

La tutela penale
della sicurezza del lavoro
Luci e ombre del diritto vivente

a cura di

Guido Casaroli, Fausto Giunta, Roberto Guerrini,
Alessandro Melchionda



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Volume realizzato con il contributo del Ministero dell'Università
e della Ricerca nell'ambito del progetto di interesse nazionale (PRIN 2009)
dal titolo

“Il diritto penale del lavoro tra diritto vigente e prospettive di riforma nell'orizzonte europeo”
(coordinatore nazionale Prof. Fausto Giunta)

© Copyright 2015

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messagerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884674439-5

INDICE

<i>Prefazione</i>	11
-------------------	----

PARTE PRIMA

IL DEBITO DI SICUREZZA: LATITUDINE E DELEGABILITÀ

INTRODUZIONE A DUE VOCI

<i>Il debito di sicurezza sui luoghi di lavoro: brevi considerazioni sulla sua problematica latitudine</i>	
COSTANZA BERNASCONI	15

<i>Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni</i>	
CATERINA PAONESSA	35

INTERVENTI E RELAZIONI

<i>Adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizioni</i>	
FILIPPO BELLAGAMBA	65

<i>Precisazioni in materia di delega di funzioni</i>	
SALVATORE DOVERE	81

<i>Individuazione del datore di lavoro e delega di funzioni nelle società di capitali</i>	
DAVIDE PETRINI	85

<i>Qualche riflessione sul debito di sicurezza in materia antinfortunistica</i>	
PATRIZIA PICCIALLI	95

<i>L'art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro</i>	
ANTONIO VALLINI	111

GAETANO INSOLERA <i>Conclusioni</i>	117
--	-----

PARTE SECONDA
LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE DATORE DI LAVORO

INTRODUZIONE A DUE VOCI

<i>La problematica compatibilità tra i criteri generali di ascrizione della responsabilità agli enti e l'art. 25 septies d.lgs. n. 231/2001</i> DARIO GUIDI	123
<i>I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico: le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza</i> RICCARDO LOTTINI	151

INTERVENTI E RELAZIONI

<i>La responsabilità dell'ente nella recente esperienza giudiziaria</i> GIUSEPPE AMATO	179
<i>Note su infortuni sul lavoro e responsabilità autonoma dell'ente</i> CRISTINA DE MAGLIE	187
<i>Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato dell'ente</i> GIULIO DE SIMONE	193
<i>Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa</i> MARIA NOVELLA MASULLO	209
<i>Notazioni in materia di responsabilità da reato</i> PIETRO MOLINO	231
<i>L'omicidio colposo degli enti. L'esperienza italiana e quella inglese a confronto</i> NICCOLÒ VALIANI	237
<i>Conclusioni</i> GAETANO INSOLERA	283

PARTE TERZA
L'IMPUTAZIONE DELL'EVENTO

INTRODUZIONE A DUE VOCI

L'accertamento della causalità nell'ambito degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. Spunti per un dibattito
MARCO GROTTO 287

Malattie professionali ed infortuni sul lavoro: gli aspetti controversi del rimprovero colposo e doloso
CECILIA VALBONESI 305

INTERVENTI E RELAZIONI

L'imputazione colposa in materia antinfortunistica nella recente giurisprudenza di legittimità
CARLO BRUSCO 333

La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo
DARIO MICHELETTI 337

Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"
CARLO PIERGALLINI 377

La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro
NICOLA PISANI 391

Intervento conclusivo
DOMENICO PULITANÒ 429

PARTE QUARTA
L'ESPERIENZA SPAGNOLA

Questioni fondamentali riguardo al trattamento penale degli infortuni - sul lavoro Cuestiones fundamentales sobre el tratamiento penal de la siniestralidad laboral
OSCAR MORALES 447

- I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola -
Los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo en la legislación española*
CATY VIDALES RODRÍGUEZ 467
- La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento
penale spagnolo - La responsabilidad imprudente por los accidentes
en el trabajo en el ordenamento penal español*
JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC 485

MARIA NOVELLA MASULLO

RESPONSABILITÀ DELL'ENTE E REATI COLPOSI:
IL PROFILARSI DI UNA DIVERSA ESIGENZA IMPUTATIVA

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. Il punto di partenza: la regola dell'art. 5 del decreto adattata ai reati colposi. – 3. La prima questione “rilevante”: l'illecito dell'ente quale illecito plurisoggettivo. – 4. Il punto d'arrivo: la cooperazione (dell'ente) nel delitto colposo come modello di tipicità. – 5. La colpa dell'ente: i caratteri del tipo. – 6. La direzionalità cautelare del modello: la prevenzione del “rischio-reato”. – 7. Il carattere autonormato delle cautele previste nel modello organizzativo: profili di criticità. – 8. Le differenti tipologie di colpa di organizzazione. – 9. La colpa dell'ente e la “disorganizzazione della prevenzione” rimproverabile: l'esigenza di distinguere “come e perché”.

1. Il tema

L'occasione è il confronto sulle principali questioni che animano la tematica della responsabilità dell'ente¹ in relazione ai reati colposi di evento (di omicidio e lesioni personali gravi e gravissime realizzati nell'ambito dell'infortunistica lavorativa).

Considererò, per spunti, alcuni dei profili problematici emersi dalle relazioni ascoltate, partendo, secondo le cadenze tradizionali, da quelli relativi al piano oggettivo della responsabilità.

2. Il punto di partenza: la regola dell'art. 5 del decreto adattata ai reati colposi

Ricordata la ritenuta inconciliabilità della regola generale di imputazione oggettiva, di cui all'art. 5 del decreto n. 231 del 2001 (“*reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente*”), con la struttura tipica del reato colposo che in questo caso ne fa da presupposto, è noto come la giurisprudenza abbia sin da subito risolto la *contraddizione* con un adattamento interpretativo, riferendo il criterio normativo di ascrizione alla condotta colposa tenuta dal soggetto, anziché al fatto tipico nel suo complesso. Il che ha consentito, da un lato, di operare la traslazione della logica del profitto, altrimenti

¹ Il presente lavoro rappresenta la rielaborazione dell'intervento tenuto alla Tavola Rotonda su *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Certosa di Pontignano (Siena), 8 e 9 maggio 2014.

paradossale, dalla finalizzazione dell'evento (morte o lesioni) alla violazione della regola cautelare che connota la condotta e, dall'altro, di poter individuare un vantaggio per l'ente derivante dall'eventuale risparmio di spesa connesso all'abbattimento dei costi per la sicurezza ovvero dalla mancata interruzione del ciclo produttivo.

Ciò nondimeno, le letture giurisprudenziali, coese nell'interpretazione conservatrice dell'art. 5 (e dunque nell'obiettivo di salvarne l'applicabilità rispetto ai reati colposi), non appaiono altrettanto univoche nel passaggio successivo, in ordine ai contenuti normativi da assegnare ai requisiti dell'interesse e del vantaggio.

Il panorama spazia dalle definizioni più *estreme* che ne stemperano la *sostanza* fino quasi a prescindervi del tutto, accontentandosi perciò di verificare semplicemente l'assenza, nell'operato dell'agente, di una finalità personale ed esclusiva, a quelle che al contrario esigono la presenza di una condotta finalizzata all'ottenimento di benefici economici per l'ente, riducendone in tal modo sensibilmente l'area di corresponsabilità.

In quest'ultima prospettiva, per ora maggioritaria in giurisprudenza, che potremmo definire di *salvaguardia* del dato normativo, si giunge ad escludere la responsabilità dell'ente in tutte quelle ipotesi in cui il reato colposo sia dipeso da una scelta imperita, da una erronea valutazione dei rischi, da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie o ancora da un difetto di vigilanza e di controllo sull'osservanza delle cautele previste, per l'impossibilità di rinvenire in queste situazioni una condotta colposa tenuta nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

In sostanza, in tali eventualità si riassegna tutto il *peso* dell'infortunio alla sola sfera punitiva della responsabilità individuale; ogni qual volta cioè l'evento (morte o lesioni) sia derivato da matrici colpose non assistite dalla consapevolezza della violazione della regola cautelare, venendo meno la possibilità di finalizzare la condotta dell'agente all'ottenimento di possibili benefici economici per l'ente².

Ebbene, tale punto di arrivo – che, valorizzando i requisiti dell'interesse e del vantaggio anche rispetto ai reati colposi, ricava correlativamente ampi margini di *impunità* per l'ente – suscita forti perplessità per l'irragionevolezza dei risultati applicativi a cui conduce in termini di *immeritevole* esenzione da pena per l'ente.

Per rendersene conto è sufficiente riflettere sul fatto che anche a fronte di un gravissimo *deficit* organizzativo che, ove colmato, avrebbe potuto con certezza evitare l'infortunio del lavoratore, a decidere della responsabilità/irresponsabilità dell'ente sarà la presenza o la mancanza di consapevolezza in capo alla persona fisica di violare una regola cautelare o ancora la possibilità di attribuire un "costo" alla cautela omessa, suscettibile perciò di tradursi in un risparmio di spesa e dunque in un vantaggio per l'ente.

L'irrazionalità di tali ristretti confini di responsabilità per l'ente si coglie ancor più

² Le pronunce giurisprudenziali finora intervenute in materia sono consultabili su www.penalecontemporaneo.it.

nitidamente considerando che, in questo specifico ambito di criminalità, la diversa misura di colpevolezza riferibile alla persona fisica (colpa cosciente, incosciente o perfino dolo eventuale) appare del tutto svincolata dalla correlata, ma non corrispondente, rimproverabilità della persona giuridica, la quale si giustifica semplicemente accertando che l'infortunio sia stato il risultato, oltre che di una negligenza della persona fisica, di una pecca organizzativa imputabile all'ente.

In questo quadro, si fa spazio allora l'idea che in tale ambientazione di criminalità colposa ("da infortunistica lavorativa") sia possibile perfino prescindere dal valore imputativo/relazionale desumibile dall'art. 5, quale indispensabile punto di connessione tra il fatto della persona fisica e il fatto dell'ente, in quanto l'esigenza di *riconciliare* le rispettive *realità* – altrove indispensabile – risulta a ben vedere già assicurata per altra via.

3. La prima questione "rilevante": l'illecito dell'ente quale illecito plurisoggettivo

Per decidere del primo *step* dell'imputazione del fatto colposo all'ente, è opportuno tuttavia chiarire il profilo non marginale – ma per il momento quasi del tutto estromesso dalla valutazione giudiziale – relativo all'inquadramento del tipo d'illecito da attribuire all'ente stesso. Occorre decidere cioè *se* all'ente sia da imputare, *uti singuli*, il reato della persona fisica ovvero se ad esso debba essere attribuito quello *stesso fatto* sulla base del paradigma della responsabilità concorsuale; detto altrimenti: se si è in presenza di un illecito monosoggettivo o plurisoggettivo.

È evidente, infatti, che a seconda del *tipo* prescelto muti anche la funzione da assegnare all'art. 5 del decreto (*limitativa* piuttosto che *estensiva* della punibilità).

Fino ad oggi, si sa, ci si è interrogati per lo più sulla natura della responsabilità dell'ente; assai meno occupati ci si è occupati, pur quando si sia giunti a riconoscerne la natura penale, del successivo inquadramento di tale modello all'interno dei paradigmi del diritto di provenienza.

La dottrina dominante promuove, al di là dell'etichetta, l'estensione a questo nuovo modello punitivo delle garanzie proprie della responsabilità penale, tra cui *in primis* quelle connesse al rispetto del principio di personalità³. Vi è, però, la necessità di spingersi oltre, perfezionando l'integrazione del modello non solo con i principi, ma

³ Si interrogano, tra gli altri, sulla compatibilità del nuovo modello punitivo con l'art. 27 Cost. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa delle persone giuridiche"*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, p. 17 ss. e GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di G. De Francesco, cit., p. 38, per il quale si potrebbe pensare a rileggere l'art. 27 Cost. quale "necessaria subordinazione della penalità all'evitabilità dell'illecito penale". Resta fedele alla qualificazione della responsabilità come amministrativa, con la conseguente non necessità di adeguarsi allo statuto, tipicamente penale, dell'art. 27 Cost., M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili penali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 397.

anche con gli istituti e la dogmatica del diritto penale. Una soluzione, quella dell'inclusione nel penale, da preferire, sia perché utile a colmare eventuali lacune normative, lasciando altrimenti l'interprete in balia dell'indefinito *altro* o *tertium genus*, sia perché si offre in tal modo al giudice competente ad accertare la responsabilità dell'ente il vantaggio di potersi muovere con strumenti noti e rodati.

Il riconoscimento della natura penale della responsabilità non esaurisce, tuttavia, come detto, ogni questione. L'assimilazione dell'illecito dell'ente ad un illecito penale determina la necessità di individuarne anche l'esatta tipologia (monosoggettiva o plurisoggettiva), da ciò dipendendo in realtà la funzione imputativa da assegnare all'art. 5 del decreto e conseguentemente lo stesso margine di punibilità da riservare all'ente.

Il riconoscimento del tipo decide altresì a quali strumenti dogmatici e a quali istituti penalistici doversi riferire in chiave di ricostruzione della responsabilità.

Tra le due opzioni prospettate appare più convincente ritenere che ci si trovi innanzi ad una "fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato. Concorso sì, ma necessario solo dal lato dell'ente; in virtù della richiesta, sotto il profilo oggettivo, di un doppio legame funzionale/finalistico di entrambi i soggetti destinatari della norma complessa; al di fuori di queste coordinate punitive vive solo la responsabilità individuale"⁴.

Gli argomenti a supporto della costruzione in chiave plurisoggettiva ruotano essenzialmente attorno all'assenza nel tessuto normativo del decreto n. 231 di una *condotta*

⁴ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1534. L'Autore fa notare come, per questa via, si risolverebbe anche la diversa questione dell'unità o pluralità di illeciti, nel senso di individuare un solo reato in cui *insieme* concorrono, secondo la logica della accessorialità e con criteri di imputazione diversi, la *societas* e la persona fisica. *Contra*, tra i primi, MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina della responsabilità degli enti collettivi. La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno di Firenze 15-16 marzo 2002, a cura di Palazzo, Padova, 2003, p. 227 ss., che si mostra preoccupato delle conseguenze di questo genere di ricostruzione sui delitti aggravati dall'evento, nei quali l'evento ulteriore verrebbe addebitato all'ente sulla base della mera comunicabilità delle circostanze prescindendo dai criteri di ascrizione (p. 232); vedi altresì ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1016 ss., per una ricostruzione delle varie opinioni sul punto. La tesi del concorso sembra avvalorata anche dalla giurisprudenza dalle Sezioni Unite, nella pronuncia del 27 marzo 2008, n. 7, sul caso Impregilo, dove si è testualmente affermato: "la responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato 'a vantaggio' o 'nell'interesse' del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una *convergenza di responsabilità*, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato fatto di entrambe, per entrambe anti giuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica *si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale*. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8, D. lgs. n. 231), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro di tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto fisico qualificato".

riferibile in senso tecnico all'ente, in quanto è indubbio che essa non possa essere individuata “*nell'aver interesse o nell'aver tratto vantaggio da una attività da altri commessa*”; sicché, a voler ragionare a tutti i costi nell'ambito dell'illecito monosoggettivo, il fatto tipico dell'ente va recuperato totalmente sul piano dei contenuti omissivi della colpa di organizzazione, ossia sul piano della mancata previsione di cautele doverose. Anche così intesa la condotta dell'ente, la costruzione in chiave monosoggettiva sembra barcollare, considerando che, nel caso di reato commesso dagli apicali, nemmeno l'adozione di un modello organizzativo idoneo mette al riparo l'ente dalla responsabilità, essendo quest'ultimo chiamato comunque a rispondere (pur senza aver posto in essere l'omissione *tipica* a lui riferibile) se *altri* abbiano eluso *non fraudolentemente*⁵ il modello ovvero non abbiano sufficientemente vigilato sulla sua osservanza.

3.1. I criteri dell'interesse e vantaggio riletti come “elementi di prova” della partecipazione concorsuale dell'ente

Più coerente appare allora ragionare nell'ottica dell'illecito plurisoggettivo, rispetto alla quale – per tornare al tema principale – il ruolo dell'art. 5 si semplifica molto, potendosi ad esso riconoscere la medesima funzione incriminatrice svolta dall'art. 110 c.p. in ambito individuale, al fine di assicurare la ricongiunzione, in chiave partecipativa, del fatto dell'ente a quello della persona fisica.

In questa diversa *sedes materiae*, il legislatore ne esplicita i termini di rilevanza. *L'aver agito nell'interesse* dell'ente svelerebbe cioè l'esistenza di una relazione di concorso tra l'ente e la persona fisica che ha commesso *materialmente* il reato; in presenza di questo nesso finalistico può dirsi che l'ente abbia partecipato al fatto-reato *moralmente*, ossia con un proprio processo decisionale.

Al criterio del *vantaggio* andrebbe riservata una valenza sussidiaria: l'altro modo, al di fuori di una politica d'impresa manifesta, di individuare la partecipazione decisionale dell'ente, anche solo in termini di connivenza o di accettazione del rischio (utile anche laddove ci si trovi innanzi a un processo decisionale decentrato o frammentato tipico delle organizzazioni complesse). Un criterio di prova, quello del vantaggio, essenzialmente destinato, recuperando lo spunto contenuto nella relazione ministeriale, ad operare *ex post*, oggettivando in termini di profitto per l'ente la presenza *ex ante* di un agire nel suo interesse. Un criterio, però, con valenza sussidiaria e *servente*, destinato a perdere di significatività (in quanto evidentemente *accidentale* e non più da imputare ad una reale partecipazione dell'ente nel *reato*), laddove fosse, per altra via, dimostrata l'assenza di un *cointeresse* dell'ente nella realizzazione del fatto reato (nel caso, cioè, di un agire criminale nell'interesse esclusivo della persona fisica).

⁵ Sul tema, vedi la recente indagine di A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità del reato degli enti*, Padova, 2013.

3.2. *Le diverse forme di partecipazione dell'ente nel reato doloso della persona fisica*

L'ente, traslando ancora una volta le categorie penalistiche, potrà poi concorrere con dolo o con colpa nel reato doloso della persona fisica.

In caso di partecipazione dolosa, il contributo dell'ente potrà essere *di tipo attivo* (fatto commesso su direttiva dell'ente: si pensi ad un falso in bilancio pianificato) o, più comunemente, *di tipo omissivo* (mancato impedimento del rischio-reato, nell'ipotesi in cui ad esempio l'ente, pur essendosi rappresentato tale rischio, ometta di stabilire nel modello organizzativo misure atte a prevenirlo ovvero ometta di adottare *in toto* il modello).

In caso di partecipazione colposa al reato doloso della persona fisica, la forma consueta sarà quella dell'agevolazione di un fatto doloso e sarà (principalmente) di tipo omissivo: l'ente cioè sarà chiamato a rispondere per non avere impedito il reato doloso per colpa (di organizzazione), derivante dal non aver predisposto un modello di organizzazione e gestione, *ex ante* idoneo all'impedimento del rischio-reato che si è poi realizzato, o dal non averlo efficacemente attuato, ad esempio *non essendosi organizzato* per assicurare un'adeguata vigilanza sull'osservanza delle procedure previste (purché il rischio-reato fosse, per la sua organizzazione, prevedibile ed evitabile).

3.3. *L'inutilità in chiave di "incriminazione concorsuale" dell'ente della coppia concettuale interesse/vantaggio in riferimento ai reati colposi*

Rientrando nella specifica materia colposa, oggetto delle nostre odierne considerazioni, deve osservarsi come i criteri dell'interesse e del vantaggio, così intesi, perdano invece di coerenza complessiva, allorquando ci si allontani dalla sfera dei *reati decisione* e ci si imbatta nei c.d. *reati-attività*; quelli che, per dirla con la dottrina, "si situano nel cono d'ombra del *rischio d'impresa*"⁶.

Come si diceva, tali criteri mal si coniugano (almeno nella maggior parte delle combinazioni interpretative possibili) con l'area di corresponsabilità da riservare all'ente, che sembra, almeno alla luce dell'ultima giurisprudenza, venirne fuori in qualche modo *mutilata*.

Fino ad oggi ci si è mossi, in realtà, perseguendo (più o meno consapevolmente) l'obiettivo di attribuire all'ente *uti singuli* il fatto colposo commesso dalla persona fisica, assecondando le cadenze imputative paradigmatiche dell'illecito monosoggettivo.

La (problematica) ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di tassatività e di repressione è invece agevolata, ragionando nell'ottica prescelta della responsabilità concorsuale.

Rispetto ai reati colposi appartenenti alla tipologia di quelli che vengono in discus-

⁶ L'espressione è in PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, D. lgs. 231: 10 anni di esperienze, in *Le società*, Anno XXX, p. 52.

sione, infatti, tanto la posizione (doppiamente) qualificata rivestita dal soggetto agente, quanto gli obblighi prevenzionistici dei quali è chiamato a farsi carico (e rispetto alla cui violazione sorge la responsabilità colposa individuale) cadono su un terreno già *ab origine* condiviso dall'ente.

Per convincersene, è sufficiente ripensare alla qualificazione normativa di *datore di lavoro* (“*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*”) e, prima ancora, a quella di *imprenditore* (che può essere indifferentemente la persona fisica o l'ente), rispetto all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

In questa diversa dimensione partecipativa, allora, la funzione di incriminazione assegnata all'art. 5 diviene in qualche modo superflua, giacché l'esigenza di *ricongiungere* il fatto della persona fisica a quello dell'ente risulta ampiamente soddisfatta dalla trama della disciplina *extrapenale* di riferimento, che, come detto, ha già provveduto ad istituire entrambi (il *datore di lavoro* come persona fisica e l'ente in quanto organizzazione) garanti e responsabili della sicurezza sul lavoro.

Ecco perché l'aggiunta di criteri ulteriori per provare la partecipazione dell'ente, quali la necessità che il reato colposo sia commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, può perfino creare distonie nel sistema: l'attività di base – *lecita, pericolosa e regolamentata* – da cui per colpa può derivare l'evento è attribuibile *istituzionalmente* “anche” all'ente, senza che vi sia necessità di fare ricorso ad alcuna traslazione oggettiva del fatto-reato dal piano della persona fisica a quello dell'ente, ricercando, come nei reati dolosi, la presenza di un interesse o di un vantaggio che ne comprovi il coinvolgimento.

4. Il punto d'arrivo: la cooperazione (dell'ente) nel delitto colposo come modello di tipicità

Continuando a procedere per assimilazioni con i paradigmi del diritto penale *classico*, nel caso dei reati colposi di evento si può provare a riconsiderare la tipicità dell'illecito dell'ente nell'alveo della cooperazione nel delitto colposo *ex art. 113 c.p.*

Dal lato dell'ente, sembrerebbero ricorrere tutti i requisiti costitutivi per poterne affermare a tale titolo la corresponsabilità. Sussiste, di certo, la base concettuale della cooperazione individuata nel nesso di tipo *psicologico* ossia nella consapevolezza “*dell'altrui condotta*”: in tale particolare contesto il requisito sarebbe assicurato proprio dall'esistenza in capo al datore di lavoro di una posizione di garanzia stabilita dalla legge, a cui sono connessi determinati obblighi di agire in materia di prevenzione e di sicurezza sul lavoro; “*condotta doverosa altrui*” della quale l'ente, dal punto di vista organizzativo, non può che avere piena ed istituzionale consapevolezza.

Quanto all'ulteriore variante della consapevolezza "dell'altrui condotta colposa", la giurisprudenza di legittimità ha di recente osservato come la consapevolezza del carattere colposo dell'agire altrui non sia richiesta *in tutti quei casi in cui il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio*⁷: a riprova di come l'attività rischiosa di base sia già condivisa dall'ente, in quanto organizzazione.

Sarà perciò sufficiente provare, per ritenere soddisfatta l'esigenza imputativa a carico dell'ente: a) la consapevolezza dell'altrui condotta; b) una organizzazione colposa con valore almeno concausale rispetto al fatto tipico colposo di omicidio o di lesioni realizzato dalla persona fisica.

Ci si avvede allora immediatamente di come, per questa via, finisca per tramontare l'idea di dover rinvenire a tutti i costi una lettura compromissoria che assicuri la compatibilità dei criteri dell'interesse o del vantaggio, selezionando le sole forme di inosservanze colpose della persona fisica finalizzate all'ottenimento di un beneficio per l'ente; ciò in quanto qualunque tipologia di colpa individuale – perfino una colposa sottovalutazione dei rischi per imperizia che non abbia comportato alcun vantaggio in termini economici – per il solo fatto di insistere all'interno del perimetro dell'attività lavorativa sarebbe ascrivibile (oggettivamente) anche all'ente, in quanto appunto "attività svolta nel suo interesse".

Per completare il quadro: una volta caduto, con il decreto n. 231, il dogma dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti, la colpevolezza dell'ente potrà manifestarsi anche in questo caso, oltre che nella comune forma dell'agevolazione colposa, in una partecipazione dolosa al fatto colposo della persona fisica (è l'ipotesi, di certo meno frequente, di un'organizzazione dolosamente preordinata al mancato adeguamento alla normativa antinfortunistica).

4.1. *La conclusione in breve: l'inapplicabilità dell'art. 5 ai reati colposi in materia antinfortunistica*

Per decidere sul primo binario della responsabilità dell'ente, va detto allora che se si concorda sull'inquadrabilità dell'illecito dell'ente all'interno del paradigma dell'illecito plurisoggettivo (e in questo caso della *cooperazione nel delitto* colposo), la funzione da assegnare all'art. 5 del decreto consisterà nel ricongiungere, in chiave di partecipazione punibile, il fatto dell'ente a quello della persona fisica che ha materialmente realizzato il *reato presupposto*.

La soluzione consente per i c.d. reati attività di prescindere, in sede applicativa, dalla necessità del riscontro dei criteri dell'interesse e del vantaggio, in quanto l'inclu-

⁷ Cass., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1786, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2210, con nota di CANTAGALLI, *Il riconoscimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. ed il concetto di "interazione prudente" quale fondamento e limite della colpa di cooperazione*.

sione dell'ente tra i soggetti responsabili sarebbe possibile semplicemente muovendosi all'interno dell'area di tipicità dell'art. 113 c.p.

Tale inquadramento ricostruttivo permetterebbe inoltre già oggi – senza correre rischi di creare immeritevoli aree di impunità – di anticipare quanto, in termini di scelta imputativa, si auspica possa avvenire domani ad opera del legislatore, stabilendo che l'ente risponda del reato colposo se realizzato nell'*ambito di un'attività* svolta nel suo interesse.

5. La colpa dell'ente: i caratteri del tipo

Passando a considerare gli aspetti *soggettivi* della responsabilità dell'ente, l'ambito tematico si presenta ancor più denso di risvolti problematici, su più livelli.

Innanzitutto occorre proiettarsi oltre la realtà criminologica attuale, considerando che l'eventualità dell'ente *totalmente disorganizzato* (privo cioè di un modello o dotato di un modello solo cartolare) dovrebbe, se pur gradualmente, lasciare il passo alla differente tipologia dell'ente *male organizzato*, per sua colpa, consistente nell'aver adottato un modello giudicato inidoneo a prevenire i reati della specie di quello in concreto verificatosi ovvero nell'averlo inefficacemente attuato.

Se ciò è vero, le specifiche questioni finora sorte in ordine alla responsabilità dell'ente appaiono destinate fatalmente a cambiare rotta, passando dal versante dei criteri oggettivi di imputazione a quello dei criteri soggettivi e costringendo il giudice penale a misurarsi *realmente* con la valutazione giudiziale della loro idoneità.

È in questa prospettiva, dell'ente *male organizzato*, che si colgono gli spunti di maggior interesse per comprendere la reale *distribuzione di colpe* tra persona fisica ed ente; confine attorno a cui provare a (ri)costruire utilmente l'essenza della colpa di organizzazione, sia per quel che riguarda l'attività di valutazione dei rischi che è l'ente tenuto a compiere, sia per quel che concerne il tipo di regole cautelari che lo stesso ha il compito di autonomare.

Su questo sfondo si intrecciano molte delle questioni ancora aperte sulla obbligatorietà dei modelli, sulla possibile coincidenza tra presidi cautelari della normativa antinfortunistica e procedure comportamentali dei modelli organizzativi, oltre che sulla scelta dei parametri da utilizzare in sede di giudizio sull'idoneità dei modelli.

6. La direzionalità cautelare del modello: la prevenzione del “rischio-reato”

Per vagliare le specifiche diramazioni tematiche, è necessario, nel percorso di individuazione degli elementi costitutivi della colpa dell'ente, recuperare le direttrici della sua responsabilità contenute nelle poche indicazioni ricavabili dal piano normativo.

Il decreto, agli artt. 6 e 7⁸, non indirizza sui contenuti cautelari del modello di organizzazione e gestione, limitandosi a tratteggiare semplicemente i *capitoli* che lo dovranno comporre; tuttavia non si può prescindere dalle pur poche note di tipicità descritte nel tessuto normativo per delineare i tratti della colpa dell'ente e provare così a differenziarla dalla colpa individuale.

Una delle poche indicazioni certe sui caratteri da riferire al tipo colposo dell'ente riguarda proprio la descrizione del risultato a cui deve tendere il modello di organizzazione e gestione: la prevenzione del *rischio-reato*.

Lo si desume da vari indicatori contenuti all'art. 6 del decreto. In particolare, al comma 1, lett. *a*) tra i requisiti necessari, per poter beneficiare dell'esonero dalla responsabilità, si richiede l'adozione di modelli di organizzazione e gestione "idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi"; al comma, 2, lett. *b*) nel delineare i contenuti generali dei modelli, si pretendono "specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"; ed infine, al comma 3, si determina la materia del possibile vaglio ministeriale sui codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria, precisandola nell'"idoneità dei modelli a prevenire i reati".

La direzionalità cautelare del modello, che parrebbe inequivocabile già nelle parole della legge, ha trovato poi espresso e motivato riconoscimento nella giurisprudenza, laddove si è specificato come sia "il reato *l'evento da evitare*: non il diverso evento – naturalistico – dedotto nei reati colposi [...] in tutti e tre i commi dell'art. 25 *septies*", sicché "l'ente risponde del *reato commesso*, così come ne risponde l'autore, ma non in forza dei medesimi indici: l'autore ne risponde perché l'ha *commesso*; l'ente ne risponde perché non si è attivato per *prevederlo* e *prevenirlo* e con ciò ha consentito che l'autore lo commettesse"¹⁰.

Anche la letteratura penalistica, impegnata a delineare la *paradigmatica dell'autocontrollo penale*¹¹, ritiene che l'ente sia gravato da un dovere di autorganizzazione rivolto proprio alla prevenzione del rischio-reato, da intendersi come *rischio normativo*, che si traduce principalmente nella predisposizione di modelli di organizzazione e

⁸ In relazione ai contenuti del modello di organizzazione e gestione idoneo, se efficacemente attuato, ad escludere l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, l'art. 7, al comma 3, richiede "*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente le situazioni di rischio*" (corsivo nostro).

⁹ La circostanza è replicata all'art. 7, comma 2, che si riferisce al reato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza.

¹⁰ Trib. Milano, Gip., 8 marzo 2012, Giud. Salemme, in *Resp. civ. e pen.*, n. 4, 2012, p. 7. La pronuncia si dimostra di un certo interesse perché definisce espressamente la responsabilità dell'ente quale responsabilità di organizzazione per un reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio e conclude pertanto sulla necessità di categorizzarla autonomamente, declinandola in tre *species* (responsabilità di programmazione e pianificazione; responsabilità di gestione e responsabilità di controllo e vigilanza).

¹¹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2056.

gestione, attorno ai quali, come è noto, si costruisce la tipicità oggettiva della colpa di organizzazione.

6.1. *Il rischio-reato in action quale evento su cui organizzare la prevenzione*

Da ciò è possibile ricavare una prima peculiarità sull'ampiezza dello spettro cautelare delle regole che rilevano ai fini della colpa dell'ente.

La sussistenza della colpa di organizzazione si rivelerà permeabile agli esiti interpretativi della giurisprudenza circa il confine da attribuire alla colpa individuale del datore di lavoro; confine *mobile* che è destinato a riflettersi sull'ampiezza del rischio-reato quale oggetto dell'obbligo di impedimento da parte dell'ente.

Nell'incontro odierno sono stati messi in luce i vari punti di crisi della colpa del datore di lavoro rispetto ai canoni ortodossi della categoria e ciò offre la reale dimensione del rischio-reato che l'ente è chiamato a dover fronteggiare e sul quale, pertanto, occorrerà costruire e misurare i margini della sua colpevolezza¹².

La colpa organizzativa dovrà così fisiologicamente rapportarsi ad un evento-reato *variabile* al variare della prassi; il che comporta innanzitutto la necessità che nella preliminare attività di ricognizione delle aree a rischio (la c.d. mappatura), anch'essa espressamente richiesta dalla legge (art. 6, comma 2, lett. *a*), l'ente tenga nella dovuta considerazione, in questo settore più che in altri, i risultati del diritto vivente. Quanto più è da ritenersi ampia la sfera di diligenza riconosciuta al datore di lavoro, tanto più sarà da ritenersi estesa la possibilità per l'ente di incorrere in una responsabilità per colpa (di organizzazione) per non aver impedito il reato commesso e ancor maggiore risulterà, al termine di tale valutazione, la corrispondente area di rischio-reato in relazione al quale dover organizzare un'efficace attività di prevenzione.

Appare evidente, pertanto, come tutte le questioni *aperte* in tema di responsabilità individuale – relative, ad esempio, al tipo di regole cautelari da porre alla base del giudizio di rimproverabilità per colpa del datore di lavoro, alla valenza dell'art. 2087 c.c. quale fonte diretta della regola cautelare violata, agli spazi di rilevanza del concorso colposo del lavoratore – finiscano per riverberarsi sull'ente, con esiti forse ancor più penalizzanti rispetto a quanto avviene in quella sede, in termini di estensione della responsabilità.

La questione si complica ulteriormente, rendendo il compito preventivo assegnato all'ente ancor più gravoso e meritevole di approfondimento, laddove ci si sposti, infine, sul terreno, assai meno stabile, delle colpa del datore di lavoro legata all'insorgenza di malattie professionali o, più in generale, al malgoverno di rischi insorti in contesti di incertezza scientifica.

¹² Sul punto, sia consentito rinviare a MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2013, p. 157 ss.

6.2. *La natura colposa e omissiva dei reati da prevenire come possibile fattore di destabilizzazione del tipo “colpa di organizzazione”*

Una seconda peculiarità da considerare in questo settore nella costruzione della colpevolezza dell'ente riguarda la tipologia dei reati da prevenire.

A questo proposito va osservato come, rispetto alle ipotesi delittuose di cui all'art. 25 *septies*, l'obbligo di prevenzione del rischio-reato, normalmente assegnato all'ente, registri una fondamentale differenza.

Infatti, mentre in relazione alla tipologia dei reati dolosi di azione l'ente è chiamato a rispondere per non essersi adeguatamente ed efficacemente organizzato per impedire un “agire” doloso altrui, nel caso dei reati colposi in materia antinfortunistica è rimproverato, tranne sporadiche eccezioni, per non aver predisposto un apparato organizzativo idoneo ad impedire un “omettere” colposo altrui.

Fino ad oggi, nell'analisi della responsabilità dell'ente collegata ai delitti di cui all'art. 25 *septies*, si è principalmente discusso dell'aspetto di novità, più vistoso, associato alla loro natura colposa; circostanza questa che ha reso necessario ripensare il sistema, nato sotto il segno dei delitti dolosi, al fine di renderlo *compatibile* con la diversa tipicità. Non ci si è invece adeguatamente soffermati sulla natura prevalentemente omissiva dei reati ascritti al datore di lavoro; peculiarità che va ad incidere anch'essa in maniera significativa sul piano della correlata responsabilità dell'ente, obbligandolo a modellare diversamente l'obbligo di prevenzione del rischio-reato.

In quest'ottica, se si pensa all'“organizzazione della prevenzione” richiesta all'ente, ci si accorge subito di come sia in astratto più facile¹³ immaginare, mediante la creazione di protocolli comportamentali volti a proceduralizzare determinate attività, di poter arginare condotte criminose di tipo attivo, le quali per esternarsi hanno bisogno di violare appunto quei protocolli o quelle cautele, piuttosto che condotte criminose di tipo omissivo, che si risolvono invece nell'inosservanza di obblighi cautelari di *facere* altrove previsti.

Così posta la questione, sembrerebbe allora che l'unica regola organizzativa capace di impedire o di contenere il rischio di un'omissione (colposa) altrui – e dunque *ex ante* idonea a prevenirlo – consista nell'obbligo di rafforzare il momento del controllo, al fine di verificare che altri stiano agendo nel senso richiesto dall'ordinamento.

Si vuol dire, in sostanza, che, considerato in astratto, l'obbligo per l'ente di impedire un'omissione sembrerebbe non potersi esplicare altrimenti che implementando la vigilanza sull'altrui rispetto degli obblighi di agire, ad esempio predisponendo cautele di natura organizzativa e procedurali (flussi informativi o sistemi incrociati di controllo tra garanti). Il che può funzionare, in un'ottica preventiva, nei casi in cui l'infortunio sia il risultato del mancato adeguamento, per colpa, alle misure preventive predisposte:

¹³ Al di là delle maggiori difficoltà riscontrabili *a monte* dovute all'assenza, per la prevenzione dei reati dolosi, di una qualunque base cautelare positivizzata, da cui poter mutuare le relative cautele.

L'“assicurazione della sicurezza” passa necessariamente dall'organizzazione di un *surplus* di monitoraggio dell'attività considerata a rischio-reato. Non più così, invece, se si sposta l'attenzione verso *omissioni* legate al mancato rispetto di obblighi prevenzionali di tipo organizzativo-gestionale oppure di obblighi costruiti attorno a cautele generali o dai contenuti elastici, rispetto ai quali il permanere di uno spazio di discrezionalità in capo ai soggetti garanti sul *come* o *quando* agire, per eliminare o minimizzare il rischio, non consente di ridurli *ex ante* entro rigidi schemi comportamentali, su cui poter poi organizzare in modo efficace il controllo sull'osservanza.

In altri termini, e provando ad esemplificare, se è indubbio che la previsione nel modello di una trasparente gestione delle risorse finanziarie, attraverso la creazione di un sistema vincolato di contabilizzazione e fatturazione, sia una cautela organizzativa idonea a prevenire (o quantomeno a minimizzare) il rischio che i soggetti apicali commettano corruzioni, per la difficoltà di reperire la necessaria provvista, non appare altrettanto agevole immaginare come possa l'ente, tramite la sua organizzazione, operare virtuosamente per impedire che il datore di lavoro ometta di valutare un rischio ovvero non si adegui al massimo della sicurezza tecnologicamente possibile o fattibile, se a causa di ciò si verifici poi un infortunio (fatta eccezione per la possibilità di predisporre delle regole organizzative volte a pianificare le decisioni sugli investimenti della sicurezza).

Semberebbe non esservi altro modo per l'ente di adoperarsi virtuosamente se non quello di attrarre su di sé, e sulla propria organizzazione, obblighi che, pur normativamente attribuiti in via primaria al datore di lavoro, svelino, per i loro stessi contenuti, l'attitudine ad essere assolti, anche e (forse) meglio, per il tramite di una struttura complessa e organizzata, coinvolgendo così l'ente *direttamente* al fianco del garante persona fisica nella prevenzione del rischio-infortunio.

6.3. *Il modello di organizzazione e gestione quale piattaforma delle regole cautelari: la fase della mappatura dei rischi*

Come è noto, il decreto richiede anche, e preliminarmente, che l'ente svolga la c.d. *mappatura dei rischi*. Di tale ricognizione delle attività a rischio-reato dovrebbe restare traccia nel modello, sede in cui si *formalizza* ciò che l'ente ha previsto, responsabilizzando quest'ultimo anche in ordine alla sua corrispondenza con quanto fosse al tempo prevedibile.

Il requisito, pur timidamente espresso, offre un'importante indicazione di metodo per la valutazione della colpa dell'ente, dapprima sotto il profilo della prevedibilità del rischio-reato e, successivamente, della sua evitabilità, nel caso in cui non sia stata prevista nel modello alcuna corrispondente regola cautelare volta (quantomeno) a contenere il rischio mappato.

In questa attività preliminare, l'ente dovrà non soltanto fare riferimento alla pre-

gressa esperienza in tema di infortuni sul lavoro, ma anche aprirsi alle altrui *esperienze negative* (magari selezionate sulla base di enti operanti nel medesimo settore) attraverso, come detto, l'analisi della giurisprudenza più recente in tema di infortunistica lavorativa.

La richiesta normativa di effettuare la mappatura dei rischi ha fatto sorgere la questione della creazione di possibili aree di intersezione tra i contenuti del modello di organizzazione e gestione e quelli del documento di valutazione dei rischi, di cui all'art. 29 del testo unico sulla sicurezza.

Del resto, una parziale sovrapposibilità dei due documenti sembrerebbe non potersi negare: è chiaro che, ai fini di un'efficace organizzazione della sicurezza sul lavoro, l'attività di ricognizione delle attività al cui interno può annidarsi il rischio-reato, che l'ente è tenuto a compiere e a formalizzare nel modello, non potrà certo *ignorare* quanto già emerso in sede di elaborazione del documento di valutazione dei rischi. Quest'ultimo diviene, perciò, in questo diverso contesto prevenzionale, il punto di partenza obbligato per la successiva valutazione del rischio-reato, verso il cui impedimento l'ente dovrà dirigere la sua organizzazione.

Si è parlato così di cautele di secondo grado o, ancora, di un modello in gran parte già eteronormato¹⁴; tenendo a mente, però, che, pur a fronte di una possibile "sovrapposizione contenutistica dei due piani", ciò che rende comunque autonoma la colpa di organizzazione dell'ente è la non "sovrapposizione teleologica" dei due modelli di prevenzione (del testo unico n. 81/2008 e del decreto n. 231/01).

Il mutamento di prospettiva nella prevenzione del rischio (dall'*infortunio* al *reato*) impone, infatti, all'ente di andare *oltre*, non potendo limitarsi a *rinforzare* l'osservanza delle cautele già previste dalla legge o autonormate dal datore di lavoro per contenere il rischio di infortuni¹⁵ – ad esempio prevedendo presidi ulteriori o nuovi livelli di controllo atti a smascherare le eventuali non conformità –, ma essendo obbligato ad un intervento *supplementare* per impedire il rischio-reato, se del caso implementando i doveri di conoscenza su determinati rischi o sul loro reale livello, sì da rilevare (e correggere) tempestivamente eventuali carenze nella valutazione operata dal datore di lavoro.

Del resto, in giurisprudenza la colpa individuale è assai spesso affidata ad un rimprovero "per omessa valutazione del rischio", così come l'ampiezza della diligenza rimproverabile non si esaurisce quasi mai nel rispetto delle sole cautele positivizzate (la cui inosservanza dà luogo alla colpa specifica), estendendosi fino alla soglia della colpa

¹⁴ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., p. 2088, per il quale le cautele funzionali allo scopo in questo settore "sono quelle contenute nei testi legislativi di riferimento: dunque, il terreno in cui il modelli affonda le radici è propriamente quello – già noto ed ampiamente sperimentato della colpa specifica".

¹⁵ In questo modo, si realizzerebbe un duplice livello di autonormazione, rendendo ancora più manifesto l'attuale contesto di crisi di legalità. Per questa lettura dell'autonormazione, SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1200, per il quale "il cittadino è indotto a produrre certezza ed a recuperare tramite formazioni secondarie e settoriali quel livello di prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare".

generica, attraverso l'uso giudiziale, in veste di matrici colpose, di clausole generali e dai contenuti elastici quali l'art. 2087 c.c.

Su questo rischio-reato *aperto*, è indubbio che l'ente sia chiamato ad un compito organizzativo del tutto nuovo e privo di parametri a cui poter affidare il successivo giudizio di idoneità del modello da parte della giurisprudenza.

7. Il carattere autonormato delle cautele previste nel modello organizzativo: profili di criticità

Altro capitolo del tema “colpa dell'ente” su cui occorrerebbe riflettere, in una logica di sistema, riguarda la seconda direttiva contenutistica, prevista all'art. 6, comma 2, lett. b) del decreto, ossia la richiesta di prevedere “specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni in relazione ai reati da prevenire”.

Si tratta del carattere autonormato dei protocolli comportamentali contenuti nel modello di organizzazione e gestione; carattere dal quale è possibile enucleare, in questo specifico settore, un ulteriore profilo di identità (e criticità) tra la colpa dell'ente e quella della persona fisica.

Il carattere autonormato delle regole cautelari può infatti generare nel giudicante una sorta di *diffidenza*, essendo in fondo gli stessi destinatari dell'illecito (penale o amministrativo), e soprattutto delle sanzioni ad esso connesse, a dover prevedere le possibili *fonti* della loro colpa.

La giurisprudenza potrebbe cioè farsi influenzare dall'idea che, in questo spazio di *autonomia regolamentare*, l'ente possa avere volutamente lasciato *zone franche* alla sua organizzazione (e alla sua libertà d'impresa) per *consentire* ai suoi organi di agire *indisturbati* nella violazione delle regole cautelari, nella speranza, “ragionevole”, che non si verificassero infortuni. Da qui il possibile *pregiudizio* che ogni qual volta si realizzi un infortunio esso dipenda in fondo da una preliminare scelta di “risparmio sulla sicurezza”, in qualche modo condivisa dagli stessi attori (individuali e collettivi), attraverso l'adozione di una politica d'impresa orientata al risparmio dei costi ovvero di una consapevole *sottovalutazione* del rischio (“infortunio” e “reato”).

Ma la prospettiva di *sfiducia* non è detto che diminuisca – cambiando solo il *bersaglio* – nelle ipotesi in cui il reato sia il risultato di un difetto di diligenza o di una errata valutazione delle condizioni di sicurezza. La possibile *sfiducia* del giudicante in questo caso investirà l'idoneità delle cautele autonormate, potendo condurre a privilegiare erroneamente in sede di giudizio, similmente a quanto accade nella responsabilità del datore di lavoro, un'ottica di valutazione *ex post*, semplificando l'accertamento al punto tale da far concludere che se è avvenuto un omicidio colposo per violazione della normativa antinfortunistica evidentemente quel modello non era idoneo ad impedirlo.

Al carattere autonormato dei protocolli si legano allora due possibili fattori di crisi nella ricostruzione del tipo “colpa dell’ente”.

Il primo deriva dal vizio d’origine dell’autonormazione che, riunendo in un unico soggetto la figura del legislatore e quella del destinatario del precetto, genera come detto un clima di *sospetto* sulla credibilità della scelta preventiva effettuata dall’ente. Da qui la necessità di approntare dei meccanismi di *difesa* interni al sistema: la legge non si accontenta, infatti, per esonerare l’ente dalla responsabilità, di verificare l’esistenza di un modello di organizzazione e gestione nel quale siano contenute specifiche cautele idonee, ma richiede al contempo che il modello sia stato efficacemente attuato, attraverso la nomina di un Organismo di vigilanza che vigili sulla sua osservanza e la previsione di un sistema disciplinare volto a sanzionarne la violazione. Da questo punto di vista, sarà importante che la scelta dell’ente, anche questa apparentemente *libera*, cada su un Organismo *credibile*, soprattutto nella *competenza* e nell’*autonomia* dei poteri di iniziativa e di controllo¹⁶, che sia messo nelle *migliori* condizioni per poter adempiere ai propri compiti.

Si dovrà poi sensibilizzare l’interprete a *non fermarsi alle apparenze*, in sede di valutazione della responsabilità dell’ente, nella facile suggestione semplificatoria di un esito *già scritto*, fondato sull’equiparazione rischio mancante/colpa di organizzazione, dovendo invece sempre procedere all’ulteriore verifica che quel rischio-reato fosse prevedibile ed evitabile attraverso la predisposizione di opportune cautele.

Più difficile, invece, immaginare una soluzione pratica volta al superamento del secondo profilo di rischio legato all’autonormazione, che può portare, come detto, il giudice a diffidare della bontà della scelta cautelare effettuata dall’ente, decentrando il piano di accertamento dell’idoneità¹⁷ del modello da una prospettiva *ex ante* ad una *ex post* e giungendo, per tale via, a riconoscere *immancabilmente* la colpa di organizzazione dell’ente ogni qual volta, nonostante la cautela prevista, l’infortunio si sia verificato. L’effetto distorsivo che può derivarne può altresì condurre a neutralizzare l’aspetto di *utilità generale* per il sistema, demotivando gli enti a organizzarsi per la legalità attraverso l’adozione dei modelli e rendendoli di fatto indisponibili ad affrontare un *costo* sicuro a fronte di un beneficio più che *incerto*.

È questo il quadro nel quale valutare l’opportunità di introdurre meccanismi di certificazione o asseverazione volti a conferire un crisma di idoneità al modello, sottraendo in misura diversa, a seconda del livello di presunzione conferito, tale vaglio al giudice penale.

¹⁶ Sul tema dell’Organismo di vigilanza, si è già formata una letteratura amplissima per gli evidenti riflessi problematici che pone rispetto alla sua composizione, all’*oggetto* del controllo e al possibile tipo di responsabilità dei suoi membri nel caso di omessa vigilanza sul modello. Per una sintesi delle questioni più rilevanti si rinvia a PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 167 ss.

¹⁷ Per una disamina delle principali questioni applicative connesse all’accertamento della idoneità dei modelli, si rinvia a FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo*, D.lgs. 231:10 anni di esperienze, in *Le società*, Anno XXX, p. 61.

In alternativa al ricorso all'imposizione dall'esterno del crisma dell'idoneità, da ottenersi attraverso l'introduzione di sistemi di validazione dei modelli, vi è la scelta, che appare preferibile, di un "approccio metodologico di taglio squisitamente *induttivo*"¹⁸, affidato cioè ad un sistema di positivizzazione che muova dal basso. La spinta ad un *recupero dell'esistente* dovrebbe muovere dalle associazioni rappresentative di categoria, alle quali spetterebbe il compito di promuovere la *discovery* dei modelli e, soprattutto, dei protocolli adottati (raggruppati per categorie omogenee di enti) allo scopo di consentire, dopo averne sottoposto l'idoneità preventiva al vaglio critico dei *saperi* esperti, l'emersione di comuni *standard* cautelari per settori omogenei. Il percorso di positivizzazione dovrebbe infine sfociare nella redazione da parte delle associazioni di categoria di modelli e protocolli pilota, a cui riservare una presunzione relativa di idoneità, superabile dalla diversa *opinione* del giudice, sorretta in tal caso da una congrua e adeguata motivazione¹⁹.

8. Le differenti tipologie di colpa di organizzazione

Infine, nel percorso di individuazione delle *generalità* della colpa dell'ente, la possibilità di mantenersi saldi ad una soglia comunque accettabile di compatibilità con il principio di colpevolezza, deve a mio avviso passare da una adeguata valorizzazione, in sede di accertamento, delle differenti tipologie di colpa.

Si è così proposta in altra sede²⁰ una possibile classificazione, riconducendo la colpa di organizzazione per il mancato impedimento del rischio-reato a tre diverse matrici di responsabilità: da *omessa valutazione del rischio-reato*, da *inidoneità del modello di prevenzione* adottato e da *omessa o insufficiente vigilanza sull'osservanza del modello*.

8.1. La colpa di organizzazione "da omessa o insufficiente vigilanza" sul modello

Va detto come la rimproverabilità dell'ente legata ad un difetto di vigilanza sull'osservanza del modello rappresenti forse l'ipotesi meno problematica da accertare.

Il sistema normativo impone, infatti, all'ente, al fine di poter beneficiare dell'esonero dalla responsabilità per il fatto colposo del suo apicale (ossia del suo datore di lavoro), la nomina di un Organismo di vigilanza, "dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo", a cui è demandato il compito di vigilare sull'osservanza del modello e delle cautele in esso previste. È chiaro, pertanto, che laddove il reato sia derivato dall'omessa o insufficiente vigilanza sull'osservanza del modello e, in partico-

¹⁸ PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le società*, cit., p. 53.

¹⁹ È la sintesi dell'interessante proposta di PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., p. 53.

²⁰ MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., p. 273 ss.

lare, di quella specifica cautela che sarebbe valsa ad evitarlo, la valutazione della colpa di organizzazione finirà per focalizzarsi sulle *motivazioni* del fallimento del sistema di controllo predisposto a tale scopo.

In quest'ottica, in sede di accertamento della colpa di organizzazione, la giurisprudenza dovrà in un certo senso risalire *a monte*, decidendo preliminarmente sull'adeguatezza della scelta effettuata dall'ente in ordine al tipo di controllo prescelto, valutando le caratteristiche e i poteri dell'Organismo nominato. Sul punto, va considerato come, nonostante la legge non vincoli sulla scelta dell'Organismo, si sia formata una prassi (ricavabile dalle linee guida, dalle indicazioni della dottrina e dalla direttive dell'associazione di riferimento²¹), che può di certo orientare l'interprete nel giudicare l'idoneità della soluzione organizzativa preferita dal singolo ente²². Nell'eventualità di un giudizio *negativo*, la colpa di organizzazione assumerà le classiche sembianze della *culpa in eligendo*; diversamente, superato il vaglio di idoneità sul tipo di Organo, l'altra possibile manifestazione della colpa di organizzazione potrà riguardare la mancanza, all'interno del modello, di specifiche cautele procedurali volte appunto ad assicurare il controllo sull'effettiva "vigilanza" da parte dell'Organismo.

La diligenza pretesa dall'ente, come può desumersi chiaramente dal dato normativo (art. 6, comma 1, lett. *d*), non si esaurisce infatti nell'aver effettuato la scelta *giusta*, ma si estende anche al dovere di vigilare sull'effettivo svolgimento dell'attività di controllo demandata. L'assenza di colpa organizzativa dell'ente andrà allora provata attraverso il riscontro della previsione, all'interno del modello, di specifici protocolli volti a regolamentare i flussi informativi con l'Organismo e a garantire l'effettività della vigilanza attraverso la tracciabilità dei controlli effettuati.

8.2. *La colpa di organizzazione "da omessa valutazione del rischio" e "da inidoneità del modello": la riconducibilità al modello della colpa specifica. Critiche*

La tipologia più problematica nell'accertamento, per il possibile distacco dalle regole condivise, è la colpa di organizzazione derivante *da omessa valutazione del rischio-reato*, alla quale, come si vedrà, può essere ricollegata, nelle sue varie articolazioni, anche quella derivante *da inidoneità del modello*.

Come si è osservato, la legge non offre suggerimenti sui contenuti cautelari del modello, fatta eccezione per quel che riguarda la chiara esplicitazione *dell'oggetto* del rischio da prevenire (*rischio-reato*). Si è, altresì, considerato come, nonostante in questa materia esista già una piattaforma di regole cautelari all'interno del sistema di prevenzione delineato nel testo unico sulla sicurezza sul lavoro, questa base cautelare posi-

²¹ Si tratta dell'Associazione dei Componenti degli organismi di vigilanza ex d. lgs. n. 231, i cui atti sono consultabili su www.aodv231.it.

²² Per la giurisprudenza intervenuta sul tema si rinvia a G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale*, cit., p. 64, nota 37.

tivizzata non esaurisca la diligenza richiesta all'ente a livello organizzativo, residuando certamente la necessità di dover prevenire tutta la fascia del *rischio reato colposo* connessa alla responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 cc.²³ o derivante dal mancato adeguamento, all'evoluzione della scienza e della tecnica, delle misure preventive atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza (art. 15, lett. *t*, d. lgs. 81/2008).

Alla luce di ciò, appare allora necessario chiarirsi sulla possibile riconducibilità del contenuto cautelare del dovere di (auto)organizzazione dell'ente alla tipologia della colpa specifica, sostenuta dalla dottrina²⁴ ed esplicitamente affermata in una pronuncia giurisprudenziale²⁵.

Si è scritto, puntando a valorizzare la distinzione fra colpa generica e specifica già sul piano dell'*essenza*, che: "i rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni' da affidare al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica. Si tratta infatti di rischi che abbracciano importanti beni giuridici e che coinvolgono decisioni ed attività seriali. Dunque il terreno è quello funzionalmente proprio della colpa specifica". Immediatamente dopo tale affermazione, *di principio*, se ne è specificato il significato reale, osservando che "ciò che latita ancora è il consolidamento delle cautele nel senso che la loro emersione e il loro confezionamento è *in progress*"²⁶.

Ora, sulla circostanza che la colpa di organizzazione dell'ente sia funzionalmente da ricollegare all'archetipo della colpa specifica si può senz'altro convenire e, tuttavia, almeno fin quando la positivizzazione delle cautele non sarà compiuta e cristallizzata all'interno di una sede formale, alla quale poter riconoscere gli effetti di semplificazione propri dello statuto della colpa specifica, vi è il timore che tale tipo di assimilazione *nella sostanza* possa creare confusione nel giudicante, spingendolo verso spazi di automatismo nell'accertamento non ancora consentiti.

Ad oggi, infatti, lo schema di accertamento della colpa specifica – che, come è noto, *scavalca* la preliminare fase di individuazione della regola cautelare per concentrarsi direttamente sulla violazione della regola positivizzata che ingloba in sé il giudizio di prevedibilità ed evitabilità effettuato anticipatamente dal legislatore – potrà valere

²³ Sembra pensarla diversamente PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., p. 52, per il quale in questo settore si riscontra un elevato tasso di fruibilità delle cautele che sarebbero in massima parte eteronormate.

²⁴ Così chiaramente PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability"*, in *Le società*, cit., p. 21, per il quale "il paradigma di riferimento è senz'altro quello della colpa specifica (integrata dalla violazione di *norme cautelari positivizzate* nell'ordinamento giuridico), la cui struttura normativa scongiura a monte il rischio di 'difetto di determinatezza' della condotta colposa dell'ente".

²⁵ Trib. Milano, 3 gennaio 2011: "la colpa di organizzazione rilevante ai sensi del diritto punitivo degli enti, è del resto, colpa specifica (nei limiti in cui la assimilazione tra colpa della persona fisica e colpa di organizzazione sia praticabile) ovvero colpa dovuta alla violazione di discipline positive".

²⁶ PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., pp. 49 e 53.

esclusivamente nel caso in cui sia stata violata una regola prevista nel modello e (anche) a causa di ciò sia stato realizzato il reato.

In tutte le altre manifestazioni di colpa di organizzazione, invece, l'assenza di una base *formalmente* positivizzata, che traduca in regola la miglior scienza ed esperienza in materia di prevedibilità ed evitabilità del rischio-reato, impedisce di poter ricorrere a tale *alleggerimento* probatorio, esigendo che la dimostrazione segua le cadenze tipiche dell'accertamento della colpa generica.

9. La colpa dell'ente e la "disorganizzazione della prevenzione" rimproverabile: l'esigenza di distinguere "come e perché"

In tale prospettiva, in sede di accertamento, andranno tenute distinte le possibili progressioni della rimproverabilità colposa dell'ente, enucleando le seguenti ipotesi: a) *se il modello non c'è*; b) *se il modello c'è, ma non ha previsto quel rischio*; c) *se il modello c'è, ha previsto quel rischio, ma la cautela è inosservata*; d) *se il modello c'è, ha previsto quel rischio, la cautela è rispettata, ma il reato si è ugualmente verificato*.

a) Per quel che riguarda la prima eventualità – "*se il modello non c'è*" – essa è da ricondurre al caso dell'ente *totalmente disorganizzato* per il rischio-reato, il quale, venendo meno al dovere *primigenio* di autorganizzarsi, si è *esposto*, in modo indifferenziato, al rischio-reato.

Nella lettura che si è proposta, l'ente sarà chiamato a rispondere solo se, utilizzando a parametro di riferimento protocolli comportamentali eventualmente indicati nelle linee guida o in modelli organizzativi adottati da enti *omogenei*, si accerti che il fatto-reato in concreto verificatosi avrebbe potuto essere, tramite un modello organizzativo, preveduto ed evitato.

b) Nella tipologia di colpa di organizzazione corrispondente alla formula "*se il modello c'è, ma non è previsto quel rischio*" ci si avvicina, nella dinamica dell'accertamento, al modello riconducibile alla responsabilità del datore di lavoro per omessa valutazione del rischio.

È questo il caso della colpa protocollare di tipo omissivo, che è una forma tipica della sola colpa "da regola autonormata", perché la rimproverabilità non viene ancora-ta all'inosservanza di una cautela *prevista*, ma alla mancata previsione di una cautela *attesa*, a sua volta derivante dall'omessa valutazione del rischio-reato che avrebbe dovuto attivarne la previsione. L'accertamento dovrà snodarsi allora su di un duplice livello. Dapprima, si dovrà dimostrare la possibilità per l'ente di prevedere quel rischio-reato, parametrata all'esistenza di una "corrispondente esperienza" nella previsione di quel tipo di rischio e nella predisposizione dei protocolli comportamentali idonei a preve-

nirlo, tenendo in considerazione le eventuali maggiori conoscenze (causali) dell'ente derivanti dalla specificità dell'attività svolta o dal contesto situazionale di riferimento. L'esperienza "sul rischio-reato" andrà per lo più desunta dall'analisi della giurisprudenza in materia antinfortunistica (che diviene, per tale via, un fattore di stabilizzazione del giudizio di prevedibilità) e dalla *storia* particolare dell'ente (pregressi infortuni o violazioni della normativa cautelare), mentre quella "sul tipo di protocollo" mancante andrà ricavata dalle prassi diffuse in materia di *compliance* aziendali. Una volta superato questo primo livello dimostrativo, andrà accertata l'evitabilità di quel rischio-reato, di cui si è omessa la valutazione, attraverso la consueta verifica dell'attitudine del protocollo comportamentale omesso a neutralizzarlo o quantomeno a minimizzarlo.

È questa l'ipotesi di colpa di organizzazione nella quale si può correre il rischio, muovendosi erroneamente in una prospettiva *ex post*, di falsare la logica dell'accertamento, invertendola nell'automatica responsabilità dell'ente per l'accaduto.

c) La terza tipologia di colpa, traducibile nella formula "*se il modello c'è, ha previsto il rischio, ma la cautela è inosservata*", è a ben vedere l'unica che riproduce il modello di accertamento della colpa specifica, seppure lo schema logico che lo sorregge va invertito nel risultato, per la peculiarità derivante dal carattere autonormato del protocollo cautelare inosservato. Se, cioè, tra la cautela violata e l'evento in concreto verificatosi è possibile rinvenire una specifica correlazione di rischio (quantomeno in termini di agevolazione del fatto colposo commesso dalla persona fisica) la colpa dell'ente andrà esclusa invece che affermata, essendo questa la riprova, sulla base di una valutazione *ex ante*, dell'idoneità del modello a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

In altri termini: potrà dirsi raggiunta la prova che l'ente si era ben organizzato per quel rischio reato, prevedendo l'*idonea* cautela a prevenirlo. Pur a fronte di un'organizzazione in astratto ben architettata, l'ente potrà rispondere per non aver impedito quel fatto-reato che si è in concreto verificato, ma *modificando* la matrice del rimprovero da un'imperfetta organizzazione sul rischio ad un'inefficace attuazione del modello, consistente nel non avere predisposto un meccanismo di autodifesa contro l'altrui inosservanza o un adeguato sistema di controllo sull'altrui osservanza.

d) In questa proposta di diversificazione del tipo, l'ultima eventualità di colpa dell'ente da considerare riguarda l'ipotesi del "*se il modello c'è, ha previsto quel rischio, la cautela è rispettata, ma il reato si è ugualmente verificato*". Essa si pone in termini uguali e contrari a quella appena considerata, nel senso che la colpa di organizzazione potrebbe derivare dall'inidoneità del sistema di prevenzione adottato, nel caso in cui l'ente, pur fronte dell'esatta previsione di quel rischio-reato, non abbia, tuttavia, allestito un protocollo comportamentale idoneo, lasciando *rimproverabili* varchi all'agire colposo altrui. Anche nell'accertare questa tipologia di colpa si dovrà fare particolare attenzione a non ricadere in schemi presuntivi della responsabilità – attraverso un uso

incongruo della logica del *post hoc propter hoc* –, finendo per desumere l'inidoneità del modello dalla sola circostanza che il reato si è comunque realizzato. È questa, altresì, la *sede* privilegiata in cui può trovare spazio l'esigenza di positivizzare le *best practices*, assegnando al loro rispetto il valore di presunzione *iuris tantum* di idoneità preventiva, con l'effetto di restituire maggiori certezze alle imprese sulla valutazione giudiziale dell'attitudine del modello di organizzazione e gestione a prevenire il rischio-reato.

L'articolazione nei vari sottotipi si spera possa utilmente contribuire ad orientare il giudice penale verso un modello di responsabilità colpevole e, allo stesso tempo, a chiarire che la colpa dell'ente, pur se *strutturalmente* vicina al tipo colpa specifica, sulla base dell'osservazione della natura dei rischi (qualificati) che l'ente è chiamato a governare, non può, ad oggi, mutuarne anticipatamente lo statuto dimostrativo, in assenza cioè della necessaria traduzione sul piano formale dei presidi cautelari ritenuti più idonei a contenere il rischio-reato.

Al giudice penale non resta al momento altra scelta se non quella di dirigersi nell'accertamento della responsabilità dell'ente ripercorrendo le sequenze proprie del giudizio di prevedibilità ed evitabilità da effettuarsi nella colpa generica, con l'ovvia sostituzione del modello di agente *in carne ed ossa* con un modello di agente *oggettivato* nelle esperienze organizzative (a livello di linee guida o di modelli di enti omogenei) fino a quel momento formatesi nella prassi.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2015

