

CAPITOLO III

ORGANIZZAZIONE E “RISCHIO” NELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il d.lgs. 231/2001: natura della responsabilità e compatibilità con la fattispecie colposa. - 2. (*Segue*) Criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nell'illecito colposo. - 2.1. Criteri oggettivi: «interesse o vantaggio». - 2.2. Criteri d'imputazione soggettiva: «apicali» e «para-apicali». - 3. I cd. modelli di organizzazione, gestione e controllo: l'«organizzazione difettosa» come un rischio «non-permesso». - 4. Raccordo fra obblighi di vigilanza «diffusi» ed obblighi di vigilanza «apicali». Ancora sul caso *Thyssenkrupp*. - 4.1. Responsabilità dell'ente e responsabilità del datore di lavoro-delegante: un problema di *ne bis in idem*? - 5. «Teoria» dell'elemento soggettivo e «colpevolezza di organizzazione».

1. Premessa. Il d.lgs. 231/2001: natura della responsabilità e compatibilità con la fattispecie colposa

Come noto, la responsabilità «punitiva»¹ degli enti collettivi è riconosciuta per la prima volta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in attuazione della legge delega n. 300/2000 che prevedeva l'attuazione degli obblighi di carattere internazionale di cui all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea². Il dato innovativo dell'intervento legislativo consiste nel superamento dell'antico assunto *societas delinquere non potest*³: si

¹ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di CASSESE S., V, Milano 2006, 5101

² Cfr. artt. 2, 3 e 4 *Convenzione penale sulla corruzione*, stipulata nell'ambito dell'OCSE, a Parigi, il 17 dicembre 1997, ratificata in Italia con l. 28 giugno 2002, n. 110. Era ormai incombente l'esigenza di prevedere «forme di responsabilizzazione» per gli enti nell'ottica di una moderna strategia di contrasto al fenomeno della criminalità d'impresa; ed inoltre, l'obiettivo di omogeneità giuridica a livello europeo è stato un fattore di accelerazione del processo normativo, così DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di LATTANZI G., contributi di BASTIA P. - DI BITONTO M. L. - DI GIOVINE O. - FIDELBO G. - GALLUCCI E. - LATTANZI F. - MANZIONE D. - NAPOLEONI V. - PIERGALLINI C., Milano, 2010, 4 e spec. 7; MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storicodogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445 ss.

³ Il principio è di origine romanistica ed è stato perpetuato in tutta l'Europa continentale fino al secolo scorso. Sotto il profilo dogmatico, la «teoria della finzione» negava tale tipo di responsabilità ritenendo che la soggettività giuridica fosse un mero artificio, tale da giustificare l'incapacità delle persona giuridiche di porre in essere azioni penalmente illecite, sia materialmente che dal punto di vista psicologico. A questa dottrina si contrapponeva già la

riteneva, infatti, che la responsabilità penale, come concepita ai sensi dell'art. 27 Cost., non potesse essere applicata agli enti proprio per il principio di personalità che la connota⁴. A tal proposito il legislatore, probabilmente per evitare contrasti normativi⁵, ha optato per la definizione nominale di «responsabilità amministrativa», lasciando non poche perplessità sulla sua natura⁶, fino a denunciare una vera e propria «truffa delle etichette»⁷; la

«teoria della realtà» od «organica», in base alla quale, invece, le persone giuridiche erano soggetti capaci di illeciti penali attraverso un rapporto di immedesimazione organica con il vertice cui è riferibile la volontà dell'ente, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2009, 111. Gli altri argomenti contrari si fondavano sulla presunta incapacità delle persone giuridiche di sentire l'effetto afflittivo o rieducativo della sanzione penale e sull'incidenza indiretta sui soci incolpevoli che queste avrebbero avuto, in violazione del principio della responsabilità penale personale. Per l'analisi approfondita di tali temi, v. ID., *Diritto penale*, cit., 111 ss.; per un quadro completo delle posizioni dottrinali si rinvia a BRICOLA F., *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss.

⁴ Il problema principale riguardava l'elemento soggettivo del reato: la difficoltà stava nel concepire il fatto che l'ente potesse esprimere una volontà intesa nel senso comune, FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5102. E quando all'interno delle organizzazioni societarie era ravvisabile l'elemento soggettivo del reato in capo ai vertici decisionali, si verificava uno «scollamento»: nel caso del trasferimento di funzioni, chi, nell'esercizio di mansioni esecutive, realizzava il fatto tipico non possedeva gli elementi di conoscenza tipici della fattispecie di reato, così DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 6. PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 827 ss., cfr. Capitolo II.

⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, in *Dir. giust.*, 16, 52 ss., con nota di CORATELLA C., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo), di cui si riporta la premessa iniziale: «è noto che il d.lgs. 231/01, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma *societas delinquere non potest*. E ciò perché, ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole».

⁶ Parte della dottrina si è espressa a favore della natura amministrativa della responsabilità prevista nel d.lgs. 231/2001, non solo per la qualificazione esplicita, ma anche per il regime della prescrizione e per il trattamento sanzionatorio nel caso delle vicende modificative dell'ente, entrambi strutturati diversamente da quelli tipicamente penalistici, v. ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398; MARINUCCI G., «Societas puniri potest» uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201 ss.; COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 116 ss. La natura penale della responsabilità degli enti si rinviene nel collegamento diretto - e non solidale - con la commissione del reato e nell'accertamento che avviene in sede penalistica secondo le garanzie del processo penale, v. AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 151 ss.; MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1109 ss.; MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si «duplica» nell'illecito amministrativo*, in *Dir. giust.*, 2001, 23, 8; PADOVANI T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un*

differenza è significativa sotto molti profili della disciplina applicabile⁸, tra i quali ha assunto rilievo recentemente l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo, a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia⁹ Europea che conferma l'orientamento della Corte di Cassazione¹⁰. In questa

nuovo modello di giustizia "punitiva", a cura di DE FRANCESCO G., Torino, 2004, 13 ss.; PALIERO C.E., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Atti del convegno organizzato dalla facoltà di giurisprudenza e dal dipartimento di diritto comparato e penale dell'università di Firenze*, 15-16 marzo 2002, a cura di PALAZZO F., Padova, 2003, 27. Nello stesso senso è significativa: Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, II, 318 ss., con nota di ARMONE G.M., in cui si afferma che «la sanzione infine applicata appare rispettosa del principio sancito dall'art. 27 Cost., proporzionata ai canoni di cui all'art. 133 c.p. e confacente alla gravità del fatto per cui si è proceduto, adeguata ad assicurare la funzione rieducatrice del precedente». Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, cit., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo).

In un senso ancora diverso, altra parte della dottrina definisce la responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001 come un «*tertium genus*» che nasce dall'ibridazione della responsabilità amministrativa con principi ed i concetti propri della sfera penale, cfr. PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 419; FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1398 ss.; PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 188 s.

⁷ FIORELLA A., *Premesse sulla responsabilità amministrativa dell'ente collettivo per reati commessi nel suo interesse*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di LANCELOTTI G., Torino, 2003, 86.

⁸ AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 151 e spec. 183 e 187, il quale osserva che la questione della natura della responsabilità delle persone giuridiche non è da sottovalutare ai fini dell'applicazione dei principi costituzionali validi per il solo abito penale, richiamando Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, cit.; Trib. Torino, 10 febbraio 2005, su *www.reatisocietari.it*. Cfr. DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1335 s., la quale osserva che non rispondono pienamente ai principi costituzionali penalistici il regime della prescrizione, le vicende modificative dell'ente, alcune regole processuali penali, come ad esempio in materia di archiviazione e di misure cautelari, gli stessi criteri di ascrizione della responsabilità sono autonomi rispetto a quelli operanti per le persone fisiche; ciononostante, l'afflittività del sistema sanzionatorio sembra caratterizzato in senso penalistico.

⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. II, 12 luglio 2012, Giovanardi, C-79/11, su *www.penalecontemporaneo.it*; sul punto v. VALSECCHI A. – VIGANÒ F., *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *Giust. pen.*, 2011, III, 257 ss., secondo cui «nel processo instaurato per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente, non è ammissibile la costituzione di parte civile, atteso che l'istituto non è previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 e l'omissione non rappresenta una lacuna normativa, ma corrisponde ad una consapevole scelta del legislatore; se l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende, deve escludersi che possa farsi un'applicazione degli art. 185 c.p. e 74 c.p.p., che invece contengono un espresso ed esclusivo riferimento al "reato" in senso tecnico; l'ostacolo maggiore all'applicazione diretta dell'art. 185 c.p. nella disciplina del processo ex d.lgs. 231/2001 - non importa se attraverso una interpretazione estensiva o analogica - è costituito dagli stessi limiti ermeneutici ed applicativi della norma citata, che si riferisce esclusivamente ai danni cagionati dal reato, nozione quest'ultima che non può coprire anche l'illecito dell'ente, così come delineato nel citato d.lgs. 231/2001; analogamente, anche l'art. 74 c.p.p. non può trovare applicazione attraverso la clausola di chiusura contenuta nell'art. 34 d.lgs. 231/2001, in quanto esso consente la costituzione della parte civile in funzione del ristoro dei danni previsti dall'art. 185 c.p.,

sede, si può affermare che si tratti di una responsabilità quanto meno «parapenale»¹¹, perché dipende da un fatto di reato ed è accertata dal giudice penale¹².

La disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 si applica a tutti gli enti forniti di personalità giuridica, alle società, alle associazioni anche prive di personalità giuridica¹³, che abbiano sede in Italia¹⁴; quanto alla natura pubblica o privata dei soggetti destinatari della disciplina, si osserva che, seppur il d.lgs. 231/2001 sembra escludere dal novero i soggetti pubblici, il d.lgs. 81/2008 si indirizza indifferentemente «a tutti i settori di attività, privati e pubblici»¹⁵.

espressamente richiamato, cioè dei danni derivanti dal reato». Cfr. GUERINI T., *L'interesse o vantaggio come criterio di imputazione dei reati colposi di evento agli enti collettivi. Riflessione a margine del caso «Thyssenkrupp»*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2012, 87; secondo VALSECCHI A., *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01*, su www.penalecontemporaneo.it, 2010, secondo il quale il dibattito sull'ammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente non dipende dal dibattito sulla natura della responsabilità degli enti, quanto più dal fatto che l'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/01 è stato costruito come una fattispecie *complessa*, nella quale il reato commesso dalla persona fisica è uno degli elementi costitutivi, accanto alla qualifica soggettiva dell'autore, all'interesse o al vantaggio dell'ente, nonché alla 'colpa organizzativa' dell'ente medesimo. Invece, le disposizioni codicistiche che disciplinano l'istituto della costituzione di parte civile fanno espresso ed esclusivo riferimento per la loro applicazione al "reato", cfr. artt. 185 c.p., 74 c.p.p. Inoltre, l'Autore pone in luce l'inutilità pratica dell'istituto in quanto l'illecito di fatto non pare produttivo di danni diretti e diversi da quelli che sono conseguenza del reato presupposto commesso dalla persona fisica.

¹¹ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5101, il quale, pur riconoscendo che nel nostro sistema il tipo di responsabilità si individua dal «nome» delle sanzioni, afferma che «dal punto di vista contenutistico, la sanzione penale in senso stretto è ogni sanzione che, direttamente o indirettamente [...] si riflette sulla libertà personale del condannato». Secondo DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, IV, 211 ss. e 322 ss., si tratterebbe di un «terzo binario», in quanto le sanzioni per gli enti avrebbero allo stesso tempo l'efficacia deterrente propria delle pene e la capacità inabilitante tipica delle misure di sicurezza.

¹² MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 114.

¹³ Cfr. art. 1 d.lgs. 231/2001, ne sono esclusi: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Nella giurisprudenza prevalente si è esclusa l'applicazione della disciplina anche all'impresa individuale, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, in *CED* 252995; Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 22 ss. *Contra*, Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Riv. pen.*, 2011, 764 ss., sul punto cfr. AMARELLI G., *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001*, su www.penalecontemporaneo.it. Cfr. Trib. Milano, 22 marzo 2011, su www.rivista231.it, in cui si condanna un'associazione volontaria di pubblica assistenza per il delitto di truffa ai danni dello Stato, ai sensi dell'art. 24, comma 1, d.lgs. 231/2001. La pronuncia sembra dimostrare l'applicabilità della disciplina anche agli enti privatistici *no profit* ed in particolare alle associazioni Onlus, sul punto v. SCOLETTA M., *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (Onlus)*, su www.penalecontemporaneo.it, 2011.

¹⁴ Cfr. art. 4 d.lgs. 231/2001, anche se i reati sono commessi all'estero, purché non proceda lo Stato del luogo dove è stato commesso il fatto.

¹⁵ Cfr. art. 3 d.lgs. 81/2008. Sul punto DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1347 s., la quale ritiene che andrebbero riviste,

In virtù di un principio di cd. doppia legalità, la disciplina del d.lgs. 231/2001 è applicabile solo ai reati-presupposto previsti nel decreto stesso¹⁶. Fra questi ultimi sono stati ricompresi fin dall’inizio, almeno nella legge-delega, gli illeciti contraddistinti dalla finalità del conseguimento di profitti ingiustificati, riconducibili ad una politica d’impresa viziata, volta ad aggirare la normativa¹⁷. In particolare, per ciò che interessa questa analisi, assume rilievo la fattispecie di

almeno nel campo della sicurezza sul lavoro, le ragioni che giustificarono la delimitazione soggettiva, ossia il timore che le sanzioni potessero riverberarsi sugli utenti dei servizi. Recentemente si è affermato che sono soggette alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti le «S.p.A. costituite per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alle stesse da un ente pubblico territoriale (c.d. società d’ambito)», cfr. Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234, in *Cass. pen.*, 2011, 1907 ss.; ed anche «la società mista a prevalente partecipazione pubblica, considerato che la finalità della disciplina è quella di reprimere le forme di criminalità economica connesse *in primis* all’esercizio di attività commerciale e considerato che anche la società mista a prevalente partecipazione pubblica svolge attività commerciale a titolo oneroso, nell’esercizio della quale potrebbero in astratto verificarsi fattispecie di reato di tale genere», v. Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, in *Cass. pen.*, 2011, 1888 ss., con nota di DI GIOVINE O.

Va osservato, inoltre, che manca nell’impianto del d.lgs. 231/2001, una disciplina *ad hoc* sul gruppo d’impresa; la lacuna si fa sentire soprattutto nei casi in cui la *holding* svolge una funzione di gestione strategica rispetto alle società controllate, che invece hanno un ruolo prevalentemente operativo. La disciplina potrebbe essere ricostruita ricorrendo ad una nozione ampia di «interesse di gruppo», tuttavia si tratta di realtà complesse e molto diversificate tra loro tanto da rendere difficile la ricostruzione del nesso funzionale tra l’autore del reato e l’ente che ne ha beneficiato ed inoltre, essendo il gruppo in quanto tale privo di soggettività giuridica, non sembra potersi ammettere la responsabilità del gruppo come soggetto autonomo. Per un’analisi approfondita si rinvia a DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1348 s. e spec. 1351, la quale pone il problema della *holding* straniera: infatti, l’art. 4 d.lgs. 231/2001 nulla dispone sulla responsabilità dell’ente con sede principale all’estero nelle ipotesi del reato commesso in Italia; a proposito degli “indici” della responsabilità dei vertici del gruppo v. MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 385 ss. e spec. 388 ss.; sulla responsabilità della capogruppo v. MASSI S., “*Veste formale*” e “*corpo organizzativo*” nella definizione del soggetto responsabile per l’illecito da reato: un’analisi della “statica” della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato, Napoli, 2012, 103 ss.; sulla teoria minoritaria del cd. super-ente, fondata sull’approvazione del cd. bilancio consolidato v. CORATELLA C., *L’estensione del legame funzionale tra autore del reato ed ente nei gruppi di impresa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2010, 85 ss. e spec. 91 s.

¹⁶ Cfr. artt. 2 e 3 d.lgs. 231/2001, sia consumati che tentati.

¹⁷ Il complesso dei reati-presupposto costituisce la «parte speciale» del d.lgs. 231/2001, cfr. PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell’ente e l’apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI G., Milano, 2010, 214 s. e spec. 220.

cui all'art. 25-septies, d.lgs. 231/2001¹⁸ (*omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commesse con la violazione delle norme antinfortunistiche*)¹⁹.

La scelta del legislatore²⁰ è stata quella di prevedere in questa materia esclusivamente l'ipotesi della «criminalità colposa»²¹, non essendosi viceversa operato alcun riferimento a fattispecie dolose²², come, ad esempio, l'art. 437 c.p. Con la conseguenza che, secondo parte della dottrina²³ vi sarebbe un'incompatibilità concettuale fra la proiezione finalistica della condotta fissata dal criterio d'imputazione e la non volizione che connota l'illecito colposo, tale

¹⁸ Introdotto dall'art. 9, l. 123/2007 e poi riformulato dall'art. 300, d.lgs. 81/2008, con quest'ultima modifica è stata graduata la sanzione edittale, che prima prevedeva un'identica cornice edittale per il reato di omicidio colposo e per le lesioni personali; inoltre, la sanzione pecuniaria, stabilita in misura fissa in un numero di quote pari a mille, è prevista solo nel caso dell'omicidio colposo commesso in violazione dell'art. 55, comma 2, d.lgs. 81/2008.

¹⁹ L'art. 25-septies d.lgs. 231/2001 richiama l'art. 590 comma 3, c.p. individuando così nella violazione delle norme prevenzionistiche una aggravante dei reati di lesioni gravi e gravissime, risulta pertanto esclusa l'ipotesi della responsabilità dell'ente per una lesione personale lieve, così BISACCI M.C., *Art. 25-septies*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di BERNASCONI A. - PRESUTTI A. - FIORIO C., Padova, 2008, 290.

²⁰ DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 84 s., la quale ipotizza che si sarebbe potuto distinguere, sia sul piano dei presupposti che su quello sanzionatorio, tra la realizzazione di una politica d'impresa criminale deliberatamente finalizzata al risparmio sistematico di costi, tempi e risorse ed il difetto organizzativo, tale da configurare una *culpa in vigilando*; tuttavia, una tale impostazione, oltre che poco utile dal punto di vista pratico, avrebbe posto delle difficoltà di ordine probatorio. Dello stesso avviso DEIDDA B., *Il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: molto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1000, il quale ritiene che l'obiettivo di politica criminale dell'art. 25-septies sia quello di colpire le carenze organizzative delle imprese piuttosto che le condotte individuali. Sul punto cfr. anche PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: un'analisi dell'attuale disciplina e delle possibili linee di sviluppo*, in *Corte d'Assise*, 2011, 642 s. e spec. 644, il quale rileva l'assenza fra i reati presupposto, oltre che dei reati di omicidio e lesioni personali commessi con dolo, anche delle contravvenzioni di pericolo astratto in materia di salute e sicurezza sul lavoro; osserva l'Autore che ciò avrebbe consentito di comprendere più agevolmente la criminalità dolosa, come ad es. la corruzione e le frodi pubbliche; cfr. AMARELLI G., *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le «morti bianche»: la legge 123/2007*, in *Studium iuris*, 2008, 418.

²¹ PIERGALLINI C., *I reati presupposto*, cit., 220, secondo il quale sarebbe più corretto fare riferimento, più che ai reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente, ai «fatti collegati all'attività d'impresa svolta nell'interesse o a vantaggio dell'ente».

²² CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: colpa di organizzazione e impresa*, a cura di CURI F., Bologna, 2009, 135, la quale denuncia un deficit di chiarezza nella ratio dell'intervento del legislatore che ha escluso fra i rinvii l'art. 437 c.p., rubricato «Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro».

²³ MANCINI C., *L'introduzione dell'art. 25-septies: criticità e prospettive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008, 53 ss.; sul punto, già MEREU A., *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, 60.

da generare un’*interpretatio abrogans* della norma²⁴; ovvero che, comunque, l’azione della persona fisica, volta a procurare un vantaggio all’ente medesimo, non possa che presupporre la presenza di un dolo eventuale²⁵ ovvero l’accettazione del rischio che si producano eventi lesivi, come ad esempio è avvenuto nel caso *Thyssenkrupp*²⁶. Altri, invece, ritengono che nei reati colposi, proprio in ragione della loro natura, sarebbe utilizzabile solo il vantaggio per l’imputazione all’ente²⁷, secondo una valutazione *ex post*. In realtà, come si vedrà di qui a poco, la questione si pone in stretta connessione con quella della distinzione concettuale fra i due criteri d’imputazione oggettivi, l’interesse ed il vantaggio²⁸.

2. (Segue) Criteri di attribuzione della responsabilità all’ente nell’illecito colposo

L’art. 8 d.lgs. 231/2001 sancisce il principio di autonomia²⁹, in base al quale la responsabilità dell’ente sussiste anche quando l’autore del reato è ignoto³⁰ o non è imputabile ed anche nelle ipotesi di estinzione del reato³¹. La

²⁴ IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008, 59

²⁵ BISACCI M.C., *Art. 25-septies*, cit., 291.

²⁶ Cfr. Corte d’Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, II, 248 ss., anche su www.penalecontemporaneo.it, v. paragrafo 4.

²⁷ SANTORIELLO C., *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell’interesse o a vantaggio della società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2008, 161 ss.; cfr. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, approvate il 7 marzo 2002 (aggiornate al 31 marzo 2008), su www.confindustria.it, in cui si osserva che «il criterio dell’“interesse” risulta tuttavia incompatibile con i reati di natura colposa, proprio perché non è configurabile rispetto a essi una finalizzazione soggettiva dell’azione. Pertanto, nelle ipotesi di commissione dei reati contemplati dall’art. 25-septies, la responsabilità prevista dal d. lgs. n. 231/2001 è configurabile solo se dal fatto illecito ne sia derivato un vantaggio per l’ente, che, nel caso di specie, potrebbe essere rinvenuto in un risparmio di costi o di tempi». *Contra* IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 59, il quale ha osservato che tale interpretazione non consentirebbe l’applicazione dell’art. 5, comma 2, d.lgs. 231/2001, v. nota 62.

²⁸ In tal senso IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 59, v. paragrafo 2.1.

²⁹ Cass. pen., Sez. II, 16 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2006, 2139 ss., in cui si afferma che la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è «autonoma e non sussidiaria rispetto a quella dell’autore di reato; è perciò legittimo, in presenza di un *fumus commissi delicti* (nel caso di specie art. 640-bis c.p.) il sequestro».

³⁰ Tale ipotesi ricorre raramente nei delitti dolosi, ma è più frequente in quelli colposi, in cui può essere difficile rintracciare la responsabilità dell’omissione delle cautele, specie per le

scelta legislativa sembra legittimata da ragioni di opportunità³² che hanno portato a svincolare la configurazione della responsabilità della persona giuridica dalle dinamiche probatorie che riguardano l'identificazione del reo, non sempre agevole nella complessità della struttura organizzativa aziendale.

I criteri di attribuzione di tale responsabilità sono di due tipi: oggettivi e soggettivi.

2.1. Criteri oggettivi: «interesse o vantaggio»

Come si è osservato, il primo criterio è quello dell'interesse o vantaggio, di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001. Il primo nodo problematico riguarda la scelta da parte del legislatore di utilizzare i due termini: il «vantaggio» fa riferimento ad un ricavo che risulta *ex post*, mentre, l'«interesse» costituisce oggetto di un accertamento *ex ante*³³. Secondo la relazione al decreto³⁴ la differenza sta nel fatto che mentre il primo è inteso in chiave *oggettiva* e può essere del tutto eventuale ed occasionale, il secondo corrisponde all'intenzione del reo, caratterizzandone la condotta in senso *soggettivo*³⁵ ed escluderebbe dall'area

imprese strutturate in modo complesso, cfr. DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1333 s.

³¹ Ad eccezione dell'amnistia, cfr. art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001.

³² Per l'analisi delle questioni inerenti al principio di autonomia, v. AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in *Diritto penale dell'impresa*, AMBROSETTI E. M. - MEZZETTI E. - RONCO M., Bologna, 2009, 47, in particolare si è osservato che l'incertezza in ordine all'autore del reato si riflette sulla piena verifica dell'elemento psicologico del reato; ed anche sulla scelta dei criteri d'imputazione rispetto agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, che così spetterà discrezionalmente al giudice, cfr. DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 209. DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1334 s., osserva che la scelta legislativa suggella l'idea che l'illiceità penale risieda prevalentemente nell'organizzazione difettosa predisposta dalla politica d'impresa dell'ente, il fatto-reato della persona fisica così diventa una mera condizione obiettiva di punibilità. Inoltre, l'Autrice prospetta l'ipotesi che si possa configurare la responsabilità dell'ente anche in assenza della responsabilità della persona fisica, ma riconosce che ciò va oltre il dato normativo, pur essendo sul piano della politica criminale una soluzione auspicabile.

³³ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5102.

³⁴ Cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, BERNASCONI A. - PRESUTTI A. - FIORIO C., *La responsabilità degli enti*, cit., 9 ss.

³⁵ ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 255 s., una contrapposizione tra interesse e vantaggio si ritrova nell'art. 12 d.lgs. 231/2001, in cui si configura la riduzione della sanzione pecuniaria solo in presenza sia dell'interesse prevalente dell'autore e del minimo vantaggio dell'ente. Cfr. decisione del G.u.p., Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, su www.penalecontemporaneo.it, in cui si afferma che «l'interesse dell'ente, sebbene costituente il fine della sola condotta colposa e non anche dell'evento del reato, non può

della responsabilità amministrativa i reati compiuti per motivi divergenti o in contrasto con l'ente medesimo³⁶. Il problema di compatibilità³⁷ con la fattispecie colposa di cui all'art. 25-septies d.lgs. 231/2001 sta nel fatto che risulta difficile rintracciare tale direzione psicologica nell'omissione delle norme antinfortunistiche: a meno che questa riguardi solo la condotta della persona fisica³⁸, ossia la violazione della regola cautelare e non il fatto nel suo complesso³⁹; e lo stesso riguarderebbe il criterio del «vantaggio», dal momento che, di per sé, la morte e l'infortunio non possono che costituire un danno per l'ente⁴⁰.

Certo è che l'illecito colposo sarebbe compiuto allo scopo di un risparmio⁴¹, nell'interesse *mediato* dell'ente, in quanto avvenuto in occasione

essere connesso ad una qualsiasi condotta dell'agente, ma deve determinare in modo specifico la direzione finalistica della condotta colposa che ha concretamente cagionato l'evento».

³⁶ Cfr. DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 325 s., il quale osserva che il movente generalmente è irrilevante nel nostro ordinamento.

³⁷ «L'immaginare che un fatto (illecito) *non voluto* dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini», così ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, cit., 255 s., il quale ritiene che nei reati *dolosi* sia più semplice rintracciare una «finalità condivisa» tra l'azione del soggetto agente e l'interesse dell'ente. Parte della dottrina invoca un intervento del legislatore al riguardo, cfr. ALDROVANDI P., *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *ISL*, 2007, 571 ss.; CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur*, cit., 127 ss.; DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 316 ss. AMARELLI G., *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 842 ss. e spec. 855, il quale ritiene più opportuno che l'ente risponda nel caso in cui l'infortunio o la morte sia dipesa dalla violazione, nel suo interesse o vantaggio, di norme antinfortunistiche.

³⁸ Cfr. decisione del G.u.p., Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, cit., in cui si afferma che gli elementi costitutivi dell'interesse e del vantaggio dell'ente «hanno valenza alternativa e significati diversi [...] l'elemento costitutivo dell'interesse, in quanto espressione della direzione finalistica dell'agire, deve essere riferito alla sola condotta. Per contro, l'elemento costitutivo del vantaggio presuppone la verifica dell'evento del reato [...] l'unico criterio ascrittivo applicabile nei confronti dell'ente è quello dell'interesse, elemento da porsi in relazione solamente alla condotta che ha prodotto l'evento del reato e non anche all'evento stesso. In tale accezione, l'interesse dell'ente è integrato da una tensione finalistica verso un risparmio d'impresa, indipendentemente dal fatto che tale obiettivo sia concretamente raggiunto». Ed anche la nota sentenza sul cd. caso *Thyssenkrupp*, cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., v. *infra*.

³⁹ PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 426. Cfr. DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 334, il quale ritiene che correlare il criterio d'imputazione alla condotta consistente nella violazione della normativa prevenzionistica, anziché all'evento, finirebbe per rendere l'ente responsabile di un reato diverso da quello previsto all'art. 25-septies, in violazione del principio di legalità, di cui all'art. 25 Cost.

⁴⁰ BISACCI M.C., *Art. 25-septies*, cit., 292. Nello stesso senso ALDROVANDI P., *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, in *ISL*, 2008, 487.

⁴¹ ALDROVANDI P., *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 487; VITALI L. – BURDESE C., *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità*

dello svolgimento di un'attività lecita⁴² al contrario di quello doloso che invece risulterebbe in un collegamento *immediato*.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina quest'ultima impostazione, scardinando il rapporto fra il reato e l'illecito ascrivibile all'ente, rischia di ignorare la logica del decreto che vuole fondare la responsabilità dell'ente sull'*appartenenza*⁴³ dell'illecito a quest'ultimo per il suo atteggiamento complessivo, nel rispetto del principio di cui all'art. 27 Cost.⁴⁴; dunque, la duplicità del criterio d'imputazione è solo apparente⁴⁵: pertanto la formula legislativa andrebbe interpretata come un'endiadi⁴⁶, in modo che l'imputazione della responsabilità all'ente non possa fondarsi autonomamente su un vantaggio conseguito ogniqualvolta la condotta non sia «geneticamente» diretta a soddisfare un suo interesse, anche se non preminente.

Il problema che accomuna entrambe le impostazioni è che siffatte imputazioni, se ben possono punire quelle condotte poste in essere con l'obiettivo di risparmiare sui cd. costi della sicurezza⁴⁷, proprio perché l'interesse

degli enti, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2007, 134. cfr. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., v. nota 27.

⁴² DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2004, 673.

⁴³ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5102 s.

⁴⁴ SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 358 s. e spec. 368, il quale osserva che il concetto di «volontà» dell'ente è richiamato in più punti del d.lgs. 231/2001, cfr. artt. 16 e 26, sul punto v. *infra*.

⁴⁵ FIORELLA A., *Premesse sulla responsabilità amministrativa dell'ente collettivo per reati commessi nel suo interesse*, cit., 11.

⁴⁶ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5102 s., vale a dire come se l'ascrizione della responsabilità all'ente fosse collegata alla «condotta tenuta nel suo interesse, produca essa o meno un vantaggio al medesimo». Secondo l'Autore tale interpretazione è confermata dal fatto che la responsabilità dell'ente è esclusa laddove il reo abbia agito «nell'interesse esclusivo proprio o di terzi», dimostrando che l'eventuale presenza di un vantaggio per l'ente assumerebbe un valore secondario, cfr. art. 5, comma 2, d.lgs. 231/2001; ed anche dal fatto che nell'art. 25-ter dello stesso decreto, in materia di reati societari, è utilizzato l'unico criterio d'imputazione dell'«interesse».

⁴⁷ Cfr. Trib. Trani-Molfetta, 26 ottobre 2009, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 842 ss., (cd. Soc. Truck Center) con nota di AMARELLI G., *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in cui si afferma che «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 art. 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

dell'ente si fonderebbe sul ricavo economico che ne deriva, ciò non vale per le omissioni dovute ad una mera trascuratezza⁴⁸, specialmente nei casi in cui si tratti di obblighi di vigilanza.

Invero, solo aderendo ad un'impostazione di stampo oggettivo⁴⁹ sembra che potrebbero ricomprendersi anche le condotte delittuose dovute alla trascuratezza: considerando il requisito dell'interesse in senso oggettivo, in una prospettiva *ex ante*, rientrerebbero nella fattispecie anche i casi in cui il vantaggio per l'ente sia solo potenziale⁵⁰ e la condotta dell'agente sia solo idonea a produrre un beneficio per lo stesso⁵¹.

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». Sul punto cfr. la nota sentenza sul cd. caso *Thyssenkrupp*, Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., v. *infra*.

⁴⁸ BISACCI M.C., *Art. 25-septies*, cit., 292 s. Sul punto cfr. ALDROVANDI P., *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, cit., 574; ALDROVANDI P., *Testo unico e responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 488. Cfr. decisione del G.u.p., Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, cit., in cui si afferma che «in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, allorché il reato presupposto sia uno di quelli elencati nell'art. 25-septies, d.lgs. 231/2001, assumono rilievo solamente azioni od omissioni che siano, anzitutto, coscienti e volontarie (con esclusione conseguente di tutti i profili di imperizia), nonché finalisticamente orientate al risparmio dei costi aziendali (con ulteriore esclusione della semplice sottovalutazione dei rischi o della mera individuazione di misure preventive non adeguate)»; nello stesso senso cfr. decisione del G.u.p., Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, su www.penalecontemporaneo.it, in cui si afferma che «non assumono rilievo le violazioni che non siano frutto di esplicite deliberazioni volitive finalisticamente orientate a soddisfare l'interesse dell'ente. Sono dunque irrilevanti i profili di colpa consistenti nella semplice imperizia, nella mera sottovalutazione dei rischi, nella non adeguata considerazione od esecuzione delle misure preventive da assumere, ovvero nella violazione, in via episodica ed in ambito locale e decentrato, di procedure operative vigenti o di sistemi di sicurezza esistenti nel contesto aziendale e, in prospettiva *ex ante*, idonei a prevenire l'evento».

⁴⁹ Cfr. DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 211 ss., secondo il quale è sufficiente che il reato sia commesso dall'autore nell'ambito delle sue funzioni all'interno dell'ente; PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 425. Cfr. DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 325 s., a sostegno di questa tesi sono posti alcuni argomenti sistematici: la confisca è prevista anche nel caso in cui l'ente non debba rispondere dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo da parte del soggetto agente, cfr. art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001; il fatto che la responsabilità dell'ente non sia esclusa nonostante l'autore del reato sia ignoto o non imputabile, cfr. art. 8, d.lgs. 231/2001.

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, cit., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo), in cui si afferma che «integra il concetto di interesse o vantaggio dell'ente, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, l'ipotesi in cui il profitto del reato di truffa sia inizialmente conseguito dalla società indagata, attraverso l'accreditamento in suo favore delle somme erogate dalla p.a., restando irrilevante ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente l'eventuale successiva distrazione delle medesime somme sui conti personali dell'amministratore».

⁵¹ IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 60.

A proposito della determinazione in senso soggettivo oppure oggettivo di tale criterio d'imputazione, si è sostenuto che nelle ipotesi di cd. colpa incosciente, *a fortiori*, andrebbe esclusa la possibilità di configurare la responsabilità dell'ente⁵², poiché l'autore non agirebbe con l'intenzione di favorire l'ente⁵³.

Di più, sembra che la ricostruzione più plausibile⁵⁴ muova dallo stesso rimprovero nei confronti dell'ente che abbia ad oggetto l'*adeguatezza organizzativa*, sia nel caso dei reati presupposto di natura dolosa, che in quelli colposi: in entrambi i casi la "colpa" dell'ente assume la fattezze dell'*«indifferenza per gli interessi potenzialmente pregiudicabili»*⁵⁵, in base alla quale rileverebbero nella commissione dell'illecito le scelte imprenditoriali, ossia i comportamenti anche taciti, dell'organo dirigenziale dell'ente che rappresentino la cd. politica d'impresa⁵⁶ e che laddove errati o avventati fondino la cd. colpa d'organizzazione⁵⁷. In tale ricostruzione l'interesse o il vantaggio

⁵² SANTORIELLO C., *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, cit., 170 s.

⁵³ In realtà, si è osservato che l'inconsapevolezza della condotta criminosa non esclude l'interesse dell'ente e dunque non sembra esserci un'incompatibilità di genere fra i reati colposi e la responsabilità da reato dell'ente collettivo neanche in questo caso, cfr. DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 328 s., il quale afferma che «d'altro canto la colpa non è un coefficiente psicologico reale, ma un giudizio (di rimproverabilità); sicché non è detto che essa si ponga in termini antitetici con l'interesse, inteso come atteggiamento psicologico dell'autore del reato».

Il soggetto agente potrebbe agire attribuendo consapevolmente prevalenza ai benefici economici anziché all'incolumità o alla vita dei lavoratori, SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, cit., 367. Sul punto, cfr. il cd. caso *Thyssenkrupp*, v. paragrafo 4.

⁵⁴ ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, cit., 265; CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 132.

⁵⁵ Così ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, cit., 265 s., il quale definisce tale colpa «impersonale ed oggettiva, tale da fagocitare il fatto». L'Autore affronta il tema in chiave comparatistica, in particolare fa riferimento al sistema inglese e svizzero, osservando che la soluzione adottata da entrambi è di tipo oggettivo, la responsabilità dell'ente è configurata in tutti i casi in cui si manifesti una carente organizzazione interna ma non sia possibile individuare il soggetto titolare della specifica funzione cui ascrivere la colpa, cfr. HEINE G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di CATENACCI M. - MARCONI G., Torino, 2004, 267 ss.

⁵⁶ DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 74.

⁵⁷ Secondo la nota elaborazione dottrinale di matrice tedesca, più precisamente si fa riferimento alla colpevolezza di organizzazione, cd. «*Organisationsverschulden*», per indicare i casi in l'evento lesivo sia il frutto di disorganizzazione e mancanza di controllo all'interno dell'impresa. Questa è una *colpevolezza giuridica*, in cui il giudizio di disvalore si concentra nella violazione da parte dell'ente di una serie di doveri che dovrebbe svolgere nei confronti della società, senza indagare il contenuto del rimprovero. In base a tale impostazione si sanzionerebbe l'inidoneità dell'apparato a prevenire il rischio-reato per un difetto di controllo. Cfr. TIEDEMANN K., *Criminal liability of corporations*, in *XIV International Congress of*

assumono il compito di delimitare la responsabilità dell'ente ai casi in cui la condotta criminosa sia riferibile o per una convergenza funzionale con gli obiettivi della società (reati dolosi) o per la mancanza di un'adeguata organizzazione prevenzionistica (reati colposi) laddove il comportamento dell'agente sia «consentaneo»⁵⁸ alla struttura dell'impresa ed alle sue regole generali.

Certo è che in sede di giudizio occorrerà accertare la sintonia con le esigenze concrete dell'ente, con un'analisi approfondita delle caratteristiche sostanziali dell'organizzazione e della situazione storica dell'ente medesimo⁵⁹, per evitare di cadere in cd. «presunzioni di destinazione» fondate su un interesse ritenuto collettivo ma non effettivamente tale⁶⁰.

comparative law, edited by HANS D.D.-TIEDEMANN K., International Academy of Comparative Law, Athens, 1994. Cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 169. Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, in *Dir. giust.*, 16, 52 ss., con nota di CORATELLA C., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo), in cui si afferma che «la necessità di soggettivizzare quanto più possibile la responsabilità dell'ente — che si giustifica con l'esigenza di creare un sistema che, per la sua affinità con il diritto penale di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso innanzitutto del principio della colpevolezza — impone di accertare che il reato commesso, oltre ad essere imputabile all'ente sotto il profilo oggettivo (per essere il reato stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente), sia in qualche misura quantomeno ad esso «rimproverabile» per un difetto di organizzazione». Per le questioni inerenti all'elemento psicologico della responsabilità amministrativa, v. *infra*.

⁵⁸ ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, cit., 266.

⁵⁹ Cfr. T. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 528, in cui si afferma che «il modello di organizzazione e gestione, adottato dopo la commissione dell'illecito al fine di escludere l'applicazione delle misure cautelari, deve essere elaborato tenendo conto della struttura organizzativa dell'ente e della storia anche giudiziaria della società»; G.u.p. Trib. Novara, 1 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, 403 ss., in cui si afferma che «in tema di responsabilità da reato degli enti, il criterio di imputazione di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 può essere correlato anche ai reati colposi previsti dall'art. 25-*septies*, rapportando l'interesse o il vantaggio non all'evento delittuoso, ma alla condotta violativa di regole cautelari che ha reso possibile la consumazione del reato; non è possibile ravvisare l'interesse o vantaggio *in re ipsa* nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta causalmente connessa all'infornio, con conseguente sussistenza automatica dei presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente, solo perché il reato è stato commesso nello svolgimento della sua attività, ma è sempre necessario procedere a una verifica in concreto».

⁶⁰ Come per esempio nel caso in cui l'infornio, valutato in rapporto all'organizzazione, non rechi all'ente né un risparmio né un aumento della produzione, così SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, cit., 361 s., il quale osserva come il criterio dell'interesse, dal punto di vista oggettivo, assuma la funzione di un vero e proprio «filtro», sia nelle ipotesi in cui l'associazione del reato all'ente sia «improbabile», sia in quelle in cui l'illecito è realizzato nell'interesse esclusivo dell'agente o di terzi; ciò assume rilevanza anche ai fini della commisurazione della sanzione. Ciononostante l'Autore ritiene che la ricostruzione dell'interesse non possa «assorbire in sé ogni ulteriore valutazione» come ad esempio la politica complessiva dell'ente.

Non è dello stesso avviso la giurisprudenza, che ha sinora optato per la natura dualistica del criterio di attribuzione⁶¹, escludendo il vantaggio per l'ente solo quando esso costituisca un evento «fortuito» determinato da condotte estranee alla politica d'impresa⁶².

2.2. Criteri d'imputazione soggettiva: «apicali» e «para-apicali»

Per la configurazione della responsabilità amministrativa occorre che l'autore del reato sia inserito nella struttura dell'ente: «in posizione apicale»⁶³ o «sottoposto»⁶⁴. Si noti, anzitutto, che l'esatta identificazione di tali soggetti non è

⁶¹ DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 324 s. Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, cit., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo), in cui si osserva «in sede esegetica, che, 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, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse “a monte” della società ad una locupletazione — prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata — in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente. Concorso reale, quindi, di presupposti, che pone un delicato problema di coordinamento, laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, non facciano riferimento al solo interesse (art. 5, comma 2, in senso esimente per le azioni criminose commesse nell'interesse esclusivo del rappresentante o dipendente della società o di terzi; art. 25-ter [...])». Sul punto v. ASTROLOGO A., *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006, 192, ritiene che i due criteri non possano essere usati come sinonimi in quanto altrimenti si assisterebbe ad una «*interpretatio abrogans*» di uno dei due.

⁶² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, in *Guid. dir.*, 2006, 42, 61 ss., con nota di AMATO G., in cui si afferma che «in materia di responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, deve escludersi la responsabilità dell'ente, pur qualora questo riceva comunque un vantaggio della condotta illecita posta in essere dalla persona fisica, laddove risulti che il reo ha agito “nell'interesse esclusivo proprio o di terzi” (art. 5, comma 2, d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231): in tale evenienza, infatti, si tratterebbe di un vantaggio “fortuito”, come tale non attribuibile alla “volontà” dell'ente». Cfr. Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, su www.penalecontemporaneo.it.

⁶³ Ossia «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità», cfr. art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001. Sembra che debba trattarsi del soggetto titolare della gestione e quindi, non ad esempio il sindaco di un organismo societario, così FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di LANCELLOTTI G., Torino, 2003, 90.

⁶⁴ Ossia «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza» di un soggetto apicale, cfr. art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001. FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103, ritiene che debba considerarsi solo il soggetto «sottoposto immediatamente a ridosso del

semplice nella pratica, specie incrociando le definizioni contenute nel d.lgs. 231/2001 con quelle previste nel d.lgs. 81/2008⁶⁵. Ad ogni modo, nell'ipotesi del reato commesso dal soggetto apicale⁶⁶, l'ente non sarà responsabile se dimostrerà da un lato, di avere «adottato ed efficacemente attuato» il modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi in concreto, secondo i criteri descritti nella normativa⁶⁷ e dall'altro, di aver vigilato⁶⁸ sul funzionamento, sull'osservanza e l'aggiornamento degli stessi, con l'istituzione di un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (OdV).

Nella seconda fattispecie⁶⁹, la condotta criminosa del soggetto «para-apicale» deve essere stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e l'ente ne risponderà solo se il pubblico ministero darà la prova del nesso di quest'omissione con il verificarsi dell'infortunio; inoltre, la responsabilità dell'ente è esclusa «*in ogni caso*» se, prima della commissione del delitto, questi abbia «adottato ed efficacemente attuato» il modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi in concreto, in quanto si presume che la vigilanza si realizzi attraverso il sistema organizzativo.

vertice o comunque in posizione assimilabile dal punto di vista funzionale», per questo sembra più corretta la definizione di soggetto «para-apicale».

⁶⁵ Per le quali si rinvia a quanto già osservato, specialmente a proposito del principio cd. di effettività, v. Capitolo II. Cfr. CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 136 s., che denuncia un fenomeno di «deverticalizzazione» delle strutture aziendali. Secondo l'Autrice, il preposto, il RSPP ed il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza dovrebbero essere considerati soggetti sottoposti; il dirigente, invece, sembrerebbe rientrare nella categoria dei soggetti apicali al pari del datore di lavoro; il medico competente ne sarebbe estraneo in quanto consulente esterno. Sul punto cfr. IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 62 ss. e spec. 64 s., il quale ritiene, invece, che il medico competente possa essere ricondotto alla categoria dei soggetti sottoposti; il reato dei progettisti, dei fabbricanti, dei fornitori e degli installatori fonda la responsabilità dell'ente «*di appartenenza*» secondo i criteri d'imputazione corrispondenti alla specifica funzione concretamente svolta.

⁶⁶ Cfr. art. 6 d.lgs. 231/2001.

⁶⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in CED 244256, nella quale la persona giuridica, pur avendo omesso di adottare ed attuare il modello organizzativo e gestionale «non risponde del reato presupposto commesso da un suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

⁶⁸ Cfr. BISACCI M.C., *Art. 25-septies*, cit., 294., secondo i quali si tratta di una *culpa in vigilando*.

⁶⁹ Cfr. art. 7 d.lgs. 231/2001.

Si può notare che nel primo caso la responsabilità dell'ente è automatica ed assoluta⁷⁰ e la colpevolezza viene desunta dalle scelte connesse alla politica d'impresa⁷¹, poiché la condotta sembra essere espressione del comportamento complessivo dell'ente⁷² tale da provocare un'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente dell'ulteriore requisito del difetto di organizzazione⁷³, giustificata dalla coincidenza tra la posizione soggettiva dell'agente ed il criterio dell'interesse⁷⁴. Nel secondo caso l'infortunio è la conseguenza di un difetto

⁷⁰ Cfr. AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 47.

⁷¹ È interessante di recente Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560, in *Cass. pen.*, 2011, 3533 ss., nella quale si afferma che «in materia di responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, l'esigenza cautelare cui si riferisce il d.lgs. 231/01 deve emergere dalla valutazione di due tipologie di elementi, il primo di carattere obiettivo, relativo alle specifiche modalità e circostanze del fatto, l'altro di natura soggettiva, attinente alla "personalità" dell'ente; con riferimento al primo aspetto, il giudice è chiamato a valutare la gravità dell'illecito, considerando il numero delle violazioni commesse, nonché gli elementi indicati dall'art. 13 d.lgs. cit.; inoltre, si richiede che sia considerata la "personalità" dell'ente, attraverso una valutazione che abbia come oggetto la sua organizzazione, la politica d'impresa attuata negli anni e gli eventuali illeciti commessi in precedenza». Cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 175, secondo i quali la teoria dell'identificazione organica fonda una *presunzione di colpevolezza* dell'ente, rispetto alla quale l'adozione del modello dimostra, invece, di non avere in alcun modo agevolato la consumazione del reato.

⁷² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 1876 ss., in cui la Corte dichiara «manifestamente infondata, in relazione agli art. 3, 24 e 27 cost., la questione relativa alla responsabilità amministrativa delle società per effetto della commissione, nel loro interesse o a loro vantaggio, dei reati indicati dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 ad opera dei soggetti apicali indicati nell'art. 5 perché, in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i soggetti apicali alla persona giuridica, il reato da loro commesso è sicuramente qualificabile come "proprio" della persona giuridica».

⁷³ FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 95, il quale rileva che l'inversione dell'onere della prova potrebbe contrastare con il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost.

⁷⁴ SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, cit., 366 s., secondo il quale sarebbe opportuno valorizzare entrambi i criteri d'imputazione attraverso un doveroso «giudizio di individualizzazione e concretizzazione» secondo delle valutazioni di «razionalità economica imprenditoriale». Cfr. decisione del G.u.p., Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, cit., in cui si afferma che «in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, allorché il reato presupposto sia realizzato da uno dei soggetti apicali di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001, in capo alla pubblica accusa permane l'onere di individuare nel capo di incolpazione il concreto interesse sociale specificamente perseguito dall'agente mediante la violazione della disposizione cautelare presupposta. Ove tale allegazione faccia difetto, all'esito dell'udienza preliminare non può concedersi una progressione dibattimentale (nella fattispecie, il capo di incolpazione elevato nei confronti dell'ente allegava in modo generico il conseguimento dell'interesse o vantaggio da parte della società quale conseguenza del delitto di omicidio colposo contestato, tra gli altri, al direttore di stabilimento, "avendo la società omissa di adottare ed efficacemente attivare un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire il reato sopra specificato [...] beneficiando di c.d. risparmio di spesa a ciò conseguente")».

organizzativo⁷⁵ che, però, deve essere provato⁷⁶ e l'ente eventualmente risponderà se ha reso più facile la commissione dell'illecito penale⁷⁷: l'inosservanza della vigilanza deve essere *condicio sine qua non* del fatto commesso⁷⁸. La differenza fra l'una e l'altra previsione riguarda il nesso di causalità tra l'inosservanza ed il reato che, se compiuto da un soggetto «para-apicale», sarà determinante al fine dell'imputazione della responsabilità: infatti, non è detto che la mancata adozione del modello organizzativo comporti la sanzione amministrativa⁷⁹, occorre che sia accertato in concreto il nesso eziologico⁸⁰. Inoltre, mentre nel reato commesso dal soggetto apicale è configurabile una *responsabilità concorrente e diretta dell'ente*, nella seconda

⁷⁵ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5104, il quale osserva che l'inadeguatezza della struttura è alla base dell'imputazione della responsabilità degli enti, in quanto il reato risulta essere l'effetto della «difettosa organizzazione» o comunque della politica dell'ente; la logica trova conferma nel riferimento alle «carenze organizzative» di cui all'art. 7 comma 1, d.lgs. 231/2001.

⁷⁶ CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 138 s.; DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 333. PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 16. Cfr. G.u.p. Trib. Milano, 6 ottobre 2011, su www.penalecontemporaneo.it, in cui si afferma che nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza «*l'onus probandi* grava sulla Pubblica Accusa, eccezione fatta per la dimostrazione dell'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 7 d.lgs. 231/2001)».

⁷⁷ Se riscontrabile un'agevolazione colposa, AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 47 s., il quale osserva che di fatto anche nel secondo caso l'ente dovrà dimostrare di aver efficacemente adottato un modello di organizzazione idoneo, una volta provato che l'infortunio sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza; ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 71.

⁷⁸ FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 91, il quale osserva che l'inosservanza non può essere una mera agevolazione, ciò si desume dall'espressione usata nella norma: «*è stata resa possibile*», cfr. art. 7 d.lgs. 231/2001.

⁷⁹ Cfr. decisione del G.u.p., Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, cit., nella quale si afferma che «in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'adozione, da parte dell'ente, di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato non costituisce il contenuto di un obbligo, in ipotesi sanzionato con la responsabilità amministrativa. Al contrario, l'adozione e la efficace attuazione del modello integrano una condotta esimente dalla responsabilità amministrativa per il caso in cui, nonostante il compimento di tale condotta da parte dell'ente, si verifichi il reato. Ne consegue che l'omessa adozione del modello non può di per sé essere addebitata all'ente per costituire la ragione unica della sua responsabilità». Cfr. G.u.p. Trib. Milano, 6 ottobre 2011, cit., in cui il Giudice invita il Pubblico Ministero procedente «a specificare quali sarebbero le censure mosse nei confronti del Modello di organizzazione sotto il profilo della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, avendo l'Ente depositato certificazione idonea a presumere, in prima battuta, l'adeguatezza della parte speciale in questione (art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008) ai requisiti richiamati nel predetto art. 30, che è rubricato "Modelli di organizzazione e di gestione"».

⁸⁰ AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 48. La definisce una «presunzione di responsabilità dell'ente», DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell'ottica processuale*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di CATENACCI M. - MARCONI G., Torino, 2004, 245.

ipotesi si prospetta una fattispecie complessa corrispondente ad un *fatto di agevolazione colposa del reato altrui*; ciò comporta che nel primo caso la prova dell'adeguatezza del modello organizzativo costituisce una *scusante*⁸¹ e nel secondo l'inosservanza dell'obbligo di direzione e vigilanza costituisce un elemento positivo essenziale dell'illecito dell'ente⁸².

A tal proposito, è ancora oggetto di contrasti la questione relativa ad una possibile responsabilità del soggetto apicale nel caso del reato commesso ai sensi dell'art. 7 d.lgs. 231/2001: sembra che questa possa inquadrarsi in un mero *contributo agevolativo*⁸³, per non aver predisposto un'organizzazione adeguata. Tuttavia, una parte della dottrina⁸⁴ e della giurisprudenza⁸⁵ riconoscono la

⁸¹ In dottrina non è pacifico l'inquadramento nel regime delle scusanti, v. *infra*.

⁸² DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre sull'attuazione della legge delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1136 s.

⁸³ DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1153.

⁸⁴ PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 431.

⁸⁵ Cfr. G.i.p. Trib. Verona, 14 marzo 2007, in *Riv. pen.*, 2008, 926 ss., con nota di PALUMBO F., in cui si afferma che «in tema di responsabilità delle persone giuridiche, il d.lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un obbligo di adempienza allorquando venga scoperto o comunque prospettato un reato che coinvolga l'ente; infatti, ai sensi dell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, la società è tenuta da un lato a scoprire ed eliminare tempestivamente le situazioni di rischio e d'altro lato, ai sensi dell'art. 17, lett. b), medesima normativa, ad eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti». Ed anche, in sede civile, Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, 177 ss., con nota di BUONOCORE V., *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001*, nella sentenza, per quanto attiene all'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, si è riconosciuto il dovere dell'amministratore delegato e presidente del Consiglio d'Amministrazione di attivare tale organo, affermando che «l'amministratore delegato di una società che sia stato riconosciuto in sede penale responsabile per diversi fatti rilevanti anche in termini di responsabilità civile e dai quali sia scaturita l'affermazione di responsabilità penale anche della società, in conseguenza della mancata adozione del modello organizzativo, è da considerarsi responsabile per il danno cagionato al patrimonio sociale». Cfr. CATTADORI M., *L'adozione del modello 231 da facoltà ad obbligo per le imprese*, su www.penalecontemporaneo.it, 2010, il quale porta all'attenzione due provvedimenti regionali, della Lombardia e della Calabria, in cui viene richiesto l'adeguamento alle disposizioni del d.lgs. 231/2001, rispettivamente nel primo caso per gli enti che svolgono servizi formativi e che vogliono addivenire alla contrattazione con la regione Lombardia, nel secondo caso per le imprese operanti in regime di convenzione con la regione Calabria, cfr. decreto n. 5808, 8 giugno 2010, «Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro in attuazione della D.G.R. N. VIII del 23 dicembre 2009»; cfr. art 54, comma 2, Legge Regione Calabria n. 15, 21 giugno 2008. Sul punto v. anche CARMONA A., *Verso l'obbligatorietà del modello organizzativo e dei suoi contenuti?*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 424; BARTOLOMUCCI S., *Ancora sulla (neo) obbligatorietà dei compliance programs: il precedente della legge regione Calabria e la sua reale portata*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2008, 7ss. Sulla natura del modello organizzativo in quanto dovere o facoltà, v. *infra*.

possibilità di configurare il capo al soggetto apicale una responsabilità per *omesso impedimento* del reato altrui o per *agevolazione colposa*, ai sensi dell’art. 113 c.p.⁸⁶: infatti, si ritiene che la fonte dell’obbligo di garanzia sia rinvenibile nello stesso art. 7 d.lgs. 231/2001⁸⁷. Eppure occorre rilevare che gli obblighi di mera direzione e vigilanza posti dalla normativa sono *generici*, hanno un carattere «organizzativo o pianificatorio»⁸⁸ ed in quanto tali non possono fondare una posizione di garanzia penalmente rilevante; tutt’al più possono assumere rilievo, dal punto di vista causale⁸⁹, come criterio di imputazione della responsabilità dell’ente. Del resto, si è osservato che le regole contenute nei modelli organizzativi, di cui all’art. 6 d.lgs. 231/2001, non sono idonee a costituire la fonte di posizioni di garanzia penalmente rilevanti⁹⁰.

3. I cd. modelli di organizzazione, gestione e controllo: l’«organizzazione difettosa» come un rischio «non-permesso»

Come si è osservato nel paragrafo precedente, l’adozione di un modello di organizzazione e gestione idoneo incide sulla responsabilità della persona giuridica; in particolare, nel caso del reato commesso da un soggetto apicale la prova dell’adeguatezza del modello organizzativo costituisce una *scusante*⁹¹, mentre nel reato commesso dal soggetto «para-apicale», l’inosservanza

⁸⁶ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 211 ss.; DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1153 s.

⁸⁷ Come osservato, tale soluzione finirebbe con il premiare i dirigenti che non adottino un modello di organizzazione e gestione per evitare di assumere una posizione di garanzia penalmente rilevante, AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 49.

⁸⁸ PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 287, il quale osserva che la configurazione di una ulteriore posizione di garanzia individuale contrasterebbe con la *ratio* della disciplina, volta ad «arginare quei fenomeni di allargamento incontrollato della punibilità concorsuale, il cui veicolo principale era costituito dalla moltiplicazione delle posizioni di garanzia».

⁸⁹ FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all’ente della responsabilità amministrativa*, cit., 91.

⁹⁰ FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Il diritto penale dell’impresa*, a cura di CONTI L., nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2001, XXV, 77.

⁹¹ Cfr. art. 6 d.lgs. 231/2001.

dell'obbligo di direzione e vigilanza costituisce un elemento positivo essenziale dell'illecito dell'ente⁹².

Al fine dell'esonero della responsabilità, nella fattispecie di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, la prova dell'adeguatezza del modello grava sull'ente⁹³, che dovrà dimostrare la «scissione»⁹⁴ fra la propria organizzazione e la condotta dell'organo di vertice; ciò vuol dire che l'ente dovrà provare, in primo luogo, l'adozione e l'attuazione efficace, prima della commissione del fatto, di un modello di organizzazione e gestione⁹⁵ idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁹⁶; in secondo luogo, la vigilanza sul funzionamento,

⁹² Cfr. art. 7 d.lgs. 231/2001.

⁹³ Nel cd. caso *Thyssenkrupp* il problema non si pone, in quanto la Corte ha accertato che «nel caso di specie il richiesto "modello di organizzazione e di gestione" idoneo a "prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi", cioè il reato di cui all'art. 589, comma 2, c.p., non era stato da *Thyssenkrupp AST S.p.A.* neppure adottato al 06/12/2007. Il dato è incontestabile in quanto emerge documentalmente: solo durante il Consiglio di Amministrazione del 21/12/2007 erano state approvate le modifiche del preesistente "modello organizzativo" aggiungendovi le parti relative proprio all'omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche», cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., (cd. *Thyssenkrupp*) v. *infra*.

⁹⁴ DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell'ottica processuale*, cit., 245.

⁹⁵ I cd. *compliance programs* sono strumenti mutuati dall'esperienza giuridica statunitense, hanno la propria fonte nella legge federale e funzionano come criteri di commisurazione del grado di diligenza organizzativa posta in essere dall'ente e la colpevolezza dell'ente si fonda sulla mancata o inadeguata adozione di misure di prevenzione dei reati, essendo così del tutto autonoma da quella della persona fisica. A tal proposito si fa riferito alla cd. *preventive fault*, vale a dire una sorta di «pre-colpevolezza» derivante dal fatto di aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato, cfr. BRICKEY K. F., *The Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1988*, in *Corporate Criminal Liability Reporter*, 2, Beverly Hills, 2011, 1 ss. Occorre ricordare, che nell'ordinamento statunitense l'attribuzione della responsabilità all'ente avviene secondo il principio del *respondeat superior* - molto simile alla *vicarious liability* (v. nota 192) – in base al quale l'ente risponde dei reati commessi da tutti i propri dipendenti, «purché realizzati con l'*intent to benefit la corporation*». In questo quadro, la logica dei criteri di commisurazione della pena si ispira ad un approccio retributivo-premiale secondo il principio di politica criminale del cd. *carrot-stick*: la sanzione pecuniaria rimane quella principale affiancata da un sistema misto (*fine, remedial order, community service, adverse publicity, order of notice to victims, corporate probation, restitution, dissolution*) che si sviluppa secondo un duplice obiettivo, punitivo e risarcitorio. Il meccanismo di determinazione della pena si applica per gradi partendo da una pena pecuniaria di base, su cui influiscono varie circostanze aggravanti ed attenuanti; a differenza del nostro ordinamento, i *compliance programs* non esonerano la responsabilità dell'ente ma possono comportare una notevole riduzione della pena pecuniaria. Per un'analisi approfondita si rinvia a BRICKEY K. F., *Perspectives on Corporate Criminal Liability*, in *Encyclopedia of criminology & criminal justice*, Springer, 2012, 2 ss.; SETHI S.P.-KATZ R.W., *The Expanding Scope of personal Criminal Liability of Corporate Executives – Some Implications of United States v. Park*, in *Food Drug Cosm. L.J.*, 32, 544, 1977, 544 ss.; GUERRINI R., *Profili comparatistici della responsabilità da reato degli enti*, in *Studi senesi*, 2008, 73 s. e spec. 75 s.; DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 73 ss. e 102 ss.; DE MAGLIE C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2001, 1351. Sotto il profilo della colpevolezza cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 169 s.

⁹⁶ Cfr. art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001.

l’osservanza e l’aggiornamento del modello ad opera di un *organismo dell’ente* (OdV)⁹⁷; ed in terzo luogo l’ente dovrà dimostrare che il soggetto apicale abbia commesso il reato eludendo *fraudolentemente*⁹⁸ il modello organizzativo e che, allo stesso tempo⁹⁹, l’OdV abbia comunque realizzato la *vigilanza* sufficiente¹⁰⁰.

Innanzitutto, il modello di organizzazione e gestione deve essere idoneo ed efficace¹⁰¹; la normativa stessa, agli artt. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001 e 30 d.lgs. 81/2008¹⁰², ne delinea il contenuto minimo: sarà necessaria la creazione e la

⁹⁷ Cfr. art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001.

⁹⁸ Cfr. art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231/2001.

⁹⁹ DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell’ottica processuale*, cit., 245 s., secondo il quale si tratta di elementi che vanno valutati congiuntamente: la volontà criminale contraria alla politica d’impresa non deve essere neanche *tollerata* dall’ente.

¹⁰⁰ Cfr. art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231/2001.

¹⁰¹ Sulla qualità “dinamica” del modello cfr. G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 4, 71 ss., in cui si afferma che «sotto l’aspetto strutturale e contenutistico, il modello deve rappresentare l’esito di una corretta analisi del rischio e, pertanto, l’esito della corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell’ente in rapporto alla sua organizzazione e attività; una volta effettuata la c.d. mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole a un’efficace e costante azione di controllo e presidiandole con altrettante e adeguate specifiche sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantirne un’effettiva attuazione dell’intero sistema organizzativo così approntato per rendere cioè il modello *non un mero strumento di facciata* dotato di una valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa e organizzativa della persona giuridica; benché il modello di organizzazione sia unico, le sue previsioni devono diversificarsi in relazione allo specifico rischio-reato da prevenire e considerata la pluralità degli agenti di rischio devono essere modulate sia sul momento della formazione e dell’attuazione della volontà dell’ente che sul successivo momento esecutivo; inoltre, quando già determinati reati si sono verificati ovvero è altamente probabile che si siano verificati, il contenuto programmatico del modello, in relazione all’area in cui gli indicatori di rischio sono più evidenti, dovrà necessariamente essere calibrato e mirato all’adozione di più stringenti misure idonee a prevenire o a scongiurare il pericolo di reiterazione dello specifico illecito già verificatosi». Definisce il carattere dinamico del modello ARENA M., *Idoneità del modello e frode del soggetto apicale*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008, 47 ss. Cfr. anche MANCINI C., *L’introduzione dell’art. 25-septies: criticità e prospettive*, cit., 53 s., secondo la quale l’obiettivo della normativa è quello di integrarsi con un complesso di procedure e regole interne «autogenerate» dall’impresa, realizzando un’«organizzazione sistematica e procedimentalizzata», al fine di garantire l’*effettività* della tutela.

¹⁰² Parte della dottrina osserva che, con l’introduzione dell’art. 30 d.lgs. 81/2008, si è realizzato un passaggio «dalla libertà di adozione del modello organizzativo e dalla libera determinazione dei suoi contenuti procedurali ad una sorta di obbligatorietà» con il rischio di muoversi verso «posizioni dirigistiche», cfr. CARMONA A., *Verso l’obbligatorietà del modello organizzativo e dei suoi contenuti?*, cit., 423 ss. e spec. 426, il quale non ritiene che l’adozione del modello costituisca un obbligo; tuttavia, pur riconoscendo che l’art. 30 d.lgs. 81/2008 costituisca «una specie di previsione attuativa» dell’art. 7, comma 3, d.lgs. 231/2001, fornendo i contenuti necessari del modello organizzativo idoneo, ritiene che il giudice debba comunque valutare l’idoneità del modello stesso, oltre che la sua efficace attuazione, in quanto ai fini penali il rispetto dell’art. 30 d.lgs. 81/2008 non costituisce una «prevalidazione presunta»; cfr. note 117 e 132. Inoltre, l’Autore ravvisa un *vulnus* nella libertà sostanziale di impresa laddove l’idoneità dei modelli scatti nei casi in cui si siano rispettate le indicazioni di contenuto di talune Autorità

divulgazione di un codice etico¹⁰³, l'identificazione dei rischi (*risk management*) generici e specifici connessi dell'attività svolta, la progettazione di protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni, l'introduzione di un sistema organizzativo «formalizzato e chiaro»¹⁰⁴ per quanto attiene ai compiti ed alle responsabilità e delle modalità di controllo incrociato nell'utilizzo delle risorse finanziarie¹⁰⁵, la previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'OdV¹⁰⁶ e di un adeguato sistema disciplinare interno¹⁰⁷, nonché di procedure di aggiornamento ed adeguamento della rilevazione delle aree di rischio e delle eventuali rispettive violazioni.

Inoltre, il modello deve essere realizzato nel rispetto degli *standard* di legge¹⁰⁸, prevedendo la predisposizione delle misure di prevenzione e protezione¹⁰⁹, nonché l'attività di vigilanza con verifiche periodiche

di settore, cfr. art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008. Cfr. nota 85, anche se, secondo l'Autore, l'obbligatorietà posta dai provvedimenti delle regioni Calabria e Lombardia è prevista solo per finalità specifiche, in funzione certificativa. Sul rapporto fra art. 30 d.lgs. 81/2008 e artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, cfr. ROSSI A. – GERINO F., *Art. 25-septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2009, 12 s., i quali ritengono che il primo non sia una norma speciale, bensì una norma di specificazione e che in ogni caso l'art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008 non determina una «presunzione assoluta di innocenza». Sulla natura del modello organizzativo in quanto dovere o facoltà, v. *infra*.

¹⁰³ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5105, secondo il quale l'*iter* di formazione ed attuazione delle decisioni determina la politica d'azione dell'ente e «la correttezza organizzativa è garantita dal fatto che l'ente mira a educare».

¹⁰⁴ DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell'ottica processuale*, cit., 246. FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5105, il quale, a tal proposito, fa riferimento alla «tracciabilità delle decisioni e dei comportamenti attuativi».

¹⁰⁵ La trasparenza della contabilità e della fatturazione assume un ruolo «chiave» per evitare la commissione di reati e preservare una buona politica d'impresa, sul punto si rinvia a MINNITI G., *La cd. "tracciabilità" delle responsabilità nei modelli organizzativi*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di CATENACCI M. - MARCONI G., Torino, 2004, 259 ss.

¹⁰⁶ Come ad esempio obblighi di *report* da parte dei responsabili di settore e sistemi di segnalazione anonima, DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell'ottica processuale*, cit., 246.

¹⁰⁷ Il fine delle sanzioni disciplinari è quello di scoraggiare la commissione di reati, dimostrando l'assenza di collusione con l'ente medesimo, FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5105.

¹⁰⁸ Relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici, cfr. art 30, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001.

¹⁰⁹ A cui si aggiunge l'adempimento delle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; delle attività di informazione e formazione dei lavoratori, nonché di sorveglianza sanitaria; e l'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; nonché la previsione di sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione di tali attività, cfr. art. 30, commi 1 e 2, d.lgs. 81/2008.

sull'applicazione e l'efficacia delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori.

Nell'adozione dei modelli preventivi, per quanto riguarda il corretto adempimento di tutti i requisiti, l'ente può fare riferimento ai codici di comportamento¹¹⁰ redatti dalle associazioni degli enti e sottoposti al vaglio del Ministero della giustizia. Tuttavia, ciò non vale come una «garanzia automatica», secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata¹¹¹ si ritiene che questi costituiscano dei meri strumenti di valutazione dell'idoneità del contenuto del modello individuando i parametri dell'agente-modello collettivo¹¹²: il modello dovrà essere, infatti, raccordato con le esigenze specifiche dell'ente¹¹³ ed in ogni caso¹¹⁴ sarà il giudice a dover verificare l'efficacia del modello caso per caso¹¹⁵.

Occorre precisare che il giudizio sull'idoneità del modello dovrebbe realizzarsi in una prospettiva *ex ante*¹¹⁶: è chiaro che, essendosi verificato il

¹¹⁰ Cfr. art 6, comma 3, d.lgs. 231/2001, il Ministero della giustizia di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati.

¹¹¹ Se l'art. 30 d.lgs. 81/2008 ponesse un contenuto legale necessario, ciò comporterebbe che la valutazione in sede giudiziale si realizzerebbe attraverso un giudizio di corrispondenza dei contenuti del modello con quelli legalmente predeterminati e dunque, solo sulla sua attuazione e non sulla concreta idoneità dello stesso; secondo IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 69, questa interpretazione porterebbe alla costruzione di un diritto speciale, non previsto dalla legge delega – che intendeva fornire dei meri criteri direttivi - e quindi incostituzionale.

¹¹² Questo rappresenta una «metacompetenza superiore alla somma delle competenze degli individui», così PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 172. Cfr. PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 181.

¹¹³ Il contenuto minimo necessario fissato dalla normativa è integrato da un contenuto variabile, in relazione all'area di rischio cui si riferisce, IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 68.

¹¹⁴ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5104 s. Cfr. CARMONA A., *Verso l'obbligatorietà del modello organizzativo e dei suoi contenuti?*, cit., 423 ss., v. nota 102. Secondo PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 835, le *Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL)* del 28 settembre 2001 ed il *British Standard OHSAS 18001:2007* e gli ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale che possono essere indicati dalla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul Lavoro (art. 6 d.lgs. 81/2008), di cui all'art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008, non hanno il carattere di una presunzione assoluta, v. nota 177 del Capitolo II. *Contra*, BARTOLOMUCCI S., *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 50, v. nota 71 del Capitolo IV.

¹¹⁵ CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 142.

¹¹⁶ DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1138. È da escludersi la logica del *post hoc ergo propter hoc*, ossia il ragionamento *ex*

reato, il modello non ha funzionato completamente e per questo è necessario che il reo abbia agito «fraudolentemente»¹¹⁷, raggirando la corretta politica d'impresa. Eppure si ritiene che la responsabilità dell'ente deriverà comunque in maniera automatica dal reato del soggetto apicale, dal momento che risulterà piuttosto ardua la prova dell'atteggiamento psicologico fraudolento - si tratta di una *probatio diabolica*¹¹⁸ - e sarà difficile¹¹⁹ che l'operato di un organo di vertice appaia estraneo alla politica d'impresa¹²⁰.

L'ulteriore elemento di efficacia consiste nella creazione di un organismo di vigilanza (OdV)¹²¹ che deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, nonché della professionalità¹²² necessaria allo svolgimento della

post in base al quale se il reato è stato commesso vuol dire che il programma non era idoneo, DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1138.

¹¹⁷ Seppur in tema di aggio, cfr. G.u.p. Trib. Milano, 17 dicembre 2009, in *Società*, 4/2010, 473 ss., anche su www.penalecontemporaneo.it, (cd. caso Impregilo) - v. note 56 e 122 - con nota di PALIERO C.E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione dalla colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, 476 ss., in cui si è affermato che «la valutazione di efficacia del modello di organizzazione dell'impresa societaria deve essere compiuta dal giudice con riferimento al tempo della sua adozione ed attuazione», tenendo conto, da un lato, delle conoscenze accessibili all'ente al momento dell'adozione del modello e dall'altro, delle dinamiche di commissione del reato, in particolare la circostanza che il reato sia stato commesso eludendo il modello organizzativo; cfr. note 102 e 132.

¹¹⁸ Cfr. RUSSO A., *Delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al d.lgs. n. 81/2008 come modificato e integrato dal d.lgs. n. 106/2009*, a cura di TIRABOSCHI M. - FANTINI L., con la collaborazione di LAI M. - MASI M. - PENNESI P. - RAUSEI P., Milano, 2009, 347; MASÍA V., *Modelli di organizzazione antinfortunistici e posizioni di garanzia, tra vecchio e nuovo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2008, 82.

¹¹⁹ AMBROSETTI E. M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 51.

¹²⁰ Tuttalpiù la responsabilità dell'ente sarebbe esclusa "a monte" per la mancanza del criterio oggettivo dell'interesse, v. DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1139.

¹²¹ Cfr. artt. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001 e 30, comma 4, d.lgs. 81/2008, in base a quest'ultimo un sistema di controllo idoneo dovrà farsi carico dell'attuazione del medesimo modello e del mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate; procedendo al riesame e ad una eventuale modifica del modello, a seguito di violazioni significative delle norme ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività, in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

¹²² Cfr. cd. "decalogo 231", dott. ssa Secchi, ord. G.i.p. Trib. Milano 9 novembre 2004, *Foro it.*, 2005, II, 528 ss., in base alla quale il modello organizzativo deve prevedere che i componenti dell'Organo di Vigilanza siano in possesso di capacità specifiche sia in tema di attività ispettiva e che di proposizione; che per questi sia prevista, quale causa di incompatibilità, la sentenza di condanna, o di patteggiamento non irrevocabile, non solamente per i reati previsti dal d.lgs. 231/01; una formazione specifica, non solo per i dipendenti nella loro generalità, per i dipendenti che operino in specifiche aree di rischio e per i preposti al controllo interno, ma anche per l'Organo di Vigilanza; nonché disciplinare l'obbligo per tutti i dipendenti della società di riferire all'Organismo di Vigilanza notizie di fatti compiuti in violazioni del modello, senza che ne possano subire le conseguenze. Cfr. G.u.p. Trib. Milano, 17 dicembre 2009, cit., (cd. caso Impregilo), cfr. nota 117.

specifica funzione¹²³. Quest'ultima consiste nel controllo sull'adeguatezza del modello preventivo¹²⁴, nel monitoraggio permanente al fine di verificarne la continua efficienza ed anche nel potere di provvedere alle modifiche dello stesso¹²⁵. Sotto il profilo della responsabilità dell'OdV, si è osservato che astrattamente questo potrebbe essere punibile a titolo di concorso omissivo, per il

¹²³ Cfr. art. 30, comma 3, d.lgs. 81/2008. A tal proposito, ci si è chiesti se non fosse necessaria nell'OdV, che opera in settori specializzati, la presenza di un soggetto con competenze specifiche nelle materie relative all'attività lavorativa svolta o almeno un esperto in materie giuridiche, CARDIA M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, 2008, 124 s. Esclude la posizione di garanzia per il silenzio della legge sul punto, MASÍA V., *Modelli di organizzazione antinfortunistici e posizioni di garanzia, tra vecchio e nuovo*, cit., 84, che richiama Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2005, n. 11351, in *Not. giur. lav.*, 2006, 352 ss., in cui si afferma che «i componenti - ed in particolare il responsabile - del servizio di prevenzione e protezione, essendo considerati dei semplici ausiliari del datore di lavoro, non possono essere chiamati a rispondere direttamente del loro operato, proprio perché difettano di un effettivo potere decisionale; essi sono soltanto dei consulenti del datore di lavoro». Cfr. nota 125.

Sul punto cfr. la nota sentenza sul cd. caso *Thyssenkrupp*, Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., v. *infra*; SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'Odv no al modello riparatorio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2012, 262.

¹²⁴ Si ritiene che tale controllo non abbia ad oggetto i comportamenti dei singoli dipendenti, bensì la loro reazione generale alla modellistica attuata, così FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5106.

¹²⁵ D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008, 90. Cfr. ROMOLOTTI T.E., *Organismo di vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2008, 88 s. e spec. 91, il quale analizza il rapporto dell'OdV con il Sistema di Gestione per la Sicurezza (SGS) ed in particolare rileva il rischio di una sovrapposizione di funzioni. Secondo l'Autore all'OdV non spettano valutazioni tecniche, il controllo dovrebbe vertere solo sull'adempimento degli obblighi legali, in tal guisa l'OdV dovrebbe possedere solo le competenze giuridiche-organizzative necessarie e non è escluso che l'impresa possa dotarsi di un OdV «separato» o «ad assetto variabile», *ad hoc* per la sicurezza, con l'incarico specifico di vigilare nell'ambito degli infortuni, seppur ciò comporterà maggior costi. Cfr. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., in cui si chiarisce che «competenze giuridiche, non va dimenticato che la disciplina in argomento è in buona sostanza una disciplina penale e che l'attività dell'Odv [...] ha lo scopo di prevenire la realizzazione di reati. È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati, che potrà essere assicurata mediante l'utilizzo delle risorse aziendali ovvero della consulenza esterna. A questo riguardo, per quanto concerne le tematiche di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, l'Odv dovrà avvalersi di tutte le risorse attivate per la gestione dei relativi aspetti (come detto, RSPP - Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP - Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS - Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC - Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio), comprese quelle previste dalle normative di settore». Sul punto cfr. nota 123.

Il monitoraggio di secondo livello, invece, spetterebbe al SGS; sul punto v. soluzioni proposte dalla dottrina nel paragrafo 4 Sulla multidisciplinarietà del modello organizzativo v. MAZZERANGHI A., *Peculiarità pratiche nella predisposizione e attuazione dei modelli organizzativi per la sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2009, 171 ss. e spec. 182; PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, cit., 176.

mancato adempimento dei propri compiti¹²⁶, ma la normativa non si esprime al riguardo.

Negli enti dotati di una struttura organizzativa complessa la funzione di vigilanza è solitamente svolta da un organo interno *ad hoc*¹²⁷, che garantisca la necessaria indipendenza¹²⁸.

Quanto alla natura dogmatica dei modelli organizzativi in relazione alla funzione di esonero della responsabilità, parte della dottrina ritiene che questi incidano sulla *punibilità*¹²⁹; altri hanno ritenuto, invece, che i modelli

¹²⁶ CARDIA M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, cit., 122, il quale osserva che una parte degli enti esponenziali hanno escluso la presenza di una posizione giuridica di garanzia in capo ai membri dell'OdV; sul punto cfr. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., nelle quali si afferma che «l'attribuzione all'Organismo di compiti d'impedimento dei reati non si concilia con la sostanziale assenza di poteri impeditivi, giacché l'Organismo non può neppure modificare, di propria iniziativa i modelli esistenti, assolvendo, invece, un compito consultivo dell'organo dirigente cui compete il potere di modificare i modelli. Peraltro l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la polizia giudiziaria. Va, infine, sottolineato che, neanche in capo ai pubblici ufficiali ed agli incaricati di pubblico servizio che, a differenza dell'Organismo di vigilanza, hanno il dovere di segnalare all'Autorità giudiziaria i reati di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie attività, è previsto alcun obbligo di impedire la realizzazione dei suddetti reati». Nello stesso senso cfr. MASÍA V., *Modelli di organizzazione antinfortunistici e posizioni di garanzia, tra vecchio e nuovo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2008, 75 ss., v. nota 123; BAUDINO A. - SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2009, 59 ss. e spec. 71. Criticamente, VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2009, 97 ss. e spec 99 s., il quale richiama la giurisprudenza in cui risponde del delitto di omicidio colposo il RSPP che abbia agito con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline o che abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, così da indurre il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale; cfr. recentemente Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 1899 ss., (cd. Di Martino), sul punto cfr. Sezione I del Capitolo II.

¹²⁷ Non è escluso che una singola attività di controllo o una più generale attività di consulenza possano essere demandati a soggetti esterni, cfr. DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione nell'ottica processuale*, cit., 247. *Contra*, FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5105, secondo il quale, per cautela, prevale il significato letterale più immediato che preferisce il vincolo interno dell'organismo. Sull'autonomia dell'OdV cfr. cd. caso *Thyssenkrupp*, v. paragrafo 4.

L'organismo può avere una composizione monocratica o collegiale. Negli enti di piccole dimensioni la funzione di vigilanza può essere svolta direttamente dall'organo dirigenziale, cfr. art. 6, comma 4, d.lgs. 231/2001.

¹²⁸ Peraltro, con la l. 12 novembre 2011, n. 183 è stata prevista per la società di capitali la possibilità che tali funzioni siano svolte dal collegio sindacale o dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione, cfr. art. 6, comma 4-bis, d.lgs. 231/2001. Sulla posizione del sindaco, Cfr. AMATO G., *Le interferenze tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2012, 25 s.

¹²⁹ La fattispecie inciderebbe sulla sanzione e non sulla responsabilità: infatti, l'esonero non è totale dal momento che non è esclusa la confisca, cfr. art 6, comma 5, d.lgs. 231/2001, sul punto

organizzativi rilevino come delle vere e proprie *scusanti*¹³⁰ ed altri ancora come *causa di improcedibilità* dell'azione punitiva nei confronti dell'ente¹³¹. Laddove si ritenga che i modelli di prevenzione svolgano la funzione di circoscrivere il rischio connesso all'esercizio dell'attività lavorativa, allora opererebbero sul piano oggettivo, potendo essere anche assimilati ed una causa di giustificazione come l'esercizio di una facoltà legittima¹³². In ogni caso, non rientrando tra gli elementi costitutivi dell'illecito penale, ben potrebbero formare oggetto dell'onere probatorio della difesa¹³³: tuttavia, si è osservato che in virtù del

cfr. PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 428. In base al dettato dell'art. 30, comma 1, d.lgs. 81/2008, il modello di organizzazione e di gestione è idoneo ad avere «efficacia *esimente* della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche». Le «esimenti» o cause di esclusione della pena o cause di non punibilità sono quelle particolari situazioni esterne al fatto tipico, in presenza delle quali il legislatore ritiene che, per ragioni di opportunità, non si debba applicare la pena ed ogni altra conseguenza penale: non è esclusa l'illiceità, ma solo la punibilità del fatto. Queste operano obiettivamente e permane l'obbligo della restituzione e del risarcimento, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 796 s.

¹³⁰ Si tratterebbe di una *causa di esclusione della colpevolezza* in senso normativo che il legislatore ha previsto per i reati commessi dal *management* dell'impresa, in tal senso DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 180 ss. Per la natura di criterio d'imputazione soggettivo cfr. FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 267 ss., v. *infra*. Le «scusanti» escludono la colpevolezza per la mancanza di rimproverabilità rispetto ad un fatto che rimane oggettivamente illecito: essendo caratterizzate dall'inesigibilità del comportamento conforme alla legge il fondamento della scusa si rinviene nella inutilità della funzione risocializzante della pena. A tal proposito, la dottrina tedesca ha prospettato come «*causa generale ed autonoma preterlegale*» di esclusione della colpevolezza l'inesigibilità (*Unzumutbarkeit*) del comportamento conforme al dovere, nell'ambito, appunto, della colpevolezza normativa, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 357 s.

¹³¹ LANCELOTTI G., *I modelli organizzativi e gestionali dell'ente: contenuto e rilevanza*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di LANCELOTTI G., Torino, 2003, 112.

¹³² FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 15. *Contra*, VITALI L., *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25-septies d.leg. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2009, 25, secondo il quale si sarebbe in presenza di una cd. esenzione dalla responsabilità, in ragione della quale l'ente può provare la propria innocenza. L'Autore osserva, inoltre, che la «prova di resistenza», ossia la tenuta del modello, si realizza in sede processuale e che, dunque, questa è la sede in cui avviene prevalentemente l'adeguamento da parte dell'ente; ciò dimostrerebbe anche che il giudice deve inevitabilmente misurare l'idoneità del modello, cfr. note 102 e 117.

¹³³ MINNELLA M.L., *D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp. Sulla responsabilità dell'ente per gli omicidi colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro*, su www.penalecontemporaneo.it, 2011.

principio della presunzione di innocenza, non spetterebbe all'imputato l'onere di provare la sussistenza di cause esimenti di qualsivoglia natura¹³⁴.

Nell'ambito dei reati commessi dai soggetti «para-apicali», si osserva che la fattispecie di cui all'art. 7 d.lgs. 231/2001, evidenzia la sua «minore significatività»¹³⁵ rispetto all'imputazione della responsabilità all'ente: la modellistica con efficacia di esonero della responsabilità richiamata in questo caso è più elastica e solo le carenze organizzative rilevanti portano ad un coinvolgimento dell'ente nella realizzazione dell'infortunio¹³⁶.

4. Raccordo fra obblighi di vigilanza «diffusi» ed obblighi di vigilanza «apicali». Ancora sul caso Thyssenkrupp.

Ad ogni modo, sia che il reato sia stato compiuto dal soggetto apicale o dal soggetto «para-apicale», la predisposizione dei modelli costituisce ormai «un dovere (e non un onere)»¹³⁷ al fine dell'esonero della responsabilità non solo della persona fisica, ma anche dell'ente: e precisamente, il combinarsi delle sfere di efficacia dei modelli organizzativi con le diverse posizioni di garanzia definite dalla normativa, richiede nel settore della salute e sicurezza sul lavoro un raccordo¹³⁸ con la tutela predisposta dalla persona giuridica¹³⁹: infatti, il dovere

¹³⁴ In caso di dubbio, pertanto, dovrebbe disporsi l'assoluzione, ai sensi dell'art. 530, comma 3, c.p.p., sul punto cfr. VIGANÒ F., *I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 204 ss.

¹³⁵ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5106, il quale osserva che ciò è dovuto ad un valore meno «indiziario» della partecipazione dell'ente all'illecito.

¹³⁶ In questa ipotesi sembra che assumano rilievo i cd. segnali di allarme, in presenza dei quali i difetti di organizzazione dell'ente appaiono sintomatici, FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5106; cfr. art. 7, commi 3 e 4, lett. a) e b), d.lgs. 231/2001.

¹³⁷ Così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 92. Nello stesso senso, PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 834.; DOVERE S., *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2010, 110 s. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l'adozione del modello sia una mera facoltà dell'ente collettivo, cfr. DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 177 s. e spec. 195; IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 68; D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa. Datori di lavoro, dirigenti, committenti, responsabili dei lavori e coordinatori*, a cura di D'AVIRRO A., - LUCIBELLO P.M., Milano, 2010, 45. Secondo CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 140, i modelli di cui artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001 e 30, d.lgs. 81/2008, restano un onere pur ponendo un contenuto minimo non derogabile.

¹³⁸ PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 172.

di organizzazione¹⁴⁰ assume un valore aggiunto proprio perché è finalizzato a regolare le posizioni individuali nel contesto dell’impresa al fine della prevenzione complessiva del rischio-reato¹⁴¹.

Per prima cosa è necessario soffermarsi sul rapporto che intercorre fra la responsabilità dell’ente e quella del suo vertice: a tal proposito, si è visto che in entrambi i casi sussiste un obbligo organizzativo e di vigilanza¹⁴², adempiuti dalle due soggettività in maniera pressoché parallela e di cui rispondono in modo autonomo, seppur interconnesso. In particolare, si può riscontrare un’analogia¹⁴³ fra il tipo di controllo affidato all’organismo di vigilanza e quello che grava sul datore di lavoro a titolo di *culpa in vigilando* che può essere adempiuto proprio con l’adozione di un modello di verifica e controllo¹⁴⁴, a dimostrazione del fatto che in entrambi i casi l’ordinamento muove lo stesso rimprovero, per «la mancata predisposizione o il difettoso funzionamento di un sistema di vigilanza sull’organizzazione della sicurezza».

Ciò nondimeno, si è proposto in dottrina¹⁴⁵ di superare il carattere meramente strumentale della responsabilità collettiva e di spostare il rimprovero

¹³⁹ IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 68, il quale, pur ritenendo che l’art. 30 d.lgs. 231/2001 ponga un onere per l’ente, osserva che in capo alle persone fisiche gravano gli obblighi giuridici di prevenzione e che, dunque, un raccordo sarebbe doveroso.

¹⁴⁰ Il dovere di organizzazione è il presupposto nella creazione delle regole cautelari dirette alle persone fisiche, da cui si distingue, però, perché non è funzionale alla prevenzione di un singolo evento, così MANCINI C., *L’introduzione dell’art. 25-septies: criticità e prospettive*, cit., 53.

¹⁴¹ Nello stesso senso, sulla stretta connessione nel diritto penale del lavoro fra le norme cautelari poste al datore di lavoro ed ai soggetti delegati e l’organizzazione della persona giuridica, D’ARCANGELO F., *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, cit., 86.

¹⁴² Cfr. paragrafo 2.1 del Capitolo II.

¹⁴³ PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa*, cit., 280 s., il quale osserva che anche sul piano dell’accertamento della responsabilità i criteri sono simili, cfr. artt. 6, comma 4, e 7, commi 3 e 4, lett. a), d.lgs. 231/2001 e art. 30, commi 1, 3, 4, d.lgs. 81/2008.

¹⁴⁴ Cfr. artt. 16, comma 3 e 30, comma 4, d.lgs. 81/2008.

¹⁴⁵ DE MAGLIE C., *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 366; PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 169 e 178 ss.; DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1334 s., cfr. nota 32; PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa*, cit., 277, il quale conduce un’analisi approfondita in una prospettiva *de lege ferenda*, secondo l’Autore questa potrebbe costituire una soluzione alternativa all’ipotesi di introdurre dei titoli autonomi d’imputazione per la *culpa in vigilando* e *in eligendo*, sul punto cfr. Sezione II del Capitolo II. Sul punto v. anche ROSSI A. – GERINO F., *Art. 25-septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, cit., 16; PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 651.

penale verso un unico centro effettivo di imputazione dei comportamenti e delle responsabilità¹⁴⁶: in tal modo si verrebbe a costituire in capo all'ente un'ampia posizione di garanzia¹⁴⁷ tale da ricomprendere l'omissione di impedimento dell'infortunio o la violazione delle regole poste dal modello organizzativo.

Sanzionare specificatamente l'obbligo di predisporre l'organigramma della sicurezza¹⁴⁸ consentirebbe di superare quella giurisprudenza espansiva¹⁴⁹ che plasma la posizione di garanzia del datore di lavoro sulla base dell'art. 2087 c.c. e di fondare la responsabilità penale su un giudizio di esigibilità della condotta più confacente alle capacità dell'ente, la cui struttura complessa può superare i limiti delle persone fisiche singole, che il più delle volte potrebbero non avere «la totale padronanza dei processi decisionali ed esecutivi e quindi, la piena consapevolezza delle condizioni di maturazione di un illecito penale»¹⁵⁰; inoltre, potrebbero superarsi i possibili contrasti con il principio del *ne bis in idem*¹⁵¹ derivanti da un'indebita moltiplicazione delle posizioni di garanzia.

In base a questa prospettiva, rientrerebbero nell'imputazione della responsabilità dell'ente per l'infortunio, sia il risparmio dei costi di gestione sulle misure di sicurezza sia la scelta di tecnici o consulenti professionali non adeguati. Peraltro, le condotte in questione sono di estremo interesse nell'ambito della sicurezza sul lavoro e sono state recentemente messe in luce dalla decisione della Corte d'Assise di Torino¹⁵² di condannare la società *Thyssenkrupp Acciai*

¹⁴⁶ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1331.

¹⁴⁷ PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 183, v. nota 112; PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 282.

¹⁴⁸ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 275 s., il quale osserva che già l'onere di formalizzare il modello di organizzazione, gestione e controllo costituisce un primo passo in tal senso.

¹⁴⁹ Cfr. Capitolo I e Sezione II del Capitolo II.

¹⁵⁰ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 58 s., il quale osserva che per superare il carattere cumulativo della responsabilità amministrativa sarà necessaria la costruzione di un paradigma di imputazione soggettiva «ritagliato *ab origine*» sulle caratteristiche strutturali della persona giuridica. Nello stesso senso PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 167, i quali osserva che l'individuo padroneggia solo dei «frammenti di processi decisionali».

¹⁵¹ VITALI L., *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25-septies d.leg. 231/2001*, cit., 26, ravvede una duplicazione della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica che ha commesso il fatto di reato.

¹⁵² Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., il caso è quello riguardante l'incendio divampato il 24 marzo 2002 presso lo stabilimento della *Thyssenkrupp* di Torino che ha causato la morte di sette operai. Gli imputati, amministratori e dirigenti dell'impresa, sono

Speciali Terni S.p.A. per i reati di omicidio colposo e lesioni colpose, ai sensi dell'art. 25-*septies*. La prima considerazione da farsi è che il reato è stato contestato a tutti gli imputati ad eccezione dell'amministratore delegato, condannato per omicidio volontario: ciò rileva in questa analisi perché, se si fosse condannato il solo amministratore delegato per omicidio doloso, non sarebbe stato possibile configurare la responsabilità in capo alla società per via della natura colposa della fattispecie di cui all'art. 25-*septies*.

In seguito la Corte definisce la responsabilità in questione come un *tertium genus*¹⁵³ ed in quanto tale idonea a fondarsi sulla fattispecie colposa senza incorrere nell'incompatibilità con i criteri d'imputazione di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001¹⁵⁴: infatti, si afferma che la società ha tratto sia un interesse che un

stati condannati per il delitto di cui all'art. 437, comma 2, c.p., per omicidio colposo plurimo, ai sensi dell'art. 589 commi 1, 2 e 3 c.p. e per incendio colposo, art. 449, in relazione all'art. 423 c.p. L'amministratore delegato, inoltre, è stato condannato anche per omicidio volontario, art. 575 c.p. La Corte d'Assise ha comunque condannato la società *Thyssenkrupp Terni S.p.A.* per omicidio colposo ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001, infliggendole una sanzione pecuniaria pari ad un milione di euro, nonché disponendo, oltre alle sanzioni interdittive (della esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e del divieto di pubblicizzare beni o servizi per la durata di 6 mesi, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. *d*) ed *e*), d.lgs. 231/2001) ed alla confisca del profitto del reato per una somma di 800 mila euro, la pubblicazione della sentenza sui quotidiani di diffusione nazionale *La Stampa*, il *Corriere della Sera* e *La Repubblica*. Sui profili relativi alla responsabilità individuale cfr. paragrafo 3 del Capitolo II. V. CURI F., *Una responsabilità «ibrida» per la società ThyssenKrupp di Torino. Un déjà vu da superare*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 188, che la definisce una «inspiegabile» lacuna normativa. Cfr. nota 20. Tra l'altro, dal punto di vista soggettivo, occorrerà chiarire se la responsabilità di cui all'art. 25-*septies* sia compatibile con tutte le forme della colpa, in particolare con alcune forme di colpa incosciente, cfr. paragrafo 2.1.

¹⁵³ Un *revirement* rispetto a Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, cit., (cd. Soc. Jolly Mediterraneo), in cui si era affermato che «ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale», cfr. nota 5. La Corte Torinese prende posizione sulla base di altre recenti pronunce - v. Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, cit. - per rigettare le eccezioni di costituzionalità che erano state sollevate dalla difesa con riferimento alla violazione del principio di colpevolezza e presunzione d'innocenza, in relazione all'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, di tassatività per la ritenuta vaghezza dei criteri di imputazione previsti dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 ed infine, di ragionevolezza, per la previsione di sanzioni più gravi nel caso dei reati colposi rispetto a quelli dolosi, previsti dal medesimo decreto. Secondo PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 640, la presa di posizione della Corte sulla natura amministrativa della responsabilità dell'ente è stata dettata dal fatto di superare le eccezioni di illegittimità costituzionale, in quanto la risposta sanzionatoria sembra conformarsi ad una natura più propriamente penale, sia dal punto di vista letterale che per le considerazioni di politica criminale che l'hanno ispirata.

¹⁵⁴ Sul punto cfr. GUERINI T., *L'interesse o vantaggio come criterio di imputazione dei reati colposi di evento agli enti collettivi. Riflessione a margine del caso «Thyssenkrupp»*, cit., 85 s., il quale osserva che la Corte motiva l'assunta compatibilità con un'argomentazione storica, in virtù dei riferimenti ai reati in materia di infortuni sul lavoro già presenti nella legge-delega 29 settembre 2000, n. 300. Sull'incompatibilità della fattispecie colposa con i criteri d'imputazione generale v. *supra*.

vantaggio¹⁵⁵ economico dalle violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio, vale a dire dalla condotta criminosa¹⁵⁶ della persona fisica e non dall'evento¹⁵⁷.

Nel percorso argomentativo, in primo luogo la Corte Torinese ha escluso con certezza che le condotte colpose degli imputati fossero compiute «nell'interesse proprio o di terzi» ed ha rintracciato il beneficio dell'ente nel risparmio economico¹⁵⁸ tratto dall'omissione dei dovuti interventi in termini di sicurezza e negli utili contemporaneamente realizzati nella continuità della produzione¹⁵⁹. In secondo luogo è stato rilevato che il modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi non era stato adottato dalla società fino al 6 dicembre 2007, come emerge documentalmente¹⁶⁰; ed inoltre, nonostante l'adozione postuma del modello

¹⁵⁵ L'interesse viene valutato in riferimento all'atteggiamento soggettivo della persona fisica, in una prospettiva *ex ante*, il vantaggio, invece, in termini oggettivi, valutabile *ex post*, PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 649.

¹⁵⁶ Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., secondo la quale «collegare il requisito 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 2° comma c.p.; ricordando qui come la responsabilità dell'ente anche per questo reato - logicamente collegato proprio all'organizzazione aziendale - fosse stata, sin dall'origine considerata dalla legge delega».

¹⁵⁷ Cfr. G.u.p., Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, cit., v. nota 38. CURI F., *Una responsabilità «ibrida» per la società ThyssenKrupp di Torino. Un déjà vu da superare*, cit., 198, la quale rinviene nella giurisprudenza il rischio dell'elaborazione di forme di colpevolezza sganciate dal fatto, il cui rimprovero è legato esclusivamente al difetto di organizzazione; auspicando che la prevenzione dei *white collar crimes* sia rispettosa dei principi costituzionali del diritto penale. Cfr. MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I working papers di Olympus*, su www.olympus.uniurb.it, 8/2012, 2, il quale osserva che nel diritto penalistico si sta verificando una «progressiva perdita di centralità dell'evento» conseguente alla valorizzazione dei suoi necessari antecedenti: la decisione e le modalità con cui si è arrivati a formulare la scelta; il rischio di questa tendenza è quello di «scivolamenti verso inammissibili forme di diritto penale dell'intenzione».

¹⁵⁸ Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., secondo la quale «le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio, le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata, sotto il profilo del considerevole risparmio economico che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino».

¹⁵⁹ SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'Odv no al modello riparatorio*, cit., 257 s.

¹⁶⁰ Il dato è incontestabile perché il Consiglio di Amministrazione della società approva solo il 21 dicembre 2007 le modifiche del modello preesistente, aggiungendo le parti relative all'omicidio aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche; ed inoltre il modello, seppur in fase di elaborazione in un momento precedente, non era stato divulgato ed attuato all'interno dell'azienda, SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'Odv no al modello riparatorio*, cit., 259. Cfr. MARRA G., *La prevenzione degli*

prima del dibattimento, la Corte ha ritenuto che questo non fosse stato attuato efficacemente a seguito della mancanza di autonomia dell'Organismo di Vigilanza¹⁶¹.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina, sarebbe stato più opportuno inquadrare il comportamento dell'amministratore delegato nella prospettiva della colpa con previsione, in quanto si osserva che la Corte non attribuisce un rilievo effettivo all'articolazione del processo decisionale¹⁶²: detto in altre parole, l'imputazione secondo il dolo eventuale non consente di soffermarsi sull'accertamento di quelli che sono gli elementi della struttura organizzativa volta all'adempimento dell'obbligo-sicurezza e che costituiscono il nucleo centrale della responsabilità della persona giuridica: la qualità del patrimonio informativo in capo al decisore in ordine alla funzionalità preventiva dei presidi cautelari, le reali indicazioni messe a sua disposizione dai vari dirigenti coinvolti nel processo decisionale e preposti al controllo del rischio e gli effettivi vincoli di cui ogni scelta deve tener conto, nel caso di specie quelli derivanti dagli accordi con le parti sociali che limitavano la libertà di valutazione da parte del vertice.

Inoltre, è stato osservato che le indicazioni di *policy* provenienti dai vertici della capogruppo non mancavano di segnalare l'esigenza di intervenire prontamente nei sistemi di prevenzione antincendio. Allora, la politica non indifferente a livello di gruppo e la cura sempre dimostrata nei confronti della sicurezza degli impianti, sarebbero - al contrario della decisione della Corte - gli

infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro, cit., 22, il quale osserva che le attività prodromiche (mappa dei rischi dell'organizzazione) e preparatorie (identificazione delle misure preventive), seppur indizianti della propensione cooperativa dell'azienda, non essendosi concretizzate in provvedimenti di formale adozione da parte dell'organo dirigente, non rilevano nella valutazione della responsabilità di quest'ultimo, tanto che la Corte non entra nel merito del modello approvato.

¹⁶¹ Infatti, il componente esperto in materia antinfortunistica era lo stesso responsabile dell'Area EAS (ecologia, ambiente e sicurezza); in altre parole, svolgeva contemporaneamente la funzione di controllore e controllato nell'ambito di una scelta dell'ente che è stata definita «superficiale» e «poco attenta» dalla Corte stessa. Cfr. SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'Odv no al modello riparatorio*, cit., 260 s., cfr. nota 123. Sulle novità legislative in materia di OdV cfr. nota 128.

¹⁶² Cfr. MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, cit., 11 ss., secondo il quale la scelta della Corte «altera la complessiva logica preventiva che caratterizza l'intervento ordinamentale a favore della sicurezza dei lavoratori, dall'altro rimuove un ostacolo di non poco conto per il raggiungimento di scopi general-preventivi».

argomenti che inducono a ritenere la sussistenza di un atteggiamento quanto meno non contrastante con i principi costituzionali tutelati dall'ordinamento.

Ad ogni modo, ciò che risalta in tale prospettiva è la preminenza del procedimento decisionale collettivo rispetto all'agire del vertice, che dovrebbe portare il giudice in sede processuale a tener conto in tutte le sue fasi del ruolo che in esso hanno avuto le singole persone fisiche dotate di competenze, in virtù del principio di equivalenza delle cause di cui all'art. 41 c.p.¹⁶³ e soprattutto, nell'ottica di una piena «corresponsabilizzazione» del sistema aziendale¹⁶⁴.

In definitiva, tornando al tema centrale di questa analisi, si può dire che, per attenuare il legame fra la violazione dell'obbligo della persona fisica e quello dell'ente e concentrare la responsabilità in capo a quest'ultimo, è necessario prendere in considerazione il fatto che la criminalità, specialmente nell'ambito della sicurezza sul lavoro, costituisce «un fenomeno autenticamente “collettivo”, frutto dei *processi di apprendimento* partoriti dalla *cultura del gruppo* e non riferibile alle capacità di dominio del singolo»¹⁶⁵: ed è su tali presupposti che si sviluppa l'elaborazione del concetto di cd. colpa di organizzazione¹⁶⁶.

4.1. Responsabilità dell'ente e responsabilità del datore di lavoro-delegante: un problema di *ne bis in idem*?

¹⁶³ Cfr. MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, cit., 24.

¹⁶⁴ Cfr. PASCUCCI P., *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza “ThyssenKrupp”: dialoghi con la giurisprudenza*, in *I working papers di Olympus*, su www.olympus.uniurb.it, 10/2012, 26 s. Cfr. anche PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 650 s., il quale osserva che il risalto mediatico della vicenda, confluito sulla vicenda personale del *manager* tedesco, sarebbe stato utile «per illuminare l'opinione pubblica sull'innovativo profilo della responsabilità da reato a carico degli enti che omettono di adottare le cautele doverose in materia di sicurezza sul lavoro» anche «in chiave “pedagogica”».

¹⁶⁵ PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 170. A tal proposito è interessante l'assimilazione alla cd. corruzione ambientale, DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 361, la quale osserva che il legislatore deve tener conto che il *corporate crime* può originarsi «in un contesto ambientale intessuto di convenzioni tacitamente riconosciute, acquisite a tal punto da essere date per scontate».

¹⁶⁶ Cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 170 s., secondo i quali la categoria della colpa di organizzazione risponde all'esigenza da un lato di superare il concetto classico di colpevolezza psicologica, tipico della responsabilità delle persone fisiche, al fine di elaborare una colpevolezza socio-normativa; dall'altro quello di circoscrivere un concetto di colpevolezza dell'ente che prescinda dal coefficiente psicologico della persona fisica del reato.

Si è osservato che l'imputazione della responsabilità alla persona giuridica si sviluppa in due diverse tipologie¹⁶⁷: l'una costruita sul concetto di «colpevolezza d'impresa» e l'altra sul classico rapporto di immedesimazione organica tra l'ente ed il reo¹⁶⁸.

In quest'ultimo caso, il legame tra la responsabilità dell'ente e della persona fisica è particolarmente radicato¹⁶⁹ tanto da identificare una «corrispondenza oggettiva»¹⁷⁰ tra gli obblighi che gravano sul datore di lavoro e quelli in capo all'ente collettivo. In effetti vi è una sostanziale coincidenza tra la definizione di “soggetto apicale” e quella di datore di lavoro¹⁷¹; inoltre, il modello di organizzazione, gestione e controllo, richiamato all'art. 30 d.lgs. 81/2008, per avere efficacia esimente deve assicurare l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, tra i quali quelli relativi all'attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e di protezione¹⁷²: pertanto, si può notare una sovrapposizione fra le funzioni e gli scopi tipici dei modelli organizzativi e quelli rientranti nell'ambito del *Documento di Valutazione dei Rischi* (DVR), di cui all'art. 15 d.lgs. 81/2008, anche gli obblighi gravanti sul datore di lavoro consistono essenzialmente nella predisposizione di un sistema organizzativo che valuti il rischio, delle misure di sicurezza corrispondenti e nella verifica il rispetto delle procedure. Il problema di tale sovrapposizione è che l'automaticità con la quale si configura, a seguito di una violazione di una norma prevenzionale, rischia di incidere sull'effettività dell'accertamento: i criteri di imputazione, infatti, sono «interdipendenti», l'uno presuppone l'altro,

¹⁶⁷ DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2010, 1140, osserva che i presupposti soggettivi della responsabilità dell'ente dovrebbero uniformarsi nell'unico elemento della *colpa d'organizzazione* oppure, se si volessero separare nettamente i due modelli d'imputazione, bisognerebbe escludere il paradigma del *deficit* organizzativo nel caso dei reati commessi dai soggetti apicali, per i quali quest'ultimo ha solo una valenza negativa in termini di non punibilità, di incerta applicazione e natura giuridica, v. Capitolo III.

¹⁶⁸ Cfr. art. 11 comma 1, lett. e), l.d. 300/2000 e art. 5 d.lgs. 231/2001.

¹⁶⁹ PESCI S., *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del d.lgs. n. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2008, 3970.

¹⁷⁰ PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 290.

¹⁷¹ Cfr. rispettivamente art. 5, d.lgs. 231/2001 ed art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

¹⁷² Cfr. art. 30, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

eccetto che nelle ipotesi di elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione del soggetto che abbia agito nell'interesse proprio o di terzi¹⁷³.

Quando, invece, la norma prevenzionale sia stata violata da un soggetto «para-apicale» viene in rilievo un'ulteriore inosservanza che è quella del dovere di direzione e vigilanza del datore di lavoro, di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008 e che anche in questo caso sembra sovrapporsi con l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, d.lgs. 81/2008. Il punto è che l'accertamento fondato su una valutazione *ex ante* configurerà sempre anche la responsabilità del datore di lavoro, oltre che quella dell'ente¹⁷⁴ dal momento che il modello organizzativo costituisce la base di fatto comune sia dell'accertamento del reato della persona fisica che dell'ascrizione del fatto all'ente.

Ed allora, proprio per il nesso fra la responsabilità individuale e collettiva ed anche per la corrispondenza fra gli obblighi di organizzazione e controllo, sorgono in dottrina talune perplessità che in relazione al singolo infortunio si chiedono se il datore di lavoro e l'ente collettivo non siano chiamati a rispondere del «medesimo fatto», integrando così una violazione del principio del *ne bis in idem*¹⁷⁵.

Tuttavia, si è osservato a tal proposito che i due tipi di controllo potrebbero avere ad oggetto rischi diversi: «operativi» e «organizzativi»¹⁷⁶ a seconda del

¹⁷³ In questi termini PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 290 s.

¹⁷⁴ PESCI S., *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 3974.

¹⁷⁵ Sotto il profilo delle sanzioni il carico risulterebbe del tutto sproporzionato, in particolare per le piccole e medie imprese, cfr. ROCCHI F., *Funzioni e disciplina delle sanzioni a carico degli enti alla prova delle fattispecie colpose*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 406 s.; PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 289; che richiama, con riferimento ai gruppi di società, MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 447 ss. L'Autore precisa che non sembra essere decisiva a tal fine la natura della responsabilità dell'ente, in quanto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto il principio del *ne bis in idem* applicabile anche quando il medesimo fatto integra un illecito penale ed un illecito amministrativo, v. fra tutte, CEDU, Sez. V, 14 gennaio 2010, *Tsonev v. Bulgaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 376 s.

¹⁷⁶ Così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 293 s. e spec. 295, che richiama la nota sentenza del caso cd. Soc. Truck Center, in cui è tracciata una netta distinzione fra il documento di valutazione dei rischi ed il modello di organizzazione e gestione, cfr. Trib. Trani-Molfetta, 26 ottobre 2009, cit., con nota di AMARELLI G., *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*. Secondo l'Autore, la

soggetto deputato alla vigilanza, questi ultimi, infatti, richiederebbero «l'articolazione ed il coordinamento delle diverse competenze individuali in rapporto alle modalità di gestione del rischio»; ed inoltre, si ritiene¹⁷⁷ che il controllo di cui all'art. 30, d.lgs. 81/2008, sembrerebbe essere di tipo «interno», consistendo nella verifica sull'osservanza delle misure di prevenzione e protezione come «risolto “interno”» dell'attività di gestione e realizzandosi attraverso procedure congrue alla natura dell'attività svolta in concreto dall'impresa; mentre, l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro¹⁷⁸, potrebbe definirsi come un tipo di controllo «esterno», sull'attuazione del modello, andando a realizzare un «secondo livello di vigilanza» da parte del garante, in funzione del tutto autonoma.

Sulla base di queste stesse considerazioni, parte della dottrina¹⁷⁹ ritiene che possa già attuarsi sul piano interpretativo un sistema in cui il difetto di controllo sia attribuito esclusivamente all'ente collettivo, nella prospettiva in cui la responsabilità dell'ente sia sostitutiva e non aggiuntiva di quella della persona fisica, specialmente in mancanza di una sanzione autonoma corrispondente per il datore di lavoro¹⁸⁰, e pur sempre tenendo conto della diversa fisionomia delle piccole imprese che operano sul mercato¹⁸¹.

5. «Teoria» dell'elemento soggettivo e «colpevolezza di organizzazione»

Per riassumere quanto suddetto, il sistema di imputazione della responsabilità all'ente si sviluppa secondo uno schema che corrisponde a quello dell'«omesso impedimento del reato»: in base al quale il giudice dovrà accertare

differenza fra i due tipi di responsabilità rivelerebbe anche per la valenza giuridica diversa: il DVR è un obbligo per il datore di lavoro, mentre il modello, in tal senso, resterebbe pur sempre un onere.

¹⁷⁷ PESCI S., *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 3978 s.

¹⁷⁸ Cfr. Sezione II del Capitolo II.

¹⁷⁹ Così PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 293. Cfr. paragrafo precedente.

¹⁸⁰ Cfr. Sezione II del Capitolo II.

¹⁸¹ PIERGALLINI C., *I reati presupposto*, cit., 228, il quale propone, secondo una lettura cosituzionalmente orientata di elaborare delle distinzioni che possano escludere dal carico sanzionatorio gli enti la cui soggettività non risulti separabile dalla persona fisica e dal patrimonio dell'autore del reato presupposto.

in concreto: se la condotta è stata promossa nell'interesse dell'ente, la posizione dell'autore del reato, se il fatto illecito è stato consentito dalle carenze organizzative e la predisposizione dei modelli preventivi¹⁸².

In questo quadro, la particolare tipologia della colpa dell'ente muove un rimprovero fondato sull'*adeguatezza organizzativa*, in base alla quale rilevano nella commissione dell'illecito le scelte imprenditoriali, legate alla cd. politica d'impresa; il più delle volte, però, questa sembra confondersi¹⁸³ con la cd. colpa per inosservanza¹⁸⁴ delle regole cautelari poste dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 e dall'art. 30 d.lgs. 81/2008¹⁸⁵, presumendo la colpa dalla violazione di regole «di carattere genericissimo, vere e proprie “clausole generali”»¹⁸⁶. Seppure in una visione normativa della colpa la regola cautelare violata, tale da fondare la responsabilità dell'ente deve essere quella *specificata*, vale a dire quella diretta ad evitare l'evento lesivo o la morte imputata. Più precisamente, il dovere di organizzazione è la condizione di preesistenza delle regole cautelari e la trasgressione della norma che impone all'ente di auto-organizzarsi è cosa ben

¹⁸² E rispetto a quest'ultimo punto, andranno accertati sia l'idoneità astratta che la concreta attuazione, la corrispondenza della cd. concretizzazione del rischio, l'attuazione di sistemi di vigilanza interna ed il funzionamento dei meccanismi sanzionatori disciplinari, DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1338.

¹⁸³ FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., 267 s., il quale ritiene che non si possa prescindere almeno dalla verifica in ordine all'«effettiva rappresentabilità dell'evento», richiamando Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Foro it.*, 2009, II, 448 ss., con nota di TESAURO A., in materia di stupefacenti, nella quale le Sezioni Unite affermano che la responsabilità penale per l'evento morte non voluto «richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità [...] non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale».

¹⁸⁴ Il modello organizzativo costituirebbe la cd. misura oggettiva della colpa, CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 145. Il rischio è quello di incorrere in una forma di responsabilità oggettiva, se non per fatto altrui, specialmente nei casi in cui la prova dell'esigibilità della condotta conforme a dovere venga praticamente sempre pretermessa, DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1341. Per le osservazioni sull'imputazione oggettiva della responsabilità collettiva, v. Capitolo I, paragrafo 5.2.

¹⁸⁵ Le regole dei modelli preventivi, a differenza della colpa specifica della persona fisica, «sono poste dagli stessi destinatari finali, sulla falsariga delle linee guida predisposte dai loro organismi di rappresentanza», secondo un carattere «autonormato» che può deporre in senso sfavorevole rispetto all'attendibilità, DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1338.

¹⁸⁶ FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., 269.

diversa dalla violazione della singola regola cautelare che ha causato l'evento lesivo¹⁸⁷. Ciò vuol dire che nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale¹⁸⁸, l'accertamento processuale dovrà condursi in concreto sia sul nesso di causalità fra l'inosservanza del modello specifico e quel particolare reato (cd. concretizzazione del rischio)¹⁸⁹, sia sulla normale idoneità del primo a prevenire reati della stessa specie¹⁹⁰, ma anche sull'elemento soggettivo¹⁹¹.

¹⁸⁷ PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 178 e 181, che richiamano il concetto di «pre-colpevolezza» elaborato da Tiedemann K.. Secondo gli autori, la colpa di organizzazione in questo caso non rientrerebbe neanche nella categoria della colpa, in quanto «non ha nulla di cautelare» rispetto all'evento che si è verificato e pone l'ente in una «relazione di possibilità» con eventi di reato disomogenei e di varia specie, quanto piuttosto sarebbe assimilabile alla *recklessness* anglosassone, v. note 192 e 194. Cfr. anche PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 283, che in riferimento all'obbligo di organizzazione della persona giuridica osserva che questo non sia tanto un obbligo cautelare, quanto piuttosto «cautelativo».

¹⁸⁸ FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 101 s., il quale ha osservato che, nel rispetto del principio di personalità, si sarebbe dovuto prevedere la possibilità del recesso per l'azionista, il socio o l'associato, cfr. nota 182 del Capitolo I.

¹⁸⁹ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1338.

¹⁹⁰ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5104.

¹⁹¹ Cfr. Trib. Torino, 10 febbraio 2005, cit., in cui si precisa che «il principio di colpevolezza stia a significare l'esclusione di ogni forma di responsabilità a titolo oggettivo (articolo 5), a sottolineare cioè la necessità che l'illecito sia "espressione della politica aziendale o quanto meno, derivi da una colpa di organizzazione". È evidente, dunque, come il principio di colpevolezza evocato [...] debba essere inteso in senso generico, ossia quale elemento costitutivo dell'illecito, alla stregua della tipicità e dell'antigiuridicità. Elemento imprescindibile che ha assunto un ruolo centrale nel nostro ordinamento penale, come è dato desumere dall'articolo 27 comma 1 della Costituzione, secondo l'interpretazione ormai invalsa, in base alla quale l'applicazione di una pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto di reato alla volontà antidoverosa del soggetto (*mutatis mutandis*: del singolo fatto illecito ascritto alla persona giuridica). Come la Corte Costituzionale ha da tempo chiarito (v. le sentenze nn. 364/88 e 1085/88) l'imputazione subiettiva del fatto criminoso può considerarsi veramente conforme al principio di "personalità" a condizione che il fatto stesso sia attribuibile all'autore almeno a titolo di colpa, mentre ove un solo elemento della fattispecie che concorre a contrassegnare la lesività del fatto, sia sganciato dal "dolo" o dalla "colpa", viene meno il carattere personale dell'addebito ed un'eventuale attribuzione di responsabilità penale si pone perciò in insanabile conflitto con l'articolo 27, comma 1, Cost. A tale principio, come si è più volte detto, si è ispirato il legislatore anche nel tratteggiare il sistema della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. [...] così deve intendersi il principio di colpevolezza esteso dal d.lgs. 231/2001 all'illecito amministrativo delle persone giuridiche. Infatti, l'adattamento di questo principio alle persone giuridiche, ha comportato la necessità di effettuare una previsione normativa dei casi nei quali - per mancanza di colpevolezza - l'ente deve andare esente da responsabilità, al fine di scongiurare il pericolo dello sconfinamento nella responsabilità oggettiva; oltre ad escludere la responsabilità nel caso in cui l'agente abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (articolo 5 comma 2), il decreto legislativo enuclea espressamente i casi nei quali, nonostante la commissione del reato, l'ente non può ritenersi responsabile in quanto nessun rimprovero, neppure di mera disattenzione o imprudenza può essergli rivolto (articoli 6 e 7)».

I problemi di accertamento dell'elemento soggettivo sorgono per la difficoltà di rintracciare una «volontà dell'ente»¹⁹² che nel nostro ordinamento costituisce ancora una novità: è chiaro che la «soggettivizzazione» delle persone giuridiche dovrà seguire dei criteri diversi rispetto alla tradizionale imputazione soggettiva delle persone fisiche¹⁹³, almeno per la considerazione che l'attività dell'ente è il frutto dell'operato di un «insieme di persone» e non di una singola. Lo strumento da cui partire per la costruzione di un paradigma di imputazione soggettiva sembra poter essere la categoria della cd. «colpevolezza d'impresa o di organizzazione»¹⁹⁴, con il fine specifico di collegare immediatamente l'evento

¹⁹² PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 169. Secondo CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur.*, cit., 143 e spec. 147 e 152, è da escludere che si possa configurare una colpa intesa in senso psicologico, per la mancanza di un legame psichico-naturalistico tra il fatto di reato e l'ente. Per questo l'Autrice auspica la formalizzazione di un terzo elemento intermedio tra il dolo e la colpa, come nell'esperienza giuridica anglosassone. In particolare, con il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, entrato in vigore il 6 aprile 2008, si è introdotto un concetto di colpa dell'ente sganciato da qualsiasi collegamento con il coefficiente psicologico della persona fisica autrice del reato, accogliendo la teoria della responsabilità diretta, *Corporate Mens Rea Doctrine*, che si caratterizza per la violazione di un dovere di precauzione significativo, cd. *breach of statutory duties*, secondo lo schema della *recklessness*, la responsabilità per assunzione consapevole di un rischio, v. note 187 e 194. Occorre ricordare che la capacità penale delle persone giuridiche in Inghilterra è generale e riguarda tutti i reati, i criteri di imputazione sono rappresentati dalla *vicarious liability* ed il *principle of identification*; l'unica pena applicabile è quella pecuniaria (*fine*) la cui commisurazione segue le stesse regole applicate per le persone fisiche. Per un'analisi più approfondita si rinvia a ALLEN M., *Textbook on criminal law*, Oxford, 1997; ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, Oxford, 1999; WIGMORE J.H., *Responsibility for tortious acts: its history 1*, in *Select Essay in Anglo-American Legal History*, 3, Boston, 1909; DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 145 ss.; GUERRINI R., *Profili comparatistici della responsabilità da reato degli enti*, in *Studi senesi*, 2008, 57 s. e spec. 59. Cfr. nota 95.

Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., (cd. *Thyssenkrupp*), v. *supra* e Capitolo II.

¹⁹³ FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., 271, secondo il quale sarebbe «improprio immaginare una psicologizzazione intesa in senso stretto ed «antropomorfo»». Nello stesso senso DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 59. Secondo DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1328, limiti «impliciti» nel riconoscimento della colpa «antropomorfa» sorgono nella scarsa riconoscibilità della situazione di pericolo che deriva dalla «distanza fisica» tra questa ed il soggetto che controlla.

¹⁹⁴ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 59. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 179, osservano che il concetto di colpa di organizzazione, in effetti, non sembra riconducibile né al dolo né alla colpa, quanto piuttosto alla forma di ascrizione conosciuta come «responsabilità da rischio totalmente illecito», in quanto la disorganizzazione dell'ente costituirebbe una sorta di «presunzione di illiceità». Tuttavia, gli Autori ritengono che sia più opportuno inquadrare tale tipo di colpa come una «noncuranza progettuale nei confronti del rischio-reato» che viene assunto o tollerato; in ciò si ravvisa un'assonanza con la *recklessness* anglosassone, in particolare rispetto al fatto che assume rilevanza primaria il «coefficiente di riprovevolezza insito nella decisione consapevole di aumentare il rischio-reato», più che l'evento che si è verificato, v. note 187 e 192.

lesivo all'ente collettivo, senza la mediazione di una persona fisica in rapporto organico con il medesimo e soprattutto rifuggendo da criteri oggettivi, che rischiano di aprire le porte ad una forma di colpevolezza *in re ipsa*¹⁹⁵.

A tal proposito, si è osservato che già nel d.lgs. 231/2001 si è riconosciuta una «volontà» riferibile all'ente¹⁹⁶: in particolare in due occasioni, a proposito del tentativo, giacché il legislatore ha previsto che l'ente «non risponde quando *volontariamente* impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento»¹⁹⁷; ed anche nel caso in cui, richiedendo per l'esonero dalla responsabilità dell'ente che il soggetto apicale abbia agito *fraudolentemente*, sembra contrapporre due volontà contrastanti¹⁹⁸.

Dunque, l'elaborazione del concetto di *colpevolezza d'impresa* (*corporate culpability*) deve partire dall'analisi di due ulteriori concetti: quello di *politica d'impresa*, in base al quale l'infortunio è imputabile all'ente se è consequenziale alle scelte politico-imprenditoriali dell'organizzazione societaria¹⁹⁹, ma soprattutto quello di *cultura d'impresa* che ricomprende, in maniera più ampia ed approfondita, la mentalità ed i modi di gestire l'azienda restii o antitetici rispetto all'osservanza delle leggi penali²⁰⁰. È chiaro che questi concetti non

¹⁹⁵ Per evitare che l'illecito si trasformi in un mero *sintomo* di disorganizzazione, ossia nell'omesso o insufficiente controllo, PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 170 s.

¹⁹⁶ FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., 272. Cfr. G.u.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, cit., (cd. caso Impregilo), in tema di aggio, in cui è stata assolta la società ha adottato il modello prima della commissione degli illeciti contestati agli imputati: ciò evidenzia «la *volontà* della società – giustificata dalla sua dimensione internazionale e dalla delicatezza dei servizi trattati – di adeguarsi alla nuova normativa con una tempestività quasi senza precedenti nel panorama delle aziende italiane del settore costruzioni»; dunque il G.u.p. ha ritenuto che «i comportamenti illeciti oggetto di imputazione non siano frutto di un errato modello organizzativo, ma siano da addebitare al comportamento dei vertici della società che risultano in contrasto con le regole interne del modello organizzativo regolarmente adottato. La società deve essere pertanto dichiarata non punibile *ex art. 6 legge 231/2001*», cfr. note 117 e 122.

¹⁹⁷ Cfr. art. 26, comma 2, d.lgs. 231/2001.

¹⁹⁸ Cfr. art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231/2001.

¹⁹⁹ Ancorché non costituisca un criterio preciso: infatti, si corre il rischio di fondare la colpevolezza su uno «stile di vita» socialmente pericoloso anziché sullo specifico coefficiente soggettivo che ha causato l'episodio criminoso, cfr. DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 61. Cfr. DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 357 s.

²⁰⁰ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 61 s., il quale osserva che la categoria della *cultura d'impresa* è ancora piuttosto sfuggente ed in fase di elaborazione; dunque, attualmente si sviluppa in vari livelli sensoriali, i cd. *basic assumptions* rappresenterebbero quei comportamenti i cui presupposti sono del tutto interiorizzati e insiti nell'«inconscio» della persona giuridica. Cfr. DE MAGLIE C.,

abbiano la determinatezza sufficiente per fungere da criteri d'imputazione della responsabilità penale, tuttavia potrebbero contribuire ad individuare lo specifico disvalore che si intende colpire.

Rispetto a tali concetti la cd. colpa d'organizzazione ha un contenuto più concreto e facilmente riscontrabile²⁰¹ nella realtà aziendale: questa è configurabile in presenza di un *deficit* di un sistema organizzativo che era diretto alla prevenzione ed alla gestione del rischio-reato. Nello specifico, la violazione del modello organizzativo si configura come una *colpa generica*, per imprudenza, negligenza od imperizia, mentre la violazione dei requisiti minimi di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008 viene a costituire un'ipotesi di *colpa specifica* dell'ente, per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline²⁰²: in tal guisa il rimprovero dell'ente sarà escluso laddove il modello preventivo sia stato adeguatamente predisposto²⁰³.

La prospettiva ha il pregio di fare chiarezza sulla natura dei modelli organizzativi²⁰⁴ e di incardinarla nella *ratio* generale della normativa: questi costituiscono non solo la cd. misura oggettiva della colpa, ma anche la misura generale della colpevolezza, intesa in senso normativo, al fine della rimproverabilità dell'ente²⁰⁵. Il difetto del modello di organizzazione, ossia le «carenze organizzative»²⁰⁶, vengono così a costituire un ulteriore criterio di imputazione²⁰⁷ della responsabilità all'ente, nella forma soggettiva, esprimendo

L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società, cit., 359 ss.; PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 173.

²⁰¹ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 63 s. Cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 167 s., secondo i quali la categoria della colpa d'organizzazione «formalizza in chiave imputativa processi organizzativi che condizionano decisioni» a struttura complessa, differenziandosi sia dal *principio di affidamento* perché quest'ultimo si riferisce ad interazioni soggettive a struttura orizzontale e sia dal *principio della delega di funzioni* che governa interazioni a struttura verticale.

²⁰² ROSSI A. – GERINO F., *Art. 25-septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, cit., 16.

²⁰³ Cfr. G.u.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, cit., (cd. caso Impregilo), in tema di aggio, v. note 117, 122, 196, 203.

²⁰⁴ DE VERO G., *Trattato di diritto penale. Parte generale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 65, secondo il quale la potenzialità più rilevante dei modelli è quella di «concretizzare» la colpa di organizzazione.

²⁰⁵ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1341.

²⁰⁶ Cfr. art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001.

²⁰⁷ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103

una vera e propria «condotta di vita» dell'ente²⁰⁸ che, laddove si accerti difettosa o indifferente alla tutela di beni primari, configurerà una colpa di organizzazione.

Si è poi osservato²⁰⁹ che assumono rilevanza in tale ambito anche le condotte *attive* dell'ente, espressione di una politica d'impresa deliberata, istigatrice dei fatti illeciti, in cui l'ente, oppure una sua unità organizzativa, vengono stabilmente utilizzati «allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità»²¹⁰.

D'altro canto, il rispetto delle regole cautelari escluderebbe la colpa dell'ente, in quanto la condotta di questo, ancorché rischiosa, è consentita dall'ordinamento: in altre parole l'ente si troverebbe ad operare ancora in un'area di «rischio permesso» e sarebbe irragionevole²¹¹ imputargli una responsabilità per il fatto criminoso commesso esclusivamente dalla persona fisica. Sul piano pratico e giudiziario, rilevarebbero in questo senso tutte quelle ipotesi in cui qualsiasi modello organizzativo si sarebbe rivelato insufficiente a prevenire l'evento lesivo o la morte²¹², pur essendo idoneo ed efficacemente attuato, tale da dimostrare una condotta «oculata ed irreprensibile dell'ente»²¹³.

²⁰⁸ DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1138.

²⁰⁹ FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 100 s., il quale osserva che in tali casi non possano operare le cause di esclusione della punibilità di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, sul punto v. le considerazioni di DI GIOVINE O., nota 19. Cfr. paragrafo 3.1 del Capitolo II. Cfr. Trib. Torino, 10 febbraio 2005, cit., in cui si afferma che «è evidente, come - in astratto - la colpevolezza dell'ente (si ripete: quale parametro valutativo della relazione psicologica fatto-autore), possa consistere indifferentemente nella volontarietà del fatto ovvero nella involontarietà colpevole dello stesso. Detto altrimenti, nessuna ragione peculiare autorizza ad escludere che tra il fatto illecito e la persona giuridica possa esistere, in considerazione della previsione e della volontarietà della condotta, una relazione riconducibile alla categoria del dolo».

²¹⁰ Cfr. art. 16, comma 3, d.lgs. 231/2001, in tali ipotesi è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e non si applicano le disposizioni sulla riparazione delle conseguenze del reato che inibiscono l'applicazione delle misure interdittive, cfr. 17 d.lgs. 231/2001.

²¹¹ FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103 s.

²¹² In tal senso v. VITALI L., *Modelli organizzativi e sicurezza sul lavoro: proposte pratiche per la redazione di compliance programs orientati alla prevenzione dei reati ex art. 25-septies d.leg. 231/2001*, cit., 26 s. e spec. 32, secondo il quale, allo stesso modo della persona fisica, l'ente non dovrebbe rispondere se il reato fosse commesso malgrado l'adeguatezza del modello organizzativo; tuttavia, l'Autore ritiene che l'art. 30 d.lgs. 81/2008 debba essere interpretato nella *ratio* del d. lgs. 231/2001 che prevede la sindacabilità del merito da parte degli organi giurisdizionali, a prescindere dal fatto che «sulla carta» il modello risponda ai requisiti legali.

Inoltre, l'indagine sull'esigibilità del comportamento conforme al dovere non può non tener conto di quei casi in cui l'ente non abbia la possibilità di adottare le cautele doverose a causa dell'indisponibilità dei mezzi economici²¹⁴ oppure quando l'abbassamento degli *standard* di sicurezza sia dovuto a ragioni non imputabili all'ente²¹⁵; in queste ipotesi, partire dall'assunto che in tali condizioni l'ente avrebbe dovuto astenersi dall'attività stessa, significherebbe ignorare le implicazioni sociali delle «decisioni aziendali radicali», sia sulla produzione che sui lavoratori ed anche sulla sopravvivenza dell'azienda stessa, nonché delle implicazioni sociali nel territorio sul quale questa opera.

Per tutti questi casi si è osservato²¹⁶ che il d.lgs. 231/2001 ha iniziato un percorso volto al riconoscimento della colpevolezza delle persone giuridiche secondo presupposti diversi, che si allontanano da una lettura soltanto «antropocentrica», ma che si sviluppano in relazione a differenti tipologie di enti, ovverosia *eiusdem professionis et condicionis*, nella prospettiva della ricostruzione di una figura di agente-modello collettivo verso la quale indirizzare i doveri di informazione ed adeguamento, in ossequio del dato incontestabile che questo porti un onere maggiore rispetto a quello esigibile dal singolo²¹⁷.

Viene in rilievo il fatto che l'adeguatezza del modello non è valutata sotto il profilo del collegamento psicologico con il reato presupposto, ma in termini di carenze organizzative o sulla tenuta degli strumenti di vigilanza interni, secondo un'imputazione oggettiva, v. Capitolo I.

²¹³ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1342, secondo la quale altrettanto problematicamente si presenta la questione dell'aggiornamento tecnologico, secondo il principio della massima sicurezza ragionevolmente praticabile, cfr. Capitolo I.

²¹⁴ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1327 s., la quale fa riferimento all'ambito della colpevolezza. Sul punto v. ARENA M., *Idoneità del modello e frode del soggetto apicale*, cit., 48, il quale auspica che i giudici compiano le proprie valutazioni in base ad un principio di efficienza e ragionevolezza, tenendo conto di un bilanciamento fra i costi sociali ed i vantaggi della sicurezza.

²¹⁵ DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1342, come ad esempio «congiunture economiche nazionali o sopranazionali» o anche mutamenti imprevedibili dei mercati di alcuni beni o servizi.

²¹⁶ ROSSI A. – GERINO F., *Art. 25-septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, cit., 15 s.

²¹⁷ Cfr. PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 183.