è diretta all'ente (normalmente trattasi di norma cautelare la cui violazione fonda una responsabilità per illecito contravvenzionale e permette nel contempo di formulare un giudizio di colpa per l'evento cagionato), il reato che su tale violazione si fonda deve ritenersi commesso da soggetto qualificato necessariamente nell'interesse dell'ente e quindi non a titolo personale, poiché la norma è rivolta a tale soggetto proprio in quanto soggetto rivestito di una qualifica all'interno dell'ente".

prevenzionistica rivolta al reo proprio in quanto soggetto rivestito di una qualifica all'interno dell'ente e non, quindi, a titolo personale.

Ancora, in questo contesto interpretativo, si evidenzia particolarmente l'orientamento che si è ancora ad un'interpretazione strettamente soggettiva del concetto di interesse, per argomentare, da un lato, la funzione selettiva del criterio (nel senso di escludere le condotte incompatibili con una direzione finalistica della condotta del soggetto agente) e, dall'altra, il ruolo centrale che assume il canone del vantaggio (ritenuto quello maggiormente significativo nella materia in esame).

In particolare, dovendosi rinvenire nella non volontarietà delle conseguenze negative subite da altri soggetti, a causa della condotta negligente e imprudente, l'elemento differenziante la condotta colposa da quella dolosa, si conclude che in presenza di una condotta di cosiddetta colpa incosciente, non è possibile sostenere che il comportamento delittuoso è stato tenuto nell'interesse della persona giuridica. Diversamente, il requisito in esame torna ad operare nella sua interezza, con riferimento alle ipotesi di colpa cosciente, in cui cioè l'individuo è consapevole di tenere una condotta in violazione di una norma precauzionale dettata al fine di evitare il verificarsi di eventi lesivi, qualora l'agire del singolo sia funzionale al perseguimento delle necessità e degli interessi dell'ente²³⁸.

Attraverso il requisito del vantaggio viene invece recuperata una visione d'insieme dell'agire colposo dell'agente, in quanto criterio idoneo ad imputare all'ente tanto le condotte di colpa incosciente poste in essere dalle persone fisiche per essa agenti, quanto quelle connotate dalla previsione dell'evento lesivo²³⁹.

²³⁸ SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Rivista* 231, 4/2011, p. 87 e ss.. Con riferimento alle ipotesi di colpa cd. incosciente l'Autore argomenta che "il singolo ignora di tenere una condotta illecita – non è cioè consapevole della violazione della disciplina cautelare – e non può quindi affermarsi che egli intenzionalmente viola la legge penale al fine di avvantaggiare la persona giuridica: non sapendo il soggetto di delinquere non può sostenersi che egli delinque nell'intento di favorire l'ente di appartenenza. Con riferimento alle ipotesi di cd. colpa cosciente, l'Autore parte dal presupposto che la sussistenza dell'interesse dell'ente si debba accertare in relazione "alla condotta negligente e non all'evento verificatosi". Con la conseguenza che "laddove la condotta illecita di omicidio colposo o di lesioni colpose sia connotata da colpa cosciente, risulti cioè assunta in consapevole violazione della normativa cautelare in tema di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro, è certo possibile sostenere che l'azione medesima sia stata tenuta nell'interesse della persona giuridica, almeno laddove l'inosservanza della disciplina suddetta sia stata determinata dalla volontà di avvantaggiare in qualche modo la società interessata".

²³⁹ SANTORIELLO, *cit.*, p. 82 e ss. L'Autore, onde evitare un indebolimento della capacità di connessione del criterio di cui all'art. 5, evidenzia che non si può affermare che il vantaggio "ricorra semplicemente ogni qual volta si sia in presenza di una mera ricaduta patrimoniale favorevole in capo alla persona giuridica". In particolare, il vantaggio comunque ottenuto dall'ente deve essere escluso "allorquando vi sia un contrasto fra gli interessi patrimoniali della persona giuridica e la condotta delittuosa posta in essere dal singolo, anche se

In una posizione intermedia tra gli orientamenti appena analizzati, si pone altra dottrina che propende per un'accezione del requisito di interesse in chiave "mista", oggettiva-soggettiva, il cui primo termine di riferimento postula l'accertamento di una (effettiva) "ragione collettiva", da valutarsi alla luce del concetto di "realizzabilità", mentre il secondo, anche nelle ipotesi di cd. colpa incosciente, richiede di ravvisare un elemento finalistico nell'operato dell'autore del reato, volto ad avvantaggiare l'ente di appartenenza²⁴⁰.

6.2.3. (SEGUE) - IL VAGLIO GIURISPRUDENZIALE

La stessa diversificazione di interpretazioni che si è visto contraddistinguere il panorama dottrinale, si ripropone con tutta la sua dirompente incertezza nel momento del giudizio concreto delle vicende, come compiuto dalla giurisprudenza.

L'unico tratto che pare accomunare le varie posizioni dei giudici di merito che hanno avuto modo di esprimersi al riguardo, risiede nell'individuazione della condotta colposa, quale momento centrale della valutazione dei criteri di imputazione di cui all'art. 5²⁴¹.

Ben riassume questa esigenza, la giurisprudenza che afferma la compatibilità del criterio dell'interesse con gli illeciti colposi in esame, ritenendo di doversi accertare il canone in esame con riferimento alla condotta negligente e non all'evento verificatosi: "solo la violazione delle regole cautelari poste a tutela della salute del lavoratore può essere commessa nell'interesse o vantaggio dell'ente, e cioè allo scopo di ottenere un risparmio dei costi di gestione, mentre l'evento lesivo (in sé considerato, semmai controproducente per l'ente) deve essere ascritto all'ente per il fatto stesso di derivare dalla violazione di regole cautelari". Con la conseguenza che "il collegamento finalistico che fonda la responsabilità dell'ente [...] non

incidentalmente dal reato siano comunque derivate conseguenze favorevoli per la *societas* [...] In secondo luogo, nel decidere circa la sussistenza di un vantaggio in capo alla società in conseguenza di un illecito criminale posto in essere dai suoi amministratori, la valutazione non vada svolta isolando le singole conseguenze del reato, ma considerando in termini complessivi quali siano gli effetti che in capo alla persona giuridica sono derivati dall'illecito stesso". Infine, rileva l'Autore che "deve ritenersi irrilevante il beneficio economico che maturi in capo alla società per ragioni assolutamente casuali ed episodiche".

²⁴⁰ SELVAGGI, *cit.*, p. 523 e ss. L'Autore, quanto alla componente soggettiva, ritiene che l'elemento finalistico consista nella capacità di porre "in relazione il mancato esercizio dei poteri di impulso e inibizione dell'individuo con le prospettive – pur se latenti o interiorizzate – di operare a vantaggio dell'ente o, più semplicemente, con l'assorbimento, da parte dell'agente, di una certa cultura imprenditoriale o di un *modus operandi*".

²⁴¹ Si veda quanto già riportato *sub* nota 151.

deve necessariamente coinvolgere anche l'evento, quale elemento costitutivo del reato, giacché l'essenza del reato colposo è proprio il risultato non voluto”²⁴².

Partendo da questa premessa, il primo (in ordine di tempo) vaglio giurisprudenziale si schiera apertamente a favore della lettura oggettiva della formula che interessa. Fonandosi su un precedente giurisprudenziale che aveva individuato l'ambito di operatività del c. 2, art. 5 assumendo come parametro le condotte “estraneae alla politica d'impresa”²⁴³ e che, al contempo, aveva manifestato il proprio dissenso in ordine alla possibilità di considerare i concetti di interesse e vantaggio come un'endiadi²⁴⁴, ritiene integrato il requisito dell'interesse, allorché nel realizzare la condotta il soggetto agisca in ottemperanza alle scelte che contraddistinguono la cd. politica d'impresa²⁴⁵.

²⁴² TRIB. NOVARA, UFF. G.U.P., 1.10.2010, che a tal fine richiama il cd. “principio di conservazione” delle norme giuridiche, secondo il quale, ove possibile, ogni disposizione normativa deve essere interpretata nel senso in cui abbia una possibilità applicativa, piuttosto in quello in cui non ne abbia alcuna.

²⁴³ CASS. PEN., SEZ. II, 20.12.2005, N. 3615 secondo cui *“la sanzione a carico della persona giuridica postula innanzitutto il presupposto oggettivo che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente da persone che agiscono al suo interno (articolo 5 citato): con esclusione, quindi, dei fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi. In sostanza, con condotte estranee alla politica di impresa”*. Criticano il riferimento alla concetto di politica d'impresa, in quanto non funzionale alla declinazione del parametro di interesse in senso oggettivo, ben potendo darsi che la politica d'impresa sia percorsa da fini egoistici ed eccentrici rispetto alla oggettiva finalità dell'agire della *societas*, BRICHETTI-PASTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al dir.*, 2007, 35, 41, salvo ritenere che con questo termine la Suprema corte abbia inteso riferirsi alla diversa ipotesi di “sistematiche violazioni di regole cautelari decise dai vertici dell'impresa”, tal da ravvisare in essi vere e proprie politiche aziendali.

²⁴⁴ CASS. PEN., SEZ. II, 20.12.2005, N. 3615, secondo cui *“l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato “ex ante”; mentre il vantaggio richiede una verifica “ex post”. Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario”*.

²⁴⁵ TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 11.1.2010, che osserva: *“l'art. 5 individua una responsabilità per reati commessi nell'interesse dell'ente e non semplicemente connessi ritenendo di perseguire un suo interesse. L'interesse deve essere concreto e non va agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato ed in generale al movente che lo ha spinto a porre in essere la condotta. Il convincimento di perseguire un interesse dell'ente, laddove il dato fattuale non corrisponda effettivamente ad un obiettivo riconducibile alla politica d'impresa, non può sorreggere la prospettazione della responsabilità dell'ente stesso”*. Quanto al requisito del vantaggio, il Tribunale pugliese afferma che *“se l'evento delittuoso infatti è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, spesso è agevole sostenere che la mancata adozione di tali misure abbia garantito un vantaggio alla società o all'ente, ad esempio nella forma di un risparmio di costi”*. Per concludere nel senso di ritenere la compatibilità dei criteri di cui all'art. 5 con gli illeciti presupposto colposi *“dovendosi di volta in volta accertare solo se la condotta che ha determinato l'evento la morte o le lesioni personali sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente oppure se la condona medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri”*. La decisione si rivela interessante anche per aver preso posizione sulla diversa impostazione che distingue tra condotte connotate da colpa incosciente e colpa cosciente, affermando che *“Né si condivide l'impostazione teorica che, facendo leva sulla distinzione tra colpa cosciente e colpa incosciente (ancorandola in realtà alla consapevolezza o meno della violazione cautelare), ammette la responsabilità dell'ente connessa ad un interesse solo nel primo caso. La*

In altre parole, il criterio in esame viene svincolato da qualsivoglia indagine sull'atteggiamento interiore del soggetto agente, e valutato in concreto, dovendosi ritenere integrato il requisito dell'interesse, ogni qual volta la condotta che ha causato l'evento morte o lesioni sia stato determinato da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente (oppure, con riferimento al requisito del vantaggio, se la condona medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo) senza apparenti interessi esclusivi di altri, (ovvero con condotte estranee alla cd. politica d'impresa).

Pur se fondata su basi dogmatiche differenti, si pone nel solco di una evidente lettura oggettiva, una successiva giurisprudenza di merito che in sostanza ritiene sussistente il requisito dell'interesse, alla duplice condizione che l'autore sia inserito nell'organigramma dell'ente e che la violazione in cui il medesimo è incorso e da cui è derivato l'evento lesivo, abbia avuto ad oggetto prescrizioni sul medesimo incombenti in tema di sicurezza sul lavoro²⁴⁶.

Com'è agevole comprendere si tratta dell'accoglimento di una visione "pura" dell'immedesimazione organica, in virtù della quale si ritiene commesso nell'interesse dell'ente, qualunque fatto realizzato da soggetto qualificato nell'espletamento delle funzioni ad esso istituzionalmente demandate.

Su un piano diverso, si contraddistinguono quelle decisioni che propendono per una lettura in chiave soggettiva del requisito dell'interesse, anche nei reati colposi, attribuendo nel contempo ruolo decisivo al canone del vantaggio, inteso nella peculiare accezione di "risparmio di spesa", dovuto al mancato impiego delle risorse economiche necessarie per conformare l'attività produttiva alle norme precauzionali.

L'intento comune alle decisioni in esame, è quello di evitare di ravvisare l'interesse o vantaggio in *re ipsa*, ovvero nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta casualmente connessa all'infortunio; rischio a cui le tesi oggettive vanno incontro.

costruzione non è applicabile alla natura oggettiva dell'interesse. Essa si scontra con la constatazione che l'evento e la violazione cautelare possono non entrare nel fuoco dell'obiettivo dell'agente e che ciò che rileva è unicamente la condotta univocamente posta in essere a beneficio dell'ente".

²⁴⁶ In questo modo pare doversi interpretare il passo della sentenza resa da TRIB. PINEROLO, 23.9.2012, GIUD. REYNAUD, in cui si afferma "tale presupposto evidentemente sussiste con riguardo al reato commesso dal (B) nella sua qualità di amministratore della (Y) Srl e non ricorre certo l'esimente di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 231/2001, essendo evidente che la condotta (attiva ed omissiva) del (B) non fu certo tenuta nell'interesse (che, ai fini de quibus, la legge vuole esclusivo) proprio o di terzi: si trattò, com'è evidente, di un classico reato colposo commesso da un datore di lavoro che è apparso indifferente (o, comunque, non sufficientemente attento) alla tutela delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti".

Così, secondo una lettura che può definirsi mista, oggettiva/soggettiva, si argomenta la necessità di accertare il finalismo della condotta colposa che ben “può armonizzarsi con la non volontarietà dell’evento - che costituisce il requisito strutturale dei reati colposi - laddove si accetti che il comportamento che ha causato quest’ultimo non sia stato indotto da esclusive finalità estranee alla società (art. 5 co. 2° D.L.vo n. 231/01), sebbene sia stato determinato da scelte afferenti alla sfera di interessi dell’ente ovvero ispirate a strategie finalizzate ad ottenere benefici e vantaggi - anche solo mediati - per l’ente medesimo”²⁴⁷. Così interpretato il concetto di interesse, si sottolinea l’importanza pratica del canone del vantaggio che costituisce “il criterio naturalmente più idoneo a fungere da indice di collegamento tra ente e illecito e dunque a selezionare le ipotesi in cui l’ente possa rispondere sul piano della responsabilità amministrativa”²⁴⁸.

In questo contesto, occorre evidenziare quelle decisioni che approfondiscono l’esame sulla compatibilità di un accertamento finalistico della condotta violatrice delle norme cautelari, con la struttura degli illeciti colposi, giungendo finanche a selezionare le ipotesi effettivamente ricollegabili ad un interesse dell’ente.

A questo risultato si perviene ritenendo, in primo luogo, l’impossibilità di ravvisare nella condotta colposa tenuta dal reo, un interesse personale o di terzi. Non si tratta però di sostanziale abrogazione del c. 2, art. 5, ma di un’operazione di adattamento interpretativo, dovendosi ritenere che “non è imputabile all’ente la condotta colposa che, pur non essendo diretta a soddisfare un interesse personale del reo, non sia neppure volontaria e

²⁴⁷ TRIB. NOVARA, 26.10.2010, in cui si afferma “Invero, la colpa non è un coefficiente psicologico reale ma un giudizio (di rimproverabilità), di guisa che non è detto che essa si ponga in termini antitetici con l'interesse, inteso come atteggiamento psicologico dell'autore del fatto. Del resto, nel concetto di colpa rientra anche il caso della previsione dell'evento, ancorchè escluso e non voluto (c.d. colpa cosciente). Dunque, il finalismo della condotta può armonizzarsi con la "non volontarietà" dell'evento – che costituisce il requisito strutturale dei reati colposi - laddove si accetti che il comportamento che ha causato quest'ultimo non sia stato indotto da esclusive finalità estranee alla società (art. 5 co. 2° D.L.vo n. 231/01), sebbene sia stato determinato da scelte afferenti alla sfera di interessi dell'ente ovvero ispirate a strategie finalizzate ad ottenere benefici e vantaggi - anche solo mediati - per l'ente medesimo. Ne consegue che, prescindendo da astratte pregiudiziali concettuali e giuridiche, occorre verificare, caso per caso, in quale contesto sono avvenuti i fatti, evitando il rischio di oscillare tra due opposte soluzioni, e cioè la necessaria e imprescindibile responsabilizzazione dell'ente o l'esclusione da qualsiasi forma di responsabilità. Non è possibile ravvisare l'interesse o vantaggio in re ipsa nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta casualmente connessa all'infortunio, con conseguente sussistenza automatica dei presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente, solo perché il reato è stato commesso nello svolgimento della sua attività. Tuttavia, laddove l'accertamento dell'interesse o vantaggio - così come sopra finalisticamente delineati - sia positivo, ben è possibile ravvisare la responsabilità amministrativa dell'ente a fronte della fattispecie colposa”.

²⁴⁸ TRIB. NOVARA, 26.10.2010.

finalisticamente orientata dall'interesse dell'ente". Conclusione obbligata è che, ai fini dell'integrazione del canone di cui all'art. 5, "si deve trattare innanzitutto di un'azione o omissione consapevole e volontaria". In secondo luogo, "la volontarietà della condotta [...] deve - oggettivamente - rivelare una tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere effettivamente conseguito"²⁴⁹.

²⁴⁹ G.U.P. TRIB. CAGLIARI, GIUD. ALTERI, 4.7.2011, secondo cui *"In tale ottica, appare dunque corrispondente alla ratio e alla lettera della norma un'interpretazione che riferisca l'interesse perseguito dal reo alla condotta in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro sottese ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Perché però la condotta possa essere nell'interesse della persona giuridica, nel senso sopra ricostruito, si deve trattare innanzitutto di un'azione o omissione consapevole e volontaria; ciò che esclude, ad esempio, tutte le ipotesi di imperizia, ma può - a seconda del caso concreto - comprendere diverse ipotesi di negligenza, di imprudenza e anche di colpa specifica. In secondo luogo, la volontarietà della condotta non deve derivare da una semplice sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma deve - oggettivamente - rivelare una tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere effettivamente conseguito. La volontarietà della condotta e il fatto che essa sia il frutto di una deliberazione con lo scopo di conseguire un profitto è infatti un'opzione illegittima, ma compatibile con la struttura del delitto colposo, perché non implica necessaria-mente la volizione dell'evento, neppure nella forma del dolo eventuale. È infatti possibile in concreto - a seconda ovviamente del grado di rischio determinato dalla violazione e delle conseguenti proiezioni sulla sfera psicologica dell'agente - che si verifichino situazioni che coprono un ampio spettro dell'elemento soggettivo del reato, potendo andare dal dolo eventuale, alla colpa con previsione dell'evento, alla colpa incosciente (nel caso in cui l'agente, pur essendo mosso da un interesse, abbia commesso una violazione nella convinzione che non ne sarebbero discese conseguenze)"*.

Sulla stessa linea interpretativa adottata dal Giudice cagliaritano, si muove l'interessante sentenza resa da GUP TOLMEZZO, 23.1.2012 (dep. 3 febbraio 2012), GIUD. MASSARELLI, secondo cui ai fini della possibilità di muovere un rimprovero all'ente non assumono rilievo le violazioni che non siano frutto di esplicite deliberazioni volitive finalisticamente orientate a soddisfare l'interesse dell'ente: *"Pare dunque di potersi affermare che la responsabilità dell'ente sussiste se il reo ha posto in essere la sua condotta rilevante ex artt. 589 e 590 c.p. per una finalità consonante con gli interessi dell'ente medesimo. Da ciò deriva però anche che non ogni profilo di colpa risulti rilevante, ma solo quelle violazioni di misure di prevenzione dei rischi lavorativi poste in essere per un obiettivo di risparmio di costi aziendali (o di analogo interesse aziendale, quale la velocità d'esecuzione delle prestazioni o l'evasione più pronta di commesse). Non è invece sufficiente una semplice imperizia, una semplice sottovalutazione dei rischi o una cattiva considerazione od esecuzione delle misure preventive da assumere, perché si tratta in tutti i casi di violazioni non frutto di esplicite deliberazioni volitive finalisticamente orientate a soddisfare un interesse dell'ente. [...]. L'accusa avrebbe dovuto piuttosto, individuare quale interesse sociale il dirigente dell'incolpata abbia perseguito violando l'art 64 comma 1 lett. B-E D.Lgs. n. 81/2008 (questa è la violazione di norme di sicurezza ascritta e presupposta), ed in base a ciò si sarebbe potuto pienamente discutere in questa sede della relativa responsabilità dell'ente. Ma tutto ciò manca nella fattispecie e non può concedersi una progressione dibattimentale in tali condizioni. Ciò anche perché non è vero che ad ogni delitto di omicidio e lesioni colpose segua necessariamente ed immancabilmente la responsabilità amministrativa dell'ente per cui il reo operava. Peraltro occorre rilevare che dagli atti d'indagine emerge che esistevano in loco procedure di sicurezza e sistemi protettivi, in base a valutazioni ex ante del tutto adeguate; solo che in ambito locale, decentrato ed in via episodica (con piena rimproverabilità agli imputati per il fatto che tali sistemi non fossero al momento pienamente utilizzabili, perché "bloccati", per mancata lubrificazione dei meccanismi) un operatore si è introdotto ove non doveva. Manca dunque la possibilità di individuare un interesse concreto dell'ente in una vicenda di tal genere"*.

6.3. UNA (PERSONALE) IPOTESI RICOSTRUTTIVA

Giunti al temine della ricognizione sul panorama interpretativo formatosi sulla materia in esame, indubbiamente ci si trova in uno stato di forte disorientamento.

Da un lato, la difficoltà ermeneutica che tradizionalmente contraddistingue l'illecito colposo, dall'altro, l'(apparente) insufficienza del dato normativo e della relativa elaborazione interpretativa, entrambi indubbiamente pensati per rispondere all'esigenza di fronteggiare l'illecito presupposto doloso²⁵⁰, rendono la risoluzione della problematica in argomento di notevole difficoltà.

Nonostante ciò, si ritiene possibile intravedere una strada interpretativa che, allo stato della legislazione vigente, riesca a conciliare dati normativi che *possono* apparire tra loro contrastanti: i criteri di imputazione dell'art. 5, in specie quello dell'interesse, e gli illeciti presupposto dell'art. 25 *septies*. Altra cosa è ritenere che la soluzione che si esporrà sia in grado o meno di soddisfare le esigenze di politica criminale sottese all'intervento riformatore del 2001; di certo, però, stante la vigenza del più volte ricordato principio di legalità in materia *de qua*, non è possibile *piegare* il dato normativo alla (supposta) realizzazione delle predette esigenze.

Le conclusioni a cui si perverrà presuppongono, però, l'accettazione di due punti fermi.

In primo luogo, occorre partire dalla premessa che il modello di responsabilità amministrativa "da reato" sia unico, a prescindere cioè dalla natura dolosa o colposa degli illeciti presupposto²⁵¹; pertanto, le regole fondamentali valevoli per l'un tipo di illecito presupposto, devono valere anche per l'altro (quantomeno, entro i confini segnati in negativo da un'interpretazione in *malam partem*)²⁵².

²⁵⁰ Evidenziano EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 17: "per risolvere un problema nuovo – quello della compatibilità di reati-presupposto colposi con il requisito dell'interesse – si sono riproposte in un contesto normativo mutato elaborazioni concettuali che erano finalizzate alla soluzione di problemi differenti e che erano state formulate con riferimento a reati presupposto dolosi, trasportando acriticamente concetti elaborati nel diritto penale tradizionale (come quelli di dolo specifico, movente e colpa) alla più complessa fattispecie di illecito a carico dell'ente delineata dal d.lgs. 231/01".

²⁵¹ Totalmente contrario a questa impostazione, DOVERE, *cit.*, p. 107 e 108 che in maniera critica afferma: "registriamo una netta posizione contraria rispetto alla rottura di ciò che viene chiamata l'unità logica del criterio di imputazione, dal momento che viene reputata non sufficientemente fondata una tesi che voglia cogliere una variazione di contenuto del criterio a seconda della natura dolosa o colposa del reato. [...] Vi è quindi un buon motivo perché l'ipotesi di unità logica debba essere sottoposta ad attenta verifica".

²⁵² Del resto, la conclusione è obbligata dal rispetto del principio di legalità, di cui all'art. 2, d.lgs. 231/01, dal momento in cui il legislatore del 2007, introducendo l'art. 25 *septies* nel novero dei reati presupposto, non ha inteso modificare la disciplina generale dell'illecito amministrativo, declinando nella parte generale uno statuto della responsabilità amministrativa "da reato colposo". E la previsione della responsabilità amministrativa in

In secondo luogo, si ravvisa la necessità di concentrare l'analisi unicamente e specificatamente sui reati presupposto effettivamente indicati dall'art. 25 *septies* e non ai reati colposi *tout court*. Una simile considerazione non è stata mai effettivamente esaltata nell'ambito del panorama interpretativo (tanto di origine dottrinale che giurisprudenziale)²⁵³, posto che le conclusioni alle quali si è giunti, sono state determinate dalla necessità di adattare l'illecito colposo *tout court*, al d.lgs. 231/01, non, invece, specificatamente l'illecito colposo caratterizzato dalla violazione delle norme prevenzionistiche che trovano codificazione nel d.lgs. 81/08.

Tenendo a mente i due postulati evidenziati, nell'opera ricostruttiva che si intende proporre, occorre ricordare che il legislatore, onde attribuire sul piano materiale l'illecito presupposto all'ente, non si è "accontento" del rilievo che assume la cd. *posizione significativa* dell'autore del reato²⁵⁴, richiedendo di verificare quali siano le conseguenze derivanti dall'illecito e, in particolare, se tali conseguenze si risolvano in un beneficio per l'ente collettivo o siano, invece, indifferenti o finanche dannose per l'ente stesso. Compito, questo, affidato, nell'ottica del disegno complessivo del d.lgs. 231/01, ai criteri individuati dall'art. 5 nel binomio "interesse/vantaggio".

materia *de qua*, come già messo in evidenza, era in *mens legis*, in quanto contenuta nella legge delega del 2000. Sicché, occorre doverosamente ammettere che il legislatore ha pensato ad un modello unitario di responsabilità amministrativa, le cui regole generali dovessero valere tanto per gli illeciti presupposto dolosi, quanto per quelli colposi.

²⁵³ Difatti, tutte le tesi offerte e le soluzioni interpretative proposte vengono riferito al più ampio *genus* di illecito colposo e non specificatamente all'illecito che effettivamente compare all'interno dell'art. 25 *septies*. Tanto ciò è vero che le indagini compiute si sono arrestate alla problematica afferente all'illecito colposo *tout court*, ossia la compatibilità di un finalismo nella condotta dell'autore del reato, con la doverosa non volontarietà degli effetti che contraddistingue il reato colposo. Ci si è invece totalmente astenuti dal riferire specificatamente l'analisi all'illecito colposo contraddistinto dalla violazione della normativa posta a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d.lgs. 81/08. Del resto, la colpa non è un coefficiente psicologico reale, ma un giudizio di rimproverabilità; giudizio che ha come parametro di riferimento, nel caso in esame, per lo più regole cautelari di tipo specifico, a cui fanno da contraltare obblighi e doveri aventi come destinatari i vari protagonisti della scena-lavoro. Considerazioni quest'ultime che, come sarà evidenziato, influiscono sulla declinazione della responsabilità ex art. 25 *septies*.

²⁵⁴ Il criterio della cd. *posizione significativa* dell'autore del commesso reato reca una chiara impronta organicistica. Ciò non significa che la responsabilità da reato si fondi sul modello dell'immedesimazione organica, o comunque su tesi antropocentriche, in quanto, come si è detto, la componente organicistica si integra con il cd. difetto dell'organizzazione, nel senso che consente di attrarre in prima battuta l'illecito all'ente. La circostanza che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto qualificato rispetto all'organigramma dell'ente consente di ritenere una sorta di *propensione* dell'ente all'illecito amministrativo e ne rappresenta la condizione necessaria, ma non sufficiente per garantire l'ineludibile esigenza che l'illecito appartenga all'ente. A tal fine, è necessario, sul piano oggettivo, che il reato presenti una significativa connessione con il centro d'interesse proprio dell'ente; sul piano soggettivo, che il reato sia espressione di una disorganizzazione dell'organizzazione dell'ente,

Si richiede, in altri termini, che, onde soddisfare la ineludibile esigenza che l'illecito appartenga all'ente, il reato presenti una *connessione significativa* con l'organizzazione e l'agire dell'ente, tale da potersi considerare che il fatto illecito sia stato originato dal centro d'interessi dell'ente²⁵⁵.

Emerge, in definitiva, l'idea - peraltro sottesa ad alcune pronunce di merito sopra analizzate - che il disegno normativo recato dal d.lgs. 231/01 devolve ai criteri di ascrizione in esame la funzione di *selezionare*, all'interno della generalità delle condotte commesse dalle persone fisiche, integranti gli estremi dei reati presupposto, quelle sole condotte idonee ad attrarre la responsabilità amministrativa "da reato".

6.3.1. IL RIFIUTO DELLA CONCEZIONE DI INTERESSE IN SENSO OGGETTIVO

Stando così le cose allora, devono essere decisamente respinte quelle letture, le cui conclusioni attraggono l'illecito colposo nell'orbita dell'ente, sol perché commesso da un soggetto qualificato, nell'espletamento delle incombenze istituzionalmente affidategli²⁵⁶. In questo contesto, è sin troppo ovvio che l'appartenenza dell'illecito all'ente sul piano materiale venga fatta dipendere *unicamente* dalla posizione qualificata dell'autore del reato, in chiara ed evidente contrapposizione con il modello dogmatico delineato dal d.lgs. 231/01.

Tanto ciò è vero, se sol si pone mente che, a fronte della sostanziale abrogazione del c. 2, art. 5, che una tale conclusione comporterebbe, la dottrina che più ha approfondito la questione, è dovuta ricorrere alla tesi dell'accertamento negativo dell'interesse, nel senso che il requisito dell'interesse è integrato, allorquando la violazione da cui è dipeso il reato è stata commessa dall'autore del reato, *non a titolo personale*²⁵⁷.

²⁵⁵ In particolare, la previsione dei criteri di connessione di cui all'art. 5, risponde all'ineludibile necessità che l'illecito appartenga all'ente, prima ancora che alla cd. colpevolezza dell'organizzazione dell'ente, su un piano materiale ed oggettivo, nel senso di ritenere il reato commesso dalla persona fisica originato dal centro d'interessi dell'ente. In altre parole, come si è già detto, la previsione del binomio interesse/vantaggio è funzionale, nell'ottica dell'appartenenza dell'illecito all'ente, ad evitare che l'ente risponda per un reato che con esso non presenti alcuna connessione e, dunque, estraneo al proprio centro d'interessi.

²⁵⁶ Si veda quanto affermato da DE VERO, *cit.*, p. 280, secondo cui "il criterio in parola postula semplicemente che il fatto, anche colposo, sia stato commesso dal soggetto qualificato nell'espletamento delle attività istituzionali, proprie dell'ente di appartenenza, senza indagare né su particolari finalità avute di mira dall'agente, né tantomeno su concreti vantaggi che la persona giuridica abbia tratto dall'accaduto". Sulla stessa linea interpretativa, TRIB. PINEROLO, *cit.* che difatti accoglie una concezione pura della teoria organicistica.

²⁵⁷ Il criterio dell'accertamento negativo dell'interesse è stato elaborato da EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 18 e ss. che sono però costretti a prendere atto della scarsa capacità selettiva che in tal modo l'interpretazione del binomio interesse/vantaggio fornisce in relazione agli illeciti presupposto colposi, tanto da dover valorizzare in materia de

A tali impostazioni si oppone il rilievo che l'autore della violazione prevenzionistica e non di qualsiasi altra norma cautelare, può commettere la stessa *unicamente* nell'espletamento delle sue funzioni, con la conseguenza che giammai egli tale violazione commetterà a titolo personale. Ciò in quanto, la qualificazione soggettiva dell'autore del reato in materia *de qua* dipende proprio dalle mansioni in concreto svolte dall'agente e dei correlativi doveri su di essa incombenti: di quegli stessi e soli doveri, la cui violazione comporta l'addebito di responsabilità per l'evento lesivo che è conseguito. Del resto, gli illeciti contravvenzionali di cui al d.lgs. 81/08 che (nella quasi totalità dei casi, quantomeno nelle ipotesi di colpa specifica) costituiscono la condotta materiale dei reati colposi considerati dall'art. 25 *septies*, sono per lo più illeciti *propri*, ossia illeciti in cui è predeterminata per legge la qualifica soggettiva dell'autore (salva l'operatività delle regole generali, segnatamente in tale ambito, la cooperazione colposa *ex art. 113, c.p.*, idonee ad attrarre nell'area del penalmente rilevante l'operato dell'*extraneus*).

Per tali ragioni, una violazione prevenzionistica può essere realizzata solo *non a titolo personale*, ma in quanto soggetto in posizione qualificata rispetto all'organigramma dell'ente, nell'adempimento dei compiti su di esso istituzionalmente incombenti.

Di tal che, a voler seguire l'impostazione proposta dalle avverse tesi, il binomio interesse/vantaggio perderebbe tutta la sua capacità di connessione nel senso sopra detto e, quindi, rivelerebbe tutta la sua incapacità di selezionare le violazioni da cui conseguono gli eventi lesione o morte che possono attrarre la responsabilità dell'ente: ciò che determinerebbe una responsabilità *sempre* dell'ente, quantomeno dal punto di vista oggettivo²⁵⁸.

qua dell'efficacia esimente dei Modelli *ex artt. 6 e 7*, quasi che alla fine la responsabilità o meno dell'ente si determina solo sul profilo soggettivo: "le considerazioni di cui sopra in punto di interesse dell'ente, dimostrano come, in relazione ad illeciti dipendenti da reati che sanzionano la violazione di norme dirette all'impresa, recuperano concreta valenza le possibilità di esonero della responsabilità connesse all'adozione ed efficace implementazione di Modelli di Organizzazione *ex artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001*. [...] Proprio in relazione alle nuove fattispecie di illecito di cui all'art. 25 *septies* dovrebbe invece assistersi ad un notevole successo applicativo dei Modelli di Organizzazione, la cui accresciuta importanza corrisponde al minor ruolo selettivo della responsabilità attribuito al requisito dell'interesse [...]".

²⁵⁸ La considerazione è idonea a respingere altresì la tesi che si fonda sul distinguo interesse immediato/mediato, termine quest'ultimo riferito alla materia in esame, nel senso di reato commesso in occasione dello svolgimento di un'attività in contesto lecito, a sua volta finalizzata a perseguire l'interesse dell'ente. Peraltro, anche questa tesi giunge alla sostanziale abrogazione del modello di esonero della responsabilità, codificato al c. 2, art. 5. Su tale tesi, DE SIMONE, *cit.*, p. 6.

Ad ogni modo ed inoltre, le letture oggettive del criterio di imputazione in esame devono essere respinte, in quanto si fondano su una errata declinazione del significato del binomio interesse/vantaggio.

Se si accetta, infatti, il postulato dell'unicità del modello di responsabilità in questione, da ritenersi valido tanto nell'ipotesi di reati presupposto dolosi, quanto colposi, occorre giocoforza mantenere *distinti* i criteri enunciati dall'art. 5. Con la conseguenza che, per quanto già detto, devono essere attribuite aree semantiche diverse all'interesse e al vantaggio: risultato ragionevolmente ottenibile, a condizione di interpretare detti concetti, rispettivamente, in ottica soggettiva e oggettiva. Sicché, non è possibile ravvisare alcunaendiadi, né un concetto superiore di interesse inteso in senso oggettivo, riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato²⁵⁹.

Peraltro, la scarsa capacità di connessione che caratterizza le letture oggettive del requisito dell'interesse, trova piena dimostrazione nella insostenibilità di quella tesi che tenta di rinvenire un *plus* rispetto alla posizione qualificata dell'autore dell'illecito, nel riferimento alla cd. *politica d'impresa*²⁶⁰, volendo cioè ravvisare un interesse (in senso oggettivo) dell'ente, allorché la condotta colposa dell'agente si identifichi nella strategia operativa della *societas*. Per quanto la politica d'impresa sia enucleabile in termini oggettivi, come espressione degli obiettivi statutariamente perseguiti dall'ente, al di fuori dell'ipotesi di imprese unicamente votata alla criminalità, ben potrebbe darsi che la politica d'impresa sia percorsa da fini egoistici ed eccentrici, rispetto alla finalità oggettiva dell'agire della *societas*. Sicché, in questi casi, statisticamente più frequenti, solo la ricognizione del *fine*

²⁵⁹ Fautori della concezione unitaria dei criteri di iscrizione di cui all'art. 5, sono PULITANÒ *cit.*, p. 15 e GUERNELLI, *cit.*, p. 290. Sull'incompatibilità di tale conclusione con l'architettura normativa del d.lgs. 231/01, si veda quanto esposto al § 6.1 e 6.1.1.

²⁶⁰ Il criterio della cd. politica d'impresa viene utilizzato da TRIB. TRANI – SEZ. MOLFETTA, *cit.*, che individua l'ambito di operatività dell'esclusione del collegamento oggettivo sancita dal c. 2, art. 5, assumendo come parametro le condotte estranee alla politica d'impresa. Critica la scarsa capacità di connessione di una tale interpretazione oggettiva del binomio interesse/vantaggio, REVERDITI, Atti del convegno, *Sicurezza sul lavoro e danni ambientali nei recenti casi*, Torino, 26-27 settembre 2012 che così argomenta “Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la politica d'impresa sia orientata a mascherare l'effettiva realtà operativa dell'ente, al fine di nascondere interessanze con il tessuto criminale dell'area in cui è inserita. In tal caso, la violazione della normativa antinfortunistica sarebbe desumibile non già oggettivamente dall'analisi della struttura societaria e dalle decisioni finalizzate al raggiungimento di obiettivi coesenziali con la sua attività dichiarata, bensì per agevolare il conseguimento di altre finalità, non dichiarabili né desumibili da alcun altro elemento estrinseco qualificante l'agire tipico dell'ente. In simili frangenti soltanto la decodificazione in chiave soggettiva della politica d'impresa potrebbe disvelare il reale collegamento reato-ente”.

soggettivamente perseguito dall'agente potrebbe far luce sull'effettiva riconducibilità del reato all'ente, della cui responsabilità si discute.

6.3.2. L'AZIONE COSCIENTE E VOLONTARIA NEL REATO COLPOSO

Con le argomentazioni che precedono, si è raggiunto un primo intermedio risultato, ossia che sono da respingere le tesi che propendono per un'interpretazione del criterio dell'interesse in senso oggettivo (secondo le varie declinazioni proposte).

Si è anche detto che l'interpretazione che si vuole adottare, deve recare con sé un'effettiva *capacità di connessione*, tale da consentire di ritenere il reato commesso dalla persona fisica originato dal centro di interessi (potenziale o effettivo) dell'ente, onde garantire che, ad un livello minimo, l'ente risponda per un illecito solo a lui riferibile. In altri termini, il binomio interesse/vantaggio deve essere declinato in modo tale da avere (effettiva) capacità selettiva delle condotte poste in essere dalla persona fisica, addebitabili alla responsabilità dell'ente²⁶¹.

Quanto sopra, però, per quanto già in precedenza considerato, postula necessariamente che, con specifico riferimento all'ambito applicativo dell'art. 25 *septies*, l'indagine venga svolta con riferimento alla condotta tenuta nel caso concreto dalla persona fisica, non anche al reato colposo, inteso nella sua integralità. Considerazione imposta sia dal modello unitario di responsabilità, posto che anche nelle ipotesi dolose viene ad assumere ruolo centrale l'aspetto

²⁶¹ Considerazione doverosa e che costituisce la naturale conseguenza logica dell'inserimento, accanto al criterio della posizione significativa dell'autore del reato, dei requisiti di cui all'art. 5, ai fini dell'ascrizione del reato presupposto all'ente. Stando così le cose, occorre sforzarsi di rinvenire nel sistema un'interpretazione capace di selezionare, all'interno di tutte le possibili condotte delittuose poste in essere dalle persone fisiche, quelle che devono ritenersi originate dal centro d'interessi dell'ente. In conclusione, già sul piano oggettivo, deve essere garantito all'ente che il reato per il quale è chiamato a rispondere, appartenga al suo agire e non sia semplicemente connesso allo svolgimento della sua attività, posto che altrimenti il binomio interesse/vantaggio perderebbe di significato e la clausola di esonero della responsabilità codificata al c. 2, art. 5, non potrebbe operare, a meno di non stravolgere il significato del dato normativo, in chiara violazione del principio di legalità. Conclusione che pare avvalorata, *a contrario*, dalle prima esposte tesi propense a fondare la responsabilità dell'ente sul piano oggettivo, sostanzialmente ed esclusivamente, sulla posizione significativa della persona fisica, tanto che i fautori di tali tesi sono poi costretti ad ammettere che "in relazione ad illeciti dipendenti da reati che sanzionano la violazione di norme dirette all'impresa, recuperano concreta valenza le possibilità di esonero della responsabilità connesse all'adozione ed efficace implementazione di Modelli di Organizzazione ex artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001. [...] Proprio in relazione alle nuove fattispecie di illecito di cui all'art. 25 *septies* dovrebbe invece assistersi ad un notevole successo applicativo dei Modelli di Organizzazione, la cui accresciuta importanza corrisponde al minor ruolo selettivo della responsabilità attribuito al requisito dell'interesse [...]", EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 18 e ss.

materiale del reato²⁶², sia dalla stessa dizione dell'art. 5, c. 1, a norma del quale “*L'ente è responsabile per i reati*”, ossia in relazione ai reati e non dei reati commessi dalle persone fisiche qualificate. In altre parole, il reato funge *davvero* da presupposto, in quanto costituisce il punto di partenza dell'analisi volta a ravvisare il coinvolgimento dell'ente nella realizzazione del reato presupposto da cui deriva l'illecito amministrativo, non invece la ragione, il motivo della responsabilità degli enti.

Inoltre, si è anche ricordato che il modello unitario di responsabilità dell'ente, quale declinato dalla parte generale del d.lgs. 231/01 impone, sulla base di una corretta analisi sistematica dei criteri di imputazione oggettivi, di attribuire ai requisiti dell'interesse e del vantaggio aree semantiche e, quindi, applicative differenti.

Dalle superiori considerazioni e in ossequio al principio di legalità, ne deriva che allo stato della legislazione vigente la formula “reati commessi nel suo interesse” deve essere interpretato in ottica *soggettiva*, come condotta mossa dalla rappresentazione del conseguimento di un'utilità per l'ente che a monte ha determinato in tutto o in parte l'agire della persona fisica; la formula “reati commessi [...] a suo vantaggio” invece, deve essere intesa in ottica *oggettiva*, avendo a parametro di riferimento l'utilità in concreto effettivamente percepita dall'ente a seguito della condotta posta in essere dall'agente.

In tal contesto, è da apprezzare quella dottrina che, propendendo per una visione soggettiva del concetto di interesse, più di ogni altra approfondisce l'analisi, giungendo alla conclusione che il criterio in esame possa funzionare nella sola ipotesi di condotta connotata da colpa cd. cosciente (in quanto solo in questa ipotesi sarebbe possibile indagare la direzione finalistica della condotta posta in essere dall'agente), conferendo nel contempo ruolo centrale al requisito del vantaggio, ritenuto compatibile anche nelle ipotesi di colpa incosciente²⁶³.

²⁶² Si veda a tal riguardo quanto si argomentava sopra con riferimento al reato di corruzione, in cui l'interesse dell'ente che muove la condotta del reo deve essere riferito al compimento dell'atto da parte del pubblico ufficiale, quindi all'aspetto materiale, in specie all'evento e non al reato di corruzione in sé considerato. Del resto le stesse argomentazioni sono riferibili anche ad altre ipotesi dolose inserite nel “catalogo” dei reati presupposto, quali quelli di cui 24 *ter*, 25 *quater*, 25 *quater*1, in cui l'interesse o il vantaggio potrà essere rapportato unicamente al segmento dell'aspetto materiale del reato che di volta in volta può porsi quale termine di riferimento per valutare la sussistenza di un interesse dell'ente o di un suo vantaggio. Tanto che CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Rivista* 231, 2006, n. 1, p. 208, si chiedeva “cosa mai potrà concretamente consistere l'indispensabile interesse o vantaggio dell'ente che (comunque) deve collegarsi alla commissione di un delitto (presupposto) con finalità di terrorismo o di eversione, e quando mai una simile improbabile relazione potrà essere provata”.

²⁶³ La maggiore critica che può essere sollevata a questa tesi è da rinvenire nella eccessiva latitudine applicativa che viene conferita al requisito del vantaggio. Come si è detto in precedenza, l'analisi sistematica della parte

A ben vedere, però, qualora si voglia fondare effettivamente e correttamente l'analisi sulla condotta tenuta dal soggetto agente, il distinguo sottolineato dalla dottrina di cui sopra, appare, quantomeno, non del tutto giustificato.

Nelle tesi in vario modo prospettate, si annida infatti una confusione dei piani di giudizio: l'elemento soggettivo colposo della prevedibilità riguarda l'evento costituito dalla lesione del bene vita o dalla lesione del bene integrità fisica.

Ma una volta che dal reato colposo, si passa a valutare la sola condotta in sé considerata, è perfettamente compatibile l'ipotesi che i soggetti qualificati, nel momento in cui hanno compiuto un'azione o un'omissione, nell'ambito della quale hanno posto in essere un atto in violazione alle norme antinfortunistiche e relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, si sono prefigurati, nella loro *azione cosciente e volontaria*, il vantaggio o l'interesse dell'ente.

Come è stato ben affermato²⁶⁴, l'azione colposa è bifronte: per un verso, è azione umana volontaria e consapevole; dall'altro è inconsapevole (o consapevole) violazione della regola cautelare. L'azione, in quanto sorretta da un effettivo atteggiamento psichico, ben può rispondere ad un interesse (inteso in senso soggettivo) alieno e al contempo essere caratterizzata da una inconsapevole antiggiuridicità, per non aver l'agente, nell'ambito di quell'azione, posto in essere un atto dovuto o per aver posto in essere un atto non dovuto, come invece sarebbe dovuto essere in conformità alla disciplina di settore.

Ciò si spiega, in quanto la colpa non è un coefficiente psicologico reale, ma un *giudizio* che viene dato ad un'azione umana consapevole e volontaria; sicché, se si guarda unicamente all'azione tenuta nel caso di specie, la colpa non si pone per forza in termini antitetici con l'interesse, inteso come atteggiamento psicologico dell'autore del reato²⁶⁵.

generale del d.lgs. 231/01 condotta con riguardo ai criteri di imputazione oggettiva, assegna a questi una reciproca funzione ermeneutica. In specie, il c. 2, art. 5, suggerisce di conferire all'interesse un significato e un ambito applicativo maggiore rispetto al criterio del vantaggio; diversamente, verrebbe preclusa l'operatività della clausola di esonero della responsabilità, ogni qual volta il vantaggio non sia in alcun modo ricollegabile all'interesse per l'ente perseguito a monte dall'autore del reato.

²⁶⁴ DOVERE, *cit.*, p. 107 che però critica l'impostazione che vede nella condotta l'oggetto della valutazione, paventando l'incostituzionalità di tale interpretazione che degraderebbe ad una sorta di condizione di punibilità, il verificarsi dell'evento morte o lesioni.

²⁶⁵ L'art. 42, c.p., individuando i possibili modi di imputazione del "fatto" (dolo, colpa, preterintenzione, responsabilità oggettiva), attribuisce al "fatto" una concezione binominale che comprende l'azione (o l'omissione) e l'evento. A norma del c. 1, art. 42, i coefficienti psicologici della coscienza e della volontà devono essere valutati in relazione all'azione, conferendo a questa significato penalmente rilevante. Storicamente, in particolare, l'indagine volta ad individuare il ruolo della volontà nel reato è stata svolta lungo

Peraltro, se si guarda al reato colposo di mera condotta, in cui si prescinde quindi dall'evento - modello normativo cui si rifanno le varie ipotesi contravvenzionali previste dalla disciplina antinfortunistica e che, per quanto sopra detto, costituiscono in materia *de qua*, quantomeno nei casi di colpa specifica, l'oggetto della valutazione della sussistenza dei criteri in esame, in quanto identificano e qualificano la condotta dell'agente - le possibilità di raccordo tra l'elemento psicologico del reo e il canone dell'interesse sono indubitabili.

Così si immagini un datore di lavoro che presidia la postazione lavorativa di un lavoratore, in quanto l'esperienza ha dimostrato che quel lavoratore è produttivo solo ove sotto pressante controllo del datore di lavoro; e si immagini che il datore di lavoro, impegnato in questa attività, ometta di controllare e verificare che altro lavoratore usi i mezzi di protezione

due linee parallele: l'una segnata dal rapporto volontà-azione, l'altra dal rapporto volontà-evento (ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1926, 79). Distinzione che occorre mantenere alla luce dell'impianto codicistico che nell'art. 42, c. 1, propone il tema dell'azione (od omissione) cosciente e volontaria, e nell'art. 43 pone l'accento sull'evento e sulle condizioni per la sua imputabilità al soggetto agente. Con specifico riguardo al primo dei due rapporti evidenziati, la dottrina insegna come si debbano tenere distinte le nozioni di atto ed azione. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, 16a ed., Milano, 2003, 223, ha rappresentato in termini puntuali il diverso significato dei vocaboli in argomento. Ai fini del diritto, L'Autore avverte, "interessa osservare che l'azione si presenta molte volte nella forma di un procedimento complesso, vale a dire, come una serie o molteplicità di movimenti del corpo. Ognuno di questi movimenti si dice atto: l'insieme degli atti costituisce l'azione. L'atto, quindi, non è che un frammento dell'azione nei casi in cui questa non si esaurisce in un solo movimento corporeo". Ed ancora: "la direzione verso un fine consapevole è quello che imprime all'azione il suo carattere unitario. I singoli atti esteriori, nei quali il processo esecutivo della condotta può scindersi, vengono cementati tra loro e ridotti ad unità dallo scopo che l'uomo si propone". Così, si ricordi il noto esempio di un medico chirurgo che compiendo un'operazione, dimentica all'interno del corpo del paziente una garza, non rimuovendola. In questo caso, l'azione (l'intervento operatorio nel quale il chirurgo si è impegnato), pur nella sua unità, si articola su una molteplicità di atti; uno dei quali sarebbe dovuto essere (e non fu) l'asportazione della garza dal corpo del paziente. Ora, con riferimento all'atto omesso, non si pone il problema della volontà; questo problema riguarda l'azione, la quale, nell'esempio proposto, è cosciente e volontaria in ogni momento del suo compiersi. L'atto omesso non può enuclearsi come autonoma condotta, in quanto non interrompe l'azione, ma pone un problema di perizia, di prudenza, di diligenza, di osservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, da cui deriva l'imputazione a titolo di colpa. In altri termini, nei confronti dell'atto omesso non si pone un problema di volontà: nei suoi confronti si pone il problema della sua rilevanza quale sintomo rivelatore di un'azione cosciente e volontaria, che in un momento dato del suo compiersi discopre nel soggetto agente imperizia, imprudenza, negligenza, o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. In definitiva, l'atto omesso che si sarebbe dovuto compiere, o l'atto positivo che si sarebbe dovuto non compiere è solo il sintomo rivelatore dell'elemento normativamente richiesto per la imputazione a titolo di colpa. L'insieme degli atti posti in essere, in cui si inserisce l'atto rivelatore dell'imputazione colposa, è l'azione, in relazione alla quale deve essere verificata la sussistenza dei coefficienti della coscienza e volontà. Pertanto, in relazione all'azione, quale componente del fatto colposo, è consentito valutare la tensione finalistica che muoveva il soggetto agente che ha posto in essere l'atto non dovuto o che non ha posto in essere l'atto dovuto, in conformità alla disciplina di settore.

individuale (DPI), così incorrendo nella violazione sanzionata dal combinato disposto degli artt. 71 e 87, lett. c), d.lgs. 81/01.

In questo caso, l'azione del datore di lavoro, cosciente e volontaria, è tenuta nell'interesse dell'ente (aumentare la produttività del lavoratore, altrimenti "sfaticato"); l'atto omesso di vigilare sull'operato altrui è inconsapevole (dovendo controllare il lavoratore, il datore di lavoro non si accorge dell'operato dell'altro).

Alla luce di quanto argomentato, dunque, se si accede all'impostazione qui proposta, secondo la quale la verifica della ricorrenza dei criteri oggettivi di imputazione in esame deve arrestarsi all'osservazione del rapporto *volontà-azione*, non coinvolgendo, invece, il rapporto *volontà-evento* che riguarda l'estremo da cui occorre prescindere nella materia *de qua*, ben può essere ravvisata nell'azione tenuta nel caso concreto dall'agente una *tensione finalistica* al conseguimento di un'utilità per l'ente, a prescindere dal carattere inconsapevole o consapevole della violazione antinfortunistica compiuta²⁶⁶.

Impostazione che assicura, inoltre, l'imprescindibile operatività alla clausola di esonero della responsabilità, di cui al c. 2, art. 5.

Se, infatti, nell'esempio fatto, la pressante sorveglianza esercitata dal datore di lavoro era finalizzata, non ad aumentare la produttività del lavoratore, ma ad ingenerare in lui un senso di timore e vessazione, per indurlo a rassegnare le dimissioni, in quanto persona invisa al datore di lavoro, l'utilità oggettiva perseguita con l'azione del datore di lavoro, il cui atto omesso di vigilare sull'operato dell'altro lavoratore ne disvela il carattere colposo, deve essere considerata estranea al centro d'interessi dell'ente, ai sensi del c. 2, art. 5.

Laddove, invece, la mancata vigilanza da parte del datore di lavoro sia dovuta a mera sciatteria dello stesso, non altrimenti tesa a perseguire alcun risultato, non potrà addebitarsi

²⁶⁶ Gli esempi che dimostrano le indiscutibili possibilità di raccordo tra l'interpretazione adottata e la valutazione di un interesse in senso soggettivo sono innumerevoli e, al contempo, disvelano l'effettiva capacità selettiva dei criteri di cui all'art. 5. Con riferimento ad ipotesi di colpa specifica, si faccia l'esempio di un direttore di stabilimento che assume un lavoratore, previa assunzione di informazioni relativamente alle sue precedenti esperienze lavorative, senza però verificare in concreto le effettive capacità ed esperienze quanto all'osservanza delle prescrizioni antinfortunistiche impartite, in violazione della regola cautelare codificata all'art. 18, lett. c). Si pensi che quel lavoratore venga sin dall'inizio adibito allo svolgimento di attività sensibili dal punto di vista antinfortunistico e a causa del mancato addestramento si infortuna il giorno dopo l'assunzione. In questi casi, in cui non si può parlare certo di colpa con previsione, qualora l'attribuzione (già il giorno successivo all'assunzione) di quelle mansioni che comportavano un rischio per la sicurezza, sia stata effettuata per coprire un necessario (per la continuazione della produzione) ruolo all'interno dell'organico dell'ente rimasto vacante, si avrà una condotta posta in essere nell'interesse dell'ente. Diversamente, qualora ciò sia avvenuto per mera incompetenza del direttore di stabilimento, quella condotta non sarà attribuibile all'ente.

alcuna responsabilità all'ente, difettando una *significativa connessione* della condotta del datore di lavoro con il centro d'interessi dell'ente, rispetto al quale, anzi, quella condotta pare porsi in evidente contrasto, quantomeno se la valutazione abbia ad oggetto un ente che si sforza di operare in condizioni di liceità.

Come si vede, quindi, accedere ad un'interpretazione dell'interesse in senso soggettivo garantisce di scongiurare il prodursi di una responsabilità *sempre* dell'ente (almeno sul piano oggettivo) al verificarsi degli illeciti presupposto, coerentemente al disegno complessivo recato dal d.lgs. 231/01.

6.3.3. CRITICHE E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

Pur nella correttezza (da un punto di vista di teoria generale) delle osservazioni sopra compiute, alla tesi suggerita potrebbe opporsi l'obiezione che in tal modo la condotta del reo verrebbe presa in considerazione - ai fini della valutazione dei criteri di cui all'art. 5 - a prescindere proprio dall'elemento che ne connota l'antigiuridicità, ossia la violazione della disciplina antinfortunistica.

Del resto, l'insegnamento tradizionale della dottrina è quello secondo il quale, per quanto concerne il delitto colposo, "azione tipica, nella serie degli atti condizionanti un certo evento, sarà l'azione che per prima dia luogo ad una situazione di contrarietà rispetto ad uno dei criteri di qualificazione richiamati dal legislatore nella definizione della colpa"²⁶⁷. In altri termini, l'azione, cosciente e volontaria ai sensi dell'art. 42, c. 1, c.p., penalmente rilevante con riferimento all'illecito colposo, è solo e soltanto quella che, nella serie degli accadimenti che conducono con efficacia eziologica all'evento, si pone in termini antitetici rispetto ai doverosi coefficienti comportamentali tesi a scongiurarne la realizzazione. Sicché, nel dare rilievo, in ottica colposa, ad un'azione umana, occorre considerare unicamente quel segmento di condotta in cui si concretizza la violazione delle regole cautelari, non anche l'azione considerata nella sua totalità, entro cui la prima viene posta in essere.

Diversamente considerando e a seguire, quindi, la tesi sopra proposta, si potrebbe obiettare che così impostata la questione, l'ente verrebbe a rispondere non del reato colposo nel suo complesso (circostanza, come visto, in linea con la disciplina generale del d.lgs. 231/01), ma

²⁶⁷ L'insegnamento è di GALLO, *Colpa penale*, in *ED*, VII, Milano, 1960, 624.

nemmeno di una condotta colposa, quanto, piuttosto, dell'azione cosciente e volontaria posta in essere dall'agente nel caso concreto, prescindendo dal carattere colposo della stessa.

Accogliendo questa obiezione e, quindi, individuando il parametro di riferimento alla stregua del quale valutare i requisiti dell'interesse e del vantaggio nella condotta colposa (nel senso sopra detto), effettivamente *parrebbe* che una concezione soggettiva di interesse, possa essere valutata solo con riferimento alle ipotesi di colpa con previsione²⁶⁸.

È solo in questa ipotesi infatti - allorché, cioè, il soggetto si determini nonostante la conoscenza del comportamento alternativo doveroso, confidando su fattori impeditivi della realizzazione dell'evento²⁶⁹ - che è apprezzabile un suo atteggiamento psichico, in riferimento al quale ravvisare una tensione finalistica al conseguimento di una data utilità per l'ente, nella condotta posta in essere dall'agente.

²⁶⁸ Ciò in quanto, la colpa con previsione si distingue dalla colpa senza previsione proprio in ragione dello svolgimento del processo psichico del soggetto agente. La colpa cosciente è "tale per la presenza di elementi, bensì ulteriori e diversi rispetto a quelli propri della colpa incosciente, ma tuttavia tali da partecipare dell'essenza della colpa, di modo che si possa affermare che, quando questa è "cosciente" o con "previsione", lo è in virtù di un particolare modo di atteggiarsi di quegli stessi elementi fondamentali che esprimono in positivo le caratteristiche dell'illecito colposo e che lo differenziano ontologicamente da quello doloso" (DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107 139). Nella colpa con previsione, il soggetto prevede che la condotta produrrà un evento lesivo, e tuttavia si determina all'azione (od all'omissione) perché egli accerta l'esistenza o la sopravvenienza di fattori che impediranno il prodursi dell'evento, che invece si verifica, in quanto il soggetto ha errato nel valutare la efficacia dei fattori impeditivi. L'errore in cui incorre il soggetto agente non è però riconducibile, come nella ipotesi di fattispecie dolosa, alla previsione dell'art. 47. Non è errore sul fatto che costituisce il reato, in quanto nella specie, l'errore cade sui fattori che, nella rappresentazione del soggetto agente, avrebbero dovuto impedire il verificarsi dell'evento. L'errore cade, in altri termini, sul nesso causale che collega l'evento alla condotta dell'autore (così DE FRANCESCO, *cit.*, 144, che ricorda che non si tratta di un'affermazione del tutto nuova: BETTIOL, *Diritto penale, parte gen.*, 11a ed., Padova, 1982, 473, il quale parla di "errore di calcolo sul nesso causale tra l'azione e l'evento"). Dall'altra parte dello stato psichico di riferimento vi è la colpa senza previsione, che si ha quando il soggetto agente non preveda l'evento, e neppure quindi si rappresenti i fattori impeditivi.

²⁶⁹ È solo quando il soggetto è consapevole di trasgredire la regola di condotta intesa ad evitare l'evento lesivo che l'agente si pone il problema dei fattori impeditivi; ed è solo in questo momento che è logicamente ipotizzabile un suo atteggiamento psichico. Se il soggetto esclude la immanenza o la efficacia dei fattori impeditivi e si determina ugualmente all'azione od all'omissione, si profila il dolo eventuale; se invece ne accerta la immanenza e la efficacia, si ha, in caso di errore sul processo causale e di verifica dell'evento, colpa con previsione. Si ha, invece, colpa senza previsione quando il soggetto non sia consapevole di trasgredire regole di diligenza volte ad impedire eventi lesivi. Sempre che, ovviamente, un evento lesivo si verifichi, e sempre che esso fosse prevedibile. Tale evento, per ipotesi, potrebbe anche essere preveduto, ma se nella psiche dell'agente non si rifletta la trasgressione della regola di diligenza, e quindi se il soggetto non abbia consapevolezza di essere negligente, imprudente, non esperto, ovvero inosservante di leggi, regolamenti, ordini o discipline, la previsione (in astratto possibile) di un evento lesivo, causalmente collegato ad una trasgressione di norme prudenziali, non è idoneo ad un'imputazione per colpa con previsione.

In questa prospettiva, peraltro, occorre dar conto di un dato normativo che evidenzia l'eventualità che ad attrarre la responsabilità dell'ente siano condotte violatrici di norme cautelari sorrette financo dalla dimensione soggettiva del dolo in capo all'agente.

L'art. 302, d.lgs. 81/08 nel recare la disciplina della contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto, consentendo la possibilità per il giudice, su richiesta dell'imputato, di sostituire la pena detentiva con pena pecuniaria, preclude tale eventualità nell'ipotesi in cui "la violazione ha avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro da cui sia derivata la morte o una lesione personale che abbia comportato l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore ai quaranta giorni".

La disposizione si evidenzia in materia *de qua*, in quanto profila una condotta che integra la contravvenzione, come tale sorretta indifferentemente da dolo o colpa, da cui derivi causalmente l'evento lesivo tipico ai sensi delle fattispecie colpose presupposto della responsabilità dell'ente²⁷⁰.

La norma, quindi, suggerisce l'eventualità di una condotta inosservante dolosa che va a costituire l'elemento materiale della fattispecie colposa causalmente orientata, in relazione alla quale è indiscutibile la possibilità di ravvisare una tensione finalistica all'ottenimento di un'utilità per l'ente.

Pertanto, come si vede, concentrare la verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5 sulla condotta tenuta dal soggetto agente, reca con sé l'indubbio pregio di poter attrarre nel fuoco della responsabilità dell'ente, violazioni finanche dolose delle regole cautelari, a condizione, ovviamente, che non sia configurabile un dolo eventuale, a fronte dell'accettazione del rischio di verifica dell'evento.

6.3.4. IL (POSSIBILE) RILIEVO DI NORME CAUTELARI IMMANENTI ALLA QUALIFICA DI APICALI

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, sembrerebbe allora doversi argomentare che quanto più la colpa si mantenga entro i naturali confini della sua essenza, tanto più si rende impraticabile la possibilità di un collegamento tra l'illecito e l'ente, basato sul criterio soggettivo dell'interesse.

²⁷⁰ Mette in evidenza il dato normativo, VENEZIANI, *cit.*, p. 110, con riferimento al quale evidenzia che "è soprattutto in tal contesto che, nella prassi applicativa, può essere analizzato il criterio di ascrizione all'ente della responsabilità da reato di omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime, anche nella prospettiva dell'interesse e non solo in quella del vantaggio".

Ma, a meno di non voler fondare l'analisi dei criteri in esame sull'*azione* posta in essere dal soggetto agente, la conclusione sopra esposta si rivela la naturale e logica conseguenza del modello di disciplina di cui alla parte generale del d.lgs. 231/01 che, si è detto, non si "accontenta" di un mero rapporto organicistico, richiedendo, nell'ottica di assicurare che l'illecito appartenga all'ente, che questo sia originato dal centro d'interessi dell'ente stesso. Sicché, è necessario ravvisare nel caso concreto un *atteggiamento psichico* dell'autore del reato che si ponga in termini di compatibilità con una tensione finalistica della condotta posta in essere dall'agente, tesa a realizzare un'utilità per l'ente; eventualità ravvisabile, nella generalità dei casi e ad un livello minimo, per quanto in precedenza esposto, nelle ipotesi di condotte colpose connotate dalla previsione dell'evento.

La conclusione a cui si è giunti, abbisogna però di un'ultima precisazione che (se dotata di qualche plausibilità) è in grado di attrarre in materia *de qua* condotte colpose, in relazione alle quali è lecito prescindere dalla dicotomia senza previsione/con previsione dell'evento.

Vi è da evidenziare, infatti, che il d.lgs. 81/08, con specifico riferimento a quelle figure qualificabili come apicali ai sensi del d.lgs. 231/01, contiene una serie di rilevanti (in ottica di imputazione colposa di un evento) norme immanenti, irrimediabilmente connesse alla qualifica stessa di tali soggetti che, oltre ad avere uno specifico contenuto precettivo, esprimono e indicano un *doveroso modo di essere* di tali soggetti che si rivela funzionale al successivo adempimento dei numerosi e specifici obblighi ad essi demandati.

Si tratta di doveri di carattere prevenzionistico, per di più volti a garantire un dominio dell'apicale sull'ente, di tipo *informato* e *vigile*, che accompagnano costantemente l'agire dello stesso per tutto il corso della attività produttiva dell'ente di appartenenza, qualificandone lo *status*; sicché, problemi di inconsapevolezza della violazione non possono ragionevolmente porsi.

Nel senso che, in questi casi non sembra aver più di tanto senso discutere di condotta connotata o meno dalla previsione dell'evento, in quanto detti doveri da osservare e poteri da esercitare prescindono dalla previsione di un evento infausto, ponendosi, anzi, in termini *propedeutici* alla predisposizione di un adeguato sistema antinfortunistico, a sua volta, teso a scongiurare la realizzazione di un evento lesivo.

Si tratta, in definitiva, di profili caratterizzanti la figura dell'apicale, quale soggetto istituzionalmente deputato ad eliminare o, quantomeno, ridurre l'eventualità di verifica dei rischi prevenzionistici direttamente alla fonte, ossia con riferimento allo stesso ciclo

lavorativo, a prescindere, dunque, dall'emergere nel caso concreto di una situazione di pericolo che ne rende preveduta la realizzazione.

Un esempio, in tal senso, può essere rinvenuto nella norma di cui all'art. 15, d.lgs. 81/08, in specie, nelle parti in cui enuncia il principio della "massima sicurezza tecnologica possibile" che si realizza attraverso l'informazione, da parte del datore di lavoro "circa i progressi tecnici e le conoscenze scientifiche in materia di concezione di posti di lavoro" (quattordicesimo considerando della direttiva quadro 89/391/CEE).

Ampia è la casistica giurisprudenziale in materia *de qua*²⁷¹ che, nella sostanza, richiede un continuo sforzo da parte del datore di lavoro all'assolvimento di un dovere di informazione *propedeutico* ad assicurare la protezione obiettiva tecnologicamente attuabile, tale da eliminare il rischio infortunistico o malattia professionale direttamente alla radice.

In questi casi, qualora il ciclo produttivo non venga adeguatamente e costantemente (nei limiti, peraltro molto stringenti, dell'esigibilità) fornito dei presidi che la migliore scienza suggerisce, non ha senso parlare di inconsapevole violazione della norma cautelare, posto che sull'apicale incombe un dovere di informazione (funzionale all'implementazione delle misure antinfortunistiche) connaturato allo stesso ciclo produttivo e, quindi, in ultima analisi, immanente alla responsabilità dell'apicale stesso.

²⁷¹ Si rivela essenziale in materia *de qua*, l'insegnamento di CASS. PEN. SEZ. IV, 29.3.07, n. 12799, secondo cui "il D.Lgs. n. 626 del 1994, artt. 3 e 4 in una lettura coordinata impongono ai responsabili aziendali un costante sforzo di riadeguamento di tutte le misure di tutela del lavoro ai più avanzati livelli di sicurezza raggiungibili nei vari comparti produttivi in dipendenza dello sviluppo delle tecniche e dei modelli di organizzazione e controllo elaborati in campo nazionale ed internazionale. In conclusione sul punto deve ribadirsi che le discipline pertinenti alla prevenzione di malattie professionali rispondono all'idea che il rischio del loro insorgere debba essere, se possibile, eliminato in radice, e, solo in caso di impossibilità, deve essere ridotto al minimo, agendo sia sulle condizioni di lavoro sia sull'organizzazione dello stesso. Inoltre il ripiegamento della tutela (dalla radicale eliminazione del fattore di rischio alla riduzione al minimo del rischio residuo) esige una pregnante giustificazione, deve essere contenuta entro limiti strettissimi, segnati dalla preminenza dell'integrità fisica delle persone, e deve trovare nella valutazione normativa un'improbabile irrinunciabilità dell'attività, in cui il fattore di rischio si inserisce, sicché, dati i valori implicati, si deve richiedere la protezione obiettiva tecnologicamente attuabile, secondo il massimo e la migliore tecnologia. Pertanto, poiché nella fattispecie non si sono neppure attuati tempestivamente dei moduli organizzativi di facile predisposizione anche se incidenti sulla produzione e sul profitto economico indicati dai medici aziendali e dall'ASL per impedire il sorgere delle malattie professionali verificatesi e si sono volute contemperare le esigenze della produzione e la ricerca del profitto con l'apprestamento di misure inadeguate, non solo il nesso eziologico, la c.d. causalità della colpa e la colpa sono evidenti, ma appare fin troppo mite la pena inflitta per essersi l'azienda interessata "a tali problematiche" con la "costruzione di un nuovo stabilimento con un grado di automazione molto spinto" e con "la scelta di validi medici di lavoro".

Sicché, in tali casi, anche se non preveduto lo specifico evento infausto, l'apicale che non adempie ai *propedeutici* doveri di costante informazione²⁷², da cui deriva lo stato di inconsapevolezza circa la necessità di adeguare i presidi di cui è dotato il ciclo produttivo, allo stato a cui il progresso tecnologico è giunto, si è comunque posto *consapevolmente* in condizioni di antigiuridicità, con riferimento al preminente dovere su di esso incombente che ne caratterizza lo *status*, ossia il dovere di adeguatamente informarsi, nell'ottica dell'eliminazione o, quantomeno riduzione del rischio.

In queste ipotesi, anche se non qualificabili tecnicamente come condotte colpose connotate dalla previsione dell'evento (posto che si tratta di violazioni di cautele *propedeutiche* al successivo assolvimento degli obblighi antinfortunistici), pare possibile rinvenire un *atteggiamento psichico* dell'apicale che non si informa doverosamente e adeguatamente in vista della protezione dell'ambiente lavoro, in ottica tecnologicamente possibile. In altre parole, l'apicale tiene una condotta in contrasto con il *doveroso modo di essere* prescritto dalla normativa antinfortunistica, in relazione alla cui condotta è possibile indagare circa una direzione finalistica.

Si faccia l'esempio di un infortunio occorso ad un bracciante agricolo, alla guida di una motozappa priva di un sistema di sicurezza per l'arresto automatico. L'apicale a propria discolpa non potrà sostenere che quella motozappa al momento dell'acquisto era "a norma di legge", laddove venga dimostrato che la casa produttrice aveva introdotto successivamente il meccanismo antinfortunistico, prima mancante. Avendo l'apicale il dovere di costantemente verificare la rispondenza degli strumenti di lavoro alle prescrizioni antinfortunistiche, qualora

²⁷² La caratteristica di propedeuticità del doveroso obbligo di adeguata informazione sui processi tecnologici relativi alla sicurezza sul lavoro, viene esaltata dalla giurisprudenza che imputa al datore di lavoro il verificarsi di malattie professionali ancorché sconosciute all'epoca dei fatti, ma che sarebbero potute essere state contratte efficacemente, qualora il medesimo, assolvendo al proprio dovere di informazione, avesse adeguato lo stato della produzione alle tecnologie sussistenti, volte a prevenire altre determinate malattie. Così, CASS. PEN. SEZ. IV, 29.3.07, N. 12799, secondo cui: "non solo si è ritenuto sussistente l'obbligo di tener conto dei più sofisticati accorgimenti previsti dalla legge in un determinato momento senza che possano assumere rilievo i costi economici e le esigenze della produzione, in quanto l'art. 41 Cost., comma 2 prevede espressi limiti all'iniziativa economica privata e la protezione della sicurezza e della salute del lavoratore costituisce un bene primario ed un diritto fondamentale incompressibile (Cass. sez. III 22 gennaio 1993 n. 525 rv. 192744 e Cass. sez. IV 24 giugno 2000 n. 7402 rv. 216476 fra tante e Cass. sez. I 30 agosto 2004 n. 17314 rv. 576355; Cass. sez. I 8 febbraio 2005 n. 2444 rv. 579669 e Cass. sez. I 7 marzo 2006 n. 4840 rv. 587361 in tema di applicazione dell'art. 2087 c.c.), ma si è anche affermata la sussistenza della colpa per aver violato norme destinate a prevenire determinate malattie professionali, qualora ne siano derivate altre diverse, il cui processo causale era ignoto al momento della condotta, ove la condotta omessa avrebbe impedito non solo il verificarsi della malattia, al cui presidio erano poste le norme prevenzionali, ma anche quella, della quale si ignorava, all'epoca, la connessione causale con detta attività (Cass. sez. IV 14 gennaio 2003 n. 988 rv. 22700)".

non abbia assolto a tale regola prudenziale, *immanente* alla sua stessa qualifica, da cui sia derivato lo stato di inconsapevole inerzia in cui il medesimo versava, sarà ben possibile indagare l'atteggiamento psichico del medesimo e, quindi, in ultima analisi, verificare la sussistenza o meno di una tensione finalistica alla realizzazione di un'utilità per l'ente.

Spostando l'attenzione su un altro versante, in specie nelle ipotesi di condotte colpose causalmente orientate, poste in essere materialmente dai soggetti definibili come sottoposti, vi è da evidenziare che in questa sede i criteri di ascrizione della responsabilità all'ente sono destinati ad operare in maniera *peculiare*; considerazione che, come si vedrà, pare togliere rilievo pratico alla dicotomia colpa senza previsione/colpa con previsione.

Quando si sono analizzate le figure tipiche caratterizzanti la scena-lavoro, si è avuto modo di osservare come la disciplina recata dal d.lgs. 81/08 radica sui soggetti qualificabili apicali ai sensi del d.lgs. 231/01, estesi, penetranti e *immanenti* obblighi di tutela, vigilanza, coordinamento e direzione, sull'operato dei cd. sottoposti. Come sarà approfondito nelle successive sedi, tale reticolato di posizioni di garanzia e di doveri di controllo e direzione rende di fatto inoperante il modello di responsabilità delineato dal combinato disposto degli artt. 5 e 7; con la conseguenza che all'ente verranno (nella più che probabile totalità dei casi) ascritti reati attribuibili ai cd. apicali, di cui l'ente dovrà rispondere secondo la più gravosa prova liberatoria di cui all'art. 6²⁷³.

La norma di riferimento della parte generale della disciplina di settore, in grado di spiegare questo fenomeno, è l'art. 18, d.lgs. 81/08 che nel definire gli obblighi che competono al datore di lavoro e al dirigente (in quanto tali, a prescindere da una apposita delega degli obblighi antinfortunistici), addossa a tali figure una responsabilità in tema di gestione della prevenzione sui luoghi di lavoro estesa, onnicomprensiva e *immanente* alla stessa qualifica,

²⁷³ Si rammenti, brevemente, che quando il reato è commesso dal cd. sottoposto, l'ente risponde innanzitutto se la realizzazione dell'illecito è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Ma essendo detta inosservanza autonomamente punita dalla legislazione speciale, ne deriverà che, qualora il reato si realizzi, l'apicale risponderà per omessa direzione e vigilanza in cooperazione con il sottoposto. Da questa considerazione ne deriva che l'ente risponderà secondo il modello del reato commesso dal cd. apicale, ai sensi dell'art. 6 e, dunque, i criteri di ascrizione della responsabilità andranno valutati, alla fine, con riguardo alla condotta posta in essere dall'apicale. Si faccia l'esempio del preposto che adibisce un lavoratore ad un macchinario privo di mezzi di protezione, in violazione dell'art. 19, lett. e). In capo al datore di lavoro e al dirigente, a norma dell'art. 18, competono obblighi di vigilanza e direzione sul preposto. Pertanto, se il preposto ha posto in essere la condotta antigiuridica nonostante che il datore di lavoro e il dirigente abbiano ben vigilato e diretto, non viene in discussione la responsabilità dell'ente. Se per converso, il datore di lavoro e il dirigente non hanno posto in essere i loro doverosi poteri, questi risponderanno del reato commesso dal preposto e quindi il modello di responsabilità dell'ente sarà strutturato nelle forme di cui al combinato disposto degli artt. 5 e 6.

attraverso il conferimento nei loro riguardi - per ciò che maggiormente interessa in questa sede - di obblighi e poteri di direzione e vigilanza sull'operato altrui. Significativa, a tale ultimo riguardo, è la norma di chiusura del disposto in commento che al c. 3 *bis*, impone l'obbligo a tali figure di esercitare una costante vigilanza sull'adempimento degli obblighi spettanti a ciascuna delle altre figure popolanti la scena-lavoro²⁷⁴; dovere di così ampia portata che il datore di lavoro e il dirigente non risponderanno dell'inadempimento altrui (e quindi degli eventi che ne conseguiranno), solo qualora non sia riscontrabile un difetto di vigilanza e la violazione sia addebitabile esclusivamente all'autore della stessa. Circostanza, quest'ultima di modestissima rilevanza pratica, se sol si pone mente alla improbabile eventualità²⁷⁵ che la condotta colposa del lavoratore sia idonea ad interrompere il nesso di causalità, rispetto alla posizione di garanzia spettante all'apicale.

²⁷⁴ A titolo esemplificativo, evidenzia l'estensione dell'obbligo di vigilanza, nella giurisprudenza più recente, CASS. PEN., SEZ. FER., 26.8.10, N. 32357 secondo cui: *“Va ricordato in proposito il principio, assolutamente pacifico, secondo cui, in tema di infortuni sul lavoro, l'addebito di responsabilità formulabile a carico del datore di lavoro non è in effetti escluso dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, che abbiano contribuito alla verifica dell'infortunio, giacché al datore di lavoro, che è "garante" anche della correttezza dell'agire del lavoratore, è imposto (anche) di esigere da quest'ultimo il rispetto delle regole di cautela (cfr. D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 8, art. 18, comma 1, lett. f). In altri termini, il datore di lavoro, quale diretto responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa prevenzionale e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi ad essa anche instaurando prassi di lavoro magari di comodo, ma non corrette e foriere di pericoli (cfr., di recente, Sezione 4[^], 28 febbraio 2008, Leonardi; nonché, Sezione 4[^], 8 ottobre 2008, Proc. gen. App. Venezia in proc. Dal Tio). Per l'effetto, in sostanza, la colpa del datore di lavoro non è esclusa da quella del lavoratore e l'evento dannoso è imputato al datore di lavoro, in forza della posizione di garanzia di cui ex lege è onerato, sulla base del principio dell'equivalenza delle cause vigente nel sistema penale (art. 41 c.p., comma 1)”.*

²⁷⁵ La giurisprudenza è solita escludere la responsabilità del datore di lavoro, per effetto di una condotta colposa del lavoratore, come tale idonea ad interrompere il nesso causale ex art. 41, c. 2, c.p. solo *“in presenza di un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile del lavoratore: in tal caso, anche la condotta colposa del datore di lavoro che possa essere ritenuta antecedente remoto dell'evento dannoso, essendo intervenuto un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile (e come tale inevitabile) del lavoratore, finisce con l'essere neutralizzata e privata di qualsivoglia rilevanza efficiente rispetto alla verifica di un evento dannoso l'infortunio, che, per l'effetto, è addebitarle materialmente e giuridicamente al lavoratore (tra le tante, Sezione 4[^], Cass., 13 marzo 2008, Reduzzi ed altro; nonché, Sezione 4[^], 29 febbraio 2008, Radrizzani). Ciò può verificarsi in presenza solo di comportamenti "abnormi" del lavoratore, come tali non suscettibili di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. In questa prospettiva, si esclude tradizionalmente che presenti le caratteristiche dell'abnormalità il comportamento, pur imprudente, del lavoratore che non esorbiti completamente dalle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli e mentre vengono utilizzati gli strumenti di lavoro ai quali è addetto, essendo l'osservanza delle misure di prevenzione finalizzata anche a prevenire errori e violazioni da parte del lavoratore (cfr. Sezione 4[^], 5 giugno 2008, Stefanacci ed altri)”; così argomenta, CASS. PEN., SEZ. FER., 26.8.10, N. 32357.*

In queste ipotesi, qualora cioè il reato presupposto venga attribuito al datore di lavoro, o al direttore di stabilimento, o al dirigente, o a soggetti da questi delegati (nei limiti in cui tali figure sono qualificabili come apicali), non in quanto esecutori materiali dell'inadempimento degli obblighi di prevenzione, da cui è direttamente derivato l'evento lesivo, ma sulla base dei doveri di direzione e vigilanza sull'operato altrui, non esercitati o male esercitati, non ha senso discutere di inconsapevole o consapevole violazione della norma cautelare.

È sin troppo ovvio che non potrà dirsi che il datore di lavoro ignorasse di dover intervenire per assicurare il rispetto degli adempimenti prevenzionistici altrui, laddove lo stato di inconsapevolezza in cui egli versa derivi proprio dalla mancata attivazione dei *propedeutici* ed *immanenti* poteri di controllo e vigilanza che, ove esercitati, avrebbero, prima, consentito all'apicale di rendersi conto di trovarsi in una situazione che gli imponeva di comportarsi in un determinato modo e poi, attraverso l'adozione dei tipici poteri di impulso, coordinamento o inibitori, avrebbero scongiurato il prodursi dell'evento lesivo.

L'obbligo di vigilanza è connaturato alla stessa qualifica dell'apicale: rappresenta un *doveroso modo d'essere* del medesimo, a prescindere dalla ricorrenza o meno di circostanze che gli impongono di intervenire. Mancata corrispondenza con quel doveroso modo di essere, in relazione alla quale pare potersi ravvisare un *atteggiamento psichico* dell'agente.

Con riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. 231/01, si tratterà allora di comprendere il motivo per cui il datore di lavoro o altro soggetto apicale non si è attenuto al doveroso modo di essere, prescritto dalla disciplina di settore, e, quindi, la *direzione finalistica* dell'omessa o errata attuazione degli immanenti poteri-doveri di controllo e direzione da parte dell'apicale sull'operato altrui che, se volta ad ottenere un'utilità per l'ente, integrerà il criterio dell'interesse di cui all'art. 5.

Così, formulando degli esempi, si pensi alla morte del lavoratore dovuta al mancato adempimento di obblighi prevenzionistici da parte di altro lavoratore, sul cui operato il datore di lavoro non ha vigilato. Il datore di lavoro non potrà a propria scusante, ad esempio, invocare l'estensione del cantiere o il numero rilevante dei lavoratori occupati, in quanto, stando così le cose, avrebbe dovuto doverosamente delegare ad altri l'attività di vigilanza prevenzionistica su quel cantiere. Qualora ciò non sia avvenuto per un intento di risparmio di spesa a favore dell'ente (in quanto, la delega comporterebbe un aumento di retribuzione al soggetto delegato, per gli ulteriori compiti a questo affidati), si avrà una condotta posta nell'interesse dell'ente; qualora, invece, l'ente dimostri che la mancata nomina di delegati

comportava per il datore di lavoro un sensibile aumento della propria retribuzione (venendosi a sommare su di sé più qualifiche professionali), l'ente potrà sostenere che la condotta caratterizzata da quel profilo colposo è stata posta nell'interesse dell'autore del reato.

Ancora. Si pensi al preposto che, in presenza di un macchinario in fase di manutenzione che difetta delle misure di sicurezza, ma funzionante ai fini propri, adibisce un lavoratore all'utilizzo dello stesso, in violazione dell'art. 19, lett. e). Nei casi in cui venga accertata l'omessa doverosa vigilanza del direttore di stabilimento (nei limiti in cui sarà definibile un apicale), si tratterà di osservare la direzione finalistica della relativa condotta. Così, anche se il direttore di stabilimento non sapeva dello stato in cui si trovava il macchinario, se ha ommesso di controllare, in quanto mosso dalla necessità di evadere delle commesse, in violazione del doveroso modo di essere prescritto, si avrà un'ipotesi di mancato esercizio dei doverosi poteri, posta nell'interesse dell'ente. Qualora, invece, nella stessa situazione, l'ente riuscirà a dimostrare, ad esempio, che l'omesso controllo è dovuto ad un protratto assenteismo del direttore di stabilimento, nascosto adeguatamente ai vertici di appartenenza, si avrà una condotta colposa volta a soddisfare un interesse estraneo all'ente.

Oppure ed infine, nell'ipotesi di ommesso controllo del datore di lavoro sull'attività del medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria, effettuata in maniera del tutto inadeguata da quest'ultimo; qualora l'omesso controllo, pur in assenza di una conoscenza del datore di lavoro dell'inadeguatezza dell'attività del medico, avvenga sulla base di un accordo tra i due, volto a favorire l'uno o l'altro, sarà integrata la clausola di esonero della responsabilità. Ove, invece, nella stessa situazione di inconsapevolezza, il datore di lavoro non abbia esercitato detti poteri, in quanto rassicurato dal medico sulla correttezza del suo operato che, in cambio di una libertà d'azione, ha promesso un risparmio di spesa sul proprio lavoro, si avrà, sul piano oggettivo, una responsabilità dell'ente.

Nelle ipotesi in cui invece il mancato esercizio dei doverosi poteri di controllo sull'operato altrui non sia inquadrabile né in un contesto volto ad ottenere un'utilità per l'ente, né in un contesto volto a perseguire un interesse del reo o di un terzo, ma, ad esempio, sia dovuto a mera sciatteria del medesimo o ad una sottovalutazione dei rischi, la condotta dell'apicale, quanto al criterio dell'interesse, non sarà idonea ad ascrivere il conseguente reato alla sfera di responsabilità dell'ente.

6.3.5. IL VANTAGGIO NELL'AMBITO DELL'ART. 25 SEPTIES

Sicuramente meno problematica - di quanto si è visto con riferimento al concetto di interesse - si evidenzia la possibilità di ravvisare un vantaggio per l'ente, nella condotta colposa dell'autore del reato presupposto individuato dall'art. 25 septies²⁷⁶.

In questa sede, più che con riferimento alle ipotesi di illeciti presupposto dolosi, si impone però la necessità di delimitare la portata applicativa del criterio del vantaggio, in modo da assicurare coerenza con lo schema delineato dalla parte generale del d.lgs. 231/01.

Difatti, la tesi del cd. *risparmio di spesa*²⁷⁷, in cui ben può essere declinato il requisito del vantaggio in materia *de qua*, è idonea ad attrarre la responsabilità dell'ente, nella quasi totalità di ipotesi di illeciti presupposto di cui all'art. 25 septies. È evidente, infatti, che ogni omissione prevenzionistica - rappresentando gli adempimenti in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro sicuramente un costo (elevato) per l'ente - porta con sé un risparmio per l'ente e, quindi, un vantaggio nell'ottica del d.lgs. 231/01.

Sorge quindi la necessità di scongiurare un *indebolimento* della capacità di connessione del requisito in esame.

Rischio reso ancor più pericoloso dalla circostanza che la clausola di esonero della responsabilità di cui all'art. 5, c. 2 contempla il solo criterio dell'interesse e non anche quello del vantaggio. Sicché, le difficoltà che si sono viste sussistere con riferimento al requisito dell'interesse, sembrano riproporsi con tutta la loro forza, nel momento in cui si tratta di interpretare il concetto di vantaggio, in modo tale da assicurare *sempre* all'ente l'operatività della clausola in questione²⁷⁸.

²⁷⁶ Tanto ciò è vero se si pena come molti commentatori ritengono che il requisito del vantaggio, altrimenti superfluo con riferimento agli illeciti presupposto dolosi, stante l'essenzialità del requisito dell'interesse, sia stato introdotto dal legislatore del 2001, proprio pensando agli illeciti presupposto colposi. In questo senso, si sono espressi, VITALI-BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2007, 4, p. 134.

²⁷⁷ Si ricordi, quanto affermato da BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al Diritto*, 2007, 31, p. 41, secondo i quali "l'omissione di comportamenti doverosi imposti da norme cautelari, tenendo in debito conto il contesto in cui i reati presupposto devono essere consumati, potrebbero tradursi in un contenimento dei costi aziendali, suscettibile di essere qualificato *ex post* come vantaggio ai fini dell'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 231/2001".

²⁷⁸ Si ricordi le osservazioni in precedenza compiute con riferimento all'analisi sistematica dei criteri di imputazione in esame. Nel senso che occorre ritenere che, onde il dato codificato al c. 2, art. 5 possa in concreto operare, anche quando la contestazione mossa all'ente si fondi esclusivamente sul conseguimento da parte dello stesso di un vantaggio (oggettivo, da valutarsi *ex post*), necessariamente si deve essere disposti ad ammettere che la condotta dell'autore del reato era tesa, a monte, a perseguire un interesse per l'ente (soggettivo, da valutarsi *ex ante*), rappresentato, almeno in parte (in quanto vi deve essere almeno un interesse concorrente dell'ente, con

Coniugando le predette considerazioni e in virtù dell'analisi sistematica dei criteri in esame in precedenza compiuta e a cui si rimanda, si avrà un vantaggio rilevante in materia *de qua*, nelle sole ipotesi in cui il risparmio di spesa conseguito dall'ente a seguito del commesso reato, si identifichi con la rappresentazione che a monte ha mosso l'agente (nei casi in cui sia ravvisabile un atteggiamento psichico che sorregge la condotta colposa del reo); o, comunque, quel risparmio di spesa che in rapporto a quella rappresentazione si ponga in termini di consequenzialità.

Solo in tal modo, si consente all'ente di poter beneficiare *sempre* della clausola di esonero della responsabilità, di cui al c. 2, art. 5.

Non rileveranno, quindi, vantaggi causalmente maturati dall'ente, o benefici comunque conseguiti dall'ente, pur nell'ambito di una situazione in cui vi sia contrasto tra gli interessi patrimoniali della persona giuridica e la condotta delittuosa posta in essere dal singolo²⁷⁹.

In generale, comunque, onde assicurare che il vantaggio operi e sia funzionale a garantire una connessione significativa tra il reato commesso dalla persona fisica e l'attività imprenditoriale dell'ente, dovendo l'illecito essere ricollegabile alla struttura organizzativa, la valutazione (sulla sussistenza di un vantaggio per l'ente) non deve essere svolta isolando le singole conseguenze del reato, ma considerando in termini complessivi quali siano stati gli effetti che in capo alla persona giuridica sono derivati dall'illecito stesso.

quello personale del reo o di terzi), dal conseguimento di quel vantaggio poi ottenuto dall'ente. Diversamente, qualora si ritenga che il vantaggio conseguito dall'ente e su cui nel caso concreto viene fondata la responsabilità dell'ente, non costituisca l'oggetto della rappresentazione che a monte muoveva la condotta del reo, o comunque, si riveli estraneo o ultroneo rispetto all'interesse dell'ente, in virtù del quale il reo ha agito, il meccanismo di esonero della responsabilità (ex art. 5, c. 2), opererebbe in maniera del tutto indifferente rispetto alla presenza del conseguito vantaggio. Conclusione che però si rivela all'evidenza incoerente con la necessaria natura dualistica dei criteri di imputazione della responsabilità codificati dall'art. 5, ciascuno dei quali - è bene ricordare - idoneo ad imputare sul piano oggettivo il reato all'ente. Ciò sta a significare che, ai fini della punibilità dell'ente, non vi può essere vantaggio che non sia stato prima un interesse dell'ente o che di questo ne rappresenti la naturale conseguenza.

²⁷⁹ Adottando la proposta impostazione si evita il pericolo messo in luce da SELVAGGI, *cit.*, p. 30 che "la verifica della sussistenza del criterio in parola possa dare esiti positivi anche soltanto valorizzando fatti del tutto esteriori al reato, come se, nell'ottica dell'imputazione, il giudice dovesse ricostruire il presupposto di responsabilità chiedendosi a chi giova il reato?". In particolare, l'Autore argomenta in senso critico che può verificarsi che "il vantaggio venga autonomamente operare nel caso in cui si sia prodotto un beneficio per l'ente anche, ricostruendo la situazione esistente al momento della condotta, ci si avveda che l'azione in concreto tenuta dall'agente non era in sintonia con gli interessi collettivi [...] un esito del genere finirebbe, in sostanza, per stabilizzare (anche) un criterio teso ad attribuire rilevanza alla mera fruizione del reato da parte dell'ente [...] [nonostante] la scontata inidoneità di quest'ultima circostanza a rispecchiare dati riconducibili all'atteggiamento complessivo dell'ente".

In particolare, in questa sede, sembra doversi tenere ben a mente il monito espresso dalla dottrina, secondo cui le scelte economiche in tema di costi della sicurezza presuppongono opzioni, a medio e lungo termine²⁸⁰; sicché, la considerazione di un vantaggio maturato in capo all'ente, ai fini dell'ascrizione della responsabilità amministrativa da reato, deve avere a parametro di riferimento un congruo spettro temporale, da cui poter desumere, in termini realistici, che dalla violazione delle regole prevenzionistiche l'ente abbia maturato un'utilità.

Ad ogni modo, il rilievo che assume il concetto di vantaggio in materia *de qua* pare poter essere particolarmente apprezzato da un punto di vista strettamente processualistico.

Essendo ognuno dei due criteri di cui all'art. 5 idoneo ad imputare sul piano oggettivo la responsabilità dell'ente, stante la indiscutibile difficoltà di declinare il concetto di interesse in materia *de qua* e, nel contempo, vista la stretta correlazione tra violazioni prevenzionistiche e risparmio di spesa, l'accusa avrà buon gioco a fondare l'addebito all'ente sul vantaggio da questo conseguito a seguito del reato.

L'ente a sua volta, per andare esente da responsabilità dovrà dimostrare che non si tratta di vantaggio imputabile in ottica *de qua*; circostanza ravvisabile o nei casi in cui quel risparmio di spesa sia ultroneo o estraneo rispetto alla tensione finalistica della condotta del reo, o allorché, pur trattandosi di un risparmio di spesa consequenziale alla finalità perseguita dal reo, non è oltremodo all'ente imputabile, in quanto la condotta del reo era volta a perseguire un interesse alieno rispetto al centro d'interessi dell'ente stesso.

²⁸⁰ MASIA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa, anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Rivista* 231, p. 109, secondo cui “neppure giova, nel lodevole intento di mantenere coerenza al sistema, collocare il vantaggio in una complessiva visione delle strategie dell'ente, poiché anche le deplorevoli economie d'impresa, presuppongono corrispondenti opzioni a medio e lungo termine”. Sul punto, DE SANTIS, *Profili penalistici del regime normativo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro introdotto dal d.lgs. 81/08*, in *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, 7/08.

7. IL PROFILO SOGGETTIVO DELL'ASCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ AGLI ENTI

Come si è anticipato sin dalle prime pagine del presente elaborato, il legislatore del 2001 non ha delineato in capo all'ente una forma di responsabilità fondata *tout court* sul rischio d'impresa, o, comunque, esclusivamente sulla circostanza che una persona fisica legata da un certo rapporto con l'ente, abbia commesso un reato nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo.

Un automatismo siffatto, del resto, lungi dal favorire comportamenti virtuosi, porterebbe a forme di disimpegno su fronti caldi e sensibili, come quelli - per quanto maggiormente interessa in questa sede - della sicurezza sul lavoro, e più in generale della prevenzione dei reati presupposto²⁸¹. Ed i comportamenti virtuosi sono quelli che ai sensi della normativa delineata dal d.lgs. 231/01, si traducono nell'adozione ed efficace attuazione dei Modelli di Organizzazione e di Gestione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

Il d.lgs. 231/01 delinea, infatti, una responsabilità dell'ente *solamente* collegata al reato presupposto, trattandosi di un autonomo illecito amministrativo a struttura complessa²⁸², in cui l'aspetto soggettivo è costruito intorno alle *manchevolezze organizzative e gestionali* dell'ente, àncorando ad esse la rimproverabilità per la commissione di reati da parte delle persone fisiche qualificate.

In questo modo, il legislatore ha introdotto un criterio specifico di personalizzazione del rimprovero all'ente, essenzialmente fondato sul binomio (adeguata) adozione/attuazione-non (adeguata) adozione/attuazione di un Modello organizzativo del tipo delineato dalle norme di cui agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01²⁸³. In altri termini, il reato, perché possa essere attribuito all'ente, deve essere commesso da soggetti qualificati e nell'interesse o a vantaggio dell'ente;

²⁸¹ È quanto si ricava da CASS. PEN., SEZ. VI, (UD. 23.6.06) 2.10.06, N. 32627; nello stesso senso, CASS. PEN., SEZ. II, (UD. 26.2.07), 12.3.07, N. 10500.

²⁸² Così si esprime, MASIA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa, anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Rivista 231*, 3/2008, p. 110, secondo cui "la mancata adozione di Modelli organizzativi o *compliance programs*, in grado di evitare la commissione di reati a proprio interesse o vantaggio, costituisce, quindi, l'elemento di colpevolezza da sanzionare".

²⁸³ Secondo, D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per infortuni sul lavoro*, in *Rivista 231*, 2/2008, p. 83, il d.lgs. 231/01 "ancora il rimprovero nei confronti della persona giuridica ad un *deficit* dell'organizzazione o dell'attività rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme". Nello stesso senso, PULITANÒ, *Criteri di imputazione all'ente della responsabilità da reato*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di SPAGNOLO, Milano, 2007, p. 16.

tuttavia, l'ente risulterà colpevole in via amministrativa nella sola ipotesi in cui non abbia adottato ed efficacemente attuato un idoneo piano di prevenzione dei reati²⁸⁴.

La responsabilità da reato degli enti diviene, pertanto, il punto elettivo di emersione di un criterio soggettivo di imputazione, distinto ed autonomo dalla colpevolezza dell'autore del reato che, facendo riferimento all'intera compagine aziendale, si struttura come *colpa di organizzazione*²⁸⁵.

In particolare e in estrema sintesi, nel disegno delineato dal d.lgs. 231/01, nell'ipotesi in cui risulti integrato il profilo oggettivo di ascrizione della responsabilità all'ente, sussiste colpa di organizzazione, allorché l'ente *non* abbia adottato il Modello, ovvero abbia adottato Modelli *inidonei*, ovvero ancora, pur avendo adottato Modelli idonei, non ne abbia *efficacemente* attuato i contenuti prescrittivi, in modo da prevenire reati della specie di quello verificatosi²⁸⁶.

Occorre specificare che l'adozione di detti Modelli non viene considerata dalla legge come obbligatoria²⁸⁷: la loro predisposizione ed attuazione viene fortemente incentivata dalla normativa *de qua*, in quanto viene prevista l'esclusione della responsabilità dell'ente, proprio

²⁸⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, pp. 866, 867.

²⁸⁵ Così, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista* 231, 3/2006, p. 167 e ss. Parlano di colpa di organizzazione altresì, tra gli altri, ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasformazione?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2006, p. 1240; COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 90.

²⁸⁶ Nel disegno sistematico del d.lgs. 231/01 l'ente risponde per un difetto di organizzazione, per non aver adottato ed efficacemente attuato un piano di gestione e di controllo volto a prevenire la commissione di reati al suo interno, secondo un modello di responsabilità analogo a quello dei *compliance programs* statunitensi; sulla disciplina da ultimo citata, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie. Tecniche di controllo dell'impresa. Crisi ed innovazione del diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 89 e ss.

²⁸⁷ Invero, vi è da evidenziare l'orientamento giurisprudenziale che sembra ricondurre automaticamente alla omissione del Modello di organizzazione e gestione, il rimprovero in capo all'ente; in tal senso, CASS. PEN., 9.7.09, N. 36083: "*La mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato) è sufficiente costituire quella "rimproverabilità" di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. In tale concetto di "rimproverabilità" è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo costituente un ente ai sensi del D.Lgs., art. 1, comma 2, adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determinati reati, che l'esperienza ha dimostrato funzionali ad interessi strutturati e consistenti, giacché le "principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere da soggetti a struttura organizzativa complessa" (Rel. ministeriale cit.).*". A giudizio della Corte, ne deriva pertanto che "*l'ente che abbia omesso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato (rientrante tra quelli elencati negli artt. 24 e 26), commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi di cui al D.Lgs. cit., art. 5, comma 2*".

allorquando detti Modelli siano creati ed adottati nel rispetto dei requisiti normativi in relazione agli stessi dettati dal d.lgs. 231/01.

Si tratta cioè di un *onere organizzativo*²⁸⁸ facente capo al soggetto persona giuridica, la quale, per ottenere possibili effetti favorevoli, dovrà conformare la propria condotta, prima, a regole normative enucleabili nella parte generale del Modello e, poi, a regole operative incentrate sul rispetto in concreto di detto contenuto.

7.1. LA FUNZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE

Come si è già analizzato, il d.lgs. 231/01 all'art. 5 delinea un sistema di ascrizione della responsabilità all'ente a due livelli: quello dei soggetti in posizione apicale e quello dei soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti apicali.

Tale distinzione, lungi dall'aver valenza meramente classificatoria, evidenzia il proprio significato sul piano soggettivo della responsabilità *de qua*, delineando due diversi statuti della colpa di organizzazione, in relazione ai quali i modelli di organizzazione e gestione vengono valorizzati in *funzione probatoria*²⁸⁹, con oneri diversamente articolati proprio a seconda della qualifica rivestita dall'autore del fatto all'interno dell'organizzazione aziendale. Brevemente, nell'ipotesi di reati commessi dai soggetti in posizione apicale, l'ente risponde per non aver apprestato un'efficace sistema organizzativo diretto alla prevenzione del rischio-reato. Nell'ipotesi di reato commesso dai cd. sottoposti, l'ente risponde per aver agevolato, attraverso un *deficit* organizzativo, la commissione del reato.

²⁸⁸ In questo senso, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005, p. 68. Nello stesso senso, ROSSI-GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/01, art. 30, d.lgs. 81/08 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *Rivista 231*, p. 8; IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 1/2006, p. 68 che ricorda come già in passato “sia stata evidenziata l'utilizzazione della figura dell'onere nel quadro della funzione promozionale del diritto, in sistemi di capitalismo evoluto”; in tal senso, BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1969, p. 1313 e ss. In particolare, da un punto di vista di teoria generale, l'onere, a differenza dell'obbligo (situazione giuridica connotata dalla necessità di una condotta) è una situazione giuridica “anfibia”, connotata in pari tempo dai caratteri della necessità e della libertà, sì che il titolare di essa, per ottenere effetti giuridici a sé favorevoli, deve conformare la propria condotta a specifiche regole giuridiche; SCOZZAFAVA, *Onere*, in *EDD*, pp. 99 e ss.

²⁸⁹ EPIDENIO-PIFFER, *Criteri di imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *Rivista 231*, 3/2008, p. 21, secondo i quali la funzione probatoria dei modelli in questione è volta a “dimostrare quando il soggetto in posizione qualificata abbia agito fuori dal controllo dell'impresa, o più in generale, dell'ente, il quale pertanto non viene considerato più rimproverabile per aver fatto quanto gli veniva richiesto per impedire la commissione dei reati, pur avendo egli stesso collocato organicamente il soggetto in quella posizione”.

In particolare, nel caso di reati commessi da soggetti che rivestono la qualifica di apicale, è prevista una vera e propria inversione dell'onere probatorio²⁹⁰, in quanto nell'ottica del legislatore delegato, il reato commesso dall'apicale costituisce espressione della politica d'impresa²⁹¹.

La maggiore difficoltà insita nel potere di adeguatamente contrastare il rischio-reato, in presenza di condotte riferibili a soggetti apicali, muniti per forza di cose di ampi poteri, rispetto al ruolo rivestito in seno all'organigramma dell'ente dal sottoposto, incardina una presunzione di colpevolezza dell'ente, fino al raggiungimento della prova contraria che spetta all'ente riversare nel processo²⁹².

²⁹⁰ L'esistenza di un vero e proprio onere in capo all'ente di aver adottato Modelli organizzativi idonei e, quindi, l'inversione dell'onere probatorio sancito dall'art. 6, è stata per la prima volta riconosciuta in sede di legittimità, sia pur in un *obiter dictum*, da CASS. PEN., 20.12.2005, N. 3615, ove si legge “*Incontestati i gravi indizi di colpevolezza - e non eccepita, allo stato, l'inesistenza della c.d. colpa dell'organizzazione (il cui onere, per atti compiuti dai vertici aziendali, è invertito a carico dell'ente: art. 6 decreto citato), per effetto della presenza di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi, adeguatamente monitorati da un organismo di vigilanza - resta quindi da esaminare, sotto il profilo della logicità della motivazione, la sussistenza del requisito oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente, condizione di applicabilità della sanzione*”.

²⁹¹ Secondo PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 426 “la fattispecie incide sulla sanzione, non siamo nella sfera delle scusanti soggettive, ma in quella residuale della punibilità”. La questione interessa la definizione della natura dogmatica dei Modelli, ossia del ruolo della colpa di organizzazione all'interno del sistema normativo in esame, in relazione alla quale si rinvia a quanto esposto sub. 4.2.3. Brevemente, si ricordi come secondo un primo maggioritario orientamento, supportato dalle enunciazioni della Relazione governativa, l'assenza o l'inadeguatezza dei Modelli organizzativi, costituirebbe un criterio di imputazione soggettiva dell'illecito all'ente. Secondo un diverso orientamento, l'efficacia dei Modelli costituirebbe un elemento impeditivo della fattispecie; altri autori hanno proposto di qualificare i modelli come cause di esclusione della sanzione. Al di là della qualificazione dogmatica dei Modelli in questione, ciò che pare dover essere ribadito ai fini dell'accertamento del contenuto del profilo soggettivo dell'illecito *de qua*, è che anche nella fattispecie che si presenta più problematica (stante l'inversione dell'onere probatorio), ossia quella in cui il reato presupposto è stato commesso dall'apicale, il d.lgs. 231/01 delinea un rimprovero all'ente distinto da quello rivolto all'autore del reato. La disposizione di cui all'art. 6, infatti, consente all'ente di reclamare la propria estraneità rispetto all'illecito compiuto dalla persona fisica e, quindi, la possibilità di individuare un diaframma tra l'ente e le persone che ne incarnano i vertici e, dunque, in ultima analisi, la citata disposizione altro non vuol dire che profilare l'impossibilità di muovere un rimprovero per colpa all'ente, perché il reato è stato commesso al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo.

²⁹² In particolare, PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss. affermano che in questa evenienza “la colpa di organizzazione esplica, sul versante ascrittivo della responsabilità, un ruolo eventuale, di secondo grado [...] mentre nell'art. 7 l'adempimento del dovere organizzativo funge da elemento costitutivo della carenza di colpa, nell'art. 6 la teoria dell'identificazione incardina una presunzione di colpevolezza dell'ente, mutuata dal coefficiente psicologico in capo al soggetto di vertice che ha commesso il reato. L'adozione del modello consente all'ente di rimuovere la presunzione, dimostrando, così di non aver in alcun modo agevolato la consumazione del reato”. In argomento, si veda anche VIGNOLI, *Principio di affidamento ed attività d'impresa*, in *Rivista* 231, 4/2008, p. 17, secondo cui il rimprovero che si muove all'ente nell'ipotesi in cui il reato presupposto sia stato commesso dall'apicale è ragionevolmente differente rispetto all'ipotesi di reato commesso

A tal fine, in particolare, l'ente deve fornire la prova che: sono stati adottati ed applicati efficaci protocolli preventivi destinati ad impedire i reati; allo scopo di garantire la massima efficienza dei Modelli, è stato istituito all'interno dell'organigramma dell'ente, uno specifico organismo di controllo, dotato di completa autonomia; i vertici hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i protocolli; non vi sono state omissioni o negligenze nell'operato dell'organo di controllo.

Nei reati commessi da soggetti sottoposti, invece, la colpevolezza dell'ente si risolve in una colpa di organizzazione integrata da un *deficit* di controllo da parte dei soggetti deputati a dirigere o vigilare sull'operato dei sottoposti. Detta carenza organizzativa è da ritenersi esclusa, qualora l'ente abbia adottato, prima della commissione del fatto, un Modello idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

Pur nella variegata diversità di letture, pare doversi riconoscere efficacia esimente al modello di organizzazione gestione e controllo e, pertanto, anche in presenza di un difetto di direzione e vigilanza sull'autore del reato presupposto, nulla è imputabile all'ente se prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

In tale ipotesi, il difetto di direzione e vigilanza deve essere dimostrato dalla pubblica accusa e solo in seconda battuta, cioè nell'ipotesi in cui sia accertato che la consumazione del reato presupposto è stata resa possibile da detto *deficit* di controllo, sull'ente incomberà l'onere di provare di aver adottato un Modello conforme alle prescrizioni normative²⁹³.

Sotto altro profilo, occorre considerare la distinzione tra modelli *ante factum* (a cui il d.lgs. ricollega la particolare funzione probatoria – nei termini esposti – di escludere la colpevolezza dell'ente) e i piani di prevenzione dei reati presupposto *post factum*, la cui adozione ed

da sottoposto: “gli apici esprimono nella loro azione criminosa la politica d'impresa; il reato dei dipendenti, invece, manifesta una carenza nell'organizzazione”.

²⁹³ In tal senso, tra gli altri, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in Cass. pen. 2003, Suppl. 6, 231 e ss; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, p. 1149; BERNASCONI, Sub Art. 7, in BERNASCONI, PRESUTTI, FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 164. Secondo un diverso orientamento che trova eco nella Relazione governativa, spetterebbe alla pubblica accusa provare la mancata adozione o inefficace attuazione del modello di organizzazione e gestione da parte dell'ente; così anche GARGANI, *Imputazione del reato all'ente collettivo e responsabilità dell'intraneo: due piani irrelati?*, in Dir. pen. e proc., 2002, p. 1064. Secondo altro orientamento, la regola posta dal 2° c. dell'art. 7 non integrerebbe una prova liberatoria, ma rappresenterebbe un limite posto al pubblico ministero nell'iter che su di lui grava al fine di dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza; così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen., 2005, 320 e ss.

efficace attuazione è criterio di riduzione delle conseguenze giuridiche ed economiche, conseguenti all'accertamento della responsabilità dell'ente.

In particolare, nel caso di irrogazione delle sanzioni pecuniarie, l'adozione ed efficace attuazione di un Modello *post factum* determina una riduzione delle stesse tra un terzo e la metà²⁹⁴.

Nel caso, poi, in cui si imponga l'irrogazione di una sanzione interdittiva, se l'integrale risarcimento del danno o l'esecuzione di condotte intese ad efficacemente conseguirlo sono accompagnati dalla adozione dei Modelli e viene messo a disposizione il profitto conseguito, le sanzioni in questione non si applicano.

Infine, nel caso di adozione di misure cautelari interdittive è disposta la sospensione delle medesime, se l'ente chiede di realizzare gli adempimenti intesi a risarcire il danno, di mettere a disposizione il profitto e di adottare adeguati Modelli di organizzazione e gestione.

7.2. IL CONTENUTO DELLA COLPEVOLEZZA DI ORGANIZZAZIONE

Sinteticamente tratteggiati i riferimenti normativi dedicati ai Modelli di Organizzazione e Gestione, sui quali viene imperniato il criterio soggettivo dell'illecito amministrativo, si tratta ora di andare alla ricerca del contenuto della colpa di organizzazione, onde comprendere l'essenza del rimprovero che viene rivolto all'ente, nelle ipotesi in cui i soggetti qualificati abbiano commesso un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso.

In precedenza, si è sostenuto che il *momento organizzativo* spiega efficacia dirimente nella comprensione dei moduli di ascrizione della responsabilità dell'ente.

In quel contesto, si è altresì tentato di dimostrare, come l'analisi delle modalità con cui l'ente intende organizzarsi in vista del contenimento del rischio-reato, può assurgere a criterio dogmatico in grado di assicurare un'appartenenza colposa all'ente del reato commesso nell'ambito dell'attività dello stesso, e quindi, criterio idoneo ad individuare il *contributo* dell'ente alla commissione del reato presupposto²⁹⁵.

²⁹⁴ Ove poi, ai sensi dell'art. 12, c. 3, a tale adozione si accompagni il risarcimento del danno, la riduzione è ricompresa tra la metà e i due terzi.

²⁹⁵ Si rinvia a tal riguardo al § 4.2.2. Basti qui ricordare che la prevenzione del rischio-reato che rappresenta il valore fondante della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/01, a tutela del quale è destinato ad operare il sistema sanzionatorio ivi contemplato, attiene ai processi decisionali in seno all'organizzazione: l'agire di ciascuna delle parti di cui si compone l'organizzazione deve coordinarsi con le altre, in maniera tale che nell'attività volta alla realizzazione del risultato perseguito dall'ente nel suo complesso, vengano adottate pratiche comportamentali e protocolli operativi che riducano al minimo il rischio di verifica del reato presupposto. Il problema della

L'analisi degli artt. 6, 7 e 8, d.lgs. 231/01, pur nella diversità di disciplina che li contraddistingue, mette infatti in luce l'esistenza di un rimprovero all'ente diversificato da quello rivolto dalla norma penale all'autore del reato presupposto; rimprovero normativo destinato ad arrestarsi nell'ipotesi in cui il reato presupposto si è realizzato al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo da parte dell'ente²⁹⁶.

La colpa di organizzazione non si risolve, infatti, in una forma di colpevolezza *in re ipsa*, in quanto l'ente può essere esonerato da responsabilità, qualora abbia adottato ed efficacemente attuato un sistema organizzativo diretto alla prevenzione-gestione del rischio reato.

Il problema fondamentale che si pone a questo punto, è quello di scrutare all'interno della categoria in esame il significato del rimprovero normativo che essa porta con sé, declinando le varie forme di manifestazione della colpa organizzativa, al fine, poi, di enucleare le caratteristiche che i Modelli previsti dal d.lgs. 231/01 debbono possedere, onde realizzarsi l'efficacia esimente della responsabilità dell'ente che i citati referenti normativi enunciano.

7.2.1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE

Al fine di comprendere appieno il contenuto del rimprovero normativo ricollegato alla categoria in esame, si rivela funzionale delimitare i confini di operatività della colpa di organizzazione.

Per il diritto penale, la colpa di organizzazione formalizza *in chiave imputativa* processi organizzativi²⁹⁷ che condizionano decisioni, essendo destinata detta categoria dogmatica a riferirsi ad entità organizzate che rivelino un'apprezzabile complessità nel proprio operare.

prevenzione del rischio-reato negli enti collettivi, al pari di ogni altro obiettivo perseguibile dall'ente (economico o meno), non è un problema di persone che in nome e per conto dell'ente agiscono, ma di corretta (in rapporto al risultato da perseguire) organizzazione dell'organizzazione.

²⁹⁶ Si rinvia a tal riguardo al § 4.2.3, ove si è affermato che non può essere negata la natura di imputazione della responsabilità degli enti al momento organizzativo dell'organizzazione dell'ente, anche nella fattispecie disciplinata dall'art. 6, posto che la possibilità concessa all'ente di reclamare la propria estraneità rispetto alla realizzazione del reato da parte del proprio vertice, altro non vuol dire che profilare l'impossibilità di muovergli un rimprovero per colpa, in quanto il reato presupposto è stato realizzato al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo.

²⁹⁷ Così, PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., che in una prospettiva storica, ricordano come tale categoria nasce e si sviluppa per tipizzare, attraverso un procedimento di astrazione, i criteri di imputazione della responsabilità nelle organizzazioni complesse, in cui l'agire organizzato, la cultura del gruppo e i processi decisionali rendono disagevole il ricorso a sedimentati paradigmi del diritto penale classico. In particolare si afferma che "il target del procedimento ascrittivo non è qui – prevalentemente – l'individuo, ma la corporation; non la persona fisica, bensì quella giuridica. L'obiettivo dichiaratamente assegnato alla nuova categoria è allora

La pluralità dei livelli decisorii che vengono coinvolti nello svolgimento dell'attività dell'ente, rende necessario l'apprestamento di un'organizzazione che consenta (ed imponga) un continuo e proficuo dialogo tra i vari centri decisionali, in vista della riduzione dell'incertezza che per definizione contraddistingue ogni scelta operativa, all'interno delle varie alternative prospettabili. Le modalità con cui l'ente a tal fine si organizza (la cd. organizzazione della organizzazione dell'ente) consentono di rivolgere all'ente, pur incapace – per definizione – di volere, giudizi di valore, e quindi, in materia *de qua*, rimproveri normativi in relazione alle scelte operate.

Alla luce delle superiori considerazioni, ne risultano pertanto estranee le ipotesi di interazione soggettiva a struttura semplice orizzontale, nelle quali una pluralità di soggetti è chiamata a svolgere una mansione o un ruolo, in maniera del tutto indipendente dalla complessità dell'apparato in cui eventualmente gli stessi sono inseriti²⁹⁸. In queste ipotesi, governate dal principio di affidamento, non si ravvisa un'entità superiore deputata ad organizzare le attività di ognuno di detti soggetti in vista del contenimento dell'incertezza decisionale, dovendosi all'opposto ritenere che la complessità dell'interazione soggettiva risiede proprio nell'assenza di detta mente superiore, non rimanendo ai vari soggetti che fare affidamento sul rispetto degli obblighi su ciascuno incombenti.

Parimenti estranea alla costellazione della colpa di organizzazione sono le ipotesi di interazione soggettiva a struttura verticale, governate dallo schema della delega di funzioni. Seppur trattasi di materia attenente ad un fenomeno organizzativo, le questioni concernenti la validità ed efficacia della delega di funzioni appartengono al tradizionale terreno della colpevolezza individuale²⁹⁹, declinata nelle sotto-specie della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*. La delega di funzioni rinviene, infatti, il proprio ambito di applicazione elettivo

quello di fondare una colpevolezza originaria, autonoma dell'ente, distinta da quella che imputa alla (sola) persona fisica autore materiale del fatto, l'illecito (pur) riferibile alla persona giuridica”.

²⁹⁸ Delimitano in tal modo il campo di applicazione della colpa di organizzazione, PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., secondo cui nelle ipotesi di interazione soggettiva dominate dal principio di affidamento, “la complessità dell'interazione è del tutto impermeabile rispetto alla complessità dell'apparato, dipendendo al più, dalle difficoltà immanenti alla strategia di tutela in concreto perseguita (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di responsabilità medica di *équipe*)”.

²⁹⁹ In maniera significativa, D'ARCANGELO, *cit.*, p. 86 argomenta che il diritto penale delle persone fisiche “muove dalla violazione per giungere alla funzione nel cui ambito essa è maturata, per approdare, da ultimo, all'individuazione di chi è deputato a governare la funzione stessa in forza dei poteri conferitigli attraverso l'istituto della delega”. L'Autore mette in evidenza come lo schema tipico dell'accertamento delle responsabilità delle persone fisiche, attraverso i capisaldi tipico dell'istituto della delega di funzioni, “non è dotato di un'adeguata efficacia euristica in un sistema in cui l'estrema articolazione e la continua segmentazione dei processi decisionali sfuma i contorni delle responsabilità degli individui”.

proprio nelle ipotesi in cui il datore di lavoro risulti essere l'unico soggetto obbligato all'adempimento degli obblighi penalmente sanzionati, in un contesto di ripartizione piramidale degli obblighi prevenzionistici³⁰⁰ del datore di lavoro ad altri attori della scena-lavoro: una dimensione organizzativa, quindi, incapace di dominare i fenomeni di dispersione orizzontale della responsabilità³⁰¹.

Pertanto, è stato condivisibilmente circoscritto l'ambito di operatività della categoria in esame ai settori contraddistinti da una complessità di struttura che, onde operare, necessitano del disimpegno di un obbligo di organizzazione³⁰².

Schematizzando e concludendo sul punto, onde ravvisare una colpa di organizzazione, la fattispecie deve contraddistinguersi, innanzitutto, per l'esistenza di una struttura complessa, in cui il processo decisionale è scandito da fasi governate da una pluralità di individui che agiscono in gruppo.

In secondo luogo, la colpa di organizzazione presuppone la violazione di un obbligo di adeguata organizzazione in vista dell'eliminazione o, quantomeno, del contenimento del rischio-reato. Con la precisazione che il rischio è orientato, prima ancora che alla prevenibilità del reato presupposto, su di un precetto cautelare prodromico a questo, consistente appunto nel dovere di adeguatamente organizzarsi³⁰³.

Le superiori considerazioni vengono tradotte dal legislatore delegato nel rilievo attribuito in seno al d.lgs. 231/01, da un lato, ai rischi di reato commessi all'interno del perimetro operativo dell'ente; dall'altro lato, agli assetti e ai meccanismi per la sua prevenzione e riduzione³⁰⁴. Il d.lgs. 231/01 declina, infatti, una colpa di organizzazione destinata ad

³⁰⁰ MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2001, pp. 105 e ss.

³⁰¹ Il rilievo è compiuto da ATTILI, *cit.*, p. 1248.

³⁰² PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, p. 167 e ss., che, ricorrendo a tale delimitazione, differenziano l'area di operatività della colpa di organizzazione dell'ente, rispetto al rilievo che assumono le questioni organizzative nel diritto penale individuale, ove il rimprovero per un evento lesivo consiste nella omessa predisposizione di una griglia di posizioni di garanzie deputate a controllare le fonti di rischio, non venendo invece in rilievo manchevolezze nell'ulteriori attività di prevenzione del rischio reato, declinabili nei doveri di organizzazione, gestione e controllo dell'operato degli organi dell'ente, su cui si fonda la responsabilità dello stesso.

³⁰³ Evidenzia in maniera efficace, BARTOLOMUCCI, *Gestione antinfortunistica e organizzazione special-preventiva: riflessioni propedeutiche alla delimitazione dei confini alla luce del novellato T.U. sicurezza*, in *Rivista 231*, 1/2010, p. 50, "La logica organizzativo-prevenzionale è, quindi, ancorata alla potenziale verifica del reato *de quo*, sebbene si tratti di un obiettivo mediato, essendo lo scopo primogenio del d.lgs. 231 un'autorganizzazione globalmente *ethic oriented* da parte dell'ente collettivo".

³⁰⁴ La considerazione è di BASTIA, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, 2/2008, che evidenzia come il d.lgs. 231/01 si inserisce perfettamente nella moderna visione economico aziendale, in cui l'impresa è vista come sistema di rischi, all'interno del quale, ad opera della normativa in esame, si inserisce il

esercitare un ruolo sul terreno dei nessi di ascrizione dell'illecito amministrativo all'ente, quando quest'ultimo non ha apprestato un'efficace sistema organizzativo diretto alla prevenzione e gestione del rischio-reato³⁰⁵.

7.2.2. IL RISCHIO-REATO E L'ATTIVITÀ DI AUTONORMAZIONE DELL'ENTE

A questo punto, però, occorre ben guardarsi dal conferire al concetto di rischio-reato criterio autonomo di imputazione della responsabilità dell'ente.

Nella dottrina economico aziendale, l'impresa è stata autorevolmente da tempo definita come un sistema di rischi connessi con l'agire umano, in contesti ambientali dinamici³⁰⁶.

Dal punto di vista giuridico, l'imputazione dell'illecito fondata sul tipo di attività e, dunque, sui rischi che contraddistinguono l'agire dell'ente nel particolare settore in cui opera, senza che risulti necessario l'accertamento della dimensione soggettiva dell'illecito, è soluzione presente nell'ambito della responsabilità civile³⁰⁷. L'imputazione dell'illecito basato sul concetto di rischio, infatti, presenta una propria *ratio* giustificatrice nell'ambito di un sistema

nuovo rischio di reato: "la prevenzione dei rischi reato, analogamente a quella degli altri rischi aziendali, per quanto detto trova la principale ragion d'essere nell'ottica dell'efficienza stessa dell'impresa, per il superamento delle condizioni potenzialmente limitative delle asimmetrie informative, dell'opportunismo, della complessità organizzativa. Parallelamente a questa esigenza, si profilano anche quella della legalità e della responsabilità etica dell'impresa: la prima ovviamente ineludibile, l'altra inserita in una prospettiva evolutiva sempre più segnalata dalla dottrina e dalla *best practice* come basilare condizione competitiva".

³⁰⁵ Con efficace sintesi, BASTIA, *cit.*, descrive il piano di prevenzione avente efficacia esimente la responsabilità degli enti, come "un sistema organico ed unitario di assetti organizzativi e di meccanismi informativi e di controllo volti a prevenire, indirizzare e segnalare comportamenti nell'ottica della prevenzione degli illeciti".

³⁰⁶ BERTINI, *Introduzione allo studio nei rischi nell'economia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1969, *passim*, ripreso da BASTIA, *cit.*, il quale sintetizza il concetto di rischio nella letteratura economica, come "rischio opportunistico", che "trova una potente leva di rischio nella presenza di asimmetrie informative, cioè di condizioni di disparità di informazione tra diversi attori, creando così un problema intersoggettivo nella gestione di relazioni: ad esempio tra azionisti e consiglio di amministrazione; tra amministratori e management; tra manager e collaboratori".

³⁰⁷ Sull'argomento, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961 *passim*. Affronta le origini storiche dell'emersione del concetto di rischio d'impresa VIGNOLI, *La responsabilità dell'ente collettivo tra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *Rivista* 231, 2/2006, p. 104-105. L'Autore, in particolare, ricorda che il rischio di impresa si manifesta come una risposta dei giuristi del XX secolo all'evoluzione di una economia industriale, in relazione alla quale le codificazioni ottocentesche, ispirate al concetto della responsabilità colpevole, non risultano più adeguate a rispondere alle mutate esigenze della nuova situazione economico-sociale.

risarcitorio³⁰⁸, ove al soggetto che trae profitto dall'attività, si imputano, anche in assenza di dolo e colpa del danneggiante, le conseguenze sfavorevoli.

Pertanto, il rischio inteso come criterio di attribuzione della responsabilità, riduce la sanzione ad una misura ristoratoria, secondo un paradigma di ripartizione dei costi sociali estraneo alla *ratio* del d.lgs. 231/01. Con la conseguenza che si rivela inopportuno in materia *de qua* il richiamo al rischio d'impresa, quale criterio di imputazione della responsabilità dell'ente, in quanto l'esclusione di una dimensione di rimprovero ripropone lo spettro del *versari in re illicita tenetur etiam pro casu*, come tale ontologicamente incapace di assicurare la colposa appartenenza dell'illecito all'ente, ai fini dell'irrogazione nei suoi confronti delle gravose sanzioni previste dal d.lgs. 231/01³⁰⁹.

Emerge l'idea, quindi, che il rischio-reato non entri nel fuoco del rimprovero normativo rivolto all'ente³¹⁰ e, quindi, nella categoria della colpa di organizzazione, di cui si sta tentando di delinearne il significato³¹¹.

Sotto altro profilo, però, vi è da considerare che nel disegno recato dal d.lgs. 231/01, il rischio-reato rappresenta il termine di riferimento, alla stregua del quale valutare l'adequatezza del complesso organizzativo predisposto dall'ente. Pertanto, pur se il rischio non rappresenta la ragione dell'imputazione dell'illecito all'ente, occorre cionondimeno

³⁰⁸ Difatti, pur in presenza di opinioni dottrinali divergenti, nelle norme contenute negli artt. 2049-2054 c.c., sembra agevole constatare l'esistenza di ipotesi di responsabilità oggettiva, riconducibili alla categoria del rischio. Nella disciplina della responsabilità aquiliana sembra emergere difatti un duplice sistema di imputazione della responsabilità fondata sul dolo o la colpa ai sensi dell'art. 2043 c.c. e sul rischio nella altre ipotesi considerate.

³⁰⁹ Evidenzia la necessità di procedere ad una costruzione della responsabilità d'impresa che non prescinda dalla colpevolezza quale elemento indefettibile dell'illecito dell'ente, DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, p. 20.

³¹⁰ Ritene invece che il modello di responsabilità in questione possa essere sostanzialmente ricondotto al paradigma civilistico della responsabilità oggettiva, in specie la fattispecie delineata dall'art. 6, AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 320: l'Autore sottolinea la affinità con le forme di responsabilità previste dall'art. 2049, 2050 e 2051 c.c., e ritiene che il meccanismo di imputazione così concepito, insieme al nucleo di norme che prevedono l'applicazione delle sanzioni amministrative introdurrebbe un "modello integrato" di responsabilità.

³¹¹ Significativamente, GARUTI, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *Rivista* 231, 3/2007, afferma come sia un'ipostazione del tutto errata quella che vorrebbe desumere la colpa di organizzazione dell'ente "dal semplice fatto che sia stato accertato un reato che si voleva impedire con l'introduzione del modello stesso. D'altronde ove si reputasse che dall'accertamento del reato dovesse necessariamente discendere l'inadeguatezza del modello, ci si troverebbe in presenza di un criterio imputativo di colpa di organizzazione destinato a trasformarsi in responsabilità oggettiva, la qual cosa non sembra fosse nelle intenzioni del legislatore".

definire il ruolo che esso occupa nell'ambito della dimensione del rimprovero rivolto all'ente, per il commesso reato-presupposto.

Anticipando sin d'ora la soluzione, si ritiene che al rischio-reato deve essere attribuita una *funzione correttiva* della colpa di organizzazione, dovendosi declinare il concetto in materia *de qua* come rischio-reato consentito³¹². Nel senso che il rischio-reato rimane ai margini del rimprovero normativo rivolto all'ente, contribuendo a precisarne il contenuto e a limitarne l'estensione, in coerenza con i tratti caratteristici di una moderna economia industriale.

Da un punto di vista di teoria generale, pur nell'assenza di riferimenti normativi specifici, la categoria del rischio consentito è stata intesa come permesso limitato di pericolo: risulta ammessa dall'ordinamento un'attività pericolosa, perché potenzialmente produttiva di eventi antigiusuridici, se non supera una certa soglia di pericolosità, ossia osserva un complesso di regole cautelari.

Sempre sotto il profilo teorico, il rischio consentito non assume dignità di autonoma figura giuridica. Il concetto, però, reca con sé un importante valore euristico, in quanto esprime il superamento di una soglia al di là della quale la condotta è illecita e l'evento offensivo, legato eziologicamente all'attività, è imputabile all'agente.

In quest'ottica, si argomenta che la misura del rischio tollerabile viene determinata per il tramite della preventiva disciplina di norme precauzionali, idonee a contenere le situazioni di pericolo che possono verificarsi³¹³. Sicché, qualora l'agente abbia rispettato le *leges artis*, nonostante la realizzazione dell'evento lesivo, va esente da pena³¹⁴, in quanto non è possibile muovergli un rimprovero, perché il suo comportamento non è stato colposo.

Tornando alla materia in esame, dal punto di vista del contenimento del rischio di verifica del reato (che, per le ragioni anzidette, non è idoneo a costituire criterio

³¹² Evidenzia la funzione che in materia *de qua* deve essere attribuita al rischio-reato, VIGNOLI, *cit.*, p. 106. In generale il concetto di rischio consentito riveste un'importante efficacia euristica, in quanto evidenzia come la società non possa rinunciare a determinate e utili attività sebbene sia prevedibile che dette attività risultino produttive di danno. In questi casi, efficacemente la migliore dottrina, MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. II, 1988, pp. 299 e ss., evidenzia che applicare i criteri di prevedibilità ed evitabilità tipici della colpa "significherebbe porre l'ordinamento in contraddizione con sé stesso".

³¹³ Si pensi alle ipotesi di circolazione stradale, per loro natura pericolose sotto diversi aspetti (morti, lesioni, inquinamento atmosferico e acustico, ...), per le quali si ritiene prevalente l'utilità sociale che ne deriva. Attesa pertanto l'impossibilità di inibire la circolazione stradale, al fine di prevenire incidenti o altri eventi dannosi, l'ordinamento sottopone lo svolgimento dell'attività ad una serie di regole di condotta, l'osservanza delle quali da parte dell'agente consente a quest'ultimo di andare esente da pena, nonostante la verifica di un evento dannoso.

³¹⁴ Superare la soglia del rischio-consentito significa violare le misure di diligenza che devono essere osservate dal soggetto agente per evitare il rimprovero per colpa; in tal senso, MANTOVANI, *cit.*

autonomo di imputazione dell'illecito all'ente) e, quindi, dell'individuazione della soglia del rischio tollerabile, il tratto caratteristico della stessa risiede nella circostanza che il legislatore rimette all'autonomia dell'ente la fissazione delle regole precauzionali, limitandosi egli ad indicare negli artt. 6 e 7, la strada da percorrere per la predisposizione di un'ideale organizzazione preventiva.

Continuando su questo parallelismo, pare potersi affermare allora che è proprio sulla *preventiva autocodificazione* delle regole cautelari che il d.lgs. 231/01 fonda il rimprovero normativo in capo all'ente, attraverso l'imposizione a questo di un dovere di adeguata organizzazione in vista della prevenzione e gestione del particolare rischio considerato, rappresentato dalla commissione dei reati presupposto.

Del resto, le situazioni fattuali che il concetto di rischio-consentito è deputato a spiegare in chiave di imputazione dell'evento ad una condotta umana, si ripropongono in tutta la loro estensione nel disegno recato dal d.lgs. 231/01. Si rinviene, infatti, anche in questa sede, da un lato, l'esistenza di un'attività, quella d'impresa, *latu sensu* pericolosa, in quanto portatrice di un complesso di rischi, anche di natura penale; dall'altro, si è in presenza di una disciplina normativa che ammette la possibilità di escludere la responsabilità dell'ente, pur quando il reato, che rappresentava lo specifico rischio da prevenire, si è verificato.

In tale contesto, il concetto di rischio consentito mantiene allora intatta l'efficacia euristica³¹⁵ che esso esplica sul versante della responsabilità individuale, suggerendo l'idea che la dimensione della colpa di organizzazione debba essere riferita all'*attività di autonormazione preventiva* (eventualmente) assolta dall'ente³¹⁶, quale specificazione rilevante in materia *de*

³¹⁵ Alla stessa impostazione sembra poter essere riportata l'orientamento che richiede, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'ente, che il reato commesso deriva da un rischio di impresa che si considera non permesso, nel senso che il legislatore, indicando gli adempimenti organizzativi che l'ente deve assolvere, fissa il limite entro il quale la verifica del rischio reato può considerarsi lecita; FIORELLA, voce, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107. Nello stesso senso, SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 105; NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, cit., p. 328 e ss.

³¹⁶ Afferma VIGNOLI, cit., 108 che "l'impresa che adotti protocolli idonei ad impedire l'illecito, pur avendo violato un bene giuridico nell'esercizio dell'attività, va esente da responsabilità se ha agito entro la soglia del rischio consentito, ossia ha rispettato le regole che essa stessa si è data". In quest'ottica, l'Autore evidenzia l'assonanza con l'esperienza statunitense dei *compliance programs*, rimarcandone tuttavia la sostanziale differenza. Nel disegno del d.lgs. 231/01 la formulazione delle regole precauzionali viene rimessa alle associazioni rappresentative di categoria, mentre invece, l'ordinamento americano si affida ad agenzie pubbliche formate da esperti. Per tale via, il sistema Nostrano sottopone il giudizio sui modelli ad un duplice controllo. Dapprima, la valutazione di idoneità delle linee guida stilate dalle associazioni di categoria, a prevenire il reato è rimessa al Ministero della Giustizia di concerto con i Ministri competenti; il giudizio di effettività dei modelli singolarmente adottati dalle singole imprese, sulla scorta delle predette linee guida è, invece, riservato

qua, del più ampio obbligo di adeguata organizzazione, alla cui osservanza il d.lgs. 231/01 riconduce l'esclusione della responsabilità dell'ente.

Attività di autonormazione che deve avere ad oggetto tanto la produzione di regole cautelari *statiche*, ossia volte ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati, quanto di un apparato prevenzionistico *dinamico*, deputato cioè a controllare e vigilare la perdurante valenza delle regole cautelari di cui l'ente si è dotato e il rispetto delle stesse da parte dei destinatari³¹⁷.

Sicché, laddove nel caso concreto le regole autoimposte dall'ente (nel senso sopra detto) spiegavano effettiva efficacia cautelare e prevenzionistica e di queste ne sia stato assicurato il rispetto da parte dei destinatari, nonostante il reato presupposto sia stato poi commesso dai soggetti qualificati, l'ente va esente da sanzione, in quanto non è possibile muovergli un rimprovero, avendo conformato la sua organizzazione ad un'adeguata prevenzione e gestione del rischio-reato. In presenza di un tale contesto, la verifica del reato presupposto andrà allora inquadrata nella sfera del rischio consentito, essendosi prodotto nonostante un articolato di norme precauzionali adeguate a contenere entro limiti di tollerabilità il rischio, appunto, di verifica del reato presupposto.

7.2.3. IL DISIMPEGNO DEL DOVERE ORGANIZZATIVO

Il dovere di adeguatamente organizzarsi che incombe in capo all'ente, da realizzare mediante il disimpegno di un'idonea ed efficace attività di autonormazione preventiva, nell'ottica del disegno recato dal d.lgs. 231/01, sostanzialmente si compone di due macro-contenuti.

Il primo contenuto del dovere di organizzazione dell'ente consiste nella predisposizione di una griglia capillare di garanti, collocati nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo. Dislocazione e individuazione dei soggetti responsabili in rapporto al tipo di funzioni esercitate che costituisce la preconditione per un'adeguata organizzazione dell'ente in vista del contenimento del rischio-reato³¹⁸, sotto un duplice punto di vista.

all'Autorità giudiziaria. L'Autore giudica così positiva la scelta compiuta dal legislatore italiano, in quanto l'autodisciplina privata è in grado di "agevolare il legislatore, surrogandolo nella previsione di una disciplina particolarmente tecnica. Inoltre, la formazione dei modelli da parte delle singole imprese sembra assicurare meglio l'educazione dei dipendenti ai valori della legalità".

³¹⁷ Distingue tra una parte statica dei Modelli e una parte dinamica degli stessi, CERQUA, Sub. Art. 6, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI - CADOPPI - VENEZIANI, Utet, 2010, *passim*.

³¹⁸ Valorizzano l'aspetto organizzativo inerente alla scelta e collocazione dei soggetti nell'ambito dell'organigramma dell'ente, EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 21, secondo i quali la colpa di organizzazione dell'ente

In primo luogo, in tal modo viene assicurata la vicinanza dei garanti alle fonti di pericolo, e quindi dei soggetti dotati dei necessari poteri e strumenti volti ad evitare la concretizzazione del rischio-reato. In secondo luogo, la predisposizione di una capillare griglia di garanti evita il prodursi del fenomeno della polverizzazione e dispersione della responsabilità per il rischio concretizzatosi³¹⁹, consentendo l'individuazione del centro di imputazione deputato alla protezione dei beni giuridici tutelati dalle norme penali che individuano i reati presupposto³²⁰. Il secondo (e di più ampio respiro) contenuto del dovere di adeguata organizzazione consiste nello sforzo imposto all'ente dal d.lgs. 231/01 di rinvenire al proprio interno le risorse per attivare strategie volte a strutturare un sistema di gestione che, agendo sul versante dell'intelaiatura organizzativa, si rivelino idonee a contenere entro limiti di tollerabilità il rischio di verifica dei reati presupposto.

In quest'ottica, vengono in rilievo i cd. modelli di prevenzione del rischio-reato che, come sopra anticipato, si traducono nell'attività di autonormazione preventiva volta a creare un sistema di autodisciplina³²¹ che, ai fini dell'esenzione della responsabilità dell'ente, deve assicurare il rispetto del contenuto obbligatorio minimo prescritto dall'art. 6, c. 2 e dall'art. 7, c. 3, dettati con riferimento ai reati commessi rispettivamente da soggetti apicali e subordinati.

emerge in prima battuta “dall'attribuzione della posizione qualificata all'autore del reato, mentre la valenza del Modello costituisce una sorta di opportunità concessa all'ente di cancellare quella colpa originaria: i Modelli di Organizzazione costituiscono dunque una scappatoia riconosciuta dal legislatore all'ente per dimostrare che i soggetti da lui scelti per rivestire il ruolo qualificato sono sfuggiti al suo controllo, nonostante tutti gli sforzi esigibili compiuti perché ciò non accadesse”.

³¹⁹ Rileva GROSSO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 950 e ss. che l'organizzazione decentrata che le grandi imprese moderne normalmente assumono determina una sorta di polverizzazione delle responsabilità, dovute a fenomeni quali la specializzazione, le barriere nelle informazioni e le strategie incentivanti tendenti a far coincidere gli interessi individuali con gli obiettivi d'impresa”.

³²⁰ Mettono in evidenza PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, la stretta correlazione sussistente tra la funzione in concreto esercitata dalla persona fisica, a seconda dell'inquadramento della medesima nell'ambito dell'intelaiatura organizzativa e la fonte di pericolo nei confronti della quale si devono esplicitare i poteri di controllo, derivanti dalla posizione di garanzia attribuita, nel senso che “l'oggetto della garanzia dipenderà dalla tipologia di funzione svolta: così, chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l'adozione di un modello organizzativo che consenta un'adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; scendendo ai piani inferiori, la garanzia si concretizzerà in rapporto al tipo di funzioni (di direzione, di controllo, di consulenza, di predisposizione, ecc.) in concreto esercitata”.

³²¹ Individuano il contenuto del secondo momento organizzativo in questione PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, secondo i quali il dovere organizzativo non si risolve in un indistinto obbligo di sorveglianza e controllo, dovendosi piuttosto tradurre in regole autonormate, attraverso le quali “l'ente [...] cristallizza così un vero e proprio programma di autodisciplina”.

Al riguardo, nonostante le disposizioni richiamate utilizzino terminologie differenti per individuare il contenuto dei modelli³²², la dottrina ritiene che la volontà del legislatore non fosse indirizzata alla creazione di un sistema caratterizzato da un dualismo. Del resto, come è stato correttamente osservato, la descrizione dei modelli comportamentali contenuta nell'art. 7 risulta davvero carente dal punto di vista della determinatezza delle relative prescrizioni³²³; di tal che ove non si voglia ritenere la disposizione integrata da quella di cui all'art. 6 si verserebbe in ipotesi di violazione del principio di legalità, sancito in materia *de qua* dall'art. 2.

Se si accetta allora la natura unitaria dei modelli in questione, sulla base delle norme citate, si deve ritenere che l'attività di autonormazione dell'ente deve³²⁴ in entrambe le ipotesi riportare gli esiti delle analisi di rischio in grado di individuare le attività dell'ente che possono dare luogo alla commissione dei reati presupposto; l'indicazione delle contromisure che riguardano sia le modalità di svolgimento dell'attività, sia il controllo delle misure da compiersi tramite l'istituzione di un organismo interno; la previsione di obblighi di informazione e segnalazione che favoriscano la scoperta di condotte devianti; un sistema disciplinare rivolto a sanzionare le condotte tenute in violazione del sistema prevenzionistico predisposto dall'ente.

In particolare, la formazione e l'attuazione delle decisioni devono seguire il metodo protocollare che prevede la predeterminazione del soggetto decisorio, delle regole di decisione che questi deve seguire e dell'ordine in cui le regole stesse devono essere applicate³²⁵.

³²² Si ricordi che il c. 2, art. 6, sostanzialmente indirizza l'attività preventiva dell'ente verso la creazione di un sistema di autodisciplina deputato a mappare le aree cui è più radicato il rischio reato; riconoscere le modalità operative attraverso le quali in modo più ricorrente vengono commessi illeciti; individuare le regole cautelari orientate a sradicare o minimizzare il rischio-reato; predisporre adeguati meccanismi di controllo interni sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti; assicurare meccanismi che consentano la scoperta/chiarimento dell'illecito. Diversamente, il c. 3, art. 7, si limita a prevedere che il modello debba prevedere, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione, nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

³²³ Propende per una lettura unitaria del sistema delineato dagli artt. 6 e 7, GARUTI, *cit.*, secondo il quale "pare difficile sostenere che la volontà del legislatore fosse indirizzata alla creazione di un sistema caratterizzato da un dualismo".

³²⁴ Secondo GIP, TRIB. BARI, 18.4.05, l'assenza di uno o più di detti contenuti minimi determina di per sé l'inidoneità o l'inefficacia del Modello. Ai fini della valutazione di detti Modelli, secondo GIP, TRIB. ROMA, 22.11.02, è consentito al giudice nominare un perito per valutare l'idoneità a prevenire i reati di un Modello organizzativo aziendale adottata dalla società indagata.

³²⁵ BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, pp. 133 e ss.

Aspetto essenziale del disimpegno del momento organizzativo da parte dell'ente è rappresentato inoltre dall'istituzione di un organismo interno che, completamente separato dalla proprietà, abbia autonomia di intervento e sia destinato a controllare l'efficacia del Modello organizzativo³²⁶.

In particolare, a detto organismo è rimesso il compito di controllare, in maniera continuativa, l'adequatezza del Modello rispetto ai reati presupposto da prevenire e di eseguire il monitoraggio permanente del Modello stesso, al fine di verificare la perdurante efficienza, con il naturale potere di effettuare modifiche ed ampliamenti³²⁷.

Al fine di consentire all'Organismo di vigilanza l'effettivo assolvimento dei compiti ad esso demandato, il Modello deve regolare la disciplina dei flussi informativi verso l'Organismo in termini di obbligo di trasmissione³²⁸.

A dette previsioni, poi, deve corrispondere la predisposizione di un sistema prevenzionistico che assicuri la concreta attuazione delle misure adottate, garantendo il rispetto delle stesse da parte dei destinatari. Si rivela funzionale a detto scopo, la previsione di cui al c. 4, art. 7 che, seppur dettata con riferimento alle sole ipotesi di reati commessi dai cd. sottoposti, evidenzia

³²⁶ Diversi Autori si sono interrogati sulla configurabilità, in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza, di un obbligo di impedire l'evento, con l'insorgenza della conseguente corresponsabilità di detti componenti qualora un soggetto qualificato commetta un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Pur non essendo questa la sede dove trattare la problematica in argomento, a tal fine si rivela sufficiente considerare che l'obbligo gravante sull'Organismo di Vigilanza è sostanzialmente un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità del Modello, come tale un compito che non comporta ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. alcun obbligo di impedire l'evento; *ex multis*, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2007, p. 65. In una prospettiva diversa, ci si è chiesti se il principio di affidamento in materia *de qua* possa incidere sulla configurabilità della responsabilità dell'ente, nell'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetti in posizione apicale, qualora i componenti dell'organismo di vigilanza si sono astenuti o hanno operato in modo inadeguato. In particolare, argomenta VIGNOLI, *Principio di affidamento ed attività d'impresa*, cit., p. 19 che un'esegesi dell'art. 6, c. 1 compatibile con il principio dell'affidamento e in sintonia con il requisito della necessaria colpevolezza "porta ad escludere un'automatica responsabilità dell'ente per il solo fatto dell'omessa o insufficiente vigilanza dell'organismo di sorveglianza. [...] non può negarsi all'ente la possibilità di discolparsi, volendo provare di aver messo in grado il costituito organismo di vigilanza di operare adeguatamente, dotandolo di poteri e mezzi che consentivano ai sorveglianti di agire in piena autonomia e di adempiere, nell'esercizio della loro attività, un dovere di sicurezza, sempre più pressante e tanto, giustamente, reclamata in ogni settore della nostra vita sociale".

³²⁷ Una chiara esemplificazione dei compiti al cui assolvimento è deputato l'Organismo di vigilanza è contenuta nella pronuncia emessa da CORTE APP. MILANO, 21.3.12, N. 1824, ove si legge che "il compito dell'organismo di vigilanza consiste nell'osservazione del funzionamento del modello, al fine di verificarne l'idoneità, rilevarne eventuali deficienze che dovranno essere segnalate all'organo dirigente perché provveda alla loro eliminazione. Detto organismo di vigilanza in questa attività di osservazione utilizzerà ogni possibile e legittimo potere, avvalendosi dell'ampia autonomia riconosciutagli dalla legge e di tutte le comunicazioni, relative all'attività aziendali che, a norma del modello gli vengono trasmesse".

³²⁸ Così, D'ARCANGELO, cit., p. 90.

gli adempimenti a cui è tenuto l'ente onde garantire una concreta ed efficace attuazione del Modello, consistenti, da un lato, nel compimento di una verifica periodica e dell'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni, ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività e, dall'altro lato, nella predisposizione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

7.2.4. LA VIOLAZIONE DEL DOVERE ORGANIZZATIVO

Appurato il contenuto del dovere organizzativo in vista del contenimento del rischio-reato prescritto dal d.lgs. 231/01, si comprende come la violazione dello stesso possa concretizzarsi sostanzialmente in due diverse manifestazioni.

Viene in primo luogo in evidenza l'ipotesi in cui l'ente propenda per la disorganizzazione, ossia rinunci *tout court* a plasmare una griglia di garanti che ne assicuri la vicinanza alle fonti di pericolo e a dotarsi di un programma di prevenzione, funzionale a dettare la strategia di contenimento del rischio reato.

In secondo luogo, si profila l'ipotesi in cui l'addebito della responsabilità all'ente si fondi sulla inadeguatezza dei modelli adottati a contenere entro limiti di tollerabilità la verifica del rischio-reato; carenze che non debbono tradursi nella sostanziale elusione del dovere di organizzazione.

In entrambe le ipotesi, la chiave di lettura esposta in precedenza che assegna fondamentale valore euristico al rischio-reato, declinato come rischio-reato consentito, in funzione correttiva e limitante l'estensione della colpa di organizzazione, nell'ambito della quale assume ruolo centrale l'attività di autonormazione preventiva (eventualmente) assolta dall'ente, aiuta a comprendere il contenuto unitario del rimprovero che viene rivolto in questi casi all'ente.

Il legislatore, indicando all'ente il dovere di assolvere determinati adempimenti organizzativi, fissa *il limite* entro il quale il rischio di reato effettivamente concretizzatosi, può ritenersi lecito.

In tal senso, si comprende come l'ente vada esente da responsabilità, qualora abbia adottato modelli idonei alla prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi.

Il mancato assolvimento dell'adeguato obbligo organizzativo individua, per contro, il momento a partire dal quale l'attività esercitata dall'ente esorbita dal rischio consentito.

In questa ipotesi, difatti, l'ente risponde per non aver adottato modelli idonei alla prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi.

Alla luce di queste brevi considerazioni, in entrambe le ipotesi sopra individuate di violazione del dovere organizzativo, emerge l'esigenza di ricondurre il reato realizzatosi nell'ambito di quelli *prevenibili da un'adeguata attività di autonormazione preventiva*³²⁹.

Sicché, nell'ipotesi in cui l'ente abbia optato per la disorganizzazione, nel senso sopra detto, non per ciò solo è responsabile dei reati commessi dai soggetti apicali nell'interesse o a vantaggio dello stesso, dovendosi pur sempre verificare se il reato presupposto rientrasse nello spettro preventivo del modello organizzativo e gestionale doveroso³³⁰. Anche se l'ipotesi appare difficilmente realizzabile, si consideri come laddove, ad esempio, lo stato della tecnica non avrebbe comunque consentito di prevenire il reato commesso, o nell'ipotesi in cui le modalità di commissione dello stesso siano state del tutto eccentriche rispetto alle previsioni adottabili da un Modello doveroso, oppure, ancora e in una diversa prospettiva, laddove il reato presupposto commesso si rivelasse del tutto ultroneo rispetto all'attività dell'ente e ciononostante fosse affermata la responsabilità dell'ente, si avrebbe un rimprovero per un'omissione di un'attività preventiva che, alla prova dei fatti, si sarebbe rivelata, in chiave prevenzionistica, del tutto *inutile*³³¹.

³²⁹ Osserva ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Rivista* 231, 4/2007, p. 100, che una forma di responsabilità colpevole, come quella delineata dal d.lgs. 231/01 "fondata sulla colpa per omessa attività preventiva (a differenza della responsabilità oggettiva che il legislatore ha espressamente escluso) postula pur sempre che il soggetto sia in grado di raffigurarsi preventivamente il rischio da prevenire e, quindi, di approntare le misure ragionevolmente idonee alla prevenzione del rischio. Pertanto, qualora l'evento realizzatosi sfugga alle ragionevoli capacità di previsione e prevenzione del responsabile, questi non potrà considerarsi in stato di colpa e, quindi, la responsabilità non opererà".

³³⁰ Così GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 42; valorizza il nesso di collegamento tra la particolare lacuna organizzativa e la specifica tipologia di illecito, ritenendo che essa possa desumersi dalla formulazione dell'art. 6, comma 1, anche TRIPOLDI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione"*, cit., p. 494.

³³¹ Di contrario avviso rispetto all'impostazione in questa sede adottata sono PALIERO-PIERGALLINI, cit., secondo i quali la regola che impone all'ente di organizzarsi "non è funzionale alla previsione di un ben determinato tipo di evento, non ha di mira un rischio circoscritto, è una norma a struttura pianificatoria". Gli Autori, in altri termini, negano che si possa rinvenire un momento cautelare nel mancato adempimento dell'obbligo di organizzazione, non potendosi immaginare, in questo caso, data la pluralità di rischi reato in astratto verificabili, prolungamenti verso la rappresentazione dell'evento occorso. In tal contesto interpretativo, si afferma pertanto che il rimprovero diretto all'ente per il mancato assolvimento dell'obbligo di organizzarsi si fonda sull'aumento del rischio di lesione dei beni giuridici causato dalla violazione della regola progettuale, pianificatoria che si risolve "in una consapevole noncuranza progettuale nei confronti del rischio-reato: quest'ultimo viene assunto o tollerato senza che la rappresentazione delle conseguenze giunga a livelli apprezzabili di concretezza. [...] Per concludere si è davanti ad una colpevolezza di organizzazione, in cui la rimproverabilità dell'ente si radica,

Laddove, invece, si versi nella differente ipotesi di insufficiente ed inefficace realizzazione di un modello di prevenzione del rischio reato, emerge prepotentemente la necessità di plasmare un *agente modello collettivo*, al fine di individuare un livello di diligenza, alla stregua del quale valutare l'adeguato assolvimento del dovere organizzativo incombente sull'ente.

La valutazione di adeguatezza dell'atteggiamento organizzativo dell'ente non può essere infatti ridotta ad una lettura "individualistica", tipico della responsabilità colposa penale. Seppur la realizzazione di regole autonormate integra una vicenda propriamente cautelare che replica le cadenze funzionali e strutturali della colpa penale, la colpa di organizzazione dell'ente non si identifica con questa, dovendosi in materia *de qua* dare rilievo alle capacità operative e decisionali delle organizzazioni complesse³³².

Del resto, il gruppo porta con sé una meta competenza superiore alla somma delle competenze dei singoli individui. Per contro, il senso di appartenenza al gruppo tende ad incentivare nei singoli, i fenomeni di accettazione dei comportamenti devianti, attraverso una visione riduzionistica del rischio di verifica dell'illecito, nonostante la codificazione degli stessi in protocolli scritti.

Il livello di diligenza richiesto all'ente dovrà pertanto essere parametrato alla capacità dell'organizzazione di *sedare le condotte devianti* poste in essere dal singolo individuo, attraverso la doverosa attività di autonormazione preventiva³³³.

prevalentemente, nella consapevole assunzione di un rischio di lesione per i beni giuridici coinvolti nell'attività d'impresa". Sulla stessa linea interpretativa, deve essere del resto riportata la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità CASS. PEN., 9.7.09, N. 36083 secondo cui la "*mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato)* è sufficiente costituire quella "rimproverabilità" di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. A giudizio della Corte, ne deriva pertanto che "*l'ente che abbia omissso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato (rientrante tra quelli elencati negli artt. 24 e 26), commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi di cui al D.Lgs. cit., art. 5, comma 2*", ossia che il reato 'presupposto è stato commesso per perseguire un interesse alieno rispetto all'ente.

³³² Evidenziano la necessità di tenere distinta la colpa individuale dalla colpa di organizzazione PALIERO-PIERGALLINI, cit., i quali sottolineano la rilevanza in materia *de qua* del momento organizzativo, ai fini del rimprovero dell'ente: "la colpa interviene nella fase di concretizzazione del dovere organizzativo, quando il modello di prevenzione prende corpo. Ne deriva che la colpa costituisce, in questo caso, espressione di un momento organizzativo che affonda le radici nella natura collettiva dell'attività svolta".

³³³ Ancora, PALIERO-PIERGALLINI, cit., secondo i quali, nell'ambito delle organizzazioni complesse del tutto "velleitario sarebbe indagare sulla misura della diligenza del singolo ricercatore o dell'analista singolarmente considerato. È l'organizzazione nel suo complesso che deve rilasciare prestazioni superiori: e lo deve perché solo un'organizzazione che abbia introiettato il rischio-reato è oggettivamente capace di perseguire un simile risultato".

In generale, comunque, ad una maggiore capacità strategica-operativa dell'ente, misurabile anche in termini economici, devono corrispondere doveri di adeguamento più intensi sul versante del controllo delle fonti di rischio.

Le superiori considerazioni inducono quindi a ritenere l'esistenza di un'ontologica differenza tra la colpevolezza dell'ente e il rimprovero individuale, quale storicamente conosciuto dall'ordinamento penale.

Con riferimento all'ente destinatario della disciplina del d.lgs. 231/01 non è lecito indagare sulla libertà del volere e per il tramite di questa escludere la possibilità di ravvisare un rimprovero propriamente rivolto all'ente. Il ruolo occupato nella teoria generale del reato dal profilo soggettivo è in questa sede sostituito dal rilievo che assume il momento organizzativo dell'ente, il cui disimpegno si realizza attraverso la predisposizione di una griglia di garanti che ne assicuri la vicinanza alle fonti di pericolo e l'adozione di un programma di prevenzione che mediante l'attività di autonormazione preventiva e cautelare, sia funzionale a dettare la strategia di contenimento del rischio reato.

L'evento dannoso, rappresentato dal rischio di verifica del reato, viene posto ai margini del fuoco della rimproverabilità dell'ente, quest'ultima dirigendosi invece sulla capacità dell'ente di controllare le fonti di pericolo scaturenti dal suo agire organizzato, in specie di sedare le *defaillances* cautelari provocate dal singolo, nello svolgimento delle proprie mansioni, attraverso la predetta attività di autonormazione preventiva.

In conclusione, pare potersi affermare che la colpevolezza dell'ente non è (perché non può essere) rimprovero per l'atteggiamento antidoveroso della volontà, ma per la mancata o inidonea capacità preventiva dell'organizzazione dell'ente collettivo, funzionale al contenimento del pericolo che la persona fisica realizzi un reato presupposto: una colpevolezza di secondo grado, in quanto *prodromica*, ossia *funzionale a creare le doverose precondizioni* per l'osservanza da parte di altri (persone fisiche apicali o subordinate) della legalità (nei limiti segnati dal "catalogo" dei reati presupposto).

7.2.4.1. LA (NECESSARIA) CONNESSIONE TRA REATO E ORGANIZZAZIONE DIFETTOSA

La chiave di lettura (più volte ormai ricordata) adottata per spiegare il significato del rimprovero rivolto all'ente, aiuta a comprendere anche che l'affermazione della colpa di organizzazione dell'ente presuppone la necessaria *connessione* tra reato e organizzazione difettosa. L'aver rivolto il rimprovero normativo alla attività di autonormazione preventiva

che deve essere assolta dall'ente, comporta che, ai fini dell'affermazione dell'inadeguatezza della stessa, occorre che la commissione del reato presupposto sia *derivata* dalle carenze organizzative dell'ente che quest'ultimo avrebbe, appunto, dovuto eliminare.

Diversamente, infatti, qualora il reato presupposto sia, in termini di causalità, totalmente estraneo alla logica prevenzionistica dell'attività di autonormazione doverosa, il momento cautelare che ispira l'onere organizzativo che incombe in capo all'ente, verrebbe azzerato, riproponendosi una responsabilità dell'ente fondata sul mero rischio di verifica del reato; criterio che si è visto essere ontologicamente incompatibile con il requisito della necessaria colpevolezza dell'ente³³⁴. D'altro canto, ritenere che non sia richiesto l'accertamento di un nesso causale tra le carenze organizzative (e, quindi tra le lacune dell'attività di autonormazione preventiva) e la realizzazione del reato presupposto, comporterebbe l'inutilità del disimpegno dell'onere organizzativo che il d.lgs. 231/01 richiede all'ente, ai fini dell'esenzione della responsabilità dello stesso.

Sotto altro profilo, depone inoltre inequivocabilmente per la necessaria derivazione causale del reato presupposto, rispetto alle carenze organizzative dell'ente, la circostanza che nell'ipotesi di reato commesso dai soggetti apicali, l'ente va esente da responsabilità qualora provi (anche) che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente i Modelli. Rinviando ai successivi paragrafi una compiuta esposizione dell'argomento, basti in questa sede evidenziare il raccordo che la disposizione implica tra l'attività di autonormazione preventiva e la commissione del reato, quest'ultima, nell'ottica dell'efficacia esimente prescritta dall'art. 6, resa possibile proprio e solo dall'elusione della prima da parte dei soggetti apicali³³⁵.

A questo punto, il problema maggiore, in presenza di dati normativi tra loro non perfettamente allineabili, è rappresentato dalla ricostruzione del tipo di nesso a tal fine indispensabile, ossia se di carattere condizionalistico o agevolatore.

Al riguardo, si ritiene che nessun valore euristico possa essere assegnato al disposto dell'art. 7, c. 1 nella parte in cui prescrive che il reato presupposto "è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza". La norma citata, infatti, non ha

³³⁴ Diversamente, parte della dottrina ha ritenuto che non sia richiesto l'accertamento di un nesso causale: VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA, CERESA-CASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2001, p. 25,

³³⁵ Qualora invece si ritenga che il commesso reato presupposto non derivi dalle lacune dell'organizzazione dell'ente, come cristallizzata nei Modelli, ne discenderebbe l'impossibilità dell'ente di andare esente da responsabilità, data l'estraneità della commissione del reato presupposto dalle carenze dell'attività di autonormazione preventiva, e, dunque, dall'elusione fraudolenta della stessa da parte di soggetti apicali.

alcuna attinenza con la valutazione di adeguatezza preventiva del Modello di organizzazione e gestione esimente la responsabilità dell'ente, riferendosi per contro agli obblighi incombenti sugli apicali nei confronti dell'attività svolta dai sottoposti³³⁶. Come sarà evidenziato in seguito, il raccordo tra il c. 1 e il c. 2 dell'art. 7, deve essere inteso nel senso di indicazione normativamente prescritta delle modalità di assolvimento degli obblighi di direzione e vigilanza da parte degli apicali; pertanto, l'espressione "è stato reso possibile" si riferisce ad un piano di accertamento diverso da quello della valutazione dei Modelli.

Può essere invece apprezzata in questa sede la disposizione di cui all'art. 17 che con riguardo ai Modelli *post factum* attribuisce alla adozione ed attuazione degli stessi l'effetto di escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive, qualora, tra le altre condizioni ivi prescritte, l'ente abbia eliminato "le carenze organizzative che hanno determinato il reato". La norma citata, oltre a confermare la necessaria connessione che deve sussistere tra il reato presupposto e le carenze organizzative, postula un chiaro riferimento alla teoria condizionalistica³³⁷.

In conclusione, quindi, si può argomentare che in entrambe le ipotesi di violazione del dovere organizzativo sopra esposte, risulta necessario, onde pervenire ad un'affermazione di responsabilità dell'ente che il reato presupposto sia collegato *in termini condizionalistici* alle *defaillances* dell'attività di autonormazione preventiva posta in essere dall'ente.

Pertanto, pur in assenza dell'adozione di un idoneo modello organizzativo, l'ente deve andare esente da responsabilità *ex d.lgs. 231/01*, quando il reato non possa ricondursi a carenze

³³⁶ La considerazione esposta toglie ogni significato argomentativo alle differenze, in punto di causalità, che si vorrebbero rinvenire tra il modello di responsabilità legato alla condotta degli apicali e quello dipendente dal reato commesso dal sottoposto, nel senso che un tal nesso sarebbe ravviabile nella sola ipotesi di cui all'art. 7. A tacer d'altro, si è argomentata l'irragionevolezza, alla luce della logica complessiva dell'imputazione, di un'eventuale differenziazione sotto tale profilo, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103 e ss., tanto più considerando l'equivocità della legge delega sul punto, ben evidenziate dalla Relazione Governativa.

³³⁷ La necessaria presenza di un nesso condizionalistico sembra esser stata ribadita dal legislatore in occasione della riforma dei reati societari, in relazione ai quali la responsabilità dell'ente sorge solo "qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica" (art. 25ter). Vi è da dare atto però che l'art. 13 subordina l'applicazione delle sanzioni interdittive alla circostanza che la commissione del reato da parte dell'apicale sia stata determinata o agevolata da gravi carenze dell'organizzazione (lett. b). Il dato non appare dirimente nell'assegnare valore anche a nessi di agevolazione, posto l'efficacia circoscritta della norma che prevede i presupposti di applicazione delle misure interdittive. In questo contesto, si potrebbe argomentare che l'idea di una connessione più labile sembrerebbe bilanciata dal riferimento a carenze organizzative comunque "gravi".

dell'ente e ciò anche e a maggior ragione quando questo si è organizzato anche in altro modo rispetto alla formale adozione del Modello di cui agli artt. 6 e 7³³⁸.

7.2.5. L'ADEGUATEZZA DEI MODELLI ORGANIZZATIVI

Compresa la direzione del rimprovero normativo che viene rivolto all'ente ed esposte le forme di manifestazione della colpa di organizzazione, è necessario ora analizzare i caratteri che devono contraddistinguere i Modelli di organizzazione per poter assolvere all'efficacia esimente della responsabilità ex d.lgs. 231/01, qualora i soggetti qualificati abbiano commesso un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

A tal riguardo assume dirimente significato il canone di *adeguatezza* dei modelli organizzativi che, seppur non espressamente previsto dalla normativa in esame, esprime un concetto di sintesi idoneo ad aiutare l'interprete nella valutazione dell'assolvimento dell'obbligo organizzativo da parte dell'ente. Per poter operare, in particolare, il concetto in parola deve parametrarsi con riguardo a due differenti momenti che corrispondono ad altrettanti *step* (normativamente indicati) di valutazione del Modello: l'adozione e l'attuazione dello stesso che, per soddisfare il grado di adeguatezza, devono raggiungere rispettivamente il livello di idoneità ed efficacia³³⁹.

³³⁸ Pare rinvenirsi un accenno all'impostazione in questa sede proposta nella giurisprudenza di merito. In specie, TRIB. MILANO, 31.07.07, dove si afferma che *“è comprovato che, alla data del 10.1.03, il Presidente del Consiglio di Amministrazione di MC s.r.l. (già BC s.r.l.) non era in grado di esibire, perché non ancora esistente, alcun modello di organizzazione, gestione e controllo ex art. 6 e 7 D.L.vo n.231/01 [...] Anche a voler prescindere dalla formale adozione dei modelli previsti dal citato decreto, la società non ha offerto nessun elemento in ordine all'esistenza di modalità organizzative e di gestione comunque volte a prevenire la commissione di reati”*. Ancora più esplicitamente, CORTE APP. MILANO, 21.3.12, N. 1824, ove si mette in evidenza la centralità del momento organizzativo, a prescindere dall'etichetta che viene data al modello: *“ciò che importa è che il modello presenti il contenuto minimo essenziale previsto dall'art. 6, cioè un organi di controllo e protocolli di decisione, un sistema disciplinare, procedure che regolino i flussi informativi verso l'organismo di vigilanza e prevedano veri e propri obblighi di informazione, precisa individuazione delle aree di rischio”*.

³³⁹ Evidenzia la centralità, nell'ambito del momento valutativo del disimpegno del dovere organizzativo ad opera dell'ente, del concetto di *“adeguatezza”* riferito ai Modelli, GARUTI, *cit.*, secondo il quale la valutazione in punto di adozione del Modello e la verifica circa l'attuazione dello stesso, rappresentano due aspetti strettamente collegati del processo logico-valutativo posto in essere dal giudice al fine di pervenire ad un unico effetto giuridico. L'Autore, inoltre, mette in rilievo come la valutazione di adeguatezza dal punto di vista giuridico dei Modelli deve essere realisticamente coordinata e combinata con il concetto di adeguatezza sotto il profilo economico, che rappresenta un giudizio attinente non solo alla funzionalità del modello ma anche all'economicità del sistema. I due momenti di giudizio trovano un punto di contatto comune nel significato del concetto di adeguatezza che *“rappresenta un concetto probabilistico che richiede il passaggio da una logica di tipo deterministico a modelli di minimizzazione ragionevole del rischio, posto che nessun sistema di controllo è*

La valutazione concernente l'*idoneità* dell'adozione dei Modelli riguarda, in prima battuta, l'identificazione dei contenuti essenziali degli stessi, quali declinati negli artt. 6 e 7. Sotto tale aspetto, i modelli devono recare, quale ulteriore caratteristica, una sufficiente *specificità* delle singole componenti³⁴⁰, dovendo i modelli tenere conto delle caratteristiche proprie dell'ente, delle dimensioni dell'organizzazione, del tipo di attività svolta e più in generale, della storia dell'ente. Ad ogni modo, a detta preliminare valutazione si rivela prodromica la predisposizione di un piano di *responsabilizzazione formale*³⁴¹, attraverso l'attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi di reato a soggetti individualmente identificati in seno all'apparato organizzativo.

In seconda battuta, la valutazione di idoneità dell'adozione dei modelli deve essere svolta in concreto, in relazione cioè alla capacità di funzionamento del modello stesso. Onde assolvere a tale esigenza, il modello dovrà recare un'idonea *predittività*, concretizzando la progettazione e la realizzazione di meccanismi anticipatori basati su strumenti di segnalazione precoce e potenziale dei fenomeni osservati, su simulazioni e su valutazioni ipotetiche, in grado di fornire all'ente elementi di valutazione e controllo *ex ante*. Da un punto di vista prettamente organizzativo, un'idonea adozione in concreto presuppone che il modello sia basato su un'adeguata *articolazione*, ossia una scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità aziendali, al fine di localizzare e moltiplicare i presidi e gli attori dei controlli nell'ambito della struttura dell'azienda, la cui configurazione organizzativa rappresenta il primario riferimento per la progettazione³⁴².

in grado di eliminare completamente i rischi". Da questa considerazione, l'Autore trae la conseguenza che "i modelli non sottendono obbligazioni di risultato, ma obbligazioni di mezzi".

³⁴⁰ IELO, *Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/01*, in *Rivista* 231, 1/2006, che evidenzia il ripetuto richiamo normativo effettuato in relazione ad alcune componenti dei modelli prescritti dal legislatore: "specificità connessa alle aree di rischio, richiamata dall'art. 6, comma 2, lett. a) [...] una specificità ei processi di formazione delle decisioni dell'ente e dei processi di attuazione nei settori sensibili – art. 6, c. 2, lett. b). Similmente, l'individuazione delle modalità di gestione per la gestione delle risorse finanziarie, l'elaborazione di un sistema di doveri d'informativa, l'introduzione di un adeguato sistema disciplinare, sono obblighi che richiedono, per l'esatto adempimento, la specificità delle singole componenti del modello".

³⁴¹ BASTIA, *cit.*, secondo cui il rispetto di tale requisito si rivela "necessario presupposto per un effettivo impegno organizzativo da parte del management".

³⁴² BASTIA, *cit.*, il quale individua anche il principio della rilevanza "quale pregio dei flussi informativi che interessano l'azienda nel suo complesso, ma soprattutto lo specifico segmento aziendale di riferimento: il processo, l'area di responsabilità, la funzione, variamente individuati nella progettazione dell'articolazione del modello organizzativo".

Il secondo momento di valutazione dell'adeguatezza dei modelli, come anticipato, si risolve nella verifica dell'*efficacia* dell'attuazione degli stessi. Valutazione che non deve avere ad oggetto il contenuto cartolare dell'obbligo organizzativo (che attiene al precedente momento di verifica), dovendosi basare su circostanze fattuali che evidenzino la capacità dei modelli di elaborare meccanismi di decisione e di controllo, tali da eliminare l'area del rischio da responsabilità³⁴³. Efficacia garantita dall'esistenza di meccanismi di controllo preventivo e successivo capaci di identificare le operazioni che possiedono caratteristiche anomale, tali da segnalare condotte che rientrino nell'area di rischio e strumenti di tempestivo intervento nel caso di individuazione di siffatte anomalie. Rientra nell'ambito di tale momento di valutazione, la verifica dell'*attualità* e della *capacità dinamica* del modello³⁴⁴, come caratteristica volta a soddisfare l'esigenza di mantenimento costante della validità del modello stesso. Si richiede, in altri termini, che il modello sia soggetto a verifiche periodiche, in modo da essere costantemente adattato all'evoluzione normativa e a quella strategica ed organizzativa dell'azienda, nonché all'apprendimento che l'ente via via elabora attraverso l'utilizzo del modello già esistente, nell'ambito della gestione dell'organizzazione.

7.2.5.1. LA VALUTAZIONE GIURISDIZIONALE

Vi è da dire che la giurisprudenza che ha avuto modo di condurre la verifica dell'adeguatezza dei modelli, non ha provveduto ad effettuare una duplice valutazione relativa alla idoneità dell'adozione e all'efficacia dell'attuazione. La giurisprudenza si è limitata per lo più a stilare un elenco delle caratteristiche che i modelli devono possedere, affinché possa venire considerato adeguato il modello stesso³⁴⁵.

³⁴³ GARUTI, *cit.*, che rinviene nel dettato normativo segnali inequivocabili in tal senso: "tale conclusione pare imposta dal dato normativo, il quale – all'art. 6, comma 1, lett. a) e all'art. 7, comma 2 – parla esplicitamente di efficace attuazione dei modelli organizzativi, a rimarcare appunto che l'attuazione del modello si muove su di un piano pratico di misurazione concreta dell'efficacia delle misure predisposte".

³⁴⁴ Mette in rilievo dette caratteristiche, in particolare, IELO, *op. ult. cit.*, secondo cui "un modello organizzativo è idoneo a ridurre i rischi da reato in quanto sia costantemente adattato ai caratteri della struttura e dell'attività d'impresa. L'Autore, in particolare, evidenzia l'autonoma considerazione normativa del requisito dell'attualità (segnatamente gli artt. 6, c. 1, lett. b) – che affida all'Organismo di vigilanza il compito di aggiornare i modelli organizzativi – e 7, c. 4, lett. a) – che prescrive l'effettuazione di verifiche periodiche e l'eventuale modifica del modello quando sono scoperte violazioni o qualora siano intervenute delle modifiche nell'attività o nella struttura dell'organizzazione.

³⁴⁵ Tra le prime pronunce in tal senso, TRIB. BARI, 18.4.05 che nel contesto di una complessa vicenda, individua nell'efficacia, specificità e dinamicità i caratteri strutturali dei modelli di organizzazione cui si voglia attribuire una concreta idoneità ad assolvere le funzioni a cui sono destinati. Esemplificando, in tema di responsabilità

Ad ogni modo, spostando l'attenzione dai contenuti della valutazione, al *modus procedendi* della stessa, il criterio di verifica dell'adeguatezza dei modelli è stato ravvisato in quello della *prognosi postuma*.

Del resto una diversa soluzione che con una valutazione *ex post*, consideri il modello organizzativo inadeguato per il solo fatto della commissione del reato presupposto, si porrebbe in violazione con il dettato normativo, in specie con la finalità attribuita ai modelli in questione di mandare esente da responsabilità l'ente, ove adeguatamente adottati e attuati³⁴⁶.

dell'ente per il reato presupposto di corruzione, si veda TRIB. MILANO, 28.10.04, secondo cui “Non può essere considerato idoneo a prevenire i reati e ad escludere la responsabilità amministrativa dell'ente un modello aziendale di organizzazione e gestione, adottato ai sensi degli art. 6 e 7 D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che non preveda strumenti idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti, quali la presenza di conti correnti riservati all'estero, l'utilizzazione di intermediari esteri al fine di rendere più difficoltosa la scoperta della provenienza dei pagamenti, la periodicità dei pagamenti in relazione alle scadenze delle gare di appalto indette dalla società”. All'opposto, è stato considerato idoneo ad esimere da responsabilità l'ente con riferimento al reato di aggio, il modello giudicato da TRIB. MILANO, 17.11.09, secondo cui “Ai sensi dell'art. 6, D.Lgs. n. 231/2001 la responsabilità della società per i reati commessi dai propri vertici deve essere esclusa qualora l'ente abbia adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie, di tal che essi siano da addebitare esclusivamente al comportamento di coloro che abbiano volontariamente violato le regole interne imposte da tale modello (nel caso oggetto di giudizio, relativo a fatti di aggio ex art. 2637 c.c., il tribunale ha ritenuto idoneo un modello dotato delle seguenti caratteristiche: istituzione di un organismo di vigilanza composto dal preposto al controllo interno e responsabile dell'internal auditing, alle dipendenze dirette del presidente del consiglio di amministrazione e senza sottoposizione alla direzione amministrazione e controllo; verifica annuale dei principali atti societari e della validità delle procedure di controllo; partecipazione di più soggetti al compimento delle attività a rischio; attività di formazione periodica; riunioni periodiche fra Collegio Sindacale e Organo di Sorveglianza per la verifica dell'osservanza della normativa; procedure autorizzative per l'adozione dei comunicati stampa)”. Vi è da evidenziare che invero un accenno al duplice momento di accertamento dell'adeguatezza preventiva dei modelli, parametrata all'adozione e all'attuazione dello stesso, è contenuto nella pronuncia resa da CORTE APP. MILANO, 21.3.12, n. 1824, nella quale l'organo giudicante, in relazione all'ipotesi di aggio, dopo aver valutato l'idoneità dal punto di vista cartolare del Modello, ha rigettato il motivo di appello del PG volto a riformare la sentenza di primo grado, nella parte in cui non era stata accertata la capacità di funzionamento in concreto del Modello, sostenendo, per contro, l'efficace attuazione dello stesso.

³⁴⁶ Una diversa valutazione, invece, si impone con riferimento ai Modelli *post factum*, la cui adozione ed attuazione produce effetti attenuanti (anche in fase cautelare) il regime sanzionatorio irrogabile nei confronti dell'ente. In questi casi, se in generale la valutazione di idoneità deve essere effettuata sulla base degli stessi parametri di giudizio adottabili con riferimento ai Modelli *ante factum*, i piani di prevenzione adottati dopo la commissione dei reati presupposto devono essere giocoforza caratterizzati da una struttura più specifica, tale da incidere in maniera più approfondita sull'organizzazione dell'ente, in virtù del fatto che un reato è stato già commesso. In altri termini, la valutazione di idoneità del Modello *post factum* prescinde dal criterio di minimizzazione del rischio, in quanto, essendosi il rischio già concretizzato, i Modelli dovranno valutare in concreto le carenze dell'apparato organizzativo ed operativo che hanno favorito la commissione dell'illecito, rimuovendo tali lacune. In giurisprudenza si veda quanto condivisibilmente in fase cautelare, enunciato da TRIB. ROMA, 4.4.03, secondo cui: “Ai fini dell'applicazione delle misure cautelari previste in materia di responsabilità amministrativa degli enti (articolo 45 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231), per escludere il pericolo di recidiva può rilevare anche l'istituzione *ex post*, da parte della società, di un modello di organizzazione e di

Pertanto, la valutazione di adeguatezza deve essere svolta attraverso un giudizio effettuato in concreto ed *ex ante*. In altri termini, il giudice deve accertare, secondo una valutazione probabilistica³⁴⁷, se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento precedente la commissione del delitto, il modello era idoneo ad impedirne la commissione, se non fossero intervenute circostanze eccezionali ed imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la verifica³⁴⁸.

A questo punto, l'opera volta a ricostruire la valutazione in concreto dell'adeguatezza dei Modelli di organizzazione e gestione, deve confrontarsi, con specifico riguardo alle ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, con l'onere che incombe in capo all'ente di dimostrare (anche) che l'illecito presupposto è stato commesso mediante una *fraudolenta elusione* di detti Modelli.

Nell'ipotesi di reato commesso da soggetti apicali, quindi, le circostanze che hanno di fatto consentito la perpetrazione dell'illecito presupposto, nonostante l'adeguatezza del modello adottato, vengono normativamente individuate nel requisito dell'elusione fraudolenta delle prescrizioni del piano di prevenzione dei reati da parte degli apicali. Come è stato correttamente rilevato, il requisito in esame rappresenta la barriera in grado di impedire (dopo la commissione di un reato presupposto da parte dell'apicale) che tutta l'attività di riorganizzazione aziendale basata sul modello venga di fatto azzerata³⁴⁹.

Quanto alla differenza di disciplina che il dato normativo evidenzia, rispetto all'ipotesi di reato commesso da soggetto qualificabile ai sensi della lett. b) art. 5, se ne deve argomentare la *ragionevolezza* della stessa. Detto ulteriore incombente probatorio in capo all'ente (rispetto all'ipotesi di reato commesso da sottoposti) è in primo luogo coerente con la presunzione di

gestione: peraltro, per poter ritenere tale modello idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi, occorre una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello ex ante, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito".

³⁴⁷ Mette ben in luce la correlazione tra la valutazione di adeguatezza dei Modelli ed una necessaria verifica giudiziaria di tipo probabilistico, BASTIA, *cit.*, secondo il quale "il concetto di adeguatezza – valutato da un punto di vista sia economico che giuridico – rappresenta un concetto probabilistico che richiede il passaggio da una logica di tipo deterministico a modelli di minimizzazione ragionevole del rischio, posto che nessun sistema di controllo è in grado di eliminare completamente i rischi".

³⁴⁸ *Ex multis*, adottano questa impostazione, BASSI-EPIDENIO, *cit.*, 217, GARUTI, *cit.*, IELO, *cit.*, D'ARCANGELO, *cit.*, p. 93. In giurisprudenza, si veda TRIB. MILANO, 20.9.2004 che argomenta come la valutazione giudiziaria non deve essere avvertita come un'intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa, ma come verifica di compatibilità delle scelte aziendali con i criteri fissati dal legislatore.

³⁴⁹ Così si esprime BERNASCONI, sub Art. 6, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, in *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 150.

colpevolezza che il reato commesso dall'apicale incardina sull'ente; per cui è appunto ragionevole richiedere la dimostrazione delle cause in forza delle quali il Modello non è riuscito a sedare le condotte devianti di tali soggetti. In secondo luogo, la necessaria dimostrazione dell'elusione fraudolenta di detti Modelli, si spiega con il più forte legame che sussiste tra l'ente e l'apicale (rispetto ai sottoposti), avendo contribuito quest'ultimo, data la sua posizione, a forgiare il modello di prevenzione e a contribuire alla sua attualità, al pari degli altri indirizzi di strategia aziendale³⁵⁰; sicché, si può ragionevolmente richiedere una maggiore capacità di resistenza del Modello nei confronti di quei soggetti muniti (data la posizione dagli stessi occupata in seno all'organizzazione dell'ente) di maggiori capacità di adeguamento delle loro condotte, rispetto alle norme precauzionali dagli stessi predisposte.

A questo punto, occorre interrogarsi sul significato dell'espressione "*le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli*". Dal punto di vista interpretativo, possono essere proposte due letture, ove l'avverbio "fraudolentemente" può essere riferito o alle modalità della condotta dell'apicale (profilo oggettivo della stessa, declinabile quindi, come "elusione del Modello con modalità fraudolente"), oppure all'elemento soggettivo dell'apicale (profilo soggettivo della condotta, a prescindere dalle modalità della stessa, declinabile quindi come "elusione con intenzione fraudolenta").

Data la ripartizione dell'onere probatorio vigente in materia *de qua*, onde consentire quindi all'ente (già destinatario nell'ipotesi di reato dell'apicale di una presunzione di colpevolezza) di dimostrare la sua estraneità alla commissione del reato presupposto, appare preferibile accogliere l'interpretazione che riferisce l'avverbio fraudolentemente in posizione strumentale all'elusione, riconducibile, quindi, alle modalità della condotta, come tale meglio accertabile rispetto ad un'indagine sull'elemento soggettivo dell'apicale³⁵¹. Del resto, l'attività di

³⁵⁰ In una prospettiva simile, PALIERO-PIERGALLINI, *cit.*, che nell'analizzare le differenze tra il modello di cui all'art. 6 e quello codificato all'art. 7, giungendo alla conclusione che in entrambe le ipotesi si profila un rimprovero per colpa all'ente diverso da quello rivolto alla persona fisica, argomentano che la distinzione che va mantenuta "riguarda, semmai, la maggiore difficoltà insita nel poter adeguatamente contrastare il rischio-reato in presenza di condotte riferibili a soggetti apicali muniti, per forza di cose, di ampi poteri".

³⁵¹ Soluzione che ha trovato accoglimento nella giurisprudenza di merito, CORTE APP. MILANO, 21.3.2012, N. 1824, resa nell'ambito di una fattispecie presupposto di aggio. In motivazione si legge che "*la frode cui si fa riferimento nell'art. 6, d.lgs. 231/01 deve riguardare non già gli operatori di mercato cui l'informazione è diretta, ma gli altri protagonisti della procedura in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto all'elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure; nel caso di specie vi è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo*". Di contrario avviso, ARENA, *Idoneità del modello e frode del soggetto apicale*, in *Rivista* 231, p. 2/2008, che declina il significato

autonormazione preventiva cristallizzata nei Modelli è ragionevolmente deputata ad incidere, impedendone la realizzazione, sulle condotte devianti delle persone fisiche, potendo sì esercitare su queste una *moral suasion*, che però rimane estranea alla valutazione di adeguatezza del modello e quindi dalla capacità preventiva dello stesso.

Pertanto, ai fini dell'esonero della responsabilità dell'ente in materia *de qua*, non risulta sufficiente un'adeguatezza del Modello, a prescindere dalle cause del commesso reato presupposto, occorrendo, per contro, che l'ente dimostri la condotta fraudolenta attraverso la quale è stato eluso il reticolato prevenzionistico predisposto dallo stesso. Condotta fraudolenta che, in quanto tale, non può essere impedita da nessun modello organizzativo e, in particolare, nemmeno dal più diligente organismo di vigilanza; sicché, in tali casi, nulla è rimproverabile all'ente.

Ciò non significa, come peraltro sostenuto, che la frontiera ultima dell'attività di autonormazione preventiva debba essere ravvisata nella tenuta del Modello in rapporto alla prevenibilità dell'elusione fraudolenta dello stesso da parte dell'apicale. Nel senso che la capacità preventiva dei Modelli non deve essere valutata in rapporto all'idoneità degli stessi ad evitare che il modello venga eluso fraudolentemente dagli apicali³⁵².

Anzi, è proprio la commissione del reato mediante una fraudolenta elusione delle regole che consente di attribuire a queste una patente di idoneità ed efficacia a prevenire i reati presupposto.

L'adeguatezza dell'attività di autonormazione preventiva, infatti, tanto nell'ipotesi di reato commesso da apicali, quanto nell'ipotesi di reato commesso da sottoposti, deve essere condotta alla stregua dei principi declinabili dalle disposizioni di cui all'art. 6 e 7. Si tratta, piuttosto, di una sorta "di prova del nove" della capacità di resistenza del Modello (la cui

dell'espressione "eluso fraudolentemente" come elusione "con intenzione fraudolenta", valorizzando quindi il profilo soggettivo della condotta. L'Autore, nell'adottare la soluzione esposta si rifà all'interpretazione giurisprudenziale dell'avverbio "fraudolentemente" del vecchio testo dell'art. 2621 c.c., che aveva optato per l'inquadramento dello stesso sotto il profilo soggettivo, ossia come dolo specifico.

³⁵² Propende invece per l'opposta lettura, ARENA, *cit.*, secondo il quale, nell'ipotesi di cui all'art. 6, la colpa di organizzazione dell'ente "potrà considerarsi venire meno qualora un reato sia stato comunque commesso, soltanto se l'elusione fraudolenta del modello – come invece verificatasi – non doveva essere prevedibile dall'ente [...] Solo un siffatto Modello gestisce il rischio di reato in misura accettabile; solo un siffatto modello fornisce una ragionevole sicurezza sul rispetto della normativa penale rilevante in materia". Nello stesso senso, ZANALDA, *cit.*, p. 100, secondo cui la "colpa di organizzazione potrà non ravvisarsi, qualora il reato sia frutto dell'elusione volontaria del Modello organizzativo, né prevenibile, né prevedibile da parte dell'ente, attraverso l'impiego di criteri di diligenza appropriati rispetto alle dimensioni, alla struttura organizzativa ed alla natura dell'attività dell'ente stesso". Offrono la stessa lettura, FRIGNANI-GROSSO-ROSSI, *I Modelli di Organizzazione previsti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *La società*, 2-2002.

ragionevolezza della previsione è motivata dalle ragioni esposte) declinabile nei termini che seguono: tanto era adeguato il Modello a prevenire i reati presupposto che la commissione degli stessi da parte di quei soggetti che esprimono la volontà dell'ente, anche dal punto di vista prevenzionistico, è stata resa possibile proprio e solo dalla fraudolenta elusione di quelle regole che gli stessi hanno contribuito a formare.

7.3. LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE NELLE IPOTESI DELL'ART. 25 *SEPTIES*

Con le argomentazioni che precedono si è delineata una responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/01, ove la dimensione di rimproverabilità è rivolta all'omessa o inadeguata doverosa attività di autonormazione preventiva, in vista del contenimento del rischio di verificazione del reato-presupposto. In tale contesto, si è specificato che il rischio è orientato, prima ancora che alla prevenibilità del reato presupposto, su di un precetto cautelare prodromico a questo, consistente, appunto, nel dovere di adeguatamente organizzarsi. Ciò che ha portato a concludere che il disegno normativo delineato dal d.lgs. 231/01 ha forgiato una colpevolezza di secondo grado, in quanto funzionale a creare le doverose precondizioni per l'osservanza da parte di altri (persone fisiche apicali o subordinate) della legalità (nei limiti segnati dal "catalogo" dei reati presupposto).

Il momento cautelare che indubbiamente ispira la doverosa predisposizione da parte dell'ente di un'organizzazione orientata ad adeguatamente contenere il rischio-reato, postula pur sempre che il soggetto collettivo sia in grado di raffigurarsi preventivamente il rischio da prevenire. Qualora, quindi, l'evento da prevenire sfugga alle ragionevoli capacità di previsione e prevenzione dell'ente, questi non potrà essere considerato responsabile per il reato commesso; allo stesso risultato si perverrà, laddove il reato si sia realizzato, nonostante l'adeguato disimpegno dell'attività preventiva da parte dell'ente. Giudizi da effettuare, in entrambi i casi, mediante una valutazione di prognosi postuma, nell'ambito della quale, con specifico riferimento all'ipotesi di reato presupposto commesso dall'apicale, assumeranno fondamentale significato, in ottica assolutoria, le modalità di realizzazione dello stesso.

La sintesi appena compiuta mette in evidenza che nell'ipotesi di responsabilità *ex art. 25 septies*, stante la natura colposa delle fattispecie presupposto, vi è il concreto rischio di

identificazione della colpa di organizzazione dell'ente, nella colpa da reato della persona fisica, o quantomeno il rischio di *sovrapposizione* dei due piani di giudizio³⁵³.

Difatti, il momento cautelare che si rinviene alla base di entrambi i predetti giudizi di rimprovero normativo, come tali fondati sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo il bene vita e integrità fisica, impone uno sforzo interpretativo volto a tracciare una *chiara distinzione* tra la colpa dell'ente e quella dell'autore del reato presupposto, restituendo una propria e doverosa autonomia a ciascuno dei predetti giudizi, coerentemente al carattere autonomo della responsabilità dell'ente, rispetto alla responsabilità della persona fisica³⁵⁴.

Sotto altro profilo, ma in stretta connessione del resto, con l'esigenza appena esposta, si evidenziano le difficoltà di coordinamento tra il dettato di cui al d.lgs. 231/01 e le indicazioni desumibili dalla normativa primaria di cui al d.lgs. 81/08, in virtù del ricorso a modelli organizzativi, gestionali e di controllo con riguardo alla prevenzione dei reati, in un contesto *fortemente proceduralizzato*, quale quello sulla sicurezza sul lavoro³⁵⁵.

³⁵³ Evidenzia il rischio di identificazione dei due piani di giudizio, ZANALDA, cit., p. 100, secondo il quale "l'interesse e il vantaggio rischia di essere individuato nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta causalmente connessa all'infortunio, con conseguente sussistenza automatica dei presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente". Dello stesso avviso VITALI, *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25 septies d.lgs. 231/01*, in *Rivista 231*, 2/2009, p. 26 che avverte la necessità di evitare in materia *de qua* letture della responsabilità dell'ente "in sede 231, in caso di infortuni sul lavoro, come una sorta di duplicazione della responsabilità penale a carico della persona fisica che ha commesso il fatto di reato; così come quest'ultima non risponde, in base ai principi della responsabilità per colpa, se l'evento non era prevedibile e prevenibile mediante l'utilizzo combinato delle norme cautelari dettate per il caso concreto, allo stesso modo non dovrebbe rispondere l'ente quando il reato venga commesso malgrado il Modello Organizzativo rispecchi puntualmente i contenuti normativi previsti dall'art. 30, d.lgs. 81/2008".

³⁵⁴ Si veda quanto argomentato sub § 2.1., ove si evidenziava la difficoltà di mantenere distinti i due piani di giudizio (l'uno rivolto alla persona fisica, l'altro all'ente), in un contesto in cui l'ente, per andare esente da responsabilità, dovrebbe adottare un modello comportamentale idoneo a prevenire la realizzazione dei reati presupposto (e quindi, degli eventi omicidio e lesioni gravi o gravissime connesse alle violazioni prevenzionistiche) la cui commissione è conseguenza della condotta tenuta dalla persona fisica, in violazione delle regole di prevedibilità ed evitabilità, per lo più codificate dalla normativa primaria, di cui al d.lgs. 81/08. Del resto, osservano VITALI-BUDRIESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 4/2007, p. 136 che "l'inosservanza ai precetti posti dalla legislazione antinfortunistica (si pensi alla moltitudine di adempimenti previsti dal d.lgs. 626/1994) non potrà che essere considerata (dagli organi inquirenti) colpa di organizzazione in ambito d.lgs. 231/01" e che "i due piani, dunque, finiranno per influenzarsi inevitabilmente".

³⁵⁵ Tra gli altri, mette in evidenza tali difficoltà di coordinamento con la legislazione antinfortunistica, BISACCI, *Sub Art. 25 septies*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, p. 294. Del resto, avvertono ROSSI – GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/01, art. 30 d.lgs. 81/08 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *Rivista 231*, p. 13, "qualora l'ente debba sviluppare un protocollo predittivo degli infortuni sul lavoro inerente alla tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di

Se è corretto quanto sopra si argomentava, con riguardo al fondamentale ruolo, in ottica di colpevolezza, che assume la valutazione dell'attività di autonormazione preventiva assoluta dall'ente, ci si deve interrogare in che cosa questa consista, laddove, come nel d.lgs. 81/08, ogni procedura e controllo è già cristallizzata in regole cautelari dirette, a loro volta, al contenimento del rischio di verifica dell'evento lesivo³⁵⁶.

In altri termini, in considerazione del fatto che la legislazione antinfortunistica di per sé reca una serie davvero notevole di obblighi comportamentali da seguire nell'espletamento dell'attività lavorativa, ci si può legittimamente interrogare in merito a che cosa i Modelli di cui agli artt. 6 e 7 sono deputati a contenere, rispetto alle prescrizioni dettate dalla normativa primaria, financo potendosi dubitare della stessa utilità pratica di detti piani di prevenzione in materia *de qua*, ove non correttamente compresa l'essenza degli stessi.

Alla luce delle superiori considerazioni, emerge, quindi, prepotentemente la necessità di definire nel settore in argomento, il *proprium* dell'attività di autonormazione preventiva che deve essere assoluta dall'ente, come cristallizzata nei Modelli di organizzazione e gestione, onde delimitare l'autonomia degli stessi, rispetto al reticolato di norme cautelari già poste in essere dalla legislazione antinfortunistica³⁵⁷: operazione funzionale a soddisfare l'esigenza di definire *un preciso, quanto doveroso distinguo* tra la dimensione del rimprovero rivolto all'ente, rispetto a quello proprio della persona fisica.

lavoro, lo dovrà elaborare tenendo presente gli specifici contenuti tecnici elencati (dal T.U. 81/08), da intendersi come regole cautelari di settore, essenziali per l'applicazione successiva della scriminante da responsabilità".

³⁵⁶ Del resto, significativamente si osservi come già prima che la responsabilità degli enti fosse estesa alla materia della sicurezza sul lavoro, veniva in dottrina ravvisata un parallelismo tra il d.lgs. 231/01 e la disciplina allora contenuta nella l. 626/94, ossia tra i Modelli di cui agli artt. 6 e 7 e le procedure finalizzate a garantire la sicurezza sul lavoro. In tal senso, DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, p. 29 e in particolare, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, p. 434, il quale rileva come in materia di sicurezza sul lavoro le misure di *risk management* trovino riferimenti normativi, mentre per i reati inseriti per il sistema di responsabilità degli enti non si rinviene un simile sistema di regole cautelari codificate.

³⁵⁷ Evidenza tale esigenza, GUERRERIO, *La valutazione giudiziale dell'efficacia esimente dei modelli organizzativi: criteri e problematicità legate ai reati a struttura colposa*, in Rivista 231, 2/2012, p. 106. L'Autore, in particolare, sottolinea la maggiore difficoltà sussistente nell'apprestare strumenti preventivi in relazione a comportamenti colposi, quali quelli individuati dall'art. 25 *septies*, rispetto alle procedure atte a scongiurare il prodursi di comportamenti dolosi: "mentre con riferimento ai reati presupposto dolosi la difesa che l'ente dovrà apprestare avrà riferimento alla condotta tipica del reato medesimo, la struttura della fattispecie colposa è maggiormente articolata, derivando non solo dalla condotta descritta dalla norma penale, ma soprattutto dall'interazione di questa con le singole regole cautelari, e ciò proprio in considerazione del fatto che mentre nelle fattispecie dolose l'evento tipizzato è voluto, in quelle colpose no".

7.3.1. ASPETTI DI INCOMPATIBILITÀ DELL' ART 25 *SEPTIES* CON LA DISCIPLINA GENERALE

Prima di andare alla ricerca di una soluzione alle difficoltà di coordinamento appena indicate, occorre risolvere le antinomie insite nella disciplina generale del d.lgs. 231/01 che interessano il profilo soggettivo del modulo ascrittivo della responsabilità dell'ente, di cui all'art. 25 *septies*, tanto nell'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetto apicale, quanto nella diversa fattispecie di reato presupposto commesso da soggetto subordinato all'altrui direzione e vigilanza.

Con riferimento al primo ambito, la natura colposa delle fattispecie presupposto della responsabilità dell'ente, come individuate dall'art. 25 *septies*, si rivela all'evidenza di ostacolo alla configurabilità del requisito prescritto dalla lett. c), art. 6, consistente, come si è detto, nella commissione del reato da parte del soggetto apicale "eludendo fraudolentemente" i Modelli di organizzazione e gestione. La condizione a cui la citata disposizione subordina l'esenzione da responsabilità dell'ente, con relativo onere probatorio a suo carico, se è perfettamente compatibile con i reati presupposto dolosi, pare invece *strutturalmente irriducibile* ad una dimensione della colpevolezza della persona fisica caratterizzata dall'assenza della volontà dell'evento, come è nei reati colposi³⁵⁸.

L'opzione che a questo punto si pone, dunque, è di ritenere impossibile la prova liberatoria in relazione ai reati colposi, quando il reato è commesso dai soggetti apicali, ovvero ritenere che tale condizione, nel settore considerato, non sia richiesta, sicché la prova liberatoria dell'ente dovrà avere ad oggetto la positiva sussistenza delle sole altre condizioni individuate dalle lett. a), b) e d) dell'art. 6.

Allo stato della legislazione vigente, tale ultima conclusione è senz'altro da preferire, posto che la *ratio legis* appare essere quella di consentire comunque all'ente una prova liberatoria, nonché di assicurare una lettura costituzionalmente orientata della norma, perché in caso

³⁵⁸ Una condotta posta in essere con modalità fraudolente presuppone inevitabilmente la volontà dell'evento, per il conseguimento del quale si è posta in essere un'attività ingannevole e elusiva delle prescrizioni recate dal Modello di organizzazione e gestione adottato. Significativamente, la Commissione Greco argomenta la necessità di eliminare il requisito dell'elusione fraudolenta con riguardo ai reati presupposto colposi, in quanto "una condotta caratterizzata da una componente soggettiva tanto marcata [...] qualora determini un esito causale lesivo (morte o lesioni) potrebbe non infondatamente suggerire la configurazione del delitto di omicidio volontario o di lesioni volontarie (magari a titolo di dolo eventuale): il che avrebbe in sostanza determinato una sorta di impossibilità fattuale a dimostrare da parte dell'ente la propria non colpevolezza". In dottrina, *ex multiis*, evidenziano l'incompatibilità del dato normativo nell'ipotesi di cui all'art. 25 *septies*, MASIA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Rivista 231*, p. 112, che limita l'operatività della norma in esame all'ipotesi di reato presupposto doloso; nello stesso senso, ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 22.

contrario (laddove, cioè, si ritenga preclusa all'ente la dimostrazione della estraneità dello stesso rispetto all'illecito della persona fisica) si sarebbe in presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva, ontologicamente inconciliabile con il disegno del d.lgs. 231/01³⁵⁹.

Sul versante giurisprudenziale, pur nell'assenza di dirette applicazioni del disposto in esame, si contraddistingue quella giurisprudenza di merito che, in una sorta di *obiter dictum*, interrogandosi sulla compatibilità del sistema delineato dal d.lgs. 231/01 con i reati presupposto colposi, si pone il problema di valutare se tale esimente debba essere considerata inapplicabile o se, al contrario - nella prospettiva di un'interpretazione conservativa - la si possa riempire di contenuto, ritenendo sufficiente l'*elusione volontaria* dei protocolli di controllo previsti dal modello³⁶⁰. In merito alla questione in esame, vi è da evidenziare, infine, come, in prospettiva di riforma, sia stato proposto di sostituire il requisito della fraudolenta elusione dei Modelli, con il richiedere all'ente la dimostrazione che le condotte sono state realizzate in violazione delle specifiche regole dettate dai Modelli per la prevenzione di reati della specie di quello verificatosi³⁶¹; criterio che comunque – come sarà di seguito più compiutamente esposto – non pare idoneo a soddisfare le esigenze di politica del diritto in ragione delle quali, nel disegno generale del d.lgs. 231/01, è stato previsto un

³⁵⁹ Condivisibilmente in questi termini si esprime IELO, *cit.*, p. 66; nello stesso senso, BONATI, Sub Art. 25 *septies*, *cit.*, p. 425, che evidenzia l'efficacia disincentivante rispetto all'adozione e attuazione dei modelli di organizzazione e gestione in materia di prevenzione antinfortunistica che avrebbe una diversa interpretazione da quella abrogante sostenuta, se si considera la frequenza con la quale i reati presupposto vengono commessi dai soggetti apicali, in quanto "attesa l'impossibilità di dare la prova della condizione in esame alla realizzazione dei reati presupposto posti in essere dai soggetti di vertice, conseguirebbe automaticamente la responsabilità dell'ente".

³⁶⁰ G.U.P. TRIB. CAGLIARI, 4.7.11, GIUD. ALTIERI, secondo cui: "Per quanto riguarda l'art. 6, il termine "fraudolentemente" implica una volontà di inganno che non si vede come possa essere compatibile con una responsabilità colposa. Si pone dunque l'alternativa tra il ritenere inapplicabile l'esimente (che è l'unica prevista nel caso di reati commessi da persone in posizione apicale) o riempirla di contenuti diversi, ad esempio prevedendo che il modello di organizzazione e gestione debba essere eluso "volontariamente" dal reo. Questo tipo di operazione ermeneutica, tra l'altro, è stato fatto dalla S., la quale nel modello organizzativo ha previsto che lo scopo del modello fosse di impedire che le disposizioni fossero violate "fraudolentemente", e che in relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. fossero "comunque" disattese dagli agenti".

³⁶¹ La Commissione Greco afferma che "con riguardo all'art. 6 d.lgs. 231/01 [...] è stato introdotto un nuovo comma 2 che [...] ha da un lato eliminato quella consistente nell'elusione fraudolenta dei Modelli di Organizzazione e Gestione da parte del soggetto apicale autore del reato e, dall'altro, ha introdotto la previsione che l'ente – per andare esente da responsabilità – deve provare che le condotte sono state realizzate in violazione delle specifiche regole dettate dai Modelli di Organizzazione e Gestione per la prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi".

ulteriore incombente probatorio in capo all'ente, nell'ipotesi di reato commesso da soggetto apicale³⁶².

Con riguardo, invece, alle ipotesi di reato presupposto commesso da soggetti in posizione subordinata alla vigilanza e direzione degli apicali, se ne evidenzia, anche in questo caso, l'incompatibilità rispetto al modello di responsabilità descritto dall'art. 25 *septies*.

L'art. 7, c. 1, ricollega la responsabilità dell'ente all'ipotesi in cui la commissione del reato presupposto da parte del subordinato sia stata resa possibile dalla inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza facenti capo agli apicali. In questo caso, all'ente è data comunque la possibilità di reclamare la sua estraneità rispetto al commesso reato presupposto, attraverso la dimostrazione dell'adozione ed efficace attuazione *ante delictum* dei Modelli di organizzazione e gestione adeguati in ottica preventiva, ai sensi del c. 2 della disposizione citata.

La norma in commento di per sé, cioè a prescindere dalla specifica fattispecie oggetto di studio, pare avere una *scarsa* rilevanza applicativa.

Se già, infatti, l'estesa latitudine che contraddistingue la definizione di soggetto in posizione apicale, come contenuta nell'art. 5, lett. a), porta a concludere per una prospettabile rilevanza statistica dei reati commessi da sottoposto, come modesta³⁶³, si ritiene che, ad ogni modo, per ravvisare l'operatività dell'art. 7, è necessario che nei confronti degli apicali non possa levarsi alcun addebito di responsabilità in relazione al reato presupposto. Diversamente, laddove cioè la condotta dell'apicale abbia concorso con quella del sottoposto nella produzione del reato

³⁶² Invero, la proposta di modifica avanzata dalla Commissione Greco si risolve nella codificazione di un criterio già insito nella logica sottesa all'affermazione di responsabilità ai sensi dell'art. 6. Dovendo, per le ragioni prima esposte, sussistere una specifica connessione, in termini di causalità, tra il reato presupposto e le lacune organizzative dell'ente, ai fini della valutazione di idoneità dei Modelli, la commissione dell'illecito di base deve essere già di per sé posta in violazione delle regole di autonormazione preventiva codificata dall'ente; diversamente si avrebbe una lacuna organizzativa imputabile all'ente. Sicché, il requisito della violazione dei Modelli non aggiunge nulla e in particolare non soddisfa le esigenze di politica del diritto rinvenibile nella previsione della lett. c) dell'art. 6. Pertanto, nell'ipotesi in questione, pur non potendosi parlare di fraudolenta elusione, per le ragioni anzidette, appare necessario rinvenire un criterio ulteriore e diverso dalla "mera violazione delle regole" che si ponga in termini di coerenza con le ragioni in base alle quali, nella disciplina generale del d.lgs. 231/01 si è imposto all'ente l'onere di dimostrare le modalità con cui è stato perpetrato l'illecito di base, ai fini della dimostrazione della sua estraneità alla commissione del reato presupposto. La questione verrà più compiutamente trattata nel § 8.

³⁶³ EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 22, muovendo dall'esperienza applicativa del d.lgs. 231/01, parlano di scarsissima casistica con riferimento all'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetti subordinati, spiegando tale dato "con il fatto che risulta ipotesi assai improbabile che nel reato presupposto non sia coinvolto un soggetto apicale, stante l'ampia nozione che di essi fornisce l'art. 5 *cit.*".

presupposto³⁶⁴, l'ente dovrà per forza di cose misurarsi con la disciplina più gravosa prevista dall'art. 6³⁶⁵, essendo la commissione del reato presupposto addebitabile *anche* all'apicale.

La questione da ultimo evidenziata, stante la natura colposa dei reati presupposto e la normativa di settore a cui l'art. 25 *septies* rimanda, assume notevole interesse nella disciplina *de qua*, la cui corretta analisi porta ad escludere la *possibilità pratica* di operare del modulo di responsabilità di cui all'art. 7.

Viene in rilievo, a tal riguardo, la fondamentale disposizione (più volte richiamata nel corso dell'elaborato) dell'art. 18, d.lgs. 81/08, che, nel definire gli obblighi che competono al datore di lavoro e al dirigente o a persona che di fatto esercita le relative funzioni (in quanto tali, a prescindere da una apposita delega degli obblighi antinfortunistici), addossa a tali figure una responsabilità in tema di gestione della prevenzione sui luoghi di lavoro estesa, onnicomprensiva e immanente alla stessa qualifica, attraverso il conferimento nei loro riguardi - per ciò che maggiormente interessa in questa sede - di obblighi e poteri di direzione e vigilanza sull'operato altrui. Significativa, in quest'ottica, è la norma di chiusura del disposto in commento che al c. 3 *bis* impone l'obbligo a tali figure di esercitare una costante vigilanza sull'adempimento degli obblighi spettanti a ciascuna delle altre figure popolanti la scena-lavoro³⁶⁶.

³⁶⁴ Ovviamente, le ipotesi rilevanti a tal fine dovranno essere, nella (quasi) totalità dei casi, inquadrabili nello schema concorsuale di cui agli artt. 110 e ss. o nelle ipotesi di cause tra loro indipendenti di cui all'art. 41 c.p., purché integrate da condotte sorrette dalla dimensione soggettivo del dolo. Difatti, essendo i reati presupposto per la (quasi) totalità dei casi previsti nella sola forma dolosa, non viene in rilievo l'ipotesi del concorso colposo nel delitto doloso dell'apicale, a ciò ostando la previsione del c. 2 dell'art. 42 c.p. Brevemente, la configurabilità di un "concorso" colposo nel delitto doloso è stata chiaramente enunciata da CASS. PEN., 12.11.08, N. 4107, purché appunto la compartecipazione riguardi un reato che sia previsto dalla legge come colposo, stante il limite insuperabile previsto dall'art. 42, c. 2, c.p.: *"Il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo"*.

³⁶⁵ In queste situazioni, l'ente, trovandosi in presenza di un reato il cui addebito di responsabilità si rivolge tanto all'apicale quanto al sottoposto, per andare esente da responsabilità, alla fine dovrà soddisfare gli oneri probatori di cui all'art. 6, di maggiore contenuto di quelli prescritti dall'art. 7, o meglio inglobanti quest'ultimi.

³⁶⁶ A titolo esemplificativo, evidenzia l'estensione dell'obbligo di vigilanza, nella giurisprudenza più recente, CASS. PEN., SEZ. FER., 26.8.10, N. 32357 secondo cui: *"Va ricordato in proposito il principio, assolutamente pacifico, secondo cui, in tema di infortuni sul lavoro, l'addebito di responsabilità formulabile a carico del datore di lavoro non è in effetti escluso dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, che abbiano contribuito alla verifica dell'infortunio, giacché al datore di lavoro, che è "garante" anche della correttezza dell'agire del lavoratore, è imposto (anche) di esigere da quest'ultimo il rispetto delle regole di cautela (cfr. D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 8, art. 18, comma 1, lett. f). In altri termini, il datore di lavoro, quale*

In particolare, si tratta del dovere di vigilare sull'adempimento degli obblighi facenti capo al preposto (art. 19), al lavoratore (art. 20), ai progettisti (art. 22), ai fabbricanti e fornitori (art. 23), agli installatori (art. 24) e al medico competente (art. 25), la cui mancata osservanza, nel caso di produzione dell'evento lesivo, fa sorgere in capo al datore di lavoro e al dirigente un'ipotesi di responsabilità omissiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, cpv., c.p.³⁶⁷. In forza del comma 3 bis dell'art. 18 in argomento, dunque, il d.lgs. 81/08 produce l'effetto di estendere, in termini ormai inequivoci, una posizione di garanzia del datore di lavoro e del dirigente sulle situazioni ricollegabili all'operato delle categorie prime citate³⁶⁸, non potendo essi addurre a propria scusante la mancata conoscenza del *modus operandi* adottato nello svolgimento del lavoro dal preposto, dal lavoratore, dai progettisti, dai fabbricanti e fornitori, dagli installatori e dal medico competente, alla cui condotta sia eziologicamente riferibile l'evento dannoso realizzato³⁶⁹. Dovere di così ampia portata che il datore di lavoro e il dirigente non risponderanno dell'inadempimento altrui (e quindi degli eventi che ne conseguiranno), solo qualora non sia riscontrabile un difetto di vigilanza e la violazione sia

diretto responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa prevenzionale e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi ad essa anche instaurando prassi di lavoro magari di comodo, ma non corrette e foriere di pericoli (cfr., di recente, Sezione 4[^], 28 febbraio 2008, Leonardi; nonchè, Sezione 4[^], 8 ottobre 2008, Proc. gen. App. Venezia in proc. Dal Tio). Per l'effetto, in sostanza, la colpa del datore di lavoro non è esclusa da quella del lavoratore e l'evento dannoso è imputato al datore di lavoro, in forza della posizione di garanzia di cui ex lege è onerato, sulla base del principio dell'equivalenza delle cause vigente nel sistema penale (art. 41 c.p., comma 1)".

³⁶⁷ In questi termini, CASS. PEN., SEZ. IV, 20.4.11, N. 28779: *"In forza dell'art. 18, comma 3 bis, D.Lgs. n. 81/2008 l'obbligo di vigilanza e di controllo spettante al datore di lavoro, ma anche al dirigente nei limiti delle relative competenze funzionali, deve svilupparsi sull'attività degli altri soggetti che, a vario titolo, sono titolari pro quota dell'obbligazione di garanzia (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori, medico competente), e l'inosservanza a tale obbligo con riferimento al rispetto della normativa prevenzionale può portare alla responsabilità del soggetto obbligato in ossequio al principio generale fissato dell'art. 40, comma 2, c.p."*.

³⁶⁸ GUARINIELLO, *op. cit.*, 225.

³⁶⁹ Ben evidenzia l'estensione dell'obbligo di vigilanza incombente sul datore di lavoro e sul dirigente, CASS. PEN., SEZ. IV, 21.6.06, N. 21450, ove, con riferimento ad un amministratore delegato di una s.r.l. e direttore di stabilimento, si legge che *"E ciò posto, ritenuto cioè che il ricorrente rivestisse, in effetti, quella posizione di garanzia, per l'espletamento in fatto di quelle funzioni che ne facevano "il terminale delle decisioni organizzative nell'ambito della unità produttiva", correttamente la sentenza impugnata rileva che egli aveva "l'obbligo di accertarsi della rigorosa osservanza delle disposizioni antinfortunistiche..."; e non giova al riguardo il rilievo gravatorio secondo cui egli poteva non essere a conoscenza di quel modus operandi, giacché negli obblighi di sorveglianza al riguardo rientra, evidentemente, anche quello di doverosamente accertarsi di quale sia il modus operandi nello svolgimento dell'attività lavorativa in relazione alla osservanza delle misure antinfortunistiche prescritte dalla legge; questa richiede, in proposito, che il titolare della posizione di garanzia si attivi di propria iniziativa, ed a prescindere da rappresentate o meno sollecitazioni altrui, per verificare la osservanza o meno dei quelle misure da parte dei lavoratori dipendenti"*.

addebitabile esclusivamente all'autore della stessa. Circostanza, quest'ultima, di modestissima rilevanza pratica, se sol si pone mente alla improbabile eventualità³⁷⁰ che la condotta colposa del lavoratore sia idonea ad interrompere il nesso di causalità, rispetto alla posizione di garanzia spettante all'apicale.

Ma ad ogni modo, al di là di ogni disquisizione circa gli angusti confini entro cui è relegata in queste ipotesi la prova dell'esonero della responsabilità del datore di lavoro e del dirigente, ciò che deve essere evidenziato in questa sede, è che laddove non sia riscontrabile un difetto di vigilanza e direzione di tali soggetti sui loro sottoposti, per effetto del c. 1, art. 7, non viene neppure in rilievo la responsabilità dell'ente. Diversamente, qualora il reato presupposto sia causalmente ricollegabile al difetto di vigilanza e direzione degli apicali, rivestendo detti apicali una posizione di garanzia sull'operato delle altre categorie popolanti la scena-lavoro, per le ragioni su esposte, l'ente dovrà fornire la più gravosa prova liberatoria prevista dall'art. 6³⁷¹, coinvolgendo, la situazione datasi, seppur a titolo di cooperazione colposa, *anche* la responsabilità dell'apicale.

³⁷⁰ La giurisprudenza è solita escludere la responsabilità del datore di lavoro, per effetto di una condotta colposa del lavoratore, come tale idonea ad interrompere il nesso causale *ex art. 41, c. 2, c.p.* solo *"in presenza di un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile del lavoratore: in tal caso, anche la condotta colposa del datore di lavoro che possa essere ritenuta antecedente remoto dell'evento dannoso, essendo intervenuto un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile (e come tale inevitabile) del lavoratore, finisce con l'essere neutralizzata e privata di qualsivoglia rilevanza efficiente rispetto alla verifica di un evento dannoso l'infortunio, che, per l'effetto, è addebitarle materialmente e giuridicamente al lavoratore (tra le tante, Sezione 4[^], Cass., 13 marzo 2008, Reduzzi ed altro; nonché, Sezione 4[^], 29 febbraio 2008, Radrizzani). Ciò può verificarsi in presenza solo di comportamenti "abnormi" del lavoratore, come tali non suscettibili di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. In questa prospettiva, si esclude tradizionalmente che presenti le caratteristiche dell'abnormalità il comportamento, pur imprudente, del lavoratore che non esorbiti completamente dalle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli e mentre vengono utilizzati gli strumenti di lavoro ai quali è addetto, essendo l'osservanza delle misure di prevenzione finalizzata anche a prevenire errori e violazioni da parte del lavoratore (cfr. Sezione 4[^], 5 giugno 2008, Stefanacci ed altri)"; così argomenta, CASS. PEN., SEZ. FER., 26.8.10, N. 32357.*

³⁷¹ Significativo, a tal riguardo è quanto argomentato da ALDROVANDI, *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, in *ISL*, 8/2008, 488, che efficacemente mette in evidenza come la codificazione delle posizioni di garanzia ad opera del d.lgs. 81/08, produce l'effetto in materia *de qua* di onerare l'ente della gravosa prova liberatoria di cui all'art. 6, anche quando il reato presupposto è stato commesso materialmente dai soggetti sottoposti: "Rimane peraltro dubbia la possibilità di riconoscere una sfera di autonomia al criterio d'imputazione fondato sui reati commessi dai sottoposti, giacché venendo in considerazione fattispecie colpose, la violazione degli obblighi di vigilanza cui fa riferimento l'art. 7, nella generalità dei casi, sarà sufficiente a fondare la responsabilità penale dei soggetti collocati in posizione apicale, con conseguente innesco del più rigido regime di iscrizione di cui all'art. 6".

7.3.2. I MODELLI DI PREVENZIONE NEL SETTORE ANTINFORTUNISTICO

Passate in rassegna le antinomie della disciplina generale in materia *de qua*, occorre ora analizzare le (ben più problematiche) interrelazioni che il modello di responsabilità delineato dall'art. 25 *septies* evidenzia con riguardo alla normativa antinfortunistica prescritta dal d.lgs. 81/08. L'applicazione del d.lgs. 231/01 alla materia della tutela della salute e sicurezza sul lavoro impone, infatti, un'opera di coordinamento tra la disciplina della responsabilità degli enti e la normativa compendiata nel d.lgs. 81/08; operazione che, come anticipato, si rivela funzionale³⁷² per comprendere l'esatta portata del rimprovero che viene rivolto all'ente per l'inadeguata stesura e adozione di un piano di prevenzione dei reati di cui agli artt. 589 e 590, c. 3, c.p., in una materia volta a perseguire, già di per sé, finalità preventive.

Appare utile iniziare dall'osservazione dell'art. 2, d.lgs. 81/08 che alla lett. dd) definisce il Modello di organizzazione e di gestione, quale strumento “*per la definizione di una politica aziendale per la salute e sicurezza*”, effettuando uno specifico rimando alla disciplina secondaria, in specie all'art. 6, c. 1 lett. a). Data l'espressa definizione nella materia infortunistica dei Modelli rilevanti in quest'ambito, sembrerebbe che il legislatore richieda uno specifico piano di prevenzione dei reati presupposto individuati dall'art. 25 *septies*, *a latere* del Modello tipico³⁷³. Emerge, quindi, l'esigenza di definire i rapporti sussistenti tra la fattispecie prevista dalla disciplina generale in tema di responsabilità degli enti e la specifica ipotesi contemplata dalla normativa antinfortunistica.

L'esigenza di tale coordinamento è del resto confermata dalla previsione contemplata dall'art. 30, d.lgs. 81/08 che indica il contenuto del Modello idoneo a prevenire i reati in materia *de qua*, prescrivendo che il Modello “*dev'essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici*” (art. 30, c. 1). Nel proseguo, la norma indica la *lista* di adempimenti che riflette in buona sostanza tutte le misure antinfortunistiche e preventive riguardo le malattie professionali ad oggi previste da norme di

³⁷² Avverte IELO, *cit.*, p. 67 che è sulla colpa di organizzazione e in specie sulla ricostruzione del contenuto minimo del Modello ex artt. 6 e 7 che “si pone il delicato problema di coniugare la specificità delle regole della responsabilità degli enti con l'articolata disciplina prevista nel settore antinfortunistico e in materia di igiene e salute sul lavoro, plessi normativi, l'uno e l'altro, aventi identiche finalità preventive”.

³⁷³ Efficacemente osserva CARDIA, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, p. 126 che dall'espressa definizione dei Modelli di organizzazione e gestione ad opera del d.lgs. 81/08 “sembrerebbe quasi che, a fianco del Modello tipico (che abbraccia, *rectius* previene, tutte le altre fattispecie di reato-presupposto), il legislatore ne chieda un altro *a latere* che sia idoneo a prevenire i reati contravvenzionali in materia di sicurezza e salute sul lavoro e di conseguenza i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro”.

legge. Dall'indicazione normativa, se ne desume quindi che, nelle aree caratterizzate da una formazione di settore avente finalità cautelare, il rapporto tra questa e i Modelli debba essere di *inclusione*, sì che la colpa di organizzazione dell'ente, in tali casi, ha essenzialmente natura di *colpa specifica*, per violazioni di leggi, regolamenti, ordini o discipline, dettate dalla normativa primaria³⁷⁴.

La tecnica normativa che concreta tale procedimento di inclusione si avvale dell'enunciazione di criteri di identificazione *strutturali* del contenuto dei Modelli³⁷⁵ che richiamano il rispetto degli obblighi giuridici relativi:

- al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge³⁷⁶ relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti³⁷⁷;

³⁷⁴ Il concetto è espresso da IELO, *cit.*, p. 68. Propendono per la stessa analisi, ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 16 che mettono in rapporto il tipo di colpevolezza che sottende al Modello generale, quale previsto dalla disciplina del d.lgs. 231/01 con quello desumibile dall'enunciato degli artt. 2 e 30 d.lgs. 81/08, affermando che "il Modello (generale) di Organizzazione, Gestione e Controllo si connette alla cosiddetta "colpa generica", per imprudenza, negligenza od imperizia della persona giuridica, mentre la parte del modello elaborata in linea con i requisiti minimi di cui all'art. 30 d.lgs. 81 viene a costituire e ad incentrare quelle regole proprie di una colpa specifica dell'ente".

³⁷⁵ Si tratta di indicazioni che in realtà nulla di nuovo aggiungono rispetto alla previsione di cui all'art. 6, c. 1, lett. a), ponendosi piuttosto con questa in rapporto di specificazione, andando ad enunciare le tipiche misure attraverso cui assicurare che il modello espliciti efficacia preventiva rispetto alla commissione di reati in materia di sicurezza e salute sul lavoro. Così, ALDROVANDI, *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2008, p. 490 che argomenta come, anche in assenza di un'espressa indicazione normativa, sia agevolmente intuibile che il Modello debba garantire l'adempimento di tutti gli obblighi cristallizzati nel d.lgs. 81/08, la cui violazione si traduce in un addebito per colpa normativa, nel caso in cui a ciò consegua gli eventi lesioni o morte.

³⁷⁶ A tal riguardo, tra gli altri, assume preminente rilievo il principio sancito dall'art. 15, TU 81/08, in specie lett. c), e), i), della massima sicurezza tecnologicamente possibile che la giurisprudenza ha storicamente ritenuto costituire un pilastro della normativa antinfortunistica, come tale non comprimibile in forza di esigenze di fattibilità economica e produttiva. Esemplificativa, CASS. PEN., SEZ. IV, 29.3.07, N. 12799, secondo cui "nell'elenco dei principi generali di prevenzione contenuti nel D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 3 [ora art. 15, TU 81/08] non vi è il minimo accenno alla ragionevole praticabilità delle misure da adottare e cioè alla legittimità di una loro subordinazione ad esigenze di fattibilità economica e produttiva [...] il D.Lgs. n. 626 del 1994, artt. 3 e 4 in una lettura coordinata impongono ai responsabili aziendali un costante sforzo di riadeguamento di tutte le misure di tutela del lavoro ai più avanzati livelli di sicurezza raggiungibili nei vari comparti produttivi in dipendenza dello sviluppo delle tecniche e dei modelli di organizzazione e controllo elaborati in campo nazionale ed internazionale. In conclusione sul punto deve ribadirsi che le discipline pertinenti alla prevenzione di malattie professionali rispondono all'idea che il rischio del loro insorgere debba essere, se possibile, eliminato in radice, e, solo in caso di impossibilità, deve essere ridotto al minimo, agendo sia sulle condizioni di lavoro sia sull'organizzazione dello stesso".

³⁷⁷ L'attività di valutazione dei rischi rappresenta una delle due eccezioni al generale principio di delegabilità delle funzioni del datore di lavoro. Tale attività costituisce essenziale momento prodromico alla predisposizione

- alle attività di natura organizzativa³⁷⁸, quali emergenze³⁷⁹, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

- alle attività di sorveglianza sanitaria³⁸⁰;

di una realtà aziendale dotata di efficacia preventiva rispetto alla concretizzazione dei rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività produttiva. Ne consegue che l'omessa o non idonea valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro costituisce uno specifico profilo di colpa con riguardo agli eventi di danno che in tale errata valutazione trovino un antecedente causale: CASS. PEN., SEZ. IV, 26.6.2007, N. 24850, secondo cui *"A ciò aggiungasi che tale obbligo di predisposizione delle misure di sicurezza rinviene un fondamentale presupposto nell'obbligo di operare la valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza connessi alla particolarità del lavoro, di modo che le misure da attuare sono specificamente rivolte all'eliminazione o quantomeno alla riduzione dei rischi individuati. E dunque già nell'omessa o errata valutazione dei rischi, che si traduce necessariamente in una inadeguata predisposizione dei presidi antinfortunistici, si colloca un profilo di colpa dei soggetti obbligati, rispetto alla produzione di quegli eventi di danno che in tali antecedenti trovino causa"*.

³⁷⁸ Rientra tra tali misure organizzative, rivestendo anzi fondamentale importanza in ottica preventiva, l'obbligo incombente sul datore di lavoro di assicurare la predisposizione di un efficace e funzionante Servizio di Prevenzione e Protezione, la cui violazione costituisce profilo di colpa specifica, in relazione agli eventi dannosi che ne derivino; CASS. PEN., 1.2.06, 3961 che in argomento afferma: *"Pertanto, il soggetto destinatario delle norme contestate all'imputato è il "datore di lavoro titolare delle obbligazioni prevenzionali più importanti in materia d'igiene dei locali" e di sicurezza del lavoro, cui sono rivolte le prescrizioni per proteggere i locali da temperature eccessivamente basse o elevate e per assicurare soddisfacenti condizioni d'igiene e di sicurezza. Sussiste, quindi, responsabilità penale, quanto meno, per colpa se il datore di lavoro non adotti le misure atte a prevenire l'inquinamento dell'ambiente di lavoro e pericoli o danni al personale addetto e se non assolva l'onere di provare che il servizio di prevenzione sia funzionante e che ad esso sia preposto un dirigente responsabile"*.

³⁷⁹ Il riferimento è alla Sezione VI, TU 81/08, la cui rubrica recita *"Gestione delle emergenze"*. Tra queste, spicca in primo luogo, anche per la frequenza statistica con cui tale emergenza viene in rilievo, il pericolo d'incendio, in relazione al quale l'art. 43, c. 1, lett. d, prescrive che il datore di lavoro debba programmare gli interventi necessari in caso d'incendio, assicurando pronte vie di fuga ai dipendenti e ai terzi; si veda CASS. PEN., SEZ. III, 7.8.07, N. 32236: *"la violazione riscontrata non è consistita nella mancanza del piano d'emergenza o di un certificato di prevenzione incendi, ma la mancanza di un registro, o di un altro supporto, che documentasse se il rispetto delle disposizioni all'art. 12, d.lgs. n. 626/94, cioè l'aver programmato gli interventi necessari in caso di pericolo per i dipendenti e l'aver istruito gli stessi sul comportamento da tenere al presentarsi di un simile pericolo, in particolare (ma non esclusivamente) sull'ubicazione e l'utilizzo dei mezzi antincendio e delle vie di fuga"*.

³⁸⁰ Si veda la Sezione V, TU 81/08. Circa il contenuto della sorveglianza sanitaria dei lavoratori e le modalità con cui la stessa deve essere esplicata dal medico competente, la giurisprudenza ha più volte sottolineato la necessità che essa sia specificatamente calibrata sulla realtà lavorativa e che il medico a questa preposto possieda adeguate competenze in materia, ricadendo sul datore di lavoro le conseguenze di un'errata o mal ponderata scelta dello stesso; CASS. PEN., SEZ. III, 13.6.06, N. 20220, ove si legge: *"Circa la configurabilità del reato contestato, va puntualizzato che il D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 17, lett. i), prevede che il medico competente "fatti salvi i controlli di cui alla lettera b), effettui le visite mediche richieste dal lavoratore qualora tale richiesta sia correlata ai rischi professionali", sicché, nella specie, ricorrevano le condizioni per sottoporre a visita il dipendente che aveva documentato la persistenza di una patologia psichiatrica grave ricollegabile alle attività lavorative assegnategli. Tuttavia, la condotta dell'imputato non è stata idonea a soddisfare il precetto normativo perché egli ha eseguito le visite mediche senza essere in possesso di specializzazione in malattie psichiatriche e senza il supporto di esami clinici e biologici che erano necessari per rendere effettiva la*

- alle attività di informazione e formazione dei lavoratori³⁸¹;
- alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori³⁸²;
- alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge³⁸³;
- alle periodiche verifiche³⁸⁴ dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

protezione dal rischio e che rientravano nei controlli che egli poteva disporre nell'esercizio delle funzioni tipiche riconosciutegli dal decreto citato, art. 16, in tema di sorveglianza sanitaria”.

³⁸¹ La disposizione ricalca il distinguo che il TU 81/08 opera tra informazione e formazione (e addestramento), fornendo in relazione a ciascuno dei detti ambiti autonoma definizione. In particolare, per “informazione”, a norma della lett. bb) art. 2 si intende il “complesso delle attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi in ambiente di lavoro”, onde conferire effettività all'attività di valutazione dei rischi. Di tal che ne deriva che l'attività di informazione, in relazione al corretto utilizzo dei macchinari, “con le semplici istruzioni sull'uso della macchina e sulle cautele da adottarsi non può ritenersi adempiuto da parte del datore di lavoro l'obbligo di informazione che la legge gli impone a tutela della salute e dell'integrità fisica del lavoratore: informazione che ha evidentemente portata ben più ampia e specifica rispetto alle generiche e routinarie istruzioni sull'uso della macchina” CASS. PEN., SEZ. IV, 21.4.06, N. 14175 (in una fattispecie in cui un lavoratore aveva subito un infortunio a causa del non idoneo utilizzo di una macchina, senza che il medesimo fosse stato posto in condizioni di partecipare a corsi di informazione dal datore di lavoro). Con riferimento invece all'obbligo di formazione dei lavoratori sul posto di lavoro, l'art. 37, d.lgs. 81/08 sviluppa l'esigenza di effettività della formazione, affinché la cultura della sicurezza sia realmente vissuta come chiave di volta del sistema di prevenzione; si veda CASS. PEN., SEZ. IV, 6.3.09, N. 10312, ove si legge: “Gli obblighi che gravano sul datore di lavoro, non sono limitati ad un rispetto meramente formale come può essere quello derivante dalla predisposizione dei documenti di propria competenza, ma esige che vi sia una positiva azione del datore di lavoro volta ad assicurarsi che le regole in questione vengano assimilate dai lavoratori e rispettate nella ordinaria prassi di lavoro”.

³⁸² Come già osservato, destinatari di obblighi di vigilanza sull'operato dei lavoratori sono individuati dal TU 81/08 nel datore di lavoro e nel dirigente. Le norme che ricollegano a detti soggetti il compito di vigilare sulle attività che competono agli altri protagonisti popolanti la scena-lavoro, possono essere individuati negli artt. 18, c. 1, lett. f), g) e c. 3 bis. Quanto alla portata del predetto dovere di vigilanza, si veda sub. § 7.3.1.

³⁸³ Il riferimento normativo è all'art. 53 e 54, d.lgs. 81/08 che stabiliscono l'obbligo di tenuto dei registri sugli infortuni e la trasmissione della relativa documentazione alle amministrazioni competenti. Stante il rinvio compiuto dal c. 6 (“fino ai sei mesi successivi all'adozione del decreto interministeriale di cui all'articolo 8, comma 4, del presente decreto restano in vigore le disposizioni relative al registro infortuni ed ai registri degli esposti ad agenti cancerogeni e biologici”), rimane ancora vigente l'indicazione desumibile dall'art. 403, c. 1, d.p.r. 547/55, in base al quale “le aziende soggette al presente decreto devono tenere un registro, nel quale siano annotati cronologicamente tutti gli infortuni occorsi ai lavoratori dipendenti che comportino un'assenza dal lavoro superiore a tre giorni compreso quello dell'evento”.

³⁸⁴ Peculiare è l'ipotesi del datore che sia subentrato ad altri nella conduzione dell'azienda ed in relazione alla quale la Suprema Corte ritiene irrilevante detta circostanza, sul presupposto che incombe comunque sul datore di lavoro l'obbligo di programmare una costante e periodica verifica delle condizioni in cui si svolge l'attività lavorativa; CASS. PEN., SEZ. III, 21.4.04: “La giurisprudenza di legittimità (per tutte Cass. pen., Sez. 3^a, 17 novembre 1995 n. 11250) ha stabilito che, in tema di esposizione dei lavoratori a rumori dannosi, in relazione al combinato disposto dell'art. 40, comma 3 e comma 5, del D.Lgs. 15 agosto 1991, n. 277, discende l'obbligo di programmare nel tempo una costante e periodica rilevazione dei rumori, con scadenze temporalmente predeterminate. Conseguentemente, la mancata programmazione integra la violazione del comma terzo dell'art. 40 del D.Lgs. 15 agosto 1991, n. 277, citato, sanzionata ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. 15 agosto 1991, n. 277 lett. a): anche in relazione al titolare che sia subentrato ad altri nella conduzione dell'azienda quindi nella

Appare interessante notare come la tecnica normativa utilizzata (per concretizzare il detto rapporto di inclusione), realizzi espressamente nel settore in esame il *raccordo* tra le garanzie dovute dai soggetti titolari di obblighi di protezione e controllo, con la garanzia prestata dall'organizzazione entro cui i medesimi sono chiamati a porre in essere le doverose condotte prescritte dalla legge; aspetto che, più sopra, si è visto rappresentare il tratto caratterizzante la *ratio* ispiratrice del sistema delineato dal d.lgs. 231/01³⁸⁵.

La norma prosegue nell'enunciazione di criteri *funzionali* che, cioè, determinano parti del contenuto di detti Modelli, in relazione all'individuazione delle funzioni che questi devono perseguire.

In tale ottica, il secondo comma dell'art. 30 richiede che il Modello debba prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività sopra elencate, richiedendosi, quindi, la formalizzazione circa l'avvenuto adempimento degli obblighi di legge³⁸⁶.

Il terzo comma della disposizione in commento prescrive che il modello debba prevedere un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, specificatamente calibrata sulla natura e dimensione dell'organizzazione dell'ente e sul tipo di attività svolta. Contestualmente, lo stesso disposto normativo prescrive che il modello contempli un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello stesso³⁸⁷.

Infine, il quarto comma della disposizione in esame, quanto ai contenuti del Modello, prescrive che questo sia munito di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli

gestione di una precedente realtà aziendale. La ragione di fondo e' nella garanzia del diritto alla salute del lavoratore: che impone una costante vigilanza di copertura cautelativa nella realtà aziendale, normalmente soggetta ad un continuo ricambio d'interventi e d'innovazioni tecnologiche, che possono non essere state oggetto di previsione e di controllo al momento della iniziale rilevazione dei rumori in quella attività aziendale".

³⁸⁵ Si veda, a tal riguardo, quanto si argomentava sub § 4.2. In particolare PALIERO, PIERGALLINI, *cit.*, che nell'evidenziare il rilievo che in materia *de qua* assume l'aspetto organizzativo dell'ente, significativamente affermano: "Alla tradizionale prospettiva della garanzia dovuta dai soggetti che operano all'interno di organismi complessi (nei termini, conosciuti, delle posizioni di protezione e di controllo), si raccorda così necessariamente la garanzia dovuta dalla stessa organizzazione".

³⁸⁶ Requisito, questo, che pare costituire in materia *de qua* della prescrizione sancita dalla lett. b) dell'art. 6, d.lgs., 231/01, ove si prevede che il modello debba prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.

³⁸⁷ Si tratta in realtà della specificazione, in materia *de qua* dei requisiti già imposti in via generale dal d.lgs. 231/01, segnatamente alle lett. b) ed e) dell'art. 6.

infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività, in relazione al progresso scientifico e tecnologico³⁸⁸.

7.3.3. L'EFFICACIA DEL MODELLO LEGALE

Esposti i contenuti precettivi dettati dall'art. 30, d.lgs. 81/08, in relazione alla predisposizione dei Modelli di organizzazione e di gestione in materia *de qua*, rimane da interrogarsi sul rapporto intercorrente con il Modello "generale", delineato dagli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01.

Una disposizione così strutturata e ricca di prescrizioni, quale quella di cui all'art. 30 citato, per di più specificatamente dettata dalla normativa di settore³⁸⁹, si presta ad ambiguità in relazione alla sua effettiva potenzialità, potendosi ritenere che il legislatore abbia voluto fissare un contenuto legale necessario dei Modelli organizzativi, ai fini della loro efficacia esimente, introducendo, quindi, una disciplina di diritto speciale con riferimento all'area delineata dall'art. 25 *septies*. Ove si aderisca a tale ricostruzione, si dovrà, quindi, ritenere che in materia *de qua*, in sede giurisdizionale, la valutazione in merito all'idoneità di tali Modelli sia vincolata alla verifica della corrispondenza astratta tra i contenuti del piano di prevenzione adottato e i contenuti legalmente predeterminati.

L'altra alternativa che si pone, invece, è quella di considerare la norma in esame come una griglia di valutazione dell'idoneità dei Modelli che l'ente è onerato dall'adottare in quest'ambito, ai fini del riconoscimento dell'efficacia esimente degli stessi, nel senso di articolare con ricchezza di contenuti i principi generali fissati negli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01.

Anticipando la conclusione a cui si perverrà, si ritiene che il Modello di cui all'art. 30 viene a caratterizzare la *sola parte* del doveroso Modello *ex* d.lgs. 231/01, relativa ai reati presupposto di cui all'art. 25 *septies*. Nel senso che l'art. 30, d.lgs. 81/08, non si presenta

³⁸⁸ La disposizione fa un chiaro riferimento all'Organismo di Vigilanza e alle funzioni a questo demandate, che trovano disciplina nell'art. 6, lett. b), d.lgs. 231/01

³⁸⁹ Evidenzia la particolare scelta legislativa di introdurre le disposizioni recate dall'art. 30 nell'ambito del corpus normativo di cui al d.lgs. 81/08, BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 50. L'Autore rileva che mentre l'art. 300, d.lgs. 81/08 ha operato l'inserzione dell'art. 25 *septies* nel *numerus clausus* dei reati, "introiettandolo nel contesto organico del d.lgs. 231, così da esserne inglobato e sistematicamente regolato, l'art. 30 presenta una collocazione peculiare, giacché pur inserito nel corpus del TUS, se ne distingue in ragione della peculiarità della costruzione e del rilievo teleologico".

speciale rispetto ai contenuti generali di cui agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01, ma si presenta come *norma di specificazione* dei contenuti della parte di Modello legata all'art. 25 *septies*³⁹⁰.

Depone per tale conclusione, innanzitutto, l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega che paventerebbe una diversa ricostruzione dei rapporti tra le due fonti normative in argomento. Nella legge delega, al legislatore delegato non era stata demandata che la riformulazione del regime sanzionatorio; ambito, quest'ultimo, che si dovrebbe considerare ampiamente superato, qualora si assumesse la prevalenza della teoria che sostiene che in forza dell'art. 30 si sia introdotto un sistema derogatorio rispetto a quello generale delineato nell'art. 6, d.lgs. 231/01³⁹¹.

D'altronde, venendo ai profili contenutistici, la scansione normativa delle indicazioni specifiche appare del tutto in linea con la scansione normativa delle indicazioni generali di cui agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/01. Schematicamente, i contenuti in cui si articolano i primi quattro commi dell'art. 30, al pari delle previsioni contenute nel d.lgs. 231/01, prescrivono, nell'ordine: adozione ed efficace attuazione; adempimenti di obblighi giuridici relativi alla prevenzione dei reati presupposto; registrazione della concretizzazione di detti adempimenti; verifiche valutazioni, gestioni e controlli dei rischi; mantenimento di idoneità e conseguente obbligo di adeguamento e di innovazione; sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto endoaziendale delle misure indicate³⁹².

Pertanto, si ritiene che con la disposizione in argomento, il legislatore abbia inteso *solamente* offrire una griglia di specifici adempimenti che l'ente sarà tenuto a seguire, ove intenda sviluppare l'onere organizzativo, in vista dell'esenzione dalla responsabilità per la

³⁹⁰ In particolare, ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 12, che evidenziano la necessità che “tutto il modello risponda alle prescrizioni normative del d.lgs. 231, con diretta finalizzazione alla prevenzione di tutti i reati-presupposto rientranti nella mappatura del rischio di concreta verifica. Di tal che una piena corrispondenza della parte del modello alla specifiche di cui all'art. 30 d.lgs. 81 che si trovasse a convivere con altra parte di modello non rispondente alle specifiche di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231 potrebbe determinare la generale inefficacia del Modello di Organizzazione e di Gestione adottato e concretamente attuato dall'ente stesso”.

³⁹¹ In particolare, tra gli altri, evidenzia tale dato, IELO, *cit.*, p. 70 secondo cui “l'introduzione di una deroga ai criteri di valutazione dei Modelli Organizzativi previsti dal d.lgs. 231/01 e tale è certamente una valutazione legale predeterminata del loro contenuto, non ha alcun appiglio formale o sostanziale nella legge-delega si che, se in tal senso interpretato, l'art. 30 palesa evidenti problemi di incostituzionalità”.

³⁹² Evidenziano l'affinità contenutistica delle fonti normative in argomento, ROSSI-GERINO, *cit.*, pp. 12-13. Nello stesso senso BARTOLOMUCCI, *cit.*, p. 51 secondo il quale “il richiamo espresso all'apparato cautelare del TUS non presenta alcuna contraddizione, risultando regola metodologica in sede di identificazione e misurazione delle potenzialità di reato rilevare l'incidenza e la risultanza correttiva dei presidi già esistenti, anche se rivolte alla gestione di rischiosità contigue o diverse (*gap analysis*). Del pari, ai fini dell'elaborazione del Protocollo dedicato sono da valorizzare i sistemi di prevenzione e di auditing interni eventualmente già operativi”.

commissione del reato presupposto da parte dei soggetti qualificati. Conseguentemente, l'art. 30, sul versante del sindacato giurisdizionale, non esprime nessun vincolo di valutazione, ponendosi, piuttosto, quale parametro di riferimento alla stregua del quale verificare l'adeguatezza del piano di prevenzione adottato e attuato dall'ente.

Come prospettato dalla dottrina, quindi, l'art. 30 esprime una *raccomandazione* all'ente che debba sviluppare un protocollo predittivo “degli infortuni sul lavoro” inerente “alla tutela della sicurezza e alla salute sui luoghi di lavoro”, attraverso una puntualizzazione di ordine tecnico-contenutistico e una funzione indicativa delle regole cautelari di settore, essenziali per la successiva esenzione da responsabilità dell'ente stesso³⁹³.

Del resto, optare per una tale lettura riduttiva del testo in commento, pare essere una soluzione doverosa, in quanto necessaria per annullare pericolose deroghe all'ordinario paradigma del d.lgs. 231/01 e tale da ovviare, così, ad un'ingiustificabile disparità di trattamento degli enti collettivi, in ragione del tipo di reato presupposto commesso dai soggetti qualificati³⁹⁴.

Ma l'argomentazione che più di ogni altra si rivela fondamentale nell'ottica dell'esatta comprensione del valore contenutistico dell'art. 30, entro lo spazio interpretativo segnato dalle due diverse letture proponibili, è quella che tiene in doverosa considerazione il tipo di rimprovero normativo che il d.lgs. 231/01 rivolge all'ente per i casi ivi considerati.

Seppur, infatti, il forte contenuto cautelare che indubbiamente riveste l'art. 30 (ragionando in termini di colpa penale), potrebbe indurre l'interprete a ritenere che se l'ente vi si è adeguato, nessuna colpa potrebbe essergli attribuita, occorre considerare come nel paradigma offerto dal d.lgs. 231/01 ha un peso e valore dirimente, per affermare la responsabilità dell'ente, non solo che esso non abbia messo a punto mezzi e strumenti di controllo interni, potenzialmente idonei a prevenire la commissione di determinati reati, ma anche che all'atto pratico quei mezzi e quegli strumenti non hanno funzionato ovvero hanno funzionato male, per delle carenze direttamente ascrivibili all'organizzazione dell'ente³⁹⁵. Sicché, una valutazione di tal

³⁹³ Così interpretano il valore dell'art. 30 nell'ottica del d.lgs. 231/01, BARTOLOMUCCI, *cit.*, p. 51; IELO, *cit.*, p. 71; ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 13.

³⁹⁴ È evidente, infatti, che laddove si opti per una ricostruzione dell'efficacia dell'art. 30 in termini di contenuto legalmente predeterminato dei Modelli aventi efficacia esimente della responsabilità ex d.lgs. 231/01 si verificherebbe una disparità di trattamento rispetto alle diverse ed ulteriori ipotesi di reato presupposto, ove la valutazione di adeguatezza dei piani di prevenzione è rimessa all'organo giudicante.

³⁹⁵ VITALI, *cit.*, p. 26 che ben evidenzia il rischio a cui può condurre una lettura strettamente “penalistica” del contenuto prescrittivo recato dall'art. 30 in commento: “[...] dal momento che la norma dell'art. 30 d.lgs. 81/08 ha certamente un forte contenuto cautelare, da leggersi in chiave di colpa specifica; di tal che, se l'ente vi si è

tipo, vertendo in merito all'adeguatezza di aspetti *dinamici* dell'organizzazione dell'ente e non limitandosi, quindi, al momento meramente cartolare del disimpegno dell'onere organizzativo³⁹⁶, non può ontologicamente essere vincolata, o meglio, immobilizzata da nessun parametro normativo, quale quello di cui all'art. 30, d.lgs. 81/08.

7.3.4. MOC E SGSL: DIFFERENZE QUALITATIVE

La bontà della conclusione appena esposta pare essere inficiata dal proseguo della disposizione in esame, in particolare dal successivo comma 5 che indica degli *standard* elettivi, in relazione ai quali ne viene predicata una presunzione di conformità ai requisiti sanciti dai primi quattro commi dell'art. 30.

Detta presunzione è in particolare riferita, ai sensi del comma 5, “*in sede di prima applicazione*”, ai Modelli definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL³⁹⁷ per la predisposizione di un SGSL (sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro) o al British Standard OHSAS 18001:2007³⁹⁸, in relazione alle “*parti corrispondenti*” ai primi

adeguato, nessuna colpa potrebbe essergli attribuita; questo ragionamento ad avviso di chi scrive tende però a leggere la responsabilità dell'ente in sede 231 in casi di infortuni sul lavoro, come una sorta di duplicazione della responsabilità penale a carico della persona fisica che ha commesso il fatto di reato; così come quest'ultima non risponde, in base ai principi della responsabilità per colpa, se l'evento non era prevedibile né prevenibile mediante l'utilizzo combinato delle norme cautelari dettate per il caso concreto, allo stesso modo non dovrebbe rispondere l'ente quando il reato venga commesso malgrado il Modello Organizzativo rispecchi puntualmente i contenuti normativi previsti dall'art. 30 d.lgs. 81/2008”.

³⁹⁶ Sottolinea l'importanza della valutazione del momento attuativo delle procedure indicate nel Modello adottato dall'ente, onde pervenire all'affermazione o meno della responsabilità dello stesso, GUERRERIO, *cit.*, p. 106, secondo il quale “il riconoscimento dell'idoneità del Modello organizzativo eventualmente predisposto ed adottato secondo le indicazioni fornite da enti tecnici non è di per sé risolutiva per il riconoscimento della causa esimente di responsabilità in capo all'ente, dovendosi infatti verificare se e come a tali procedure sia stato dato corso, ossia se le stesse siano state attuate e quindi osservate”.

³⁹⁷ Si legge nelle premesse delle Linee Guida: “[...] Il SGSL descritto nella presente guida ha validità generale e la sua applicazione va modulata tenendo conto delle caratteristiche complessive dell'impresa/organizzazione (dimensioni, tecnologie produttive, cicli tecnologici, struttura dell'organizzazione, ecc.) che intende adottarlo [...]”.

³⁹⁸ L'acronimo OHSAS significa *occupational health and safety assessment series*, standard internazionale che definisce i requisiti di idoneità di un sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. È uno standard definito da alcuni organismi di certificazione e di formazione nazionali, così da poter disporre di un sistema per il quale potesse essere rilasciata una certificazione di conformità che verifica l'applicazione volontaria di un sistema che permette di garantire adeguato controllo riguardo alla sicurezza e la salute dei lavoratori e al rispetto delle norme cogenti. L'attenzione si sposta sulla gestione e riduzione progressiva dei rischi, quindi sulla salute piuttosto che sulla sicurezza.

quattro commi della disposizione in commento. Agli stessi fini, ulteriori Modelli possono essere indicati dalla Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6, d.lgs. 81/08³⁹⁹.

La norma è di ardua decrittazione, sia sul piano strutturale che, soprattutto, funzionale.

Sul piano strutturale, in particolare, difficoltà interpretative sorgono con riguardo all'espressione "*in sede di prima applicazione*": se l'inciso deve essere inteso, così come sembra indicare la lettera della legge, nel senso di delimitazione temporale degli effetti, la norma non fissa i limiti cronologici della fase di prima applicazione. Indicazione che sarebbe comunque assai opinabile, con riferimento al sistema di responsabilità degli enti, poiché priva di plausibili ragioni⁴⁰⁰.

Sul piano funzionale⁴⁰¹, la norma appare essere eccentrica rispetto alle linee generali del sistema delineato dal d.lgs. 231/01, laddove pone una presunzione di conformità dei Modelli che scatterebbe ove gli stessi fossero a loro volta conformi agli standard elettivi indicati.

Da quest'ultimo punto di vista, la norma pone un duplice ordine di problemi, concernenti, da un lato, l'efficacia di detta presunzione in relazione al sindacato giurisdizionale sull'adeguatezza dei Modelli; dall'altro, l'estensione e la portata di tale presunzione di conformità, rispetto al contenuto dei Modelli, quale delineato dal combinato disposto degli artt. 30, d.lgs. 231/01 e 6 e 7, d.lgs. 231/01.

Con riferimento al primo profilo, ci si chiede in altri termini, se attraverso la presunzione di conformità dettata dal c. 5, al giudice sarebbe inibita la possibilità (non solo di valutare l'idoneità dei Modelli, ma addirittura) di verificare l'esistenza delle condizioni dettate dai primi quattro commi dell'art. 30, ove vengano adottati gli *standard* organizzativi predetti.

La risposta al quesito deve essere negativa, in quanto, come in precedenza esposto, il sindacato giurisdizionale deve avere ad oggetto non solo il profilo cartolare del Modello, ma

³⁹⁹ In particolare, ai sensi del c. 5 *bis*, "la commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali".

⁴⁰⁰ Così si esprime IELO, *cit.*, p. 70, che evidenzia come la mancata specificazione del limite temporale della fase di prima applicazione, sia comune ad altre parti del d.lgs. 81/08 come nell'art. 11, c. 7. Nello stesso senso, ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 14.

⁴⁰¹ Rilevano ROSSI-GERINO, *cit.*, 14 che non meno singolare si presenta la previsione in base alla quale viene ascritta alla Commissione di cui all'art. 6, d.lgs. 81/08, la facoltà di integrare unilateralmente il novero degli standards organizzativi di riferimento, attraverso la predisposizione di ulteriori modelli "sembrandosi aprire in tal modo la strada alla proliferazione di altri prototipi validati *ex ante*, anch'essi caratterizzati dalla potenzialità di attribuire alla persona giuridica in automatico efficacia esimente la propria responsabilità".

soprattutto, l'aspetto dinamico, ossia l'efficace adozione e attuazione del piano di prevenzione.

Ma la di là di questo rilievo, depone in tal senso la struttura degli standard elettivi indicati.

Sia le UNI INAIL che le BS OHSAS sono delle *best practice*, nazionale la prima, internazionale la seconda, destinate entrambe, pur nella diversa metodologia utilizzata, alla costruzione di un SGSL da parte di qualsiasi impresa a ciò determinata, di ogni dimensione e settore merceologico. In particolare, detti sistemi offrono direttive volte all'attivazione di un reticolato di cautele e strumenti operativi ordinati ad un fine determinato, il cui recepimento impone al singolo fruitore di *calibrarne la portata*, operando scelte tra opzioni possibili, configurando i propri assetti organizzativi, definendo gli standard operativi in ragione dei caratteri, della linea di *business*, del *background* storico dell'impresa⁴⁰².

Sicché, il SGSL elaborato sulla base dei due prototipi normativi è destinato ad allinearsi ed armonizzarsi con la sezione dei Modelli volti alla prevenzione delle potenzialità criminologiche di cui all'art. 25 *septies*, non identificandosi con esso⁴⁰³, ma rappresentando uno dei protocolli costitutivi "*per le parti corrispondenti*". In pratica, pur nella conformità del Modello agli standard elettivi, necessitando gli stessi di essere calibrati, in sede di adozione, con la specifica realtà dell'ente, al giudice competerà di operare in discrezionalità valutativa circa l'efficacia in concreto del Modello, con una verifica condotta sul campo, caso per caso.

Superato il primo scoglio interpretativo, rimane da risolvere il secondo interrogativo, ossia se un Modello adottato in conformità alle Linee Guida UNI INAIL e BS OHSAS 18001:2007 è idoneo a coprire tutte le prescrizioni cui il Modello deve obbedire, al fine del riconoscimento dell'efficacia esimente, già sul piano cartolare.

Da questo punto di vista, illuminante è la delimitazione operata dal c. 5 con riferimento alla presunzioni di conformità ai primi quattro commi dell'art. 30, effettuata in ragione delle

⁴⁰² In tal senso, BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 52. ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 15, mettono in evidenza come "soltanto un modello direttamente elaborato sulla realtà aziendale potrà essere considerato idoneo e, così, con efficacia esimente della responsabilità: nessuna sezione di modello [...] sarà da considerarsi vincolante sul punto per il magistrato, il quale ben potrà comunque, sia in forza di precise disposizioni sostanziali, sia in forza di precise disposizioni processuali di cui al d.lgs. 231, operare in discrezionalità valutativa circa, appunto, l'efficacia in concreto del modello, con una verifica sul campo, caso per caso". Peraltro, la necessità di una modulazione del SGLS in funzione della specifica realtà aziendale è espressamente indicata nelle premesse delle Linee Guida UNI-INAIL, come si evince dal passo riportato in nota 396.

⁴⁰³ Esemplificativa è la definizione dei rapporti sussistenti tra il Modello Organizzativo e il SGLS come "due universi paralleli e distinti" che fornisce ROMOLOTTI, *Modello organizzativo e sistemi di gestione per la sicurezza: alla ricerca di un coordinamento*, in *Rivista* 231, 4/2008, p. 40.

“*parti corrispondenti*”. Il che lascia presagire una non (quantomeno) perfetta sovrapponibilità di un SGLS elaborato tramite i prototipi normativi, alle prescrizioni dell’art. 30.

A tal riguardo, occorre considerare che la struttura di entrambi gli standard in esame si presenta come un flusso, ove alla definizione della politica della sicurezza seguono, nell’ordine, la pianificazione, l’attuazione, i controlli, con le conseguenti azioni correttive e la revisione della direzione, in un’ottica di miglioramento continuo. Seppur ne risulta evidente una certa contiguità concettuale di parte dei contenuti di un SGLS con le disposizioni dettate dall’art. 30⁴⁰⁴, la condizione ibrida delle stesse non deve trarre in inganno. Si è detto, infatti che tali previsioni sono di dettaglio e non certo alternative a quelle di cui all’art. 6 e 7, d.lgs. 231/01: definizione delle aree di rischio, previsione dei protocolli, delle modalità di gestione delle risorse finanziarie, degli obblighi di informazione nei confronti dell’organismo di vigilanza ed introduzione di un sistema disciplinare specifico⁴⁰⁵. Elementi questi che ineriscono agli *aspetti organizzativi e gestori* e che non risultano di certo presenti in un SGLS, per converso rivolto ai protagonisti e compartecipi dell’attività lavorativa esposta a rischio infortunio o malattia professionale.

Per contro però, come si è già anticipato, il SGLS potrà di certo costituire un protocollo costitutivo del Modello, essendo lo scopo del primo, quello di consentire il controllo sui rischi relativi alla sicurezza e migliorare la *performance* in materia⁴⁰⁶. Pertanto, pur essendo un SGLS ontologicamente inidoneo a coprire l’intero perimetro del doveroso piano di prevenzione *ex art. 25 septies*, il Modello organizzativo ben potrà prevedere come protocollo, tra gli altri, la presenza, il mantenimento, ed eventuale certificazione di un SGLS che risponda alle aree di rischio in precedenza individuate dall’ente.

⁴⁰⁴ ROMOLOTTI, *cit.*, p. 39, evidenzia i punti di contatto tra BS OHSAS e le prescrizioni dei primi quattro commi dell’art. 30. In particolare il c. 1, art. 30 è in sintonia con il punto 4.3.2 dello standard (Legal and other requirements), pur difettando in assoluto quest’ultimo dalla specificità di dettaglio caratterizzante il c. 1, art. 30. Il c. 2, art. 30 rivela un parallelismo con il punto 4.4.4. (Documentation); il c. 3 con il punto 4.4.2 (Competence, Training and Awareness); il c. 4 con i punti 4.5 (Checking) e 4.6 (Management review), in relazione al quale l’Autore avverte della necessità di evitare pericolose sovrapposizioni tra Organismo di vigilanza e il rappresentante della Direzione deputato ad apportare le correzioni al sistema.

⁴⁰⁵ In particolare, in dottrina viene messa in evidenza l’assenza nel SGLS di previsioni concernenti l’adozione e l’effettiva operatività dell’Organismo di Vigilanza e del sistema sanzionatorio interno all’organismo aziendale. In questo senso, D’ARCANGELO, *cit.*, p. 94 e BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 52.

⁴⁰⁶ Evidenzia ROMOLOTTI, *cit.*, p. 41 che l’individuazione degli “specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente”, di cui alla lett. b), c. 2, art. 6, d.lgs. 231/01, rappresenta “il vero punto di contatto tra Modello organizzativo e SGLS. [...] Così procedendo, le parti corrispondenti all’elenco di cui all’art. 30 TUS vengono ad essere sostanzialmente incorporate *per relationem* nel Modello organizzativo, mantenendone nel contempo la giusta differenza logico-strutturale tra quest’ultimo e il SGLS”

In definitiva, appare in linea con il significato dei termini di riferimento come sopra declinato, leggere la presunzione di conformità degli *standard* elettivi alle prescrizioni di cui all'art. 30, in termini di *inversione dell'onere probatorio* “*per le parti corrispondenti*”⁴⁰⁷, con esclusivo riferimento al perimetro applicativo dell'art. 25 *septies*. Nel senso che in materia *de qua*, anche se trattasi di reato presupposto commesso da soggetti apicali, nell'ipotesi individuata dal c. 5, art. 30, spetterà all'accusa l'onere di dimostrare che l'ente non si era dotato di un idoneo piano di prevenzione *ex art. 25 septies*, fermo restando che la dimostrazione in ordine all'efficace attuazione del Modello competerà sempre all'ente, necessitando detti *standard*, come sopra esposto, di un'opera di modulazione rispetto alla specifica realtà aziendale.

7.3.5. IL *PROPRIUM* DEI MODELLI IN MATERIA PREVENZIONISTICA

Le argomentazioni che precedono si rivelano funzionali a rispondere all'interrogativo che più indietro ci si è posti, in merito a che cosa consista l'attività di autonomazione preventiva che deve essere assolta dall'ente, nell'ottica del d.lgs. 231/01, in un settore, quale quello dedicato alla tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, avente già di per sé una spiccata vocazione preventiva.

Si sono in particolare analizzate le differenze qualitative che sussistono tra un SGLS e il Modello prevenzionistico, il primo ontologicamente insufficiente a coprire l'esteso perimetro entro cui il secondo è deputato ad operare.

Tale diversità ben si comprende dall'analisi della *ratio* che ispira le discipline in argomento.

L'intento del d.lgs. 81/08 è di garantire, attraverso un SGLS, fatto di regole comportamentali e cautelari rivolte ai soggetti “propri”, la cui violazione attiva un definito impianto sanzionatorio, l'incolumità dei lavoratori, scongiurando la verifica di infortuni e malattie professionali⁴⁰⁸.

Su un altro piano e in prospettiva diversa, si colloca il disposto dell'art. 30, sebbene incluso nel d.lgs. 81/08. Destinatario della norma è il soggetto meta individuale; non ricorre una

⁴⁰⁷ Conferiscono una valenza processual-penalistica al disposto in commento, D'ARCANGELO, *cit.*, p. 94; BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 53; ROSSI-GERINO, *cit.*, p. 15, che individuano altresì una logica esistenziale al dato normativo in commento, ritenendo che esso derivi “dall'esigenza di politica legislativa di accordare un trattamento premiale alle imprese più attive nell'adeguamento alle regole di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”.

⁴⁰⁸ Difatti, il rischio rilevato e preveduto, nella definizione operata dall'art. 2, lett. s), d.lgs. 81/08, si sostanzia nella “*probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*”.

prescrizione cogente e un comando imperativo, ma è sollecitata l'adozione ed attuazione di un Modello di diligenza adeguato a prevenire la commissione di un reato e non già la concretizzazione di un rischio⁴⁰⁹.

Con tale ultimo disposto e in generale con la normativa del d.lgs. 231/01 con cui il primo si raccorda, il legislatore ha collocato la gestione della sicurezza e salute sul lavoro a livello organizzativo, elevandola a funzione dell'impresa⁴¹⁰, volta a prevenire la commissione del reato di omicidio o lesioni gravi o gravissime, derivante causalmente da una violazione delle norme poste a presidio della salute e sicurezza⁴¹¹.

Risulta, pertanto, *disomogeneo* l'ambito entro cui l'azione preventiva prescritta dai testi normativi di riferimento viene condotta.

Se il d.lgs. 81/08 opera nell'orizzonte dei soggetti protagonisti e compartecipi dell'attività lavorativa esposta a rischio di infortunio o malattia professionale, il *sub* Modello Sicurezza deve rapportarsi ad un più ampio ambiente di controllo, inglobante ogni comparto dell'ente e soggetto in esso o per esso operante e ciascun processo, funzione e attività aventi una valenza strumentale, agevolativa, di supporto alla realizzazione dei reati individuati dall'art. 25 *septies*⁴¹².

Schematicamente, a seconda della prospettiva che si adotta, ponendosi da quella del d.lgs. 81/08, l'art. 30 richiede strumenti prevenzionali ulteriori ed aggiuntivi rispetto a quelli tipici

⁴⁰⁹ Evidenzia in particolare tale differenza, VITALI, *cit.*, pp. 27-28, secondo il quale la corretta adozione del Modello di prevenzione in materia *de qua*, deve partire da un'analisi dettagliata dei propri infortuni sul lavoro o malattie professionali aventi specificatamente le caratteristiche di cui all'art. 25 *septies*, eliminando da tale casistica gli infortuni *in itinere*, in quanto irrilevanti ai fini in discorso.

⁴¹⁰ Così, PESCI, *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del d.lgs. 231/01*, in *Cass. Pen.*, 2008, 11, p. 3967.

⁴¹¹ BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 47, secondo il quale il superamento, ad opera del d.lgs. 231/01, in materia *de qua*, della dimensione individualistica, fatta di divieti e di comandi raccolti al singolo lavoratore e salendo nella scala gerarchica, di posizioni di garanzia di taluni soggetti, "riconduce nell'ambito di un'azione organizzata espletata dalla medesima persona giuridica [...] la prevenzione del reato". L'Autore evidenzia altresì che l'azione preventiva svolta dal soggetto meta-individuale permette di dominare i fenomeni della polverizzazione e dispersione orizzontale delle responsabilità. In questo senso, anche D'ARCANGELO, *cit.*, pp. 77 e ss.,

⁴¹² In tal senso, si veda TRIB. MILANO, 20.09.2004, secondo cui "L'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati presuppone un'analisi approfondita della realtà aziendale con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato. È altresì necessaria l'analisi delle possibili modalità attuative dei reati stessi. Questa analisi deve sfociare in una rappresentazione esaustiva di come i reati possono essere attuati rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda".

del SGLS⁴¹³; muovendo dal d.lgs. 231/01, può sostenersi che il Modello preventivo traduca in prescrizioni organizzative e penal-preventive le regole cautelari imposte dal d.lgs. 81/08⁴¹⁴.

Esemplificativa a tal riguardo è la soluzione di coordinamento sollecitata dalla lett. a) del c. 2, art. 6, d.lgs. 231/01⁴¹⁵. La disposizione prescrive che i Modelli debbano “*individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati*”. Trattandosi di ipotesi colpose, l’attività di valutazione del rischio-reato dovrà focalizzarsi sul rispetto delle prescrizioni antinfortunistiche dettate dal d.lgs. 81/08. Non potrà però trattarsi di una mera elencazione delle norme di legge (in quanto il rispetto delle stesse è un *prius* rispetto al Modello organizzativo), né potrà risolversi nell’analisi del rischio concreto di infortunio (in quanto altrimenti verrebbe a sovrapporsi con l’attività obbligatoria, contenuta nel Documento di valutazione dei rischi, soggetta alla supervisione di un organo diverso dall’Organismo di vigilanza e comunque attinente ad aspetti squisitamente tecnici⁴¹⁶).

Diversamente, invece, la valutazione delle attività nell’ambito delle quali possono essere commessi i reati, deve individuare i *processi attinenti alla gestione della sicurezza*, valutando

⁴¹³ In particolare, BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 54, in una visione di sintesi, evidenzia con riferimento ai protocolli comportamentali che “pur in presenza di un’ipertrofia di vincoli e cautele poste dal TUS (e dalle leggi speciali applicabili), manca per la progettazione della sotto sezione dedicata al Modello di legalità preventiva, la prospettiva organizzativa ed operativa complessiva, atta a cogliere ogni possibile interconnessione tra processi e funzioni aziendali, potenzialmente partecipi del processo causale del reato *ex art. 25 septies*”.

⁴¹⁴ Significativamente, ROMOLOTTI, *cit.*, p. 38, afferma che “il dettaglio dei termini cogenti di cui al comma 1, art. 30 TUS comporta che il modello divenga una sorta di ponte tra le previsioni del TUS medesimo (la cui violazione è sanzionata autonomamente a titolo di pericolo, ma non costituisce illecito rilevante *ex d.lgs. 231/01*) e gli artt. 589 e 590 c.p.”.

⁴¹⁵ L’osservazione è di ROMOLOTTI, *cit.*, pp. 40-41 secondo il quale, il vero punto di contatto tra il Modello e il SGLS risiede nell’individuazione “degli specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente”, di cui alla lett. b), c. 2, art. 6, d.lgs. 231/01. L’Autore evidenzia che il Modello “potrà prevedere come protocollo – tra gli altri – la presenza, il mantenimento, l’eventuale certificazione di un SGS (che ovviamente risponda alle aree di rischio individuate), rinviando poi a quest’ultimo i contenuti di dettaglio da definirsi in base ad uno *standard* quale la norma OHSAS 18001”.

⁴¹⁶ Affronta i rapporti tra il Modello di organizzazione e Gestione e il Documento di valutazione dei rischi, TRIB. TRANI, SEZ. MOLFETTA, 11.01.2010, sostenendone la differenza funzionale: “*mentre il documento di valutazione di un rischio è rivolto anche ai lavoratori per informarli dei pericoli incombenti in determinate situazioni all’interno del processo produttivo e quindi è strutturato in modo da garantire a tali destinatari una rete di protezione individuale e collettiva perché addetti concretamente a determinate mansioni, il modello del DLG n. 231 deve rivolgersi non tanto a tali soggetti che sono esposti al pericolo di infortunio, bensì principalmente a coloro che, in seno all’intera compagine aziendale, sono esposti al rischio di commettere reati colposi e di provocare quindi le lesioni o la morte nel circuito societario, sollecitandoli ad adottare standard operativi e decisionali predeterminati, in grado di obliterare una responsabilità dell’ente. Dall’analisi dei rischi del ciclo produttivo l’attenzione viene spostata anche ai rischi del processo decisionale finalizzato alla prevenzione. Dalla focalizzazione delle procedure corrette del ciclo produttivo, per la parte riferibile alla sfera esecutiva dei lavoratori, si passa anche alla cruciale individuazione dei responsabili dell’attuazione dei protocolli decisionali, finanziari e gestionali occorrenti per scongiurare quei rischi*”.

gli obiettivi e il livello di controllo esistente, osservando il risultato ottenuto e identificando le relative aree di miglioramento⁴¹⁷.

E come in un circolo virtuoso, saranno poi i risultati a cui si è giunti con la mappatura delle aree di rischio, a costituire il termine di raffronto per verificare la correttezza dei dati raccolti nel documento di valutazione dei rischi.

In definitiva, l'idea di fondo che emerge dalla complessiva osservazione dei riferimenti normativi che vengono in rilievo in materia *de qua*, è che il *proprium* del Modello organizzativo finalizzato alla prevenzione dei reati colposi in argomento, risieda nella capacità dello stesso di garantire il rispetto dell'articolato sistema di norme precauzionali legislativamente previste in materia⁴¹⁸.

Proprio la presenza di tale articolato sistema normativo induce a ritenere che, se non si vuole identificare la colpa del reato con il rimprovero all'ente, l'attività di autonormazione preventiva debba essere rivolta all'introduzione di cautele di secondo grado⁴¹⁹, cioè cautele che, operanti a livello organizzativo e gestorio, siano *finalizzate all'osservanza del sistema prevenzionale* di cui al d.lgs. 81/08, da parte dei soggetti "propri" destinatari delle regole comportamentali ivi sancite. In tal modo, la colpa per l'evento non si confonde con il rimprovero all'ente, poiché quest'ultimo è un rimprovero per la carenza nel sistema di organizzazione e di vigilanza, funzionale ad assicurare il rispetto della normativa prevenzionale: un rimprovero, cioè, correttamente rivolto all'ente.

⁴¹⁷ In particolare, affronta la tematica relativa alla mappatura delle aree in cui può concretizzarsi il rischio di verificazione del reato, VITALI, *cit.*, pp. 27-28, secondo cui l'ente è tenuto ad una complessiva analisi della propria casistica, condotta per ciascuna unità produttiva e ulteriormente raffinata in relazione ai singoli reparti che compongono l'area di produzione, in modo da coprire l'intero ciclo di produzione dei beni e/o servizi costituendo l'oggetto sociale dell'ente, onde pervenire "alla rilevazione totale degli infortuni; alla rilevazione degli infortuni con le caratteristiche di cui all'art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001 [...]; all'imputazione degli infortuni ai vari reparti e/o aree di ogni unità produttiva [...]; alla imputazione degli eventi infortunistici rispettivamente e in ordine crescente di importanza ai nostri fini, a fattori imprevedibili e ineliminabili [...], alla disattenzione e/o distrazione da parte degli addetti, ad un *deficit* di sorveglianza da parte delle persone a ciò preposte [...], a carenze contingenti imputabili all'azienda [...], a carenze formative e informative verso le maestranze, a carenze strutturali sempre imputabili all'azienda".

⁴¹⁸ Adottano questa impostazione EPIDENIO-PIFFER, *cit.*, p. 24.

⁴¹⁹ La definizione è di ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche igiene e sicurezza sul lavoro*, 2007, p. 574.

Con la precisazione che le peculiarità caratterizzanti il settore in argomento, impongono di introdurre alcune specificazioni di disciplina⁴²⁰, in ragione del carattere colposo dei reati presupposto.

Così, con riferimento al sistema sanzionatorio, essendo la finalità principale dei Modelli in materia *de qua*, quella di prevenire violazioni di legge dalle quali derivano gravi conseguenze per la salute, risulta sicuramente prioritario il sistema preventivo incentrato sull'immediata segnalazione e analisi dei quasi-incidenti⁴²¹, piuttosto che sull'irrogazione della sanzione *post factum* che assume, quindi, per queste situazioni, un ruolo secondario e residuale.

Ancora, con riguardo al requisito di cui alla lett. c), c. 2, art. 6, ai sensi del quale il Modello deve individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati, si impone un'interpretazione *a contrario*, nel senso di prescrizione rivolta all'ente, di garantire la necessaria liquidità destinata alla sicurezza.

Più in generale, sembra che l'ingresso del d.lgs. 231/01 in una materia caratterizzata da una forte procedimentalizzazione dell'attività preventiva e da una vasta diffusione del rischio-reato, abbia provocato in materia *de qua* (soprattutto nel caso dei Modelli adottati in conformità degli *standard* elettivi) lo spostamento della valutazione giudiziale⁴²² dei Modelli, dal profilo cartolare (idoneità) a quello – concreto – dell'adozione ed attuazione dello stesso.

Si ponga ora mente alle seguenti esemplificazioni, per comprendere il perimetro entro cui è destinata ad operare la valenza esimente dei piani di prevenzione adottati ed attuati dall'ente in materia *de qua*.

⁴²⁰ Del resto, anche al di fuori dei confini applicativi dell'art. 25 *septies*, il d.lgs. 231/01 palesa la necessità di un'opera di specificazione in relazione ai vari ambiti in cui questo è normativamente deputato ad operare. Esemplificativo IELO, *cit.*, pp. 67-68, con riferimento alla prevenzione del reato nel settore del *market abuse* "laddove il problema non è tanto quello di avere sistemi di controllo della circolazione dei flussi finanziari, quanto piuttosto di elaborare sistemi di controllo della produzione, della circolazione e della comunicazione dell'informazione *price sensitive*".

⁴²¹ Evidenzia tale dato, TONANI, *L'art. 9 della legge 123/2007: la salute e sicurezza dei lavoratori entrano nel d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 3/2008, secondo cui "il sistema delle segnalazioni e il conseguente attivarsi del sistema sanzionatorio è stato studiato in riferimento a fattispecie di reato di natura dolosa e mal si concilia con fattispecie di natura colposa. Inoltre, ogni sistema di gestione, finalizzato alla tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro, si incentra proprio sull'analisi di tutte le informazioni disponibili circa violazioni o errori, nel funzionamento dell'attività aziendale, che possono potenzialmente sfociare in un incidente/infortunio".

⁴²² Il sindacato del giudice dovrà allora prendere in considerazione la conoscenza e l'applicazione riservata in un determinato settore operativo dell'ente (reparto, linea produttiva, ufficio) alle procedure previste dal Modello organizzativo, predisposte in funzione preventiva. In tal senso, GUERRERIO, *cit.*, p. 107, secondo cui "assumeranno sempre maggiore importanza non tanto le previsioni del Modello circa l'autonomia dell'Organismo di Vigilanza, l'esistenza di un sistema disciplinare, la previsione di un'attività formativa, quanto la realizzazione concreta, di cui occorrerà dar prova dell'attuazione di tali previsioni".

L'art. 18, c. 1, lett. c), d.lgs. 81/08 sancisce l'obbligo a carico del datore di lavoro e del dirigente (o altra persona delegata) di affidare ai lavoratori compiti, tenendo conto delle loro condizioni e competenze. Tale prescrizione, quindi, impone ai soggetti "propri" il dovere di essere informato ufficialmente degli aspetti di cui deve tenere conto al momento in cui affida un compito ad un lavoratore, ivi compresi gli esiti della sorveglianza sanitaria. Il Modello organizzativo, coerentemente, dovrà prevedere un sistema di gestione degli esiti della sorveglianza sanitaria, tale da garantirne la conoscenza al datore di lavoro (e al dirigente e al preposto) e di predeterminare, così, i compiti ai quali determinati lavoratori non debbono essere assegnati. Si supponga, ora, che il datore di lavoro, nell'interesse dell'ente, pur conoscendo gli esiti della sorveglianza sanitaria, richieda un sollevamento di un carico da 20 Kg, ad un lavoratore che ha una limitazione di 5 Kg, e da tale violazione ne derivi una lesione grave o gravissima o la morte del lavoratore. Ebbene, laddove l'ente abbia previsto e in concreto attuato un efficace sistema di flussi informativi e prescrittivi, in relazione al particolare processo di gestione della sicurezza attinente agli esiti della sorveglianza sanitaria, l'ente andrà esente da responsabilità.

Esemplificativo, inoltre, è l'aspetto della gestione finanziaria delle dotazioni e degli impianti di sicurezza. Tale processo coinvolge funzioni di competenza di varie e distinte aree aziendali, ricomprendendo la selezione, l'acquisto, il mantenimento, la manutenzione, l'aggiornamento tecnologico degli strumenti funzionali a garantire l'incolumità dei lavoratori. Del pari, risulta interessato l'Organismo di vigilanza che svolge in quest'ambito funzioni di vigilanza di secondo livello rispetto agli attori della sicurezza aziendale. Ebbene, laddove uno strumento di sicurezza risulti obsoleto dal punto di vista tecnologico e il Modello abbia predisposto in relazione a tale processo di gestione della sicurezza, un protocollo operativo che, coinvolgendo i vari ambiti interessati ed assicurando un efficiente reticolato di flussi informativi e comunicativi, abbia segnalato la necessità di procedere alla sostituzione dello strumento, l'ente andrà esente da responsabilità per gli infortuni occorsi ai lavoratori a causa dell'inadeguatezza dello strumento stesso, nonostante l'opposta opzione esercitata dagli organi verticistici dell'ente, in vista del contenimento dei costi dedicati al comparto sicurezza. In definitiva, quindi, attraverso l'adozione e attuazione dei Modelli di organizzazione e gestione, l'ente è chiamato in materia *de qua*, ad esplicitare, ripercorrendo punto per punto l'art. 30, d.lgs. 81/08, secondo quali opzioni, e quindi secondo quali strumenti organizzativi e operativi, unitamente all'individuazione delle funzioni aziendali a cui ne viene affidata la

messa in pratica, ha ritenuto di *programmare i processi decisionali e gestionali* con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, alla stregua del miglior livello in concreto realizzabile, alla luce dell'organizzazione dell'impresa.

7.3.6. MODELLI ORGANIZZATIVI E DELEGA DI FUNZIONI

Sin ora si sono doverosamente analizzate le interrelazioni sussistenti tra la legislazione primaria, di cui al d.lgs. 81/08 e quella secondaria (nel senso sopra detto), dettata dal d.lgs. 231/01, nell'ottica della comprensione dei contenuti dei Modelli organizzativi aventi efficacia esimente la responsabilità amministrativa degli enti, nelle ipotesi contemplate dall'art. 25 *septies*.

Le scelte operate dal legislatore della normativa antinfortunistica impongono ora di condurre la predetta analisi in senso inverso, ossia avendo a riguardo all'efficacia attribuita ai Modelli in questione, nell'ambito delle prescrizioni dettate dal d.lgs. 81/08.

In questo settore, si evidenzia, infatti - secondo un'opzione singolare, rispetto agli altri ambiti di operatività del d.lgs. 231/01 - il particolare rilievo che viene attribuito all'attività di autonormazione preventiva, oltre il perimetro della responsabilità da reato degli enti, segnatamente in tema di delega di funzioni.

Come noto, il d.lgs. 81/08, recependo il consolidato orientamento giurisprudenziale, positivizza e regola l'istituto centrale della delega di funzioni e della *sub delega* (art. 16), assumendo a ragione giustificatrice la crescente complessità dell'attività dell'impresa moderna e la competenza tecnico-specialistica richiesta per l'assolvimento delle prescrizioni imposte dall'ampio reticolato di norme dettate dalla legislazione antinfortunistica⁴²³.

⁴²³ Si veda a tal riguardo, CASS. PEN. 26.05.04, N. 28126 che riconosce l'operatività della delega di funzioni in tutte le imprese, a prescindere, quindi, dal requisito dimensionale, dismettendo, così, il risalente orientamento che valorizzava, ai fini della lecita configurabilità dell'istituto, il condizionamento derivante dalla oggettiva configurazione dimensionale e organizzativa dell'azienda; in tal senso, CASS. PEN., 23.02.93, N. 286. La diffidenza con la quale tradizionalmente la giurisprudenza e la dottrina guardava all'istituto in questione, era mossa dalla preoccupazione di assicurare che la titolarità dei poteri e la capacità di porre in essere adeguate misure di protezione e prevenzione a tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, venissero allocate in capo a soggetti che effettivamente potessero esercitarli, a discapito di mere indicazioni formali. In particolare, FORZATI, *La delega di funzioni*, in AA.VV., *Diritto del lavoro*, VIII, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, a cura di RUSCIANO-NATULLO, Milano, 2007, pp. 211-212, avvertiva che "la posizione di garanzia svuotata delle necessarie competenze e capacità funzionali, rivela, invero, rischi di puro formalismo, denunciando peraltro – già in una prospettiva *ex ante* – l'inidoneità a salvaguardare la sicurezza dei lavoratori". Dal punto di vista della scienza dell'organizzazione aziendale, la delega di funzioni si rivela rispondente ad una visione moderna dell'impresa che sotto la pressione competitiva derivante dalla globalizzazione, è stimolata all'adozione di

In questo contesto, il pericolo del disinteresse del datore di lavoro, circa le tematiche antinfortunistiche, in presenza di deleghe di funzioni, viene scongiurato dalla previsione di cui al c. 3, art. 16, in base alla quale permane in capo al datore di lavoro l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite⁴²⁴.

Il proseguo della norma imprime una forte (quanto singolare e per certi versi di difficile decrittazione) connessione tra l'istituto della delega di funzioni ed i Modelli di organizzazione e gestione. Viene difatti precisato, come l'obbligo di vigilanza che il datore di lavoro conserva in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite, “*si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del Modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4*” (art. 16, c. 3, sec. periodo).

La norma pone una serie di problematiche, tanto in ordine al significato letterale delle espressioni utilizzate, quanto con riferimento ad un piano funzionale, ossia avendo a riguardo alle interrelazioni sussistenti tra i due momenti di giudizio (tra loro diversi ed autonomi), relativi alla responsabilità penale del datore di lavoro-delegante⁴²⁵ e al modello esimente la responsabilità amministrativa degli enti.

modelli organizzativi fondata su un concetto di impresa, in cui la suddivisione dei ruoli e delle mansioni risulti meno rigida e predeterminata. Ricorda DOVERE, *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *Rivista* 231, p. 101, “Il numero dei livelli gerarchici è più contenuto, poiché in questo tipo di impresa, l'interazione tra i distinti livelli è più frequente e, in particolare, non esiste una rigida separazione tra livello operativo-esecutivo e livello responsabile della concezione/progettazione del prodotto”. Nel contesto di una moderna realtà aziendale, PINI, *Innovazione, relazioni industriali e risultati d'impresa*, FRANCOANGELI, Milano, 2004, p. 194, argomenta che “con la delega si afferma [...] il trasferimento di poteri decisionali dalla direzione e dal management dell'impresa al singolo dipendente o gruppi di lavoratori che possono adottare, in autonomia rispetto alla linea gerarchica, quelle decisioni che ritengono più adeguate per realizzare al meglio i compiti e le funzioni loro assegnati. La procedura di delega rientra così a tutto diritto in quel filone della partecipazione forte ai processi decisionali dell'impresa a livello operativo ed organizzativo”.

⁴²⁴ La soluzione adottata dal legislatore del 2008 con riferimento alla controversa questione attinente agli obblighi residuali del delegante, codifica il tradizionale orientamento giurisprudenziale che, salvo rare eccezioni, ha sempre sostenuto che il delegante rimane responsabile “*se sia riscontrabile una difettosa od omessa verifica ovvero una scelta impropria del collaboratore ovvero ancora un nesso causale tra la sua condotta cosciente e volontaria e l'illecito realizzato (cosiddetta politica d'impresa)*”, CASS. PEN., SEZ. IV, 2.5.91, N. 4917. In pratica, si ammette che gli originari obblighi del garante si trasferiscono per intero sul delegato; ma a ciò si accompagna l'insorgenza in capo al delegante di nuovi obblighi: l'obbligo di scegliere correttamente il delegato; l'obbligo di vigilare sul corretto adempimento delle funzioni delegate, ma anche l'obbligo di non interferire con l'opera di questo, pena l'assunzione per intero delle funzioni trasferite.

⁴²⁵ Vi è da dar conto di un orientamento dottrinale che esclude la configurabilità della responsabilità penale in capo al delegante, per i reati occorsi nell'espletamento delle funzioni delegate, da parte del delegato. In tal senso, si veda, PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2009, 1-2, pp. 123 e ss., secondo cui è dovuto dal delegante la mera sorveglianza sull'azione del delegato che, in quanto priva di un obbligo di impedimento dell'evento, esclude la sua responsabilità penale ex art. 40 c.p.

Iniziando dal primo ordine di questioni, si avverte la difficoltà di identificare il termine di riferimento normativamente indicato, alla stregua del quale valutare l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro-delegante.

Difatti, la formula normativa utilizzata, ossia “*modelli di verifica e di controllo*”, opera una commistione terminologica, posto che il d.lgs. 231/01 (ma anche l'art. 30, d.lgs. 81/08) contempla una chiara distinzione tra “*Modello organizzativo*”, del quale ne viene chiesta “*l'adozione ed efficace attuazione*” e il “*sistema di verifica e controllo*” - a cui è deputato l'Organismo di vigilanza - che rappresenta una parte soltanto del Modello di organizzazione e gestione.

Si potrebbe, però, sostenere la possibilità di superare il nebuloso dato normativo, attraverso il chiaro rinvio effettuato dalla norma in esame all'art. 30, c. 4, d.lgs. 81/08, nel senso di ritenere che il legislatore, in tal modo, abbia inteso fare riferimento al sistema di verifica e controllo sul Modello organizzativo. D'altro canto, a tale osservazione, si potrebbe obiettare che la disposizione in esame pretende che “*il modello di verifica e controllo*” sia adottato ed efficacemente attuato: pretese che la normativa di riferimento tipicamente rivolge al Modello organizzativo *tout court*⁴²⁶.

Come si vede, quindi, l'analisi letterale non risulta di alcun ausilio, conducendo, a seconda di quale indicazione normativa si voglia valorizzare, a soluzioni opposte.

Onde risolvere la questione in argomento, appare per contro preferibile adottare un'impostazione che tenga conto delle implicazioni che comporterebbe un'interpretazione che ritenesse sufficiente l'istituzione del solo sistema di verifica e controllo, alla stregua del quale verificare l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza.

Adottando questa soluzione interpretativa, vi è da evidenziare, in primo luogo, come in tal modo si andrebbero a confondere e sovrapporre due piani di giudizio del tutto inconferenti tra loro, enunciando una presunzione di adeguata vigilanza, parametrata al controllo del rispetto del Modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. 231/01, a cui è preposto l'Organismo di Vigilanza, come tale impossibilitato a coprire anche il profilo della vigilanza sul rapporto datore di lavoro-delegato⁴²⁷.

⁴²⁶ Evidenzia le soluzioni interpretative prospettabili sulla base della mera osservazione del dato letterale del c. 3, art. 16, DOVERE, *cit.*, p. 109.

⁴²⁷ CERONI, *cit.*, il quale afferma che la dizione del disposto in commento, contrariamente all'intendimento del legislatore delegato, si sostanzia in effetti paradossalmente estensivi della responsabilità del delegante, “*grazie ad una tecnica normativa incerta quando non addirittura inconsapevole*”.

D'altro canto, se in luogo del Modello organizzativo *tout court*, si reputasse chiamato in causa il solo sistema di verifica e controllo, si verificherebbe una situazione davvero singolare. Nel senso che l'Organismo di vigilanza, legislativamente deputato alla verifica e al controllo del Modello, sarebbe chiamato, stante la prescrizione normativa in esame, non a controllare e verificare se e come viene adempiuto l'obbligo di vigilanza da parte del delegante, ma quello di assicurare quell'adempimento *in luogo del delegante*⁴²⁸. Costatazione che condurrebbe ad un diretto coinvolgimento dell'Organismo di vigilanza nell'esecuzione della prestazione, solo formalmente ancora facente capo al delegante. Con la conseguenza che il ruolo dell'Organismo di vigilanza verrebbe ad assumere in quest'ambito una connotazione ben diversa da quella attribuitagli dal d.lgs. 231/01, ove i compiti dello stesso non sono mai di gestione diretta delle funzioni datoriali che invece diverrebbero tali nell'ambito della delega di funzioni.

Ma comunque, la ragione ultima che induce a ritenere adottabile una diversa soluzione, da quella che apparirebbe dal mero rinvio normativo all'art. 30, c. 4, d.lgs. 81/08, risiede nella logica costatazione che la verifica e il controllo stabiliti dal Modello organizzativo sull'adozione, attuazione e aggiornamento delle regole di condotta ivi previste, non possono disancorarsi dall'analisi delle regole medesime. Ciò significa che oltre ai sistemi di verifica e di controllo delle regole del Modello organizzativo, occorrerà, ai fini in questione, valutare nel merito anche la correttezza di tali regole, specificatamente di quelle che disciplinano i *flussi informativi tra il delegante e i delegati* e ciò al fine di esprimere un giudizio positivo circa l'efficace attuazione del Modello di verifica e controllo stesso⁴²⁹.

A tacer d'altro, sono i soli Modelli di cui ai commi 1-4, art. 30, ad essere in grado di assicurare, all'atto pratico, il trasferimento di informazioni utili e necessari all'operatività del sistema di verifica e controllo sul Modello e il re-settaggio dello stesso, in concomitanza di eventi peculiari che ne abbiano compromesso la funzionalità.

Così correttamente identificato il termine di riferimento alla stregua del quale valutare l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza del delegante, si comprende che, nonostante il tenore letterale dell'art. 16, c. 3, sembrerebbe introdurre una presunzione assoluta di efficacia del

⁴²⁸ DOVERE, *cit.*, p. 110, che, valorizzando il dato normativo, giunge a ritenere che l'Organismo di vigilanza sarebbe tenuto a prendere in considerazione ogni aspetto della delega coinvolto nel giudizio di adeguatezza dell'attuazione della stessa. Ciò che appunto porterebbe ad un coinvolgimento diretto dell'Organismo di vigilanza nell'esecuzione dell'obbligo di vigilanza incombente sul datore di lavoro-delegante.

⁴²⁹ L'osservazione è di LECIS, *cit.*, p. 163. Propende per la stessa soluzione, BORTOLOMUCCI, *cit.*, p. 55.

sistema organizzativo, in realtà la scelta normativa compiuta lascia intatto l'obbligo per l'interprete di verificare in concreto *l'effettiva ed efficace adozione e attuazione* di regole di condotta volte a garantire l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro-delegante.

Con la conseguenza che il significato dell'espressione in esame andrebbe interpretato quale modalità, normativamente indicata, di assolvimento dell'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Quest'ultimo, quindi, non si spoglia della vigilanza che rimane di sua pertinenza, ma può assolvere a tale incombenza mediante l'adozione di strumenti interni di verifica e di controllo, tra i quali emergono, per le parti corrispondenti, gli standard elettivi indicati dal comma 5, art. 30. Non si tratta quindi di trasferimento di responsabilità ad altri soggetti, segnatamente l'Organismo di vigilanza, quanto di un *parametro di diligenza da seguire*, suggerito dalla legge stessa⁴³⁰.

Pertanto, l'espressione in commento esprime il principio in base al quale l'elaborazione e attuazione di un Modello organizzativo che garantisca l'operatività di un sistema di verifica e controllo, nonché di modifica dello stesso in concomitanza al verificarsi di determinati eventi, può costituire lo strumento attraverso il quale si sostanzia l'obbligo di vigilanza del delegante, salva la successiva e doverosa valutazione giurisdizionale, in ordine al corretto adempimento dello stesso.

Conclusione perfettamente coerente con il significato che assume l'attività di autonormazione preventiva in materia *de qua*, come sopra esposto.

Ciò in quanto, il dovere di vigilanza del delegante non è rivolto direttamente ai presidi adottati dal delegato in processi esposti a rischio, pena il venir meno, con l'ingerenza del delegante, la ragione e l'efficacia della delega. Si tratta, invece, di una vigilanza qualificabile come (riprendendo le parole della più recente giurisprudenza⁴³¹) "alta", avente ad oggetto, cioè,

⁴³⁰ LECIS, *cit.*, p. 165. L'Autore motiva questa conclusione anche sulla base di una preoccupazione di ordine sostanziale: "la spoliatura dell'obbligo di vigilanza in ordine alle funzioni trasferite con atti di delega significherebbe sottrarre il datore di lavoro da tutti gli obblighi [...] inerenti l'esercizio dell'attività che egli conduce, di fatto erodendo in modo decisivo il suo coinvolgimento in materia di salute e sicurezza e la relativa posizione di garanzia che ne deriva: ciò si pone anche in controtendenza rispetto alle finalità che hanno portato all'elaborazione ed alla successiva modificazione dello stesso Testo Unico".

⁴³¹ In questi termini, CASS. PEN. SEZ. IV, 19.3.12, N. 10702, secondo cui: "*Il tema della vigilanza presenta particolare interesse; anche perché in passato si è discusso se una delega piena determinasse il venir meno dell'obbligo di vigilanza e, soprattutto, se in ogni caso essa, implicando solo un ruolo di sorveglianza, determinasse il permanere di una posizione di garanzia. Pare che queste incertezze siano fugate dalla nuova normativa che colma una lacuna di quella precedente e, come si è accennato, recepisce opinioni condivise da questa Corte ed accreditate già nel passato sia in dottrina che in giurisprudenza. Va dunque ribadito che la*

l'adeguatezza e tenuta del sistema organizzativo ormai gestito dal delegante; sistema organizzativo che costituisce l'oggetto dell'attività preventiva dell'ente ex d.lgs. 231/01, come cristallizzata nei Modelli organizzativi⁴³², alla cui verifica e controllo circa l'adozione, attuazione e implementazione è deputato l'Organismo di vigilanza.

delega di cui si discute non fa venir meno l'obbligo di vigilanza. Tuttavia, come il richiamato art. 16 chiarisce, si parla qui di una vigilanza "alta", che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato; e che si attua anche attraverso i sistemi di verifica e controllo previsti dall'art. 30, comma 4, che a sua volta disciplina il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Tale rinvio costituisce una norma assai rilevante, che introduce nel sistema della responsabilità penale un importante frammento del sistema di responsabilità degli enti; e rende al contempo più chiara la reale natura dell'obbligo di vigilanza. Ciò che maggiormente interessa è che la vigilanza, quale che ne sia l'esatta estensione, di certo non può identificarsi con un'azione di vigilanza sulla concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni che la legge affida, appunto, al garante. Se così non fosse, l'istituto della delega si svuoterebbe di qualsiasi significato. La delega ha senso se il delegante (perchè non sa, perchè non può, perchè non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui demanda i pertinenti poteri: al delegato vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo. Ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato. Esso riguarda, come si è accennato, precipuamente la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni".

⁴³² Del resto, la disposizione in esame riproduce la soluzione adottata dall'art. 7, c. 2, d.lgs. 231/01 che ai fini del riconoscimento dell'efficacia esimente dei Modelli in questione, nel caso di reato presupposto commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, equipara l'adozione ed implementazione del Modello all'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza nei confronti dei sottoposti.

8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E *DE JURE CONDENDO*

Giunti al termine della ricognizione delle numerose criticità (fisiologiche e di coordinamento, come nelle prime pagine del presente elaborato qualificate ed esposte) che il dato normativo in analisi evidenzia, ci si trova in uno stato di forte disorientamento, stante una tecnica normativa utilizzata in modo non (del tutto, almeno) coerente con i termini di riferimento che vengono in rilievo in materia *de qua*. Il percorso interpretativo attraverso cui decrittare il significato della prevenzione antinfortunistica con riferimento al d.lgs. 231/01, si mostra, inoltre, irto di ostacoli, a causa del necessario raffronto con la disciplina primaria recata dal d.lgs. 81/08 e la relativa elaborazione giurisprudenziale che in più parti mal si concilia con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti.

Si è visto come l'opzione di includere all'interno del novero dei reati presupposto, fattispecie aventi natura colposa, qualificate dalla violazione delle regole antinfortunistiche, da un lato, evidenzia una scelta poco coraggiosa del legislatore, nel momento in cui non ha previsto le corrispettive ipotesi dolose; scelta che ha già evidenziato, all'atto pratico, dei rischi di impunità del fenomeno dell'irresponsabilità organizzata che il d.lgs. 231/01 è deputato a reprimere, stante il labile e nebuloso confine che separa gli ambiti di applicazione della colpa cosciente e del dolo eventuale.

Dall'altro lato, la natura colposa delle fattispecie previste dall'art. 25 *septies* appare collidere con i criteri cd. oggettivi di attribuzione della responsabilità all'ente, di cui al primo comma dell'art. 5, d.lgs. 231/01, i cui connotati sembrano meglio adattarsi ad illeciti presupposto dolosi.

Sotto il versante soggettivo dei criteri di ascrizione dell'illecito all'ente, la natura colposa dei reati presupposto, impone, inoltre, di affrontare un non (affatto) agevole percorso interpretativo, capace di tracciare un chiaro, quanto doveroso distinguo tra il rimprovero (amministrativo) rivolto all'ente e quello (penale) proprio della persona fisica. Sullo stesso piano, si è inoltre avvertita la necessità di operare un'*interpretatio abrogans* del requisito di cui alla lett. c) dell'art. 6, d.lgs. 231/01, ontologicamente incompatibile con illeciti presupposto di carattere colposo.

Sotto altro profilo, si è visto come la disciplina recata dal d.lgs. 231/01 interseca, venendone condizionata, la normativa primaria di cui al d.lgs. 81/08, richiedendo così un'accurata opera di coordinamento tra le due fonti legislative.

Opera di agevole soluzione con riguardo alla classificazione delle persone fisiche, autrici del reato presupposto, quali codificate alle lett. a) e b) dell'art. 5, d.lgs. 231/01. Di maggiore complessità, si è visto essere connotata, detta operazione, con riguardo alla declinazione dei contenuti del Modello esimente la responsabilità dell'ente in materia *de qua*, stante il rilievo assunto da dati normativi esterni il d.lgs. 231/01 e il rinvio operato a *standard* elettivi non perfettamente conciliabili con la doverosa attività di autonormazione preventiva avente efficacia esimente la responsabilità degli enti.

Peraltro, l'imprescindibile coordinamento tra le due fonti normative in esame, in virtù del reticolato di posizioni di garanzia predisposto dalla normativa primaria, impone di concludere - con riferimento all'ipotesi di reato commesso da soggetti subordinati - per un'(ulteriore, alla prova dei fatti) *interpretatio abrogans*, segnatamente dell'ipotesi codificata dall'art. 7, d.lgs. 231/01.

Quanto sopra detto rappresenta, in estrema sintesi, il nucleo forte delle questioni problematiche lasciate irrisolte dal legislatore, dopo l'introduzione dell'art. 25 *septies*.

Nel corso dell'elaborato si sono prospettate, in relazione ad ognuno di detti profili, le soluzioni interpretative adottabili per assicurare piena operatività al modello di responsabilità dell'ente in questione. Al di là, però, della correttezza e/o sostenibilità delle soluzioni esposte, è necessario prendere atto dell'insufficienza e/o incoerenza del dato normativo in relazione ad alcuni di detti profili di problematicità; circostanza che sollecita, o meglio reclama un intervento legislativo correttivo che restituisca piena operatività all'ipotesi di studio.

Riprendendo l'analisi dei criteri cd. oggettivi di imputazione, riassumibili nel binomio interesse/vantaggio, si è visto come una corretta declinazione degli stessi, condotta sulla base dell'architettura della parte generale del d.lgs. 231/01, imponga inequivocabilmente un'interpretazione del criterio di "interesse" in senso soggettivo; di tal ché, onde accertarne la sussistenza, è necessario ravvisare nella condotta tenuta dall'autore del reato, un atteggiamento psichico compatibile con una tensione finalistica, volta ad ottenere un beneficio per l'ente. Il requisito del "vantaggio", rappresentando detto termine il precipitato reale dell'interesse perseguito dall'autore del reato presupposto, deve anch'esso essere ricollegato, almeno in parte, all'atteggiamento psichico (nei termini di cui si è poc'anzi detto) che a monte muoveva il soggetto agente, così restituendo piena operatività al canone enunciato dal secondo comma dell'art. 5, d.lgs. 231/01.

Detta interpretazione si rivela coerente con la funzione selettiva delle condotte commissive dei reati presupposto, assegnata al binomio interesse/vantaggio dal d.lgs. 231/01, per la cui praticabilità in materia *de qua* è necessario, però, essere disposti ad ammettere che il termine di riferimento sia costituito, non dal reato *tout court*, ma dalla condotta a cui sia eziologicamente ricollegabile l'evento morte o lesioni (gravi o gravissime).

Non meritano, invece, condivisione quelle letture che, attraverso un'interpretazione oggettiva dei requisiti in esame, giungono sostanzialmente ad imputare, sul piano oggettivo, il reato presupposto all'ente, sulla base della sola posizione qualificata rivestita dall'autore del reato in seno all'organigramma dell'ente. Si finirebbe, infatti, in tal modo, a riproporre, sostanzialmente, moduli di ascrizione della responsabilità dell'ente vigenti in ambito civilistico, in cui si rinuncia a ricercare una connessione tra la condotta della persona fisica e il centro d'interesse dell'ente di appartenenza, diversa dalla sussistenza di un mero rapporto di occasionalità necessaria.

Da questo punto di vista, quindi, sarebbe senz'altro auspicabile una presa di posizione del legislatore, attraverso l'espressa indicazione della condotta della persona fisica, quale parametro di riferimento alla stregua del quale valutare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio dell'ente, onde ascrivere allo stesso, sul piano oggettivo, il commesso reato presupposto.

Vi è da dire, però, che un intervento in tal senso limitato, sarebbe all'evidenza foriero di ulteriori perplessità, se non di problematicità; questione legata a doppio filo con la selezione dei reati presupposto, in particolare, con l'opzione esercitata, di escludere dall'ambito applicativo dell'art. 25 *septies* le ipotesi dolose di omicidio o lesioni personali (gravi o gravissime), commesse in violazione alle prescrizioni prevenzionistiche.

Difatti, il dato normativo di cui all'art. 302, d.lgs. 81/08, il raffronto con l'ipotesi di cui all'art. 437 c.p. e l'evoluzione giurisprudenziale in tema di dolo eventuale, inducono a ritenere che, laddove si voglia espressamente prendere in considerazione la sola condotta dell'agente, posta in violazione della disciplina prevenzionistica, appare distonico il riferimento alle sole ipotesi di cui agli artt. 589 e 590, c. 3, c.p. Ciò in quanto, qualora si ravvisi una condotta violatrice delle regole prevenzionistiche sorretta, financo, dalla dimensione del dolo (perfettamente compatibile, almeno in astratto, con le ipotesi delittuose di carattere colpose in esame), a seconda dei casi, la responsabilità dell'ente dipenderebbe, in ultima battuta, a parità di condotta, dal grado di accettazione del rischio, da parte dell'agente,

della produzione dell'evento morte o lesioni. Linea di discriminare, però, del tutto inconferente con i postulati dell'illecito amministrativo dell'ente, la cui responsabilità - una volta individuata nella condotta posta in violazione delle prescrizioni antinfortunistiche, il termine di riferimento alla stregua del quale valutare il binomio interesse/vantaggio - consiste nella inadeguata attività preventiva, in grado di sedare le condotte antidoverose dei soggetti qualificati, siano esse colpose o dolose.

Del resto, anche prescindendo dai rilievi da ultimo formulati, la scelta di fondo compiuta dal legislatore del 2007, di escludere le ipotesi dolose di morte o lesioni personali ricollegate alle violazioni prevenzionistiche, palesa un profilo di evidente irragionevolezza, ancor più considerando la maggiore compatibilità dell'inclusione di dette fattispecie presupposto, con il binomio interesse/vantaggio, di cui all'art. 5, d.lgs. 231/01, rispetto alle corrispettive ipotesi colpose.

Pertanto e concludendo sul punto, appare auspicabile che il termine di raffronto dei criteri oggettivi della responsabilità dell'ente sia rappresentato, unicamente, da una condotta, sorretta indifferentemente dalla dimensione del dolo o della colpa, posta in essere in violazione della disciplina in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, da cui sia eziologicamente derivata la produzione dell'evento morte o lesione grave o gravissima.

In tal contesto, in pratica, la realizzazione dell'evento morte o lesione funge da sorta di condizione di punibilità dell'ente, essendo invece la condotta antidoverosa, a cui sia causalmente ricollegabile l'evento stesso, a costituire il presupposto della responsabilità degli enti.

Passando al versante soggettivo della responsabilità dell'ente, i profili di problematicità coinvolti che abbisognano di un intervento correttivo, sono tanto di ordine fisiologico (nel senso sopra detto) quanto di coordinamento con la disciplina di settore.

Da quest'ultimo punto di vista e con riferimento all'ipotesi contemplata dall'art. 7, d.lgs. 231/01, si ravvisa l'urgenza di una chiara scelta di politica del diritto che non appare essere stata tenuta in debita considerazione dal legislatore del 2007.

Si è visto, difatti, che la posizione di garanzia incombente sull'apicale, a cui compete di vigilare in ordine al corretto espletamento delle mansioni proprie dei cd. subordinati, elimina in radice la pratica configurabilità dell'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetto sottoposto all'altrui controllo o vigilanza, venendosi sempre a configurare, in questi casi, l'ipotesi di cui all'art. 6.

È evidente che, laddove si voglia consentire al modello di responsabilità *ex art. 7* di operare, occorrerà, in pratica, derogare (o comunque prescindere), con riferimento alla responsabilità dell'ente, alla posizione di garanzia dell'apicale, quale prescritta dall'art. 18, c. 3, d.lgs. 81/08. Soluzione che appare praticabile, senza che venga intaccato il piano delle responsabilità penali individuali, prendendo in considerazione, quale parametro di riferimento alla stregua del quale valutare la responsabilità dell'ente, la sola condotta che materialmente ha cagionato l'evento lesivo, non considerando, sempre e solo a questi fini, la violazione degli obblighi di vigilanza degli apicali. Opzione, del resto, perfettamente coerente con la funzione assegnata ai Modelli di prevenzione *ex d.lgs. 231/01* che, essendo deputati ad autonormare i profili organizzativi dell'ente, si riferiscono a tutti i piani in cui si articola l'organigramma dell'ente, imponendo tanto agli apicali, quanto ai subordinati, regole comportamentali in vista della prevenzione del rischio reato. Sicché, ben si può prescindere in materia *de qua*, senza che ne residuino *vulnus* di tutela, dall'obbligo di vigilanza facente capo agli apicali che rimarrà, comunque, operante sul piano dell'affermazione della penale responsabilità individuale.

Onde realizzare detto risultato dal punto di vista normativo, si tratterà, quindi, di parificare la disciplina dettata per le ipotesi di responsabilità dell'ente per i reati presupposto commessi dai subordinati, con quella prescritta con riferimento agli apicali, eliminando il riferimento all'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza che hanno reso possibile la commissione dei reati presupposto da parte dei subordinati.

La conclusione a cui si è appena giunti, impone però un'altra riflessione, che interessa il profilo di problematicità di ordine fisiologico che si accennava sopra.

Se si intendesse parificare le discipline in argomento, nel senso in cui poc'anzi si diceva, emerge la necessità di ridescrivere le condizioni al ricorrere delle quali opera l'esenzione da responsabilità dell'ente, nelle ipotesi di reato commesso dall'apicale.

Più indietro, si è analizzata l'incompatibilità ontologica del requisito prescritto dalla lett. c) dell'art. 6, con la natura colposa delle fattispecie presupposto. Si è anche affermato che, allo stato della legislazione vigente, la soluzione preferibile, onde consentire all'ente, in questi casi, di reclamare la propria estraneità dal commesso reato, sia quella di prescindere dalla dimostrazione dell'elusione fraudolenta dei Modelli ad opera degli apicali.

È evidente, però, che, così ragionando, si avrebbe una perfetta sovrapponibilità della disciplina dettata con riferimento ai reati presupposto degli apicali, rispetto a quelli dei subordinati, derogando così alla diversificazione operata dalla disciplina generale del d.lgs.

231/01 che, con riferimento ai primi, richiede la dimostrazione delle modalità e cause che hanno reso possibile la commissione del reato presupposto, nonostante la predisposizione di un Modello di organizzazione e gestione; dimostrazione della cui ragionevolezza non può dubitarsi, come più sopra si argomentava.

Appare auspicabile, allora, una diversa declinazione del requisito di cui alla lett. c) dell'art. 6, compatibile con le fattispecie presupposto di cui all'art. 25 *septies*.

Da questo punto di vista, non appare risolutore della questione la proposta di modifica che è stata avanzata dalla Commissione Greco, secondo cui l'ente deve dimostrare che il reato presupposto è stato commesso in violazione delle specifiche regole dettate dal Modello di organizzazione e gestione.

Invero, la proposta di modifica avanzata dalla Commissione Greco si risolve nella codificazione di un criterio già insito nella logica sottesa all'affermazione di responsabilità dell'ente. Dovendo, per le ragioni più indietro esposte, sussistere una specifica connessione, in termini di causalità, tra il reato presupposto e le lacune organizzative dell'ente, ai fini della valutazione di idoneità dei Modelli, la commissione dell'illecito di base deve essere già di per sé posta in violazione delle regole di autonormazione preventiva codificata dall'ente; diversamente si avrebbe una lacuna organizzativa imputabile all'ente. Sicché, il requisito della violazione dei Modelli non aggiunge nulla e in particolare non soddisfa le esigenze di politica del diritto rinvenibile nella previsione della lett. c) dell'art. 6.

Pertanto, nell'ipotesi in questione, pur non potendosi parlare di fraudolenta elusione, per le ragioni anzidette, appare necessario rinvenire un criterio ulteriore e diverso dalla mera violazione delle regole che si ponga in termini di coerenza con le ragioni in base alle quali, nella disciplina generale del d.lgs. 231/01, si è imposto all'ente l'onere di dimostrare le modalità e le cause della perpetrazione dell'illecito di base, ai fini della dimostrazione della sua estraneità alla commissione del reato presupposto.

Allora, appare preferibile adottare un criterio che, sulla falsariga di quello già codificato, valorizzi maggiormente il legame che sussiste tra l'ente e l'apicale, richiedendo la dimostrazione di una peculiare capacità di resistenza del Modello nei confronti degli apicali, rispetto ai subordinati. Un simile risultato può essere offerto dalla declinazione del criterio in esame, nel senso di richiedere che l'ente dimostri, oltre l'adeguatezza ed efficace attuazione del Modello adottato, che il reato presupposto è stato commesso dall'apicale attraverso la

volontaria violazione delle regole di organizzazione e gestione di cui l'ente si è dotato, onde prevenire il rischio di verifica del reato presupposto.

Quanto alla tecnica normativa da utilizzare, onde apportare l'opera correttiva nei termini esposti, appare preferibile ripercorre la strada già battuta al momento dell'introduzione dell'art. 25 *ter*, mediante cioè l'inclusione, all'interno del testo normativo dell'art. 25 *septies*, delle deroghe e/o specificazioni all'ordinario regime sancito dalla parte generale del d.lgs. 231/01.

Schizzando dal piano delle riflessioni e osservazioni astratte, al dato normativo concreto, pur nella consapevolezza dell'opinabilità delle soluzioni prospettate, il "nuovo" art. 25 *septies* potrebbe, così, essere codificato:

"25 septies. Omicidio e lesioni gravi e gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro

1. In relazione alle condotte poste in essere in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, commesse nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che hanno avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale, da cui sia derivata morte o lesioni personali gravi o gravissime, si applicano le seguenti sanzioni:

a) in relazione ai delitti di cui agli artt. 575 c.p. e 589 c.p., commessi con violazione dell'art. 55, comma 2, d.lgs. 81/08, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al precedente periodo, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno;

b) salvo quanto previsto dalla lett. a), in relazione ai delitti di cui agli artt. 575 c.p. e 589 c.p., commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno;

c) in relazione ai delitti di cui agli artt. 582 e 589, c. 3, c.p., commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, c. 2, per una durata non superiore a sei mesi.

Nell'ipotesi di condotte colpose poste in essere in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, dalle persone di cui alla lett. a) dell'art. 5, in deroga alla prescrizione di cui alla lett. c) art. 6, l'ente deve dimostrare che la

persona fisica ha commesso i delitti di cui alle lett. a), b) e c), agendo in volontaria violazione dei Modelli di organizzazione e gestione.

Nell'ipotesi di condotte poste in essere in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro dalle persone di cui alla lett. b) dell'art. 5, non si applica il primo comma dell'art. 7.”

BIBLIOGRAFIA

- ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti di violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e Sicurezza lavoro*, 2007;
- ALDROVANDI, *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Igiene e Sicurezza lavoro*, 8/2008;
- ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002;
- AMATO, *Le figure del processo di responsabilità derivante da violazioni antinfortunistiche*, in *Rivista* 231, 3/2008;
- AMATO, *Le novità normative in tema di “delega di funzioni”*, in *Cass. Pen.*, 2009;
- AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Giuffrè, 2008;
- ARENA, *Idoneità del modello e frode del soggetto apicale*, in *Rivista* 231, 2/2008;
- ASTROLOGO, *Brevi note sull’interesse ed il vantaggio nel d.lgs. 231/01*, in *Ind. Pen.*, 2003;
- ATTILI, *L’agente-modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasformazione?*, in *Riv. it. proc. Pen.*, 2006;
- BARTOLOMUCCI, *Gestione antinfortunistica e organizzazione special-preventiva: riflessioni propedeutiche alla delimitazione dei confini alla luce del novellato T.U. sicurezza*, in *Rivista* 231, 1/2010;
- BASSI-EPIDENIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006;
- BASTIA, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, in *Rivista* 231, 2/2008;
- BASTIA, *Imputazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV. *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003;
- BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell’udienza preliminare*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002;
- BERNASCONI, Sub Art. 5, in PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legis. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008;
- BERTINI, *Introduzione allo studio nei rischi nell’economia aziendale*, Milano, 1969;

BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in *I Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Padova, 2004;

BISACCI, Sub Art. 25 septies, in *La responsabilità degli enti*, a cura di PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, Padova, 2008;

BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1969;

BONATI, Sub Art. 25 septies, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI - CADOPPI - VENEZIANI, Utet, 2010;

BRICCHETTI - PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al diritto*, 2007, 35;

BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti, (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979;

CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002;

CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970;

CARDIA, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2/2008;

CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, 1/2006;

CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, Milano, 1936;

CERONI, *Il caso Thyssenkrupp – prime riflessioni sugli esiti interpretativi della sentenza della Corte di Assise di Torino, 15 aprile – 14 novembre 2011*, Relazione al convegno tenutosi a Bologna, 16 marzo 2012;

CERQUA, Sub. Art. 6, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI - CADOPPI – VENEZIANI, Utet, 2010;

COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2004;

CONSIGLIO, *Responsabilità giuridica delle persone giuridiche e principio di colpevolezza*, in *Rivista 231*, 2/2006;

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003;

COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2005;

CULOTTA - DI LECCE - CASTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, IV ed., Milano, 1996;

D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Rivista 231*, 2/2008;

DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Principi generali e criteri d'imputazione*, Bari, 2002;

DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1991, 107;

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002;

DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001;

DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie. Tecniche di controllo dell'impresa. Crisi ed innovazione del diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1995;

DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. Merito*, 2005;

DE SANTIS, *Profili penalistici del regime normativo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro introdotto dal d.lgs. 81/08*, in *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, 7/2008;

DE SIMONE, *La responsabilità cd. amministrativa degli enti nel d.lgs. 231/01: alcune riflessioni sui profili (sostanziali ma non solo) della nuova disciplina*, Relazione all'incontro sul tema *La responsabilità da reato degli enti*, Lecce 29.4.2005, in www.csm.it;

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. dir. pen. Econ.*, 2004;

DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002;

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. IV, Milano, 2008;

DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2001;

DI GERONIMO, *Il criterio di imputazione oggettiva del reato colposo all'ente: prime applicazioni giurisprudenziali e valorizzazione delle teoria organica*, in *Rivista* 231, 3/2010;

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV. *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/01*, a cura di LATTANZI, Milano, 2007;

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del terzo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1999;

DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Rivista* 231, 2/2008;

EPIDENIO - PIFFER, *Criteri di imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *Rivista* 231, 3/2008;

FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Cass. pen.* 2003, Suppl. 6;

FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. proc. Pen.*, 2001;

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001;

IORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Cass. Pen.*, 2003;

IORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano, 2006;

IORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988;

FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche; un esempio di "metamorfosi della sanzione penale?"*, in *Dir. pen. Proc.*, 2003;

FORZATI, *La delega di funzioni*, in AA.VV., *Diritto del lavoro*, VIII, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, a cura di RUSCIANO-NATULLO, Milano, 2007;

FRIGNANI-GROSSO-ROSSI, *I Modelli di Organizzazione previsti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *La società*, 2/2002;

GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1969;

GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino;

GALLO, *Colpa penale*, in *ED*, VII, Milano, 1960;

GARGANI, *Imputazione del reato all'ente collettivo e responsabilità dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002;

GARUTI, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *Rivista* 231, 3/2007;

GENNAI - TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2008;

GRANATA, *I nuovi reati non sono incompatibili con i profili di natura amministrativa*, in *Risarcimento e danno*, 2007, *Dossier Giurisprudenza*, novembre 2007, XIII;

GROSSO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2003;

GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, 2° ed., Roma, 2009;

GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale amministrativo interno dopo il d.lgs. 231/2001*, in *Studiorum iuris*, 2002;

GUERRERIO, *La valutazione giudiziale dell'efficacia esimente dei modelli organizzativi: criteri e problematichità legate ai reati a struttura colposa*, in *Rivista 231*, 2/2012;

GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006;

IELO, *Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/01*, in *Rivista 231*, 1/2006;

IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 2/2008;

LAGEARD - GEBBIA, *I soggetti penalmente responsabili in materia di sicurezza ed igiene del lavoro*, Milano, 2008;

LECIS, *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2/2010;

MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/01: una "truffa delle etichette" davvero innocua*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002;

MANCINI, *L'introduzione dell'art. 25 septies. Criticità e prospettive*, in *Rivista 231*, 2/2008;

MANNA, *La cosiddetta responsabilità amministrativa: il punto di vista di un penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003;

MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. II, 1988;

MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *La giustizia penale nella prospettiva internazionale. Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 8-10 ottobre 1999*, Milano, 2000;

MARINUCCI, *Societas puniri ipotest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2002;

MASIA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Rivista 231*, 3/2008;

MASIA, *RSSP (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione) e modello antinfortunistico, tra doverosità e facoltatività dell'agire prevenzionistico*, in *Rivista 231*, 2/2011;

MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2005;

MAZZERANGHI, *Modelli organizzativi in tema di sicurezza sul lavoro: come interpretare in modo organico le previsioni legislative*, in *Rivista* 231, 4/2009;

MAZZERANGHI-ROSSETTI, *La identificazione e gestione dei processi critici per la sicurezza, nel rispetto dei requisiti della OHSAS 18001:2007*, in *Rivista* 231, 1/2010;

MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto correttivo (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.com;

MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;

PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002;

PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di DE FRANCESCO, Torino, 2004;

PADULA, *L’archiviazione nel procedimento per gli “illeciti amministrativi dipendenti da reati” ascrivibili agli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005;

PAGLIARO-ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, 2006;

PALIERO, *Il d.lgs. 8.6.2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri ipotest)*, in *Corriere Giuridico*, 2001;

PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di PALAZZO, Padova 2003;

PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista* 231, 3/2006;

PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato*, Torino, 2006;

PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2002;

PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti. Alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli punitivi e prospettive di efficienza*, in *L’ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, in *Legislazione penale*, 2003;

PESCI, *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell’estensione alla sicurezza del lavoro del d.lgs. 231/01*, in *Cass. Pen.*, 2008;

PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. Proc.*, 2001;

PINI, *Innovazione, relazioni industriali e risultati d’impresa*, FRANCOANGELI, Milano, 2004;

PISANI, *Posizione di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia*, 2009;

PISTORELLI, *Principi generali*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA, Milano, 2007;

PULITANÒ, *Criteri di imputazione all'ente della responsabilità da reato*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di SPAGNOLO, Milano, 2007;

PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2002;

PULITANÒ, *La responsabilità degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. Pen.*, 2003, suppl. 6;

PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. D. Agg.*, VI, 2002;

REVERDITI, *I contratti di appalto e le responsabilità degli enti in materia di infortuni sul lavoro e reati ambientali*, Atti del convegno tenutosi a Torino, 26-27 settembre 2012;

REVERDITI, *La responsabilità degli enti: crocevia fra repressione e special prevenzione*, Napoli, 2009;

ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società, associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002;

ROMOLOTTI, *Modello organizzativo e sistemi di gestione per la sicurezza: alla ricerca di un coordinamento*, in *Rivista 231*, 4/2009;

RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma 30 novembre – 1° dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003;

ROSSI - GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/2001, art 30 d.lgs. 81/08 e modello di organizzazione gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *Rivista 231*, 2/2009;

ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/01): i soggetti responsabili*, in *Rivista 231*, 2/2008;

ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004;

RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti*, Torino, 2004;

SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004;

SANTORIELLO, *Attività imprenditoriali, servizi in affidamento esterno e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 2/2010;

SANTORIELLO, *La regola di giudizio nel processo agli enti collettivi: il criterio civilistico del "più probabile che no" o lo standard del processo penale dell' "oltre ogni ragionevole dubbio"?*, in *Rivista 231*, 1/2010;

SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Rivista 231*, 4/2011;

SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente*, in *Rivista 231*, 1/2008;

SALVATORE, *La delega di funzioni: significato e valenza del Modello Organizzativo alla luce del testo novellato dell'art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008*, in *Rivista 231*, 1/2010;

SELVAGGI, *L'interesse collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006

SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995;

STORTONI, *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, 30 novembre e 1 dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003;

STORTONI-TASSINARI, in *La responsabilità degli enti: di quale natura? quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006;

TIEDMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. proc. Pen.*, 1995;

TONANI, *L'art. 9 della legge 123/2007: la salute e sicurezza dei lavoratori entrano nel d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 3/2008;

TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001;

TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;

VACIAGO, *La responsabilità normativa degli enti: profili normativi*, in AA.VV. *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/01. Profili metodologici e soluzioni interpretative*, Milano, 2008;

VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985;

VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia*, 1998;

VENEZIANI, Sub Art. 5, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di GARUTI - CADOPPI - VENEZIANI, Utet, 2010;

VIGNOLI, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *Rivista 231*, 2/2006;

VIGNOLI, *Principio di affidamento ed attività d'impresa*, in *Rivista 231*, 4/2008;

VIGNOLI, *Societas puniri ipotest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004;

VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA-CASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004;

VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito*, in VINCIGUERRA – CERESA GASTALDO – ROSSI, *La responsabilità dell'ente per reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004;

VITALI – BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Riv. amm. soc. enti*, 4/2007;

VITALI, *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25 septies d.lgs. 231/01*, in *Rivista* 231, 2/2009;

VITARIELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2009;

VITARIELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010;

ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 2003, Suppl. al n. 6;

ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Rivista* 231, 4/2007;

ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2007;

ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e "responsabilità amministrativa" nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. Soc.*, 2005.