

Guide Lavoro, Sicurezza e Previdenza

a cura di Rocchina Staiano

RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE E MODELLI ORGANIZZATIVI

di Yuri Russo e Maria Giovannone



Yuri Russo

Maria Giovannone

RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE E MODELLI ORGANIZZATIVI

Collana: Guide Lavoro, Sicurezza e Previdenza

A cura di Rocchina Staiano

Sintesi

Il costante ampliamento del catalogo dei reati presupposto contenuti nel d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 e una prassi giudiziale particolarmente severa suggeriscono alle imprese l'adozione di modelli di organizzazione gestione idonei a prevenire i reati che possono essere commessi nell'esercizio dell'attività produttiva.

Lungo questo cammino i professionisti, chiamati con il *management* dell'impresa a costruire e ad attivare un sistema di regole preordinato a prevenire i reati indicati nel d.lgs. n. 231/2001, si trovano ad affrontare numerose problematiche. Fra queste va iscritta la difficile convivenza dei delitti colposi con il paradigma di illecito dell'ente disegnato dal legislatore, che ha occasionato un interessante dibattito giuridico in dottrina e giurisprudenza con ricadute, ricche di implicazioni, nel mondo dell'operatività.

Il presente contributo si pone nella prospettiva di offrire una panoramica del contesto problematico e alcune soluzioni giuridiche e operative.

Normativa di riferimento

1. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231
2. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81
3. D.lgs. 3 agosto 2009, n. 106

Yuri Russo

L'avvocato Yuri Russo è Dottore di Ricerca in Diritto Penale Italiano e Comparato presso l'Università degli Studi di Torino. Già esperto giuridico per il Ministero del Lavoro nell'ambito del comitato 4 della Commissione Consultiva permanente di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 81/2008, attualmente, nell'esercizio della propria attività professionale, si occupa della redazione e valutazione di modelli di organizzazione e gestione per le imprese italiane, alle quali offre altresì consulenza penalistica. È autore di contributi in opere collettanee dedicate al diritto penale societario e del lavoro. Ha pubblicato altresì diverse articoli sulle riviste *Il Fisco e Impresa*.

Maria Giovannone

Maria Giovannone è Dottore di Ricerca in Diritto delle Relazioni di Lavoro. Dal 2010 al 2014 è stata Assegnista di Ricerca presso l'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia. È abilitata all'esercizio della professione forense. Dal 2010 al 2012 è stata esperta per il Ministero del lavoro nell'ambito dei comitati n. 3, 4 e 6 della Commissione Consultiva permanente di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 81/2008. Attualmente è amministratore delegato e direttore scientifico di ANMIL Sicurezza e collabora alla cattedra di Diritto del Lavoro presso l'Università di Roma Tre. Dal 2005 si occupa di attività di studio, ricerca e consulenza nel campo del Diritto del Lavoro con particolare riferimento alla tutela della salute della sicurezza nei luoghi di lavoro ed ai modelli di organizzazione e gestione. Dal 2007 al 2014 ha collaborato con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali, fondata dal Prof. Marco Biagi.

ISBN: 9788868052522

Ottobre 2015

© Copyright 2015 by **Fisco e Tasse**

www.fiscoetasse.com

FISCO e TASSE 
la tua guida per un fisco semplice

L'immagine di Copertina utilizzata in Licenza Creative Commons è tratta dal profilo Flickr di Louis K. (<https://www.flickr.com/photos/bonaparty/>)

Indice

1. ALCUNE PREMESSE E UNA SCELTA DI CAMPO.....	7
1.1 LINEAMENTI INTRODUTTIVI AL SISTEMA PUNITIVO DEGLI ENTI NEL DIRITTO ITALIANO.....	7
1.2 GLI ENTI DESTINATARI DEL D.LGS. N. 231/2001.....	11
<i>Il contributo della prassi giurisprudenziale nell'individuazione degli enti destinatari del d.lgs. n. 231/2001</i>	16
1.3 IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI IN ITALIA.....	23
<i>L'approccio nominalistico.....</i>	24
<i>L'accostamento sostanzialistico.....</i>	29
<i>L'opzione declamata dal legislatore italiano e un'ipotesi interpretativa sostanzialistica</i>	37
2. IL PARADIGMA DI ILLECITO DELL'ENTE COLLETTIVO	43
2.1 IL CRITERIO ASCRITTIVO C.D. OGGETTIVO DI RESPONSABILITÀ ALL'ENTE E I DELITTI COLPOSI: PROBLEMI E PROSPETTIVE	43
2.2 I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE: SOLUZIONI ORGANIZZATIVE CON ATTITUDINE ESIMENTE.....	48
2.3 I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE: DECLAMAZIONI NORMATIVE, DIFFICOLTÀ E PROPOSTE OPERAZIONALI.....	62
3. LA COLPA ORGANIZZATIVA DELL'ENTE PER GLI ILLECITI COLPOSI	71
3.1 LE NOZIONI DI INTERESSE E VANTAGGIO DELL'ENTE NEI DELITTI COLPOSI	71
3.2 I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE NEL TESTO UNICO DELLA SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO (ART. 30, D.LGS. N. 81/2008)	76
<i>La delega di funzioni nel mosaico del modello organizzativo</i>	81
4. I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE NELLA PROSPETTIVA DELLA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE E DELLA CERTIFICAZIONE	87
4.1 PREMESSA	87
4.2 IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE E DEI LAVORATORI AUTONOMI NEL D.LGS. N. 81/2008.....	88
<i>Il quadro legale di riferimento.....</i>	88
<i>Il ruolo della Commissione Consultiva permanente.....</i>	92
<i>I settori e i criteri della qualificazione</i>	92
4.3 LE PROSPETTIVE DELLA CERTIFICAZIONE: PASSATO E FUTURO.....	96

1. Alcune premesse e una scelta di campo

1.1 Lineamenti introduttivi al sistema punitivo degli enti nel diritto italiano

In Italia, i primi studi da parte della dottrina penalistica moderna preordinati a sfatare il dogma secondo il quale le persone giuridiche, ma anche gli altri enti protagonisti della realtà economica, sebbene privi di personalità giuridica, non possono commettere reati ed essere sanzionate, sono da collocare alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso⁽¹⁾.

Sotto l'influenza dell'ordinamento tedesco⁽²⁾ che ha spesso esercitato un forte ascendente sulla dottrina e sulle opzioni di politica penale nel nostro Paese, un timido passo⁽³⁾ in questa direzione è stato compiuto dal legislatore nazionale con quella che fino a oggi la più importante legge di depenalizzazione approvata nel sistema normativo italiano: l. 24 novembre 1981, n. 689. In quella occasione, mediante la modifica apportata all'art. 197 c.p.⁽⁴⁾, trovò per la prima volta traduzione normativa il collegamento funzionalistico tra

⁽¹⁾ F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951, ora anche in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, 2975; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1970, 175; Id., *La responsabilità delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445, attraverso un'analisi storiografica ha ridimensionato la storicità del principio *societas delinquere non potest*, collocandone la teorizzazione tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo e rammentando che aveva dominato nei sette secoli precedenti "l'opposta idea *universitas delinquere et puniri potest*".

⁽²⁾ Il riferimento implicito è all'*Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG)* del 24 maggio 1968 riguardo alla responsabilità degli enti in Germania.

⁽³⁾ A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 386 ss., in specie 393, rileva che frammenti disarticolati di una forma di responsabilità diretta degli enti determinante una risposta sanzionatoria di matrice penalistica sono individuabili nel nostro ordinamento già prima del d.lgs. 231/2001. In questo contesto si collocano le sanzioni pecuniarie comminate all'impresa dalla normativa *antitrust*, le sanzioni della sospensione della concessione o dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività radiotelevisiva ovvero della revoca dell'autorizzazione delle società di gestione dei mercati regolamentati.

⁽⁴⁾ **Art. 197 c.p. Obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende.** Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province e i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia

la persona fisica autrice del reato e l'ente al quale la prima era legata da un rapporto qualificato. Nondimeno, il dettato normativo, ancora in vigore, sebbene scarsamente applicato, non introduce una autonoma forma di responsabilità per il soggetto metaindividuale, che inoltre deve essere dotato di personalità giuridica, ma si limita a far sorgere in capo a questo, in caso di insolvibilità del condannato, una obbligazione di natura civilistica⁽⁵⁾ consistente nel pagamento di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta.

Alla sempre più incalzante necessità di sistematizzare una diretta ed autonoma responsabilità penale degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio da soggetti aventi un nesso funzionale con questi, si contrapponeva la considerazione che il sistema penale italiano⁽⁶⁾ e le disposizioni costituzionali dirette a sancire irrinunciabili garanzie in tale ambito di disciplina avevano di mira una persona fisica⁽⁷⁾.

Nonostante il perdurare delle perplessità, soprattutto di ordine costituzionale, rispetto alla opportunità di una responsabilità da reato delle persone giuridiche, il legislatore, nel 2001, in attuazione della l. delega n. 300 del 29 settembre 2000, ha rotto gli indugi introducendo con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

L'opinione prevalente in dottrina è che il decreto costituisca il portato degli impegni assunti dal nostro Paese a livello internazionale e comunitario⁽⁸⁾. Inoltre, hanno indubbiamente orientato verso questa opzione

commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta.

Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'articolo 136.

⁽⁵⁾ *Amplius*, A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁽⁶⁾ Da ultimo, G. LICCI, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, 397, osserva che «il tendenziale collegamento dell'imputabilità (art. 85 c.p.) con la sussistenza della capacità d'intendere e di volere non lascia residuare dubbi [...]» in ordine alla circostanza che nel disegno del codice Rocco l'unico soggetto dotato di capacità penale è un essere umano. Si badi bene, il legislatore del Trenta non aveva completamente ignorato il ruolo rivestito dalla persona giuridica nell'episodio criminale, limitandosi, tuttavia, a prevedere nell'art. 197 c.p. una responsabilità civile sussidiaria dell'ente in caso di insolvibilità del condannato per il reato commesso nell'interesse della persona giuridica.

⁽⁷⁾ Sul piano microcomparatistico si osserva che queste perplessità sono state al centro del dibattito anche in Germania e Spagna sistemi più omogenei a quello italiano, mentre in Paesi informati al c.d. pragmatismo giuridico tipico della tradizione anglosassone, non si sono incontrate particolari difficoltà a ritenere le persone morali penalmente responsabili. Sembrano inquadrabili in quest'ultima schiera di sistemi anche la Francia e il Belgio. Per un quadro comparatistico si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002 e più di recente G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 67 ss.

⁽⁸⁾ Si allude in particolare alla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 settembre 1997, n. 300, alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, siglata a Bruxelles il 26 luglio 1995, al suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, al Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle

sanzionatoria le suggestioni provenienti da altri Paesi di *civil law* geograficamente contigui all'Italia, ad esempio la Francia⁽⁹⁾.

Alcune opinioni sapienziali⁽¹⁰⁾, tuttavia, ritengono che la punibilità degli enti sia frutto di un'autonoma scelta di politica criminale del legislatore italiano sospinta da alcune frange dell'ambiente scientifico e politico che hanno altresì influenzato in tal senso i progetti di riforma della parte generale del codice penale coevi alla legge delega del Duemila.

In prima approssimazione, è corretto affermare che il sistema sanzionatorio delineato nel d.lgs. 231/2001 appartiene alla famiglia degli illeciti di diritto pubblico al pari di quello fondato sulla responsabilità penale e amministrativa della persona fisica per fatti giuridici aventi rilevanza giuridica penale ovvero amministrativa.

I tratti comuni si individuano ad esempio nella condivisione di un insieme di regole di validità primigeniamente ad appannaggio esclusivo del sistema penale italiano e, poi, mutate, dal legislatore del 1981, dalla parte generale del codice Rocco per essere collocate nei primi articoli della l. 24 novembre 1981, n. 689⁽¹¹⁾, il più importante provvedimento di depenalizzazione ad oggi approvato nel nostro Paese, e da

Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché alla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997, oggetto di espressa ratifica per opera della l. 29 settembre 2000, n. 300. Secondo C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, 232 ss. anche la Raccomandazione n. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sebbene non vincolate per l'Italia, ha autorevolmente persuaso il legislatore italiano a contraddire il principio del *societas delinquere non potest*.

⁽⁹⁾ In questo Paese, nel 1994, nell'articolato del nuovo codice penale, è stata inserita la responsabilità penale delle *personnes morale*. Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 189 e a S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2005, 857 ss.

Per quanto riguarda la Germania, resta ferma l'incapacità penale delle persone giuridiche che, tuttavia, possono essere destinatarie di sanzioni amministrative in forza della disciplina prevista nel *Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG)* del 1975, modificata nel 1986.

⁽¹⁰⁾ In particolare M. RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2002, 3, a riprova di quanto riferito nel corpo del testo, rimarca una sintomatica connessione temporale fra l'approvazione della legge 29 settembre 2000, n. 300 e la pubblicazione, in data 16 settembre 2000, dell'articolato e della Relazione al «Progetto preliminare di riforma del codice penale. Parte generale», redatto dalla Commissione Grosso, al cui titolo VII è prevista la responsabilità delle persone giuridiche (Relazione e articolato sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 574 ss.). A onor del vero, lo studioso chiarisce che l'uniformità d'indirizzo in materia fra la Commissione ministeriale e l'approvanda legge di ratifica n. 300 è professata nella Relazione al Progetto (cfr. *Relazione al Progetto di riforma del codice penale*, § 7.2, 644).

⁽¹¹⁾ In realtà, l'impianto garantistico allestito dalla l. n. 689/1981, già originariamente debole a causa dell'attribuzione alla competenza della giurisdizione civile dei giudizi sulle opposizioni contro l'applicazione di pene prive di carattere ripristinatorio e quindi punitive, è stato ulteriormente eroso dalla giurisprudenza costituzionale. Infatti, il più risalente indirizzo interpretativo (Corte cost. n. 78 del 1967) a mente del quale il principio di legalità doveva applicarsi a tutte le sanzioni, ancorché formalmente amministrative, confermato anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti

quello del 2001 per definire i limiti di applicabilità del complesso di disposizioni contenute nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 deputate a disciplinare la responsabilità delle persone morali.

Parimenti i tre sistemi sanzionatori sono connotati da elementi generali di fattispecie e di sanzione che, pur modulandosi in termini parzialmente diversi dal punto di vista fenomenologico condividono, quanto ai primi, l'aspirazione ad attribuire il fatto giuridico illecito al suo artefice nel perimetro della responsabilità personale, quanto ai secondi, la matrice dell'afflittività e della dissuasività dal tenere il comportamento deviante.

La novità più dirimpante contenuta nel d.lgs. 231/2001 è rappresentata dallo schema responsabilitario capace di impegnare, per la prima volta⁽¹²⁾ nel nostro ordinamento, la responsabilità dell'ente in via autonoma e diretta.

Gli elementi generali di fattispecie coesenziali all'integrazione dell'illecito dell'ente dipendente da reato sono la consumazione o il tentativo, ove ammesso, di un fatto di reato c.d. presupposto, vale a dire previsto nell'elenco tassativo⁽¹³⁾ di fattispecie richiamate negli articoli da 24 a 25 *duodecies*; la circostanza che la persona fisica autrice del fatto presenti un collegamento di diritto o di fatto con l'ente e che agisca nell'interesse o vantaggio di questo; l'assenza o l'inadeguatezza di presidi organizzativi attivati dall'ente in ottica di prevenzione dei reati presupposto, formalizzati in documenti *ad hoc*, i c.d. modelli di organizzazione e gestione.

La sussistenza di questi elementi determina la risposta sanzionatoria statutale che, in termini sintetici, si articola come segue.

dell'Uomo (per tutte Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania) è stato sopravanzato in ordine di tempo da un altro accostamento esegetico (Corte cost. n. 68 del 1984) secondo cui per gli illeciti amministrativi opera non la riserva di legge (statale) dell'art. 25, comma 2, Cost. bensì, quella più ampia, cioè anche extrastatale di cui all'art. 23 Cost. Il processo di depauperamento delle garanzie per gli autori di illeciti amministrativi è stato portato a compimento da altre pronunce costituzionali che hanno rispettivamente abbattuto il divieto di retroattività (Corte cost. n. 447 del 1988) e il principio di personalità della responsabilità (Corte cost. n. 159 del 1994). Considerata la non comune capacità di antivisione degli effetti deleteri, sul piano delle garanzie del cittadino, della disciplina di cui alla l. n. 689/1981, è doverosa la citazione di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 64; V. BACHELET, *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, 2244; M. SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 3; G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1004, che per primi, e per diversi anni inascoltati soprattutto dal formante legale e giudiziale, avvertirono i rischi connessi all'opzione depenalizzante del legislatore italiano.

⁽¹²⁾ La primazia ricordata nel testo si pone in relazione alla disciplina degli artt. 197 c.p. e 6 l. n. 689/1981 che contemplano, in caso di insolvibilità della persona fisica condannata e con riferimento alle sole pene pecuniarie, l'obbligazione (e non la punizione) degli enti al pagamento di una somma pari all'ammontare della predetta sanzione.

⁽¹³⁾ Pur essendo un elenco chiuso è suscettibile di essere ampliato mediante interventi legislativi. Fra i più recenti militano la indiretta modifica dell'art. 25 *undecies* a seguito dell'ampliamento dei delitti contro l'ambiente per opera della l. 22 maggio 2015, n. 68 e la modifica diretta dell'art. 25 ter per effetto della l. 27 maggio 2015, n. 69.

Le sanzioni amministrative pecuniarie seguono un meccanismo bifasico per quote (art. 10), in cui la pena finale costituisce la risultante di una moltiplicazione fra un numero di quote scelto all'interno di limiti edittali predefiniti dal legislatore per ciascun reato, moltiplicato per il valore di ciascuna quota discrezionalmente stabilita dal giudice all'interno di un *range* legalmente definito. Si deve precisare che la responsabilità dell'ente per il pagamento della sanzione pecuniaria è limitata al suo patrimonio o al fondo comune.

Le sanzioni interdittive, pur appartenendo alla categoria delle pene principali, sono applicabili soltanto nei casi in cui l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero il reato commesso dal sottoposto sia stato determinato o agevolato da gravi carenze organizzative o, infine, in caso di reiterazione degli illeciti (art. 13). Completano il quadro sanzionatorio la misura ablativa della confisca e quella infamante della pubblicazione della sentenza di condanna.

1.2 Gli enti destinatari del d.lgs. n. 231/2001

L'art. 1 del d.lgs. 231/2001 stabilisce che i soggetti collettivi capaci di rispondere degli illeciti previsti nel d.lgs. 231/2001 sono oltre agli enti dotati di personalità giuridica anche quelli che ne sono privi. Questa soluzione estensiva dei soggetti responsabili risponde a precise ragioni di prevenzione generale funzionali a responsabilizzare anche le realtà aziendali più semplici.

Secondo un accostamento semplificante preordinato a stilare un elenco degli enti potenzialmente responsabili, idoneo a consentire uno sguardo d'insieme⁽¹⁴⁾ sulla questione in discorso, sono pacificamente considerati suscettibili di risposta sanzionatoria le fondazioni, le società di capitali, le cooperative, le società di persone, le associazioni e gli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum*.

In dottrina si è affacciata la problematica concernente l'assoggettabilità delle Associazioni Temporanee di Imprese (ATI) al sistema punitivo del d.lgs. n. 231/2001. In via definitiva l'ATI è un'associazione priva di autonoma soggettività giuridica che si sostanzia in un contratto plurilaterale fra più imprese che collaborano congiuntamente in vista dell'esecuzione di uno specifico affare. Le imprese associate conferiscono a una di queste un mandato (irrevocabile) con rappresentanza, affinché, nei rapporti con il committente o con la stazione appaltante gli atti compiuti dall'impresa mandataria connessi all'appalto siano produttivi di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti, sino alla estinzione del rapporto.

⁽¹⁴⁾ Per una approfondita riflessione circa la delimitazione e il contenuto della categoria dei soggetti collettivi destinatari del d.lgs. n. 231/2001 si rinvia a O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2010, 34 ss. Per un utile e ampio elenco di sintesi si veda altresì F. TOSELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti. Il modello 231 integrato con l'art. 30 d.lgs. 81/08 per la sicurezza sul lavoro*, Itaedizioni, Torino, 2010, 42 ss.

Si deve precisare che l'ATI, in quanto tale, non è dotato di un'autonomia giuridica tale da assurgere a soggetto diretto destinatario del d.lgs. 231/2001. Per converso, vengono in considerazione ai fini di un'eventuale responsabilità amministrativa discendente da reati commessi in fasi prodromiche, simultanee o susseguenti l'affare i singoli enti contrattualmente associati.

Il coinvolgimento sul piano responsabilitario degli enti temporaneamente associati è fortemente influenzato dalle dinamiche di realizzazione del reato-presupposto.

Lo scenario meno problematico che si può profilare è quello in cui almeno un apicale o un sottoposto di ciascuna delle imprese associate partecipi con la propria condotta alla realizzazione di un reato-presupposto per perseguire un interesse dell'associazione che si riverbera su ciascuna delle associate⁽¹⁵⁾. Qualora si fornisca la prova di tali condotte non si intravedono ostacoli all'ascrizione di responsabilità amministrativa discendente da reato in capo a ciascuna impresa partecipante all'ATI⁽¹⁶⁾.

Appare invece più complesso configurare la responsabilità di ciascuna delle imprese facenti parte dell'associazione temporanea per i reati commessi, ad esempio, nella fase propedeutica all'assegnazione di un appalto⁽¹⁷⁾. In quel momento i rapporti dell'associazione con il committente o la stazione appaltante sono infatti tenuti unicamente dall'impresa mandataria. Ci si chiede pertanto se la stipulazione di un accordo corruttivo fra il legale rappresentate della capogruppo e un funzionario pubblico per l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI, possa impegnare sul terreno sanzionatorio anche le imprese mandanti. Nel caso in cui si riscontri un concorso morale o materiale di apicali o sottoposti delle imprese diverse dalla capogruppo non sussisteranno problemi nel riconoscere la responsabilità amministrativa in capo a ciascuna delle associate. Nella diversa ipotesi in cui difetti la cooperazione di persone fisiche collegate all'impresa mandanti, si è sostenuto⁽¹⁸⁾ che alla stregua del rapporto di mandato il legale rappresentante della capogruppo agente in nome per conto delle altre sia soggetto a un dovere di vigilanza da parte della medesima, tale da qualificarlo nei termini di sottoposto ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 231/2001.

⁽¹⁵⁾ Si pensi a un caso di truffa in danno del committente perpetrata mediante la presentazione di documenti attestanti in modo menzognero lo stato avanzamento dei lavori, frutto della cooperazione dei direttori di cantiere di diverse imprese associate o, a quello probabilisticamente più ricorrente, di un infortunio sul lavoro per l'omessa adozione dei doverosi presidi di sicurezza da parte delle associate.

⁽¹⁶⁾ Questa linea interpretativa è stata percorsa anche dalla giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2010, n. 24583, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 8, 953 che, affrontando *ex professo* la responsabilità della società capogruppo, ha riconosciuto una responsabilità di questa ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 per i reati commessi nell'ambito delle attività di altra società del gruppo, a condizione che alla realizzazione dei medesimi abbia contribuito una persona fisica riferibile alla *holding* agente nell'interesse di questa.

⁽¹⁷⁾ La situazione paradigmatica che si richiama nel testo è ipotizzata da F. TOSELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 117 ss.

⁽¹⁸⁾ F. TOSELLO, *ibidem*, 117, 118.

Un cenno merita l'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 anche agli enti aventi sede principale all'estero che commettano il reato in Italia.

Nel d.lgs. n. 231/2001 non è presente una disposizione analoga a quella stabilita dall'art. 3 c.p.⁽¹⁹⁾. Questo rilievo, sul piano sistematico, rappresenta un argomento favorevole all'applicazione della predetta disposizione anche alle persone giuridiche straniere. In particolare, calando la questione interpretativa nei contesti fattuali più ricorrenti, qualora il *locus commissi delicti* del fatto realizzato dalla persona fisica nell'interesse della persona giuridica straniera sia da individuare nel nostro Paese, soccorrerà proprio la regola di validità stabilita nell'art. 3 c.p. per affermare l'applicazione della legge penale italiana rispetto al reato commesso dalla persona fisica, da cui eventualmente discende la responsabilità dell'ente straniero *ex* d.lgs. n. 231/2001.

Inoltre l'art. 1 non distingue le persone morali secondo che sia nazionali o straniere. D'altro canto non ci si può dimenticare che nella sistematica del d.lgs. n. 231/2001 il presupposto coesistente al coinvolgimento responsabilitario dell'ente è la commissione di un fatto di reato da parte della persona umana⁽²⁰⁾ che agisce nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica. Inoltre, ponendo mente alle ragioni di politica criminale che hanno determinato il legislatore a superare le resistenze di un numero non indifferente di studiosi nel riconoscere agli enti una sorta di capacità penale, negare la responsabilità delle persone giuridiche straniere

⁽¹⁹⁾ **Art. 3. Obbligatorietà della legge penale.** La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale.

⁽²⁰⁾ Alcuni studiosi hanno avanzato la suggestiva tesi di assegnare natura composita all'illecito ascrivibile all'ente. Precisamente A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 559 ha osservato che «non è possibile trascurare che la responsabilità dell'ente è configurata dalla legge come autonoma e fondata su un fatto e una colpa che attengono alla struttura organizzativa dell'ente stesso, le cui determinazioni sono normalmente espresse dove ha sede il centro decisionale dell'ente». Stando così le cose, la disorganizzazione rimproverabile sarebbe da collocare là dove l'ente ha la sua sede. Pertanto, qualora questa sia all'estero sarebbe messo fuori gioco il d.lgs. n. 231/2001. A ben veder, però, l'autorevole rilievo sembra sovrastimare la portata dell'autonomia responsabilitaria dell'ente. Il riorientamento gestaltico del legislatore del 2001 nel circoscrivere l'insieme dei soggetti dotati di capacità penale deve infatti considerarsi contrappuntisticamente opposto alla sussidiarietà responsabilitaria propria degli artt. 197 c.p e 6 l.n. 689/1981. In altri termini, esso vale segnare uno iato fra l'accostamento precedente al d.lgs. n. 231/2001 e quello successivo rispetto alla risposta sanzionatoria statutale nei confronti degli enti. Inoltre, conferire autonomia concettuale a un "fatto" (inteso come mancanza o inadeguatezza di presidi organizzativi preventivi) e a una "colpa" attinenti alla struttura organizzativa dell'ente, comporterebbe il dover riconoscere un'autonoma sanzione a carico di quest'ultimo prescindente dalla commissione di un reato ascrivibile a una persona fisica collegata all'ente. Opinare altrimenti significherebbe, in violazione di quanto stabilito negli artt. 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001, qualificare il reato commesso dalla persona fisica non tanto un presupposto necessario della responsabilità dell'ente, quanto una condizione obiettiva di punibilità destinata a slatentizzare una situazione offensiva già esistente in senso all'ente. Nondimeno, appare incontestabile che l'evento significativo giustificante l'applicazione delle sanzioni stabilite nel d.lgs. n. 231/2001, ricorre con la commissione di uno dei reati presupposto agevolati dai *deficit* organizzativi dell'ente e non per la mera esistenza delle suddette lacune preventive. Per queste ragioni, contrarie alla duplicazione, derivante dalla frammentazione, dei fatti giuridici fondanti l'illecito dell'ente sembra ineludibile l'applicazione della legge italiana nei casi di reati commessi in Italia da apicali o sottoposti di persone giuridiche straniere, nell'interesse o a vantaggio di queste.

nel cui interesse siano commessi reati in Italia, significherebbe isterilire la *ratio* stessa dell'intervento normativo.

Un conforto normativo, ancorché indiretto, nel senso sovra ipotizzato proviene dal d.lgs. 9 luglio 2004, n. 197 che, nell'art. 97 bis, comma 5, estende le eccezioni al d.lgs. n. 231/2001 anche alle succursali italiane di banche comunitarie ed extracomunitarie.

Sono considerati espressamente immuni lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali, nonché gli altri enti pubblici non economici⁽²¹⁾ e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale⁽²²⁾. Residua poi una vasta e magmatica zona grigia⁽²³⁾ di enti la cui inclusione nella portata del d.lgs. 231/2001 determina, rispetto ad alcuni di essi, una dissociazione fra le conclusioni interpretative della dottrina e della giurisprudenza.

⁽²¹⁾ All'interno dell'insieme costituito dagli enti pubblici trovano cittadinanza i c.d. enti pubblici associativi, istituzionali e non (ad esempio, ordini e collegi professionali, l'ACI, la CRI, le Accademie culturali ecc.) che, ancorché assoggettati alla disciplina negoziale, sono qualificati dalle leggi speciali come enti pubblici. Parimenti, trovano spazio in questo fitto elenco le Aziende Ospedaliere, le scuole e le università pubbliche. La più convincente ragione che sottende l'esclusione di questi soggetti dal sistema punitivo degli enti, come attestato dalla Relazione ministeriale, par. 2, è la medesima che giustifica la sottrazione dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Infatti, la componente di afflittività insita nelle sanzioni pecuniarie e interdittive applicate ai predetti si sarebbe riverberata negativamente sulla collettività che avrebbe sopportato, in termini di disservizi o financo di mancanza di servizi, la misura punitiva. Rispetto all'esclusione delle Aziende Ospedaliere e delle Aziende Sanitarie Locali si sono elevate in dottrina voci dissenzienti. Precisamente, F. TOSELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 46 osserva che con il d.lgs n. 502/92 "le ASL e Aziende Ospedaliere sembrano aver assunto il carattere di Enti pubblici economici". Saggiunge, poi, che ai sensi dell'art. 3 del citato decreto le ASL sono dotate di autonomia imprenditoriale e, ex art. 4 del medesimo testo legale le Aziende Ospedaliere debbono chiudere il bilancio in pareggio. Questi rilievi, secondo l'Autore, improntano di economicità l'attività di questi enti destituendo di fondamento giuridico l'inquadramento dei medesimi nella cornice dei soggetti "non economici".

Per converso, alla luce del progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto, appare meno persuasiva la tesi a mente della quale l'inclusione degli enti pubblici fra i destinatari del d.lgs. n. 231/2001 avrebbe posto la pubblica amministrazione nella contraddittoria duplice veste di soggetto attivo e passivo degli illeciti presupposto. In particolare, l'introduzione dell'art. 25 *septies*, che punisce l'omicidio e le lesioni colpose commesse con violazioni delle disposizioni antinfortunistiche, ne costituisce, sul piano sistematico, la miglior smentita. Come noto, infatti, lo spettro operativo del c.d. T.U. sicurezza si estende a «tutti i settori di attività, privati e pubblici».

Infine, non è inutile ricordare che, in dottrina, S. RIONDATO, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche*, et de publica societate quae delinquere potest, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 792 in relazione al regime delle esclusioni contenuto nel decreto, ha adombrato un vizio di costituzionalità per il mancato esercizio della delega e l'inadempimento degli obblighi comunitari.

⁽²²⁾ Fra questi spiccano i sindacati e i partiti politici cui sono demandate funzioni di espresso rilievo costituzionale (artt. 39 e 49 Cost.).

⁽²³⁾ Tra gli altri, secondo la dottrina, devono essere inserite le società apparenti, difettando in esse un'organizzazione da rimproverare e nei cui confronti rivalersi: così A. Rossi, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 2,185. A conclusioni diverse sembra doversi pervenire rispetto alle società occulte ove, *mutatis mutandis*, potrebbe riproporsi la disputa accesa in passato nella dottrina commercial-civilistica rispetto alla possibilità dei terzi di rivalersi nei confronti di dette compagini societarie.

Secondo certa dottrina⁽²⁴⁾ le forme di aggregazioni che possono attualmente considerarsi escluse dallo spettro di validità del d.lgs. n. 231/2001 sono le associazioni in partecipazione (art. 2549 c.c.); i consorzi svolgenti soltanto attività interna, nell'ambito dei quali l'organizzazione rileva soltanto sul piano negoziale fra consorziati, nonché quelle entità giuridiche che, pur presentando un patrimonio separato da quello delle persone fisiche cui si riferiscono sono prive di autonoma soggettività giuridica. Ne costituiscono espressione il fondo patrimoniale tra coniugi, il *trust* costituito in Italia, l'eredità giacente.

Fra le entità dotate di autonomia patrimoniale e di una propria organizzazione interna devono inoltre considerarsi i condomini o altre analoghe forme di comunione. Rispetto a queste si è, tuttavia, annotato che "la funzione conservativa o di godimento che li connota non consente di individuare nelle stesse un interesse distinto e autonomo rispetto a quali sono portatori i singoli partecipanti e così tale da giustificare l'eventuale intervento punitivo di cui al d.lgs. 231"⁽²⁵⁾. Rispetto ai condomini, questa considerazione può parzialmente revocarsi in dubbio. Una potenziale alterità dell'interesse della formazione aggregativa in parola potrebbe ad esempio ricorrere nei casi di contributi per l'eliminazione delle barriere architettoniche *ex lege* n. 13/1989. Qualora l'amministratore condominiale determini un condomino disabile ad avanzare la mendace richiesta di erogazione dell'elargizione pubblica e un lavoratore autonomo o un'impresa edile a produrre una descrizione sommaria delle opere e un preventivo di spesa, per eccesso, non conforme al vero da allegare all'istanza, e, successivamente, i consequenziali falsi documenti giustificativi contabili attestativi di spese in realtà non sostenute o di importo inferiore, al fine di vedersi poi corrisposti contributi indebiti si profilerebbe una situazione rilevante ai sensi del d.lgs. 231/2001. Dal punto di vista di ascrizione oggettiva dell'offesa sussisterebbero sia il reato presupposto (art. 640 bis c.p.) sia il vantaggio⁽²⁶⁾ per il condominio, privo, in ottica soggettiva di modello preventivo. In situazioni analoghe a quella prospettata, si auspica non così ricorrenti, si assisterebbe inoltre a una netta cesura fra gli interessi del condominio e quelli dei condomini non coinvolti nella vicenda criminale.

Tentando di emanciparsi da un approccio meramente casistico nell'individuazione dei soggetti destinatari ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001, è possibile enucleare tre principali indici rivelatori dell'attitudine dell'ente a essere titolare di un'autonoma e diretta responsabilità penale-amministrativa.

Il primo consiste nell'esistenza di un'articolazione organizzativa all'interno dell'ente medesimo. Il decreto stesso, infatti, sembra essere modulato su soggetti collettivi che presentino un impianto organizzativo

⁽²⁴⁾ A. Rossi, *La responsabilità degli enti*, cit., 184.

⁽²⁵⁾ A. Rossi, *ibidem*, 185.

⁽²⁶⁾ Nel caso, non inverosimile in cui, poi, le somme indebitamente captate fossero girocontate dall'amministratore su un proprio conto corrente, nei termini attestati dalla Suprema Corte (Cass. pen., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, cit.) rispetto a un caso analogo a quello qui congetturato, con protagonista però una società, non verrebbe comunque meno il vantaggio per l'ente, consistente nella locupletazione, sia pure momentanea.

minimo. Nel prosieguo della trattazione si vedrà in quali termini questo requisito sia stato ridimensionato dalla formante giudiziale ai fini di una più ampia applicazione del decreto n. 231/2001.

Il secondo si individua nell'economicità (o imprenditorialità) cui dev'essere improntata la gestione dell'ente, ravvisabile nell'almeno tendenziale pareggio fra costi e ricavi. Parimenti, come si avrà modo di osservare oltre, la valenza diacritica di questo criterio è stata interpretativamente manipolata dalla giurisprudenza per perseguire persone morali che non esercitano in via prevalente attività commerciale.

Infine, la dottrina ha ritenuto coesistente alla professione di responsabilità ex d.lgs. 231/2001 la natura metaindividuale dell'ente espressa attraverso un'autonomia giuridica e patrimoniale del medesimo. Peraltro, nemmeno tale elemento individuatore, a lungo incontrovertito in dottrina, ha sempre superato indenne il vaglio giurisprudenziale⁽²⁷⁾.

IL CONTRIBUTO DELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE NELL'INDIVIDUAZIONE DEGLI ENTI DESTINATARI DEL D.LGS. N. 231/2001

I criteri elaborati in dottrina per decrittare la scelta tipica e non casistica del legislatore nell'individuazione degli enti destinatari, sono stati applicati in senso estensivo⁽²⁸⁾ da parte della giurisprudenza.

In prima approssimazione, sembrerebbe costituire espressione della citata concezione non restrittiva dei soggetti destinatari la sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 22 marzo 2011, mediante la quale è stata condannata alla pena pecuniaria un'(apparente) associazione Onlus, operante nel settore socio-sanitario. Ad una lettura più attenta della trama motivazionale emerge però che la singolarità della vicenda⁽²⁹⁾ ha inibito ai giudici meneghini di affrontare la questione teorica relativa all'assoggettabilità al d.lgs. n. 231/2001 degli enti privatistici *no profit*. In dottrina la questione è tuttora dibattuta. All'opinione che riconosce quale condizione di operatività del d.lgs. n. 231/2001 il carattere imprenditoriale dell'ente, inteso in senso organizzativo, ma soprattutto economico⁽³⁰⁾, si contrappongono i rilievi di ordine esegetico e

⁽²⁷⁾ Le diastasi evocate nel testo fra l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale costituisce un chiaro epifenomeno della dissociazione fra formanti in atto nel nostro ordinamento.

⁽²⁸⁾ Secondo alcuni financo analogico riguardo soprattutto alle imprese individuali sui cui si soffermerà nel prosieguo.

⁽²⁹⁾ Nella specie, l'ente, ammantandosi di una funzione solidaristico-volontaristica (*no profit*), poneva in essere condotte truffaldine a danno di enti pubblici per ottenere sussidi, contributi e stipulare convenzioni, ancorché priva dei necessari requisiti. In realtà, lo spirito che animava l'ente era il perseguimento, anche attraverso modalità illecite, di interesse economici, *scilicet* tipicamente imprenditoriali.

⁽³⁰⁾ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito*, cit., 35, la quale trattando di sindacati e partiti politici, getta luce sul fatto che il legislatore si sia riferito «a realtà di tipo "imprenditoriale", mosse da un fine di profitto in senso economico».

criminologico formulati da altri studiosi⁽³¹⁾, in forza dei quali non possono considerarsi aprioristicamente esclusi dalla sfera di validità del d.lgs. n. 231/2001 gli enti *no profit*.

Di particolare interesse, teorico e applicativo, è il caso dell'assoggettabilità degli enti a capitale misto (o a partecipazione pubblica) alla disciplina prevista nel d.lgs. n. 231/2001.

La giurisprudenza di legittimità⁽³²⁾ ha avuto occasione in tempi non risalenti di pronunciarsi propria sulla prospettata questione giuridica.

Il caso riguardava un ospedale specializzato interregionale che aveva assunto la forma di società per azioni cd. mista, in quanto partecipata al 49% da capitale privato e per la restante parte a capitale pubblico, al quale è stato contestato il delitto di truffa aggravata previsto nell'art. 24.

La Corte decodificando l'indicazione normativa degli enti esclusi contenuta nell'art. 1, comma 3, chiarisce che "la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica"⁽³³⁾. Nella specie si è, invece, rilevato che la sussistenza del requisito dell'economicità nella gestione dell'ospedale trova conferma nella veste societaria assunta dalla medesima.

La pronuncia assume un certo interesse anche per la messa fuoco della portata semantica che intride la locuzione «enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale». Precisamente, dopo aver affermato che la

⁽³¹⁾ In questo senso milita ad esempio l'opinione di M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (Onlus)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011, il quale formula le seguenti considerazioni. In prima battuta, chiarisce che il requisito della necessaria economicità dell'attività svolta è richiesto indirettamente soltanto riguardo agli enti pubblici; secondariamente, rileva che l'interesse e il vantaggio per l'ente di cui all'art. 5 non hanno una specifica connotazione patrimonialistica, potendo sostanziarsi anche in utilità ontologicamente diverse; infine precisa che l'inserimento nel catalogo dei reati presupposto di illeciti non economicamente orientati, quali ad esempio l'art. 25 *quater* che recepisce i delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico autorizza a ridimensionare il ruolo della finalità economica nel paradigma di illecito ascrivibile all'ente.

⁽³²⁾ Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, commentata da S. BELTRANI, *La responsabilità da reato delle società a capitale misto*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 195. La medesima linea interpretativa è battuta da Cass. pen. Sez. II, 10 gennaio 2011, n. 234, in *Riv. pen.*, 2011, 12, 1327, a mente della quale "Le società per azioni 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 (cosiddette società d'ambito), sono soggette alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti". I due pronunciamenti sono stati altresì oggetto delle riflessioni di C. MANACORDA, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 33, secondo il quale le sentenze annotate presagiscono un costante ampliamento dello spettro di validità del decreto 231 agli enti esercitanti attività pubblica economica e dovrebbero indurre i medesimi ad adottare modelli di organizzazione e gestione.

⁽³³⁾ Il principio di diritto sembra ispirato dal pensiero di G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 2008, 126, il quale propende per l'assoggettamento delle c.d. società miste alla responsabilità da reato, "poiché il fine di profitto è tutt'altro che escluso, nello schema in questione sembrano potersi ravvisare tutti gli estremi del classico modello societario delineato dall'art. 2247 c.c."

ratio su cui riposa l'esclusione dei predetti enti è quella di preservare i medesimi rispetto a misure cautelari che "sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali", disconosce che la tutela della salute da parte di una ospedale costituito in s.p.a, pur assumendo "spessore costituzionale", possa far assurgere il medesimo a ente di rilievo costituzionale, qualifica che tradizionalmente spetta a "soggetti (almeno) menzionati nella Carta costituzionale". La Cassazione, a sostegno del proprio arresto interpretativo, rileva che riconoscere effetti immunizzanti agli enti che svolgono attività nei quali sono coinvolti valori costituzionalmente rilevanti, produrrebbe la irragionevole conseguenza di escludere dal sistema punitivo degli enti un consistente numero di soggetti economici operanti nel settore sanitario, in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene nei luoghi di lavoro, nella tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico e via discorrendo.

Un'ulteriore tappa del processo espansivo del sistema punitivo degli enti condotto dalla giurisprudenza sembra da individuarsi nell'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 agli studi professionali.

A ben vedere però, la soluzione interpretativa praticata dalla Suprema Corte⁽³⁴⁾ non deve destare stupore, poiché l'ambulatorio odontoiatrico colpito da misura cautelare interdittiva aveva assunto la veste societaria di società in accomandita semplice e perseguiva il genetico scopo di lucro anche attraverso condotte decettive a danno del servizio sanitario nazionale.

L'interesse suscitato dalla pronuncia in questione è, per così dire prospettico-evolutivo. Nel primo senso, infatti, si deve tener presente, alla luce di quanto previsto nell'art. 10, comma 3, l. 183/2011, il potenziale aumento di professionisti che, con l'ausilio di soci d'investimento, decideranno di costituire società⁽³⁵⁾, dotate di una propria autonomia patrimoniale e giuridica, per l'esercizio della professione.

Il senso significato dall'aggettivo evolutivo, intende alludere alla possibilità di considerare capaci di rispondere degli illeciti e delle sanzioni previste nel d.lgs. 231/2001 anche le associazioni professionali.

I fautori⁽³⁶⁾ della tesi negativa, largamente prevalente in dottrina, incardinano l'opzione esegetica prescelta nel difetto di alterità giuridico soggettiva dell'associazione rispetto alle persone fisiche che la compongono.

⁽³⁴⁾ Cass. pen., Sez. II, 7 febbraio 2012, n. 4703, con nota di C. TREMOLADA, *Anche gli studi professionali nel mirino del d.lgs. n. 231/2001*, in *Guida lav.*, 11, 37.

⁽³⁵⁾ La costituibilità delle società composte da soci professionisti e soci di capitale ha ricevuto il sostanziale *imprimatur* anche dal Consiglio di Stato (parere 5 luglio 2012, n. 3127). Il dibattito, dopo un periodo di quiescenza, si è recentemente rianimato, rispetto alle società fra avvocati, con la richiesta della Commissione Giustizia della riapertura dei termini della delega contenuti nella l. n. 247/2012. Fra i documenti più recenti sul tema si segnala *Ddl concorrenza e professione forense. Le osservazioni del Consiglio nazionale forense*, in <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/06/19/OCD177-1405.pdf>

⁽³⁶⁾ Fra i più recenti contributi in questo senso si veda S. BARTOLOMUCCI, *D.lgs. n. 231/2001 ed imprenditori individuali: interpretazione dell'art. 1 e presunte esigenze penalpreventive nell'imprevisto revirement della Cassazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 162.

Il nucleo teorico attorno al quale orbita questa impostazione è stato sconfessato da una pronuncia di legittimità che, in sede cautelare, ha considerato fra i destinatari del d.lgs. n. 231/2001 anche le imprese individuali.

La sentenza in questione⁽³⁷⁾, oggetto di critiche corrosive da parte degli studiosi⁽³⁸⁾ impegnati nel suo commento, ha comprensibilmente suscitato la preoccupazione di buona parte del tessuto economico italiano, la cui trama, come è noto, vede protagoniste piccole e microimprese che, per ragioni di semplicità organizzativa ed economica, assumono la forma di imprese individuali.

La vicenda giudiziaria, è bene chiarirlo, è stata delibata dalla Corte di Cassazione soltanto nel corso del procedimento cautelare, al fine di riconoscere l'applicabilità di una misura interdittiva, prende le mosse dalla commissione di reati in materia di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti pericolosi da parte di un'associazione per delinquere operante dietro lo schermo di un'impresa individuale.

Sussistendo il reato di cui all'art. 416, c.p., espressamente richiamato nel *menù* dei reati presupposto dall'art. 24 ter, comma 2, d.lgs. n. 231/2001, la Corte, disattendendo i rilievi difensivi e un precedente di legittimità⁽³⁹⁾ afferma che la misura cautelare prevista nell'art. 9, comma 2, lett. b), nei confronti degli enti possa colpire altresì un'impresa individuale.

Le argomentazioni che percorrono la motivazione della pronuncia di legittimità sono così sintetizzabili.

In primo luogo, la gamma dei destinatari delle prescrizioni contenute nel decreto 231 non può individuarsi soltanto mediante l'espressa, *rectius*, esplicita, inclusione od esclusione, ben potendo "identificarsi sulla base dell'appartenenza alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica nonché di società e associazioni anche prive di personalità giuridica (art. 1, comma 2)".

Secondariamente, e questa pare l'annotazione meno intelligibile⁽⁴⁰⁾, "la ricorrente avrebbe dovuto fornire la prova che la propria impresa individuale era priva di personalità giuridica, ossia della indefettibile qualità al cui effettivo possesso la norma subordina la propria efficacia".

⁽³⁷⁾ Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657.

⁽³⁸⁾ Nel coro di critiche si segnalano le voci di G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del D.gs. n. 231/2001*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011; S. BARTOLOMUCCI, *D.lgs. 231/2001 ed imprenditori individuali*, cit., 161; G. AMATO, *Anche le imprese individuali rispondono dell'illecito amministrativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 199.

⁽³⁹⁾ Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, in *Riv. pen.*, 2005, 8, 780.

⁽⁴⁰⁾ Essendo pacifico che il d.lgs. n. 231/2001 si applica anche a soggetti privi di personalità giuridica, non si comprende a quale esito difensivo sarebbe pervenuto il ricorrente che avesse assolto l'*onus probandi* in punto difetto della personalità giuridica dell'impresa indagata.

La Corte, poi, pone le premesse per la terza argomentazione motivante la propria posizione osservando che l'attività d'impresa fa capo a una persona fisica e che "l'impresa individuale ben può assimilarsi ad una persona giuridica, nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività". Stando così le cose, a detrimento della necessaria presenza del requisito della metaindividualità ai fini dell'applicazione del decreto n. 231, l'estensore non intravede ostacoli all'assimilazione dell'impresa individuale alle società s.r.l. unipersonali.

Queste considerazioni danno la stura per un'asserzione di ordine sistematico e per una di matrice pragmatica. La prima consiste nella paventata disparità di trattamento, sul piano costituzionale, fra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che ricorrono a forme più complesse e articolate, di cui sarebbe foriero un approccio formalistico nella lettura dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 231/2001. La risultante di questa premessa è che la mancata indicazione delle imprese individuali nell'ambito dell'art. 1 "non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione nell'area dei destinatari della norma".

In prospettiva pratica si considera poi che "molte imprese individuali spesso ricorrono ad un'organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare dell'impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale".

L'asprezza con la quale è stata accolta questa dirompente pronuncia di legittimità che, non è inverosimile credere, resterà, almeno nella giurisprudenza di legittimità, un *arrêt* isolato⁽⁴¹⁾, appare condivisibile alla luce dell'attuale quadro ordinamentale, ancorché rappresenti, con argomentazioni giuridiche distoniche rispetto alla disciplina del decreto 231, un'istanza criminologica nient'affatto peregrina.

In estrema sintesi, le smagliature che inficiano la trama motiva sono riconducibili nel contesto del divieto d'interpretazione analogica. Precisamente, si enfatizza la mancanza del presupposto applicativo del ragionamento analogico, vale a dire l'esistenza di una lacuna normativa nell'ordinamento. Si osserva, infatti, che il legislatore del 2001 ha costruito un sottosistema penale e processuale valevole solo per gli illeciti ascrivibili agli enti, intendendosi per tali soltanto le persone giuridiche collettive e non anche le persone fisiche e le imprese individuali⁽⁴²⁾. L'irriducibilità delle imprese individuali alla figura dell'ente collettivo trae

⁽⁴¹⁾ Corroborata questa congettura Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085, in www.rivista231.it, che opera un mero rinvio a quanto sentenziato da Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, cit., a tenore della quale "La disciplina prevista dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli enti collettivi". Si rileva che nella pronuncia del 2012 non vi è alcun cenno all'arresto, di segno opposto, del 2011. Per l'autorevolezza e la competenza in materia del relatore l'occasione sembrava propizia per un ulteriore contributo allo studio della questione.

⁽⁴²⁾ Così G. AMARELLI, *L'indebita inclusione*, cit., 3. L'irriducibilità delle imprese individuali alla figura dell'ente collettivo trae forza, secondo un'argomentazione storica elaborata dalla pronuncia del 2004 e recepita dall'autore, dalla *voluntas* del legislatore significata da quel passaggio della relazione governativa in cui si puntualizza che la nuova disciplina concerne

forza, secondo un'argomentazione storica elaborata dalla pronuncia del 2004 e recepita dall'autore, dalla *voluntas* del legislatore espressa in quel passaggio della relazione governativa in cui si puntualizza che la nuova disciplina concerne esclusivamente gli enti collettivi⁽⁴³⁾. Inoltre, si appunta l'attenzione sul fatto che s.r.l. unipersonali e imprese individuali non presentano quella somiglianza tale da consentire di metterle in relazione secondo lo schema logico che sottende la figura dell'analogia. L'impresa individuale, infatti, coincide nominalisticamente, giuridicamente e patrimonialmente con l'imprenditore persona fisica, rappresentando la sua 'proiezione commerciale', nelle società, invece, l'impresa è dotata di una propria autonomia nominale, giuridica e patrimoniale. Si getta poi luce su plurimi profili⁽⁴⁴⁾ del d.lgs. n. 231/2001 intesi a provare che l'ente da dissuadere dal comportamento deviante è quello dotato di una struttura organizzativa complessa.

Secondo il commentatore da ultimo citato, l'estensore della pronuncia avrebbe formulato dunque una vera e propria sostituzione di disciplina, inottemperante al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Attesta questa considerazione la circostanza che il comma 2 dell'art. 1, non menziona le ditte individuali⁽⁴⁵⁾.

esclusivamente gli enti collettivi. Inoltre, si appunta l'attenzione sul fatto che s.r.l. unipersonali e imprese individuali non presentano quella somiglianza tale da consentire di metterle in relazione secondo lo schema logico che sottende la figura dell'analogia. L'impresa individuale, infatti, coincide nominalisticamente, giuridicamente e patrimonialmente con l'imprenditore persona fisica, "rappresentando la sua 'proiezione commerciale', nelle società, invece, l'impresa è dotata di una propria autonomia nominale, giuridica e patrimoniale. Il contributo, poi, getta luce su plurimi profili del d.lgs. n. 231/2001 intesi a provare che l'ente da dissuadere dal comportamento deviante è quello dotato di una struttura organizzativa complessa a base orizzontale connotato da una frammentazione dei centri decisionali.

⁽⁴³⁾ S. BARTOLOMUCCI, *D.lgs. 231/2001 ed imprenditori individuali*, cit., 162, individua le fonti sovranazionali che indicano quali destinatari della responsabilità delle persone morali unicamente gli enti collettivi, la Convenzione OCSE del dicembre 1997 e il Secondo Protocollo CE del 1997, intesi quali soggetti a contesto plurisoggettivo di rilievo giuridico metaindividuale.

⁽⁴⁴⁾ G. AMARELLI, *L'indebita inclusione*, cit., 6, 7 si riferisce, richiamando M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13 ed. a cura di C.F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2007, 857 ss. alla violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale derivante dalla duplice punizione della persona fisica titolare dell'impresa individuale colpita dalla sanzione ex d.lgs. n. 231/2001 e da quella per il reato-presupposto commesso, eventualmente a titolo di concorrente. La riferibilità del d.lgs. n. 231/2001 esclusivamente agli enti collettivi, secondo lo studioso da ultimo citato, è avvalorata anche dall'art. 27, giacché nella parte in cui si prescrive che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria l'ente risponde con il proprio patrimonio allude alle persone giuridiche dotate di autonomia giuridica e patrimoniale e non alle imprese individuali che ne sono prive. In ultimo si rileva che l'art. 39, in materia di rappresentanza processuale, presuppone un'alterità fra l'ente, nel cui interesse o vantaggio è stato commesso il reato, e il suo legale rappresentante, di cui l'impresa individuale è sprovvista.

⁽⁴⁵⁾ Sebbene i sintagmi impresa individuale e ditta individuale siano spesso attecnicamente impiegati in modo sinonimico essi costituiscono due figure giuridiche distinte. Civilisticamente, la prima indica, ai sensi degli artt. 2082 e 2555 c.c., il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività economica finalizzata alla produzione e allo scambio di beni o di servizi, la seconda, invece, è un bene immateriale costituito dal nome sotto il quale l'imprenditore svolge la propria attività.

Ne consegue che l'implicita inclusione delle imprese individuali nel gruppo dei soggetti destinatari costituisce il portato di un'operazione integrativa *contra legem*. Per converso, l'incapacità penale-amministrativa delle imprese individuali, lungi dall'occasionare una violazione del principio d'uguaglianza ne costituisce ragionevole espressione, poiché situazioni diverse impongono trattamenti giuridici differenti.

La questione problematica portata al vaglio della Corte e la soluzione da questa adottata non sembra possano liquidarsi semplicisticamente come espressioni di una bizzarra interpretativa, con tutta probabilità non compatibile con l'attuale assetto normativo, ma tutt'altro che imprevedibile.

Occorre infatti tener presente che il d.lgs. 231/2001 è profondo debitore, nei suoi contenuti, di prodotti normativi, sia di *soft law* sia di *hard law*, elaborati per essere destinati a operare in contesti socio-economici profondamente diversi da quello italiano⁽⁴⁶⁾. Pertanto, non deve sorprendere l'esistenza di momenti di frizione quando una legge che presuppone un certo tipo di destinatari viene calata, attraverso l'interpretazione giudiziale, in una dimensione operativa in cui gli enti considerati elettivamente soggetti alla disciplina legale non costituiscono gli unici protagonisti della scena economica.

Dalla lettura della Relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001, in cui la locuzione "piccole imprese" è impiegata soltanto in due occasioni, si inferisce una non commendevole sottovalutazione dei problemi applicativi della disciplina preventivo-afflittiva contenuta nell'articolo agli enti di piccole dimensioni, presi in considerazione soltanto nel paragrafo dedicato alla dosimetria della pena⁽⁴⁷⁾.

La pronuncia della Cassazione sulle imprese individuali non dovrebbe dunque essere (s)qualificata come scivolone interpretativo, ma di converso essere tenuta in debito conto poiché, in un'ottica giuridico-tecnologica, costituisce il sintomo di un'anomalia (genetica) sorta nel paradigma della responsabilità degli enti, divenuto a un tratto incapace di soddisfare le istanze preventive nei confronti dei comportamenti criminali posti in essere da entità organizzate, talora in modo minimale, pur tuttavia prive degli elementi ritenuti ineludibilmente necessari dal legislatore per l'applicazione del sistema punitivo previsto nel d.lgs. n. 231/2001. A seguito dell'ampliamento dei reati presupposto per opera dell'art. 25 *septies* (art. 589 e 590, comma 3, c.p.) non sembra arduo preconizzare l'inizio di una crisi nel sistema punitivo degli enti, rispetto a quei soggetti economici che, pur privi di autonomia giuridica e negoziale, operino attraverso una pluralità di soggetti espressione di un'attività d'impresa organizzata⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Esplicitamente G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Giuffrè, Milano, 2008, 68 dedica un paragrafo "L'origine della norma italiana e la sua derivazione dall'esperienza statunitense" alle ascendenze nordamericane del d.lgs. n. 231/2001.

⁽⁴⁷⁾ Par. 5.1. "La sanzione pecuniaria e il sistema commisurativo per quote".

⁽⁴⁸⁾ Questo timore, anche se non riferito all'art. 25 *septies*, è manifestato dalla Suprema Corte nella sentenza evocata (n. 15657 del 2011). S. BARTOLOMUCCI, *D.lgs. 231/2001 ed imprenditori individuali*, cit., 166, ritiene, tuttavia, che rispetto al "fenomeno di portata marginale, dell'impresa individuale avente struttura organizzata e rilievo dimensionale ... valga

In conclusione, il punto di censura da cui è afflitta la pronuncia responsabile dall'ampliamento del d.lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali sembra essere quello di un'usurpazione della funzione legislativa perpetrata in via esegetica che, tuttavia, il legislatore dovrebbe percepire alla stregua di un monito per ridurre la distonia fra dimensione economica e dimensione normativa.

1.3 Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità degli enti in Italia

Una estesa costellazione di teorie si osserva rispetto alla natura della responsabilità degli enti collettivi.

Una nutrita schiera di autori ritiene che la disputa inerente alla natura giuridica della responsabilità degli enti rappresenti materia di mera discettazione "accademica"⁽⁴⁹⁾. Questa impostazione, tuttavia, trascura di considerare le importanti ricadute tecnologiche⁽⁵⁰⁾ di tale indagine, che si riflettono precipuamente sulle garanzie dei soggetti collettivi e, a monte, il ruolo⁽⁵¹⁾ a cui la dottrina, intesa quale formante⁽⁵²⁾ dell'ordinamento italiano, non si può sottrarre nella produzione del diritto.

Semplificando gli accostamenti problematici in materia è possibile isolare tre differenti impostazioni teoriche.

osservare che nel caso in cui il reato sia compiuto non dall'imprenditore medesimo, ma da uno dei suoi collaboratori, agente in virtù di un rapporto contrattuale o di una procura speciale, troverà applicazione la disciplina del concorso di persone nel reato, ex art. 110 c.p. In tale circostanza, pur realizzandosi la scissione tra autore del reato e titolare dell'impresa il vantaggio illecito richiesto dall'art. 5 non potrà che essere riferito all'imprenditore persona fisica". Nella dinamica concorrenziale, l'opzione esegetica, attualmente dominante, propensa a escludere le imprese individuali dalla disciplina posta dal d.lgs. n. 231/2001 potrebbe però agevolare il fenomeno del *dumping*, a detrimento degli operatori economici virtuosi.

⁽⁴⁹⁾ Tra gli altri D. PULITANÒ, *Responsabilità per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, agg., Milano, 2002, 954; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsa, Milano, 2002, 25.

⁽⁵⁰⁾ L'accezione nella quale viene qui inteso il predicato tecnologico è quella propria di T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962, trad. it. Einaudi, Torino, 1969; ult. ed. 1999; H. ALBERT, *Traktat über Kritische Vernunft*, Tübingen, 1969; E. ROBILANT, *La configurazione della teoria nella scienza giuridica*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1976. In senso epistemologico, la tecnologia si distingue dalla scienza, in quanto a quest'ultima compete la formulazione di teorie, mentre alla prima l'applicazione delle teorie nel contesto dell'operatività.

⁽⁵¹⁾ Per rendere esplicito l'implicito, ci si affida alle considerazioni di G. LICCI, *Figure di diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Giappichelli, Torino, 2008 (II ed. 2010, III ed. 2013), 51, il quale rammenta che il compito della dottrina è di costruire teorie, tramite tentativi e proposte di semplificazione della complessità, riduzione a unità della molteplicità, invenzione di figure e modelli atti a rappresentare la realtà.

⁽⁵²⁾ La nozione di formante, mutuata dalla fonetica, viene impiegata da Rodolfo Sacco dal 1979, in sostituzione del vocabolo 'componenti'. Per un più recente riferimento a tale figura si rinvia a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1997.

L'APPROCCIO NOMINALISTICO

Poco dopo l'introduzione della responsabilità degli enti, autorevoli esponenti della dottrina penalistica italiana⁽⁵³⁾, sulla scorta del *nomen juris* del decreto n. 231, assegnarono natura amministrativa al nuovo paradigma responsabilitario delle persone giuridiche.

A sostegno di questa opzione teorica si è addotto un concorrente ordine di ragioni.

La reiterata citazione nel testo normativo del predicato «amministrativa» o «amministrativi» riferito alla responsabilità (artt. 2, 3 e 71) o al tipo di illeciti (art. 1) e «amministrative» in relazione alle sanzioni (art. 9) costituisce chiaro sintomo dell'idea del legislatore in ordine al tipo di responsabilità addebitabile alle persone morali.

Sul piano della disciplina processuale, si annota che l'art. 34 del decreto 231 stabilisce, per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi, l'applicazione delle disposizioni ivi previste «... nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271». Da questa previsione si è inferita una sorta di gerarchia delle fonti di disciplina del processo all'ente, in forza della quale si applicherebbero in via principale le disposizioni processuali stabilite nel decreto 231, a testimonianza della natura amministrativa dell'illecito e, in subordine, quelle del codice di procedura penale e di quelle di attuazione.

Si rileva⁽⁵⁴⁾ inoltre che il dettato dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, ponendo a carico dell'ente la prova della propria non punibilità nei casi di reati commessi dagli apicali pone la responsabilità della persona giuridica in posizione eccentrica rispetto al cardano della disciplina penale, in cui l'onere della prova è normalmente ascrivibile al Pubblico Ministero. Proprio muovendo da questa considerazione di ordine processualistico, si riconosce nell'art. 6, d.lgs. 231/2001 il fondamento di una presunzione di colpevolezza a carico dell'ente. Questa considerazione autorizza a congetturare la natura amministrativa della responsabilità dell'ente, considerata l'inconciliabilità della predetta presunzione con il dettato dell'art. 27, comma 2, Cost., a mente del quale l'imputato non può considerarsi colpevole fino alla condanna definitiva.

Un ulteriore punto di frizione con il sistema penale, che sembra alimentare la tesi della natura amministrativa della responsabilità degli enti, si individua nella particolare disciplina della prescrizione quinquennale della

⁽⁵³⁾ G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Societas puniri potest*, Atti del Convegno, Firenze, 15-16 marzo 2002; F.G. PIZZETTI, *La natura della società nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 898 ss. Quest'accostamento nominalistico è contraddetto dalla natura sostanzialmente penale delle sanzioni comminate all'ente. L'insufficienza dell'approccio nominalistico alla demarcazione fra illeciti penali ed extrapenali è messa in luce da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, Torino, 2006, 79 ss.

⁽⁵⁴⁾ A. TIZZANO, *La persona giuridica tra responsabilità penale e responsabilità civile: la posizione della Cassazione (Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251)*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 1, 2012, 148.

sanzione amministrativa non coordinata con la disciplina dettata dall'art. 157 c.p. circa la prescrizione del reato (presupposto).

Queste considerazioni non sembrano tuttavia poter resistere a una serrata riflessione critica.

Muovendo dalla prima, di ordine stilistico, il reiterato impiego da parte del legislatore del 2001 dell'aggettivo amministrativa in forma singolare o plurale riferito alla responsabilità degli enti o agli illeciti a questi ascrivibili non sembra l'espressione di un *idée fixe* alla Berlioz, dovendo più verosimilmente attribuirsi a esigenze di coerenza terminologica con l'intitolato legale e di "cautela"⁽⁵⁵⁾.

Sul piano della disciplina processuale, poi, non sembra che l'asserita gerarchia delle fonti arrechi un contributo argomentativo decisivo a favore della natura amministrativa della responsabilità degli enti. Le regole dettate dal d.lgs. 231/2001 non vanno sovradimensionate nella loro portata teorica, dovendo piuttosto giustificarsi alla luce della peculiarità e della parziale autonomia del nuovo sistema punitivo. D'altro canto, l'esistenza di istituti processuali penali diversi rispetto a quelli contenuti nel codice di rito e applicabili agli infradiciottenni (d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) ovvero agli autori di reati c.d. minori e affidati alla competenza del giudice di pace (d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) non ha mai fatto dubitare della natura (penale) dei fatti giuridici commessi dai predetti soggetti attivi.

La considerazione che l'onere della prova a carico dell'ente, nel caso di reati commessi dagli apicali, indizi di natura amministrativa la responsabilità dell'entità collettiva per incompatibilità con il così detto principio di non colpevolezza stabilito dall'art. 27, comma 2, Cost. neppure persuade.

Benché l'oggetto della presente trattazione non consenta un'analisi, nemmeno condotta in estrema sintesi, del nucleo problematico consistente nella compatibilità dell'onere della prova a carico dell'imputato con il principio costituzionale sovra richiamato e, a monte, sulla stessa correttezza tecnica della locuzione "onere della prova" nel processo penale non ci può esimere da rilevare quanto segue.

Nel codice penale italiano sopravvivono disposizioni incriminatrici che pongono a carico dell'imputato la prova della propria non colpevolezza. Si pensi a esempio all'illecito contravvenzionale previsto nell'art. 707 c.p. (Possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli) in cui il legislatore, per particolari autori del fatto⁽⁵⁶⁾,

⁽⁵⁵⁾ Così esplicitamente si esprime la Relazione ministeriale al decreto (paragrafo 1.1) a mente della quale la scelta del legislatore delegato di riferire il predicato amministrativa alla responsabilità autonoma delle persone giuridiche è stata ispirata da ragioni di cautela. I compilatori, sebbene ritengano definitivamente sopravanzata la tesi secondo la quale il principio di colpevolezza desumibile secondo alcuni dall'articolo 27, comma 1, Costituzione non si può adattare alla persone giuridiche, attesa la natura normativa (*id est* di rimprovero, biasimo per il comportamento tenuto) e non psicologica di detto principio, hanno ritenuto comunque *choquant* attribuire esplicitamente ai c.d. enti morali la stessa capacità penale delle persone fisiche. Inoltre sia qui vi sufficiente rinviare alla nota n. 52 per il riferimento bibliografico circa i limiti euristici dell'accostamento nonimalistico nella demarcazione fra illecito penale e illecito amministrativo.

⁽⁵⁶⁾ Trattasi di reato a soggettività ristretta ad attuazione personale poiché l'autore del fatto colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte ovvero chiavi genuine o strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature deve essere stato

commina la pena dell'arresto se l'imputato "non giustifichi l'attuale destinazione" degli arnesi atti allo scasso di serrature.

In altri casi è l'imputato che si trova nelle condizioni migliori per offrire al giudice strumenti probatori idonei a persuaderlo della propria non colpevolezza⁽⁵⁷⁾. Si ponga mente all'esistenza di una figura di esclusione della punibilità. Da quest'ultimo angolo visuale l'eccezione alle tradizionali regole in tema di onere probatorio prevista nell'art. 6 d.lgs. 231/2001 sembra sottoscrivibile, poiché la prova dell'adozione e dell'efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi è capace di produrre il medesimo effetto di esclusione della punibilità, tipico delle cause di giustificazione.

Neppure la prospettata mancanza di coordinazione fra la disciplina della prescrizione della sanzione amministrativa contenuta nell'art. 22 e quella di cui all'art. 157 c.p. appare decisiva nella soluzione del quesito relativo alla natura giuridica della responsabilità degli enti. In particolare, il pericolo che la prescrizione della sanzione maturi prima di quella del reato presupposto rendendo defettibile l'applicazione della pena all'ente sembra scongiurato dal regime degli effetti dell'interruzione della prescrizione dettato dall'art. 22 d.lgs. 231/2001. Contrariamente a quanto statuito dall'art. 158 c.p. che, in linea generale, contiene l'incidenza temporale degli atti interruttivi a non più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, il comma 2 del predetto disposto si limita a prescrivere che "Per effetto dell'interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione" nulla disponendo in ordine a eventuali limiti di dilazione del c.d. tempo dell'oblio.

Altri elementi a sostegno della tesi amministrativa sono ricercati nelle disposizioni che regolano le vicende modificative dell'ente (art. 28 ss.). Segnatamente, queste disposizioni sono ispirate al principio di trasmissibilità della pena nei casi di trasformazione, fusione e scissione della società che collide con il dettato costituzionale di cui all'art. 27 comma 1, il quale, notoriamente, consacra il principio della personalità della responsabilità penale, e quindi della pena, esclusivamente per un fatto proprio.

Facendo astrazione dalla trasformazione, a seguito della quale evidentemente l'ente non muta la propria identità ma soltanto la propria veste organizzativa, l'opzione teorica che pretende di ricondurre nell'alveo dell'illecito amministrativo il fatto giuridico imputabile all'ente trae linfa argomentativa dagli effetti della fusione e della scissione le quali inciderebbero proprio sulla matrice identitaria dell'ente. Questi rilievi non hanno tuttavia incontrato il favore della più recente dottrina che si è misurata con il tema in questione. Si è infatti osservato⁽⁵⁸⁾ che anche la fusione e la scissione costituiscono, al pari della trasformazione, vicende

condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendacità, o ammonito o sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

⁽⁵⁷⁾ In questi casi, parte della giurisprudenza (ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1989, 350) ha degradato l'onere della prova dell'imputato a onere di allegazione.

⁽⁵⁸⁾ A. TIZZANO, *La persona giuridica tra responsabilità penale e responsabilità civile*, cit., 149.

modificative dell'ente che affondando le proprie ragioni nel terreno dell'opportunità economica non possono determinare una metamorfosi dell'ente originario. Un indice normativo a sostegno di questa obiezione viene indicato nell'art. 2504 bis, comma 1, c.c.⁽⁵⁹⁾. Questa disposizione, benché chiamata in gioco per corroborare la tesi della natura penale della responsabilità degli enti, non sembra tuttavia dotata di una forza persuasiva irresistibile nella soluzione del quesito afferente alla natura giuridica della responsabilità dell'ente.

Un punto di minor resistenza di questa congettura interpretativa consiste nell'evocare il predetto articolo del codice civile in luogo del più conferente e risalente art. 70⁽⁶⁰⁾ del d.lgs. 231/2001 deputato a regolare proprio i casi di pronunce nei confronti degli enti interessati da una delle citate vicende modificative. Inferire, seppur indiziariamente, da una disposizione susseguente ed eccentrica rispetto alla disciplina della responsabilità degli enti un'argomentazione a supporto di un'opzione esegetica sembra essere espressione di un'inversione metodologica mediante la quale si offre una lettura interpretativa dell'enunciato normativo alla luce di un concetto presupposto.

Piuttosto, le due disposizioni, ancorché presentino una connessione contenutistica, sono ispirate a principi ontologicamente diversi che soltanto sul piano contabile, nel caso di pene pecuniarie, possono essere assimilati.

Precisamente, l'art. 70 è ispirato da evidenti ragioni antielusive del giudicato penale⁽⁶¹⁾ funzionali alla indefettibilità applicativa della sanzione applicata all'ente.

L'art. 2504 bis c.c., profondamente mutato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, sembra invece trovare la propria *ratio* nella necessità di adeguarsi a quanto previsto in ambito comunitario in tema di vicende modificative degli enti.

Conferendo rilevanza all'art. 2504 bis c.c. si genererebbero poi problemi intertemporali di non trascurabile portata idonei a stridere anche con il principio di uguaglianza sostanziale. Occorre infatti tenere presente che la più autorevole interpretazione della giurisprudenza di legittimità⁽⁶²⁾ considera il 'nuovo' art. 2504 bis c.c.

⁽⁵⁹⁾ **Art. 2504 bis. Effetti della fusione.** La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

⁽⁶⁰⁾ **Art. 70. Sentenza in caso di vicende modificative dell'ente.** 1. Nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile, il giudice dà atto nel dispositivo che la sentenza è pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile.

2. La sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti indicati nel comma 1.

⁽⁶¹⁾ Si veda *amplius par.* 20 della relazione accompagnatoria al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

⁽⁶²⁾ Cass. civ., Sez. un., 17 settembre 2010, n. 19698, in *Corr. Giur.*, 2010, 12, 1565.

dotato di carattere innovativo e non meramente interpretativo rispetto alla pregressa formulazione normativa. Stando così le cose, esclusa l'efficacia retroattiva del nuovo dettato legale, rispetto alle fusioni per incorporazione perfezionate prima del gennaio 2004, data di entrata in vigore della novella legislativa, si deve riconoscere un'estinzione della società incorporata e non una mera modifica dell'organizzazione sociale.

Gli esiti di queste conclusioni, rispetto alle sentenze pronunciate prima del gennaio 2004 nei confronti di enti protagonisti di fusioni propriamente dette ovvero per incorporazione in altra entità societaria, determinerebbero un'inevitabile aporia nella logica che percorre la proposta interpretativa orientata a riconoscere nell'attuale art. 2504 bis c.c. un indice sintomatico della persistente identità dell'ente dopo il fenomeno modificativo *de quo*. Nei termini sintetici sopra riferiti, si è invero rammentato che le Sezioni unite civili della Cassazione hanno riconosciuto l'estinzione delle società fuse prima del 2004, di talché le sentenze di condanna *ex d.lgs. 231/2001* a carico degli enti risultanti dalla fusione non potrebbero che considerarsi pronunciate nei confronti di un soggetto collettivo succeduto nella posizione responsabilitaria di quello originario. Appare evidente che sul piano dogmatico questa soluzione paradossalmente conforterebbe la tesi (della natura amministrativa della responsabilità degli enti) che si intende confutare.

La muta condivisione del criterio nominalistico nell'individuazione della natura giuridica della responsabilità degli enti traspare anche in una recente pronuncia di merito del tribunale⁽⁶³⁾ che ha maturato più esperienza nell'applicazione del d.lgs. n. 231/2001. La risultante logico-giuridica di questa premessa esegetica appare esiziale sul piano garantistico. Il giudicante, infatti, esclusa la riconducibilità della responsabilità degli enti nella 'materia penalistica', individua dunque quale fondamento costituzionale del principio di legalità enunciato nell'art. 2 del d.lgs. n. 231/2001 l'art. 23 Cost.⁽⁶⁴⁾ e non l'art. 25, comma 2, Cost. Questo itinerario interpretativo era già stato percorso dalla Corte costituzionale (sent. n. 68 del 1984) negli anni Ottanta del secolo scorso per giungere ad affermare che la riserva di legge operante per gli illeciti amministrativi è quella extrastatuale di cui all'art. 23 Cost. e, quindi più ampia, di quella dell'art. 25, comma 2, Cost.

Gli esiti di questo approdo interpretativo di marca giudiziale se fossero accolti nel formante legale legittimerebbero, come avviene per gli illeciti amministrativi riconducibili al paradigma di cui alla legge n. 689 del 1981, fonti subprimarie a legiferare in materia di responsabilità delle persone collettive.

⁽⁶³⁾ Si allude al Tribunale di Milano e, in particolare, all'ordinanza 8 marzo 2012, uff. Gip, pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it. La prova di quanto rilevato nel testo si trova a pagina 6 della motivazione ove il giudicante afferma che «... detta responsabilità (degli enti, NdA) non è una responsabilità penale, ma amministrativa, e di "responsabilità amministrativa", non a caso, testualmente parla l'art. 2 d.lgs. n. 231 del 2001, laddove enuncia il pur cardinale "principio di legalità"».

⁽⁶⁴⁾ Come noto, l'articolo in questione stabilisce che "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

L'ACCOSTAMENTO SOSTANZIALISTICO

Il d.lgs. n. 231/2001 unitamente alla l. n. 40/2004 in materia di fecondazione medicalmente assistita sembrano aver fatto ricredere buona parte della dottrina penalistica italiana che aveva accolto con favore l'opzione depenalizzante contenuta l. n. 689/1981 ignorando il pericoloso affievolimento delle garanzie per il cittadino che essa porta seco. La improvvida scoperta dei rischi, sul piano garantistico, di cui sono foriere sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali ha spinto taluni a impiegare la locuzione "frode delle etichette"⁽⁶⁵⁾.

Le principali argomentazioni addotte dalla dottrina a sostegno della natura penalistica della responsabilità degli enti si snodano lungo il seguente itinerario.

In primis, il fatto storico che attiva la risposta sanzionatoria nei confronti dell'ente è il medesimo reato commesso dalla persona fisica, che presenta un rapporto, *de jure* o *de facto*, di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale ovvero di sottoposizione alla direzione e vigilanza dei predetti soggetti.

Secondariamente si osserva che l'architettura del d.lgs. n. 231/2001 e il procedimento diretto ad accertare la responsabilità dell'ente ivi previsto ricalcano rispettivamente lo schema della parte generale del codice penale e del codice di procedura penale.

Infine, si enfatizza l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica sancita dall'art. 8.

La deduzione interpretativa a sostegno dell'impostazione penalistica fondata sulla concentricità fra il fatto giuridico ascrivibile alla persona e all'ente trova ragione nel rilievo che, diversamente opinando, cioè asserendo la plurima qualificazione giuridica di un fatto storico, si assisterebbe a un'apparente divaricazione fattuale fra reato e illecito amministrativo⁽⁶⁶⁾.

Questa asserzione deve essere sottoposta a controllo critico. Precisamente, sembra provare troppo, giacché, per l'argomento del superamento, se accolta, costringerebbe a negare la plausibilità di istituti già presenti e operanti nel nostro ordinamento. Infatti, se si negasse la possibilità di poter qualificare giuridicamente più

⁽⁶⁵⁾ L'espressione, ormai logora nella letteratura giuridica, è stata impiegata da A. BELLI-G. ACQUAROLI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in www.europalex/kataweb.it per significare lo scollamento fra quanto declamatoriamente enunciato nell'intitolato legale e le regole operazionali nelle quali si articola la disciplina sanzionatoria tratteggiata nel d.lgs. n. 231/2001. Rispetto alla legge n. 40/2004 la circonlocuzione è stata utilizzata da S. CANESTRARI, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 4, 418

⁽⁶⁶⁾ La tesi, sostenuta da E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità fra pene pecuniarie e misure interdittive – Il reato del dirigente si duplica nell'illecito amministrativo*, in *Dir. giust.*, 2001, 23, 8, è ripresa da A. TIZZANO, *La persona giuridica fra responsabilità penale e responsabilità civile*, cit., 151.

volte un medesimo fatto storico, dovrebbe per coerenza essere messo in discussione l'istituto del concorso formale di reati che, come noto, regola, dal punto di vista sanzionatorio, il caso in cui l'agente, con una sola condotta, viola diverse disposizioni di legge o più volte la medesima legge penale. Pertanto una divaricazione (duplicazione) di qualificazione giuridica non postula ineludibilmente una pluralità di fatti storici.

Dall'osservazione dell'architettura che presenta il d.lgs. n. 231/2001 si desumono indicazioni circa la natura penalistica della responsabilità degli enti, in virtù del richiamo a istituti quali il delitto tentato (art. 56 c.p.) cui rinvia l'art. 26, nonché agli articoli 1, 2 e 3 che delineano regole di validità del sistema analoghe a quelle contenute negli art. 1, 2, 3, 7, 8, 9 e 10 c.p.

Sul piano processuale si enfatizza, poi, il rinvio contenuto nell'art. 34 d.lgs. n. 231 alle disposizioni del codice di procedura penale, nei limiti della compatibilità. Condivisibilmente, è stato annotato⁽⁶⁷⁾ che detto limite non pare tanto indicativo di un ordine gerarchico fra disposizioni processuali, quanto, piuttosto, un necessario adeguamento normativo di regole originariamente dettate per le persone fisiche.

Poco convincente appare invece la tematizzazione dell'argomento posto alla base della diagnosi penalistica della responsabilità dell'ente incentrato sull'art. 8 (Autonomia della responsabilità dell'ente). Detta disposizione, stabilisce che la responsabilità dell'ente per l'illecito dipendente da reato sussiste anche quando l'autore (persona fisica) non è stato identificato o non è imputabile e quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia.

Il profilo di disciplina considerato da alcuni autori gravido di conseguenze interpretative è costituito dalla previsione legale della sopravvivenza della responsabilità dell'ente anche in difetto dell'identificazione della persona fisica cui imputare il reato (art. 8).

⁽⁶⁷⁾ A. TIZZANO, *La persona giuridica tra responsabilità penale e responsabilità civile*, cit., 152, 153. Non altrettanto sottoscrivibile, invece, l'asserzione di poco successiva secondo la quale "È il titolo di responsabilità a richiedere l'adozione del modello processual-penalistico ..." che costituisce la risultante della seguente premessa "... il ricorso al complesso e costoso strumento del processo penale non avrebbe avuto senso al di fuori dei confini dell'illecito penale". Questa itinerario di ricerca della natura giuridica dell'illecito (e quindi della responsabilità) ascrivibile all'ente non persuade sul piano logico. Il processo civile, infatti, al pari di quello penale, è uno strumento costoso. Pertanto la misura degli importi sostenuti per l'accertamento delle responsabilità del prevenuto (processo penale) o per soddisfare la richiesta di tutela giurisdizionale dell'attore/ricorrente (processo civile) non può costituire criterio dirimente per la qualificare la natura giuridica della responsabilità degli enti. Si individua, poi, un altro punto di minor resistenza della congettura intesa ad assegnare funzione rivelatrice della natura giuridica della responsabilità dell'ente alle regole processuali dirette ad accertarla. Invero, non si rende ragione della notevole differenza, dal punto di vista delle garanzie dell'imputato, fra il controllo sulla richiesta di archiviazione da parte di un giudice terzo (Gip) prevista dagli artt. 408 e 409 c.p.p. riconosciuto alla persona fisica e l'art. 59 d.lgs. n. 231/2001 che assegna al P.M. il ruolo di *dominus* della sorte della notizia di illecito dipendente da reato imputabile all'ente. Pare non credibile invocare in questo caso la differenza ontica fra persona fisica e persona giuridica.

Il legislatore⁽⁶⁸⁾ ha reso ragione dell'opzione normativa limitandosi a osservare, sul piano sostanziale, che "essa chiarisce in modo inequivocabile come quello dell'ente sia un titolo autonomo di responsabilità" pur se "presuppone comunque la commissione di un reato". Sul piano processuale sostiene, poi, che "Se ... il meccanismo punitivo è stato congegnato in modo tale da rendere le vicende (processuali) delle persone fisiche e quelle dell'ente fra loro strettamente correlate ..., ciò non toglie che in talune limitate ipotesi, l'inscindibilità tra le due possa venir meno". Secondo i compilatori fra le ipotesi che determinano la separazione del processo a carico della persona giuridica, tradizionalmente riunito a quello della persona fisica, ricorre quella in cui "l'autore del reato non sia stato identificato ovvero non sia imputabile".

In prospettiva di coerenza sostanziale del sistema d'imputazione ideato nel decreto, parte della dottrina⁽⁶⁹⁾ ha persuasivamente censurato la disposizione ponendo in dubbio che l'art. 8 possa conciliarsi con il principio della responsabilità della persona giuridica come se fosse da reato della persona fisica. Infatti, sintetizzando l'opinione espressa da Ronco, il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, che ha carattere sostanziale, orienta il significato complessivo del sistema, imperniato però non sulla responsabilità dell'ente dipendente da un reato completo di tutti i suoi elementi, bensì sulla responsabilità autonoma del soggetto collettivo "per un fatto corrispondente soltanto al profilo esterno di un reato". La replica previamente formulata nella relazione ministeriale, che ha il sapore di una *excusatio non petita*, consiste nel diniego di incongruenze nel sistema (par. 4) poiché sia nel caso in cui l'autore del reato sia stato identificato sia nell'ipotesi negativa, ci si troverebbe "di fronte a un reato completo in tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato, sebbene il reo, per l'una o per l'altra ragione, non risulti punibile". Nondimeno, prosegue lo studioso, "non è giuridicamente esatto dire che ci si trovi "di fronte a un reato completo in tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi)", se il reo non è stato identificato. Difetta infatti la possibilità di accertare note costitutive essenziali del reato, quali i profili soggettivi del dolo o della colpa. "Postulare il dolo (o la colpa) di una persona che processualmente non esiste, perché non è stata identificata, significa erigere una finzione di dolo o di colpa in capo a un soggetto inesistente in funzione del giudizio oggettivo di responsabilità presunta dell'ente (nel caso dei soggetti apicali) ovvero del giudizio di colpa dell'ente (nel caso dei sottoposti)". La risultante di queste considerazioni è l'ingresso nel nostro ordinamento di una (altra) forma di responsabilità oggettiva occulta, funzionale alla massima espansione delle finalità di prevenzione generale, in spregio dell'art. 27, commi 1 e 3, Cost.⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Paragrafo 4 della Relazione ministeriale.

⁽⁶⁹⁾ M. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit. 5

⁽⁷⁰⁾ Oltre a M. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, 5, del quale si sono richiamati alcuni passaggi, rileva una contrarietà dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 al dettato costituzionale anche C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2002, 81 e M.A. PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi*, Cacucci editore, Bari, 2005, 136 ss.

Altri autori⁽⁷¹⁾, invece, mostrano di condividere il deplorable sacrificio del principio di personalità della responsabilità penale celebrato dal legislatore sull'altare della prevenzione generale e dell'effettività del sistema della responsabilità degli enti⁽⁷²⁾.

A questo punto non ci si può sottrarre all'analisi, sebbene condotta in termini sintetici, di alcune di queste posizioni fautrici della compatibilità dell'art. 8 con la schiera dei principi garantistici di matrice costituzionale che informano il nostro sistema penale.

Alcuni studiosi⁽⁷³⁾, sposando lo spirito pragmatico che traspare dalla relazione accompagnatoria, ritengono che la scelta del legislatore di punire la persona giuridica, anche quando la persona fisica autrice del reato presupposto non sia identificabile, sebbene ardua, sia anche una "delle più qualificanti della nuova disciplina". In queste ipotesi, soggiunge l'autrice dianzi citata, la mancata identificazione della persona fisica, non inibisce la possibilità di rilevare un atteggiamento colpevolmente orientato dell'ente. A conforto di questo asserto, replicando alle critiche di quell'impostazione sapienziale che vede nella mancata identificazione della persona fisica un ostacolo insormontabile all'accertamento di un reato completo di tutte le sue note costitutive, osserva che "anche in materia di concorso di persone cui ... autorevole dottrina assimila il rapporto tra ente e persona fisica, compare il termine reato (all'art. 110, e non solo, c.p.): eppure per opinione dominante si ritiene sufficiente la tipicità del fatto (eventualmente accompagnata dalla sua anti giuridicità oggettiva), senza spingersi ad esigere anche la colpevolezza".

⁽⁷¹⁾ C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1352; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, 57 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità del reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003, 17 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 138-143; più di recente A. TIZZANO, *La persona giuridica tra responsabilità penale e responsabilità civile*, cit., 156.

⁽⁷²⁾ La responsabilità di questa deriva anticostituzionale è candidamente ammessa nella relazione di accompagnamento ove, con riferimento alla *ratio* dell'art. 8, si legge "Se, infatti, il caso di autore non imputabile ha un sapore più teorico che pratico ... quella della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è, al contrario, un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa: anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti".

⁽⁷³⁾ La tesi sostenuta da O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 139, corredata da un'argomentazione comparatistica ignara delle irriducibili differenze costituzionali e culturali rispetto ai criteri di ascrizione della responsabilità che separano lo sfondo problematico nordamericano, ove nel corso del giudizio per l'accertamento della responsabilità di un società di revisione il giudice aveva istruito i giurati di raggiungere un verdetto anche in caso di disaccordo circa l'individuazione della persona fisica che aveva ordinato la realizzazione della condotta criminale, e quello italiano non pare sfuggire alla critica formulata da M. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 5, il quale sottolinea la *fictio* sottesa all'art. 8 che, introducendo un elemento estraneo al sistema d'imputazione all'ente dell'illecito amministrativo dipendente da reato disegnato dagli artt. 5 e 6, non presuppone un reato giuridicamente perfetto in tutti i suoi elementi accontentandosi di un "fatto corrispondente soltanto al profilo esterno di un reato".

Tale obiezione, tuttavia, non resiste a un'analisi critica diretta a smascherare le illusioni ottiche generate dall'inconsapevole recepimento di opzioni teoriche inficiate da premesse metascientifiche ormai divorate dalle tarme. L'accostamento dogmatico alla costruzione del reato secondo lo schema tripartito, nella sua prima formulazione, sposato dall'autrice, riposa infatti su un postulato epistemologico ormai dissolto. Storicamente la concezione del fatto tipico quale elemento del reato rigidamente estrinseco, materico e avalutativo costituisce il prodotto teoretico della scuola classica tedesca, i cui presupposti metateorici sono da ricercare nel neokantismo e nel neopositivismo, fermi assertori di una netta divisione fra il mondo dei fatti e il mondo delle valutazioni. La reazione della dottrina tedesca al superamento metascientifico del divisionismo appena cennato si deve alla scuola neoclassica la quale prende atto che un comportamento inteso nella sua intrinseca materialità⁽⁷⁴⁾ è privo di significato, potendo assumere un senso giuridico soltanto alla luce di qualificazioni soggettive. Pertanto, anche aderendo alla concezione tripartita del reato, nella sua più recente formulazione è necessario indagare i profili soggettivi del fatto al fine di poter predicare la presenza dell'illecito criminale. La coesistenzialità dei connotati soggettivi del fatto nell'economia dell'illecito penale, contrariamente da quanto sostenuto nella tesi qui confutata, non si disperdono nel contesto del concorso di persone nel reato, che costituisce una autonoma figura di manifestazione dell'offesa. Opinare altrimenti condurrebbe a conseguenze illogiche. Si pensi all'aiuto prestato dall'ignaro passante a un automobilista per far ripartire il veicolo, apparentemente *in panne*, ma in realtà oggetto di un tentativo di furto (art. 624 c.p.). In questo caso il passante, stando alla tesi a mente della quale per ritenere consumato un reato commesso in concorso da più persone è sufficiente la mera tipicità del fatto, potrebbe, anche in caso di mancata identificazione del ladro, essere chiamato a rispondere penalmente della propria condotta. Questa qualificazione, tuttavia, è interdetta propria dalle regole di attribuzione dell'offesa, vale a dire dell'evento (giuridico) dannoso o pericoloso, che, nel delitto doloso, esigono la partecipazione intenzionale del reo o dei correi alla produzione della lesione o messa in pericolo all'interesse giuridico protetto.

L'autrice adduce, poi, un'ulteriore argomentazione a supporto della tesi fondata sulla sufficienza della mera tipicità del fatto (reato presupposto) per poter impegnare la responsabilità dell'ente senza necessità di procedere all'identificazione della persona fisica autrice dell'illecito. Si annota infatti che anche nell'art. 57 c.p., secondo certa dottrina, il termine reato allude alla sola tipicità del fatto. Nondimeno, anche questo rilievo non sfugge alle censure di ordine epistemologico già formulate in precedenza.

Parimenti non è condivisibile il tentativo di immunizzare l'importanza del dato normativo per promuovere la conclusione esegetica più favorevole allo spirito operativo e di politica criminale sotteso all'opzione legislativa affermando che "la dizione testuale (art. 8, NdA) non sembra davvero un argomento interpretativo insormontabile, capace di bollare la scelta positiva come contraddittoria".

⁽⁷⁴⁾ Una sintesi efficace degli effetti connessi alla crisi della 'grande divisione' neokantiana nello sfondo problematico del diritto penale si può apprezzare in G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 80, 81. Giova richiamare un esempio formulato dall'autore: "la sottrazione della cosa altrui costituisce furto se effettuata a fine di profitto, mentre è lecita se posta in essere per consegnare la *res* all'ufficio oggetti smarriti o per altre finalità socialmente adeguate".

Si deve infatti rammentare che l'art. 12 delle Preleggi stabilisce che nell'applicazione della legge, vale a dire nell'interpretazione finalizzata all'applicazione della legge, "non si può attribuire altro significato che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse", e, in via integrativa, "dall'intenzione del legislatore".

Le indicazioni legali, dunque, non possono essere pretermesse nel procedimento ermeneutico giacché assolvono la funzione di strumento di controllo critico e di ineludibile presidio di legalità nella valutazione della fondatezza del significato anticipatamente attribuito alla legge in via congetturale. Marginalizzando i contenuti significativi delle disposizioni, soprattutto nei casi in cui si pongano quali elementi di incoerenza dell'articolato normativo, si concretizza il rischio di un'inversione metodologica in forza della quale le norme vengono fatte discendere da concetti (politico-ideologici-pratici), consapevolmente o inconsapevolmente, più graditi all'interprete.

Infine, non può celarsi la contraddittorietà nella quale cade la studiosa quando afferma che il problema suscitato dall'art. 8, più che essere teorico, rileva sul piano operativo, poiché se non si identifica la persona fisica che ha commesso il reato presupposto, allora non sarà possibile verificare l'appartenenza del medesimo alla categoria degli apici o dei sottoposti, con le conseguenti problematiche connesse all'applicazione delle regole contenute nell'art. 6 o 7 d.lgs. n. 231/2001. Questa preoccupazione praticistica non fa altro che attestare l'importanza anche nella dimensione operativa, oltre che teorica, dell'identificazione dell'autore dell'illecito presupposto, destituendo di fondamento l'impostazione propensa a ridimensionare la rilevanza della questione problematica.

In conclusione, l'interpretazione dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 alla luce del modello tripartito del reato, che spinge certa dottrina, tramite l'assimilazione del fenomeno della responsabilità degli enti a figure quali il concorso di persone nel reato ovvero la responsabilità da omesso controllo colposo per il fatto altrui (art. 57 c.p.), ad accontentarsi della mera tipicità per ritenere esistente un reato, costituisce un mero *escamotage* interpretativo per salvare l'apparente armonia sistematica del decreto medesimo.

Si deve rimarcare che lo schema dogmatico della tripartizione, imitato da numerosi e autorevoli esponenti della dottrina penalistica italiana e adattato forzosamente al nostro sistema penale è viziato da una premessa metateorica (il divisionismo kantiano), ormai annichilita dal pensiero contemporaneo, capace di produrre effetti distorsivi nello sfondo problematico italiano.

Tutt'altro che convincente pare altresì la lettura esegetica prospettata da altri esponenti dell'ala pragmatistica che promuovono l'art. 8 a manifesto dell'autonoma responsabilità dell'ente e al contempo a soluzione processuale per superare i problemi di identificazione delle persone fisiche autrici dell'illecito penale nell'ambito di organizzazioni complesse. Secondo tale accostamento, l'art. 8 "prefigura una responsabilità oggettiva, tipicamente penale, che manca oltre che del nesso psichico fra agente e condotta e/o evento altresì di quello materiale tra condotta posta in essere ed evento verificatosi in concreto". La riflessione,

benché sintetica, è afflitta da notevoli punti di minor resistenza che, in sintesi, vale la pena enucleare e sottoporre a controllo critico.

In primis, è bene svelare che la premessa implicita, di politica criminale, sottesa all'approccio ermeneutico dianzi richiamato, appare estranea alla nostra cultura penale, mostrandosi molto più vicina a quella inglese, in cui la responsabilità oggettiva è funzionale a esigenze pratiche di semplificazione processuale⁽⁷⁵⁾.

In secondo luogo, benché possa condividersi che "la responsabilità oggettiva è tipicamente penale"⁽⁷⁶⁾ si devono prendere le distanze dall'affermazione secondo la quale detto criterio di imputazione "manca del nesso psichico tra agente e condotta e/o evento" e "di quello (nesso, NdA) materiale tra condotta posta in essere ed evento verificatosi in concreto". L'inconciliabilità di questo asserto con i criteri di imputazione dell'offesa contenuti nel codice penale si apprezza entro una duplice prospettiva. In primo luogo, connettendo la responsabilità oggettiva al nesso psichico tra agente e condotta, si confonde la regola dettata dall'art. 42, comma 1, c.p., in forza della quale una condotta illecita è riferibile a colui che l'ha posta in essere solo se commessa con coscienza e volontà, vale a dire potenzialmente inibibile, con l'ascrizione soggettiva dell'offesa, indagine successiva che si innesta un comportamento che si è già accertato essere riferibile a una persona umana. Tacendo del riferimento, contenuto nella prima parte della proposizione, cumulativo o alternativo a un non meglio precisato evento, secondariamente si deve rilevare l'anacronisticità dell'identificazione del rapporto di causalità giuspenalistico con un nesso materiale (meccanicistico) tra condotta ed evento materiale, fondante l'attribuzione di quest'ultimo a titolo di responsabilità oggettiva.

Nei termini sintetici consentiti dalla presente trattazione, si deve innanzitutto precisare che il punto di riferimento dell'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva non è l'evento materiale bensì l'offesa, cioè l'evento dannoso a pericoloso. Il rispetto dei propositi di sintesi appena formulati inibisce una diffusa

⁽⁷⁵⁾ Questo profilo è messo in luce da G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 324, nell'ambito di una proficua analisi della dissociazione fra proposizione declamatorie e regole operazionali rispetto alla figura della responsabilità oggettiva.

⁽⁷⁶⁾ Il nostro formante legale dedica in particolare due disposizioni a questo titolo d'imputazione dell'offesa, rispettivamente l'art. 42, comma 2, c.p. con riferimento alla preterintenzione, che costituisce una forma di responsabilità oggettiva a struttura preterintenzionale, e l'art. 42, comma 3, c.p. ove si stabilisce che "La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione". In estrema sintesi, il tratto comune di entrambe le situazioni consiste nell'attribuzione al reo di un'offesa più grave di quella voluta. L'elemento differenziale fra le due figure consiste nell'atteggiamento psicologico del reo. Nella prima forma di responsabilità opera l'imputazione preterintenzionale dell'offesa che ricorre purché questa non sia stata voluta e prevista, nemmeno in via eventuale. Nella seconda forma di responsabilità l'offesa più grave è ascritta ancorché non sia stata prevista e voluta.

Nel formante dottrinale italiano, a causa delle fascinazioni subite dalla dottrina e dalla legislazione tedesca, ove il modello della responsabilità oggettiva è stato formalmente superato, tramite abrogazione esplicita, ancorché sopravviva nella prassi giudiziale, la responsabilità oggettiva è di solito avversata, giacché considerata incompatibile con il principio di colpevolezza che, in realtà, non è riconosciuto esplicitamente dalla Costituzione, ma desunto indirettamente dalla dottrina (filogermanica) dal principio di personalità sancito nell'art. 27, comma 1, Cost.

trattazione della disputa sapienziale⁽⁷⁷⁾ concernente il significato materiale ovvero tecnico-giuridico della figura di evento accolta nel codice penale italiano. Basti però considerare che l'evento materiale connota soltanto un esiguo gruppo di fattispecie incriminatrici⁽⁷⁸⁾, che in numerose figure di reato non viene preso in considerazione dal legislatore un accadimento del mondo naturale⁽⁷⁹⁾ e che in altre l'evento naturalistico non è portatore di un significato offensivo per l'interesse giuridico tutelato⁽⁸⁰⁾. Questi rilievi, unitamente a precise informazioni sistematiche⁽⁸¹⁾ legittimano la convinzione interpretativa che l'accezione di evento accolta nel codice Rocco sia quella tecnico-giuridica, ove l'evento del reato coincide con la lesione o la messa in pericolo dell'interesse giuridico tutelato.

Le predette considerazioni non esauriscono i propri effetti nell'ambito della disputa teorica sul contenuto della responsabilità oggettiva, ma assumono un preciso significato nel quadro problematico oggetto della presente disamina. Qualora, come prospettato dalla tesi dianzi richiamata, si considerasse l'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 un'ipotesi di responsabilità oggettiva prescindente sia dal "nesso psichico" sia da "quello materiale" si dovrebbe giungere a esiti interpretativi contrari a quelli divisati. Nel sottoinsieme disciplinare (penalistico) nel quale si pretende di collocare la responsabilità degli enti non trova infatti cittadinanza una forma di responsabilità oggettiva analoga a quella delineata dall'autore citato. In particolare, professare l'inessenzialità del nesso psichico e di quello causale tra un condotta trasgressiva (per colpa organizzativa) e l'illecito amministrativo dipendente da reato significa ascrivere all'ente gli esiti fortuiti, cioè imprevedibili per mancata individuazione della persona fisica autrice del reato, del proprio operato, in spregio al principio di personalità della responsabilità penale sancito nell'art. 27, comma 1, Cost.⁽⁸²⁾ In altri termini, tentando di

⁽⁷⁷⁾ La ricostruzione delle premesse teoriche sottese alla nozione di evento accolta nel codice Rocco e del dibattito nella dottrina italiana fra i sostenitori della concezione naturalistica e i fautori dell'opzione tecnico-giuridica è efficacemente tratteggiata da G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 199 ss.

⁽⁷⁸⁾ Si allude in particolare ad alcuni delitti contro la persona.

⁽⁷⁹⁾ Ad esempio l'art. 527 c.p., che incrimina chi compie atti osceni in luogo pubblico ovvero l'art. 594 c.p. che punisce chi offende l'onore o il decoro di una persona presente mediante affermazioni ingiuriose.

⁽⁸⁰⁾ Si pensi all'art. 642 c.p., ove l'evento naturalistico (il danneggiamento dei beni assicurati o la lesione della propria persona) non coincide con l'offesa (il pericolo di frode a una compagnia assicurativa).

⁽⁸¹⁾ Per un illuminante percorso sistematico in merito si rinvia a G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 199 ss., in particolare 203. In sintesi il reiterato impiego da parte del legislatore italiano, in disposizioni normative contigue, della perifrasi "evento dannoso o pericoloso" ("da cui dipende l'esistenza del reato", art. 40, comma 1, c.p., "da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto" art. 43, I alinea, c.p.,) che culmina nell'art. 49, comma 2 c.p. ove si legge che non sussiste il reato in difetto dell'"evento dannoso o pericoloso" testimoniano che il costante punto di riferimento delle fattispecie è la lesione o la messa in pericolo di un interesse giuridico protetto che solo in alcune fattispecie si manifesta attraverso una evento naturalistico.

⁽⁸²⁾ Per costante giurisprudenza costituzionale il principio di personalità dell'illecito penale è bidimensionale. Esso esprime infatti sia il divieto di responsabilità per fatto altrui, a onor del vero messo in crisi dal sistema di responsabilità figurato nel d.lgs. n. 231/2001, sia la dominabilità, da parte dell'autore del fatto (nella specie l'ente), dell'accadere esteriore in

articolare argomentazioni a favore della tesi interpretativa dichiarata si giungerebbe, mediante una perversa eterogenesi dei fini, a una conclusione esegetica difforme.

L'OPZIONE DECLAMATA DAL LEGISLATORE ITALIANO E UN'IPOTESI INTERPRETATIVA SOSTANZIALISTICA

Entro la cornice della problematica individuazione della natura giuridica della responsabilità degli enti si inquadra altresì il contributo teorico dei compilatori della Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001, che costituisce dichiaratamente un terzo modello responsabilitario. In particolare, in chiusura del paragrafo 1.1., riguardo al tipo di responsabilità formalmente amministrativa prescelta dal legislatore delegante si legge «In proposito, appare tuttavia necessario fare da subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da *reato* e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia⁽⁸³⁾». Il portato di questo incontro fra modi disciplina dell'illecito dell'ente dipendente da reato, denominato adiaforicamente "*tertium genus*" sembra in realtà mascherare una specie di "diritto penale amministrativo" destinato alle persone collettive. L'approdo cui giungono i redattori del decreto desta un duplice ordine di rilievi.

Sul piano teorico la conciliabilità con il sistema punitivo italiano del cosiddetto "diritto penale amministrativo" era già stata respinta più di un secolo fa da Arturo Rocco⁽⁸⁴⁾, il padre del codice penale italiano, che ebbe

quei connotati offensivi di valori tutelati dall'ordinamento. Appare irrefutabile che il sistema di imputazione previsto nell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 infrange il secondo divieto.

⁽⁸³⁾ La preoccupazione che traspare da questa perifrasi appare giustificata considerando la materiale afflittività delle sanzioni comminate agli enti, si è ritenuto, in ottica garantistica, di estendere al sottosistema punitivo configurato dal decreto legislativo n. 231/2001 le garanzie che punteggiano il diritto penale sostanziale e processuale.

In linea di principio, come annotato da G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 398, la circostanza che la responsabilità diretta dell'ente acceda comunque alla responsabilità umana per un fatto formalmente qualificabile come reato e che la sanzione sia applicata dal giudice penale connota «il sottosistema parapenale di illeciti amministrativi ascrivibili a persone morali [...] di maggiori garanzie rispetto al sottosistema punitivo di illeciti amministrativi di cui sono destinatari persone fisiche». Il penalista torinese, tuttavia, avverte il rischio che a un sistema responsabilitario ricalcato sullo schema civilistico della *culpa in vigilando*, quale quello profilato dal d.lgs. n. 231, sia sottesa una responsabilità per fatto altrui vietata dall'art. 27, comma 1°, Cost.

⁽⁸⁴⁾ A. Rocco, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 403 ss. ove teorizza compiutamente la dicotomia fra illeciti ripristinatori (destinati a frustrare l'utilità illecitamente ottenuta dal trasgressore) e illeciti penali (destinati a dissuadere dal comportamento deviante), poi ripresa nel più ampio studio sull'oggetto giuridico del reato, Id. *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alla teoria generale del reato e della pena*, Torino-Milano-Roma, 1913, 365 ss. Questa linea di pensiero è stata ulteriormente sviluppata da F. GRISPIGNI, *La sanzione*

modo di annotare che l'universo giuridico è connotato da una dicotomia relativa alla funzione assoluta dalla sanzione nell'ambito degli illeciti.

Il primo scopo cui può essere rivolta una misura sanzionatoria è quello di frustrare l'utilità che si prefigge colui che trasgredisce una prescrizione normativa. In questo caso le sanzioni quali nullità, decadenze, misure risarcitorie, in forma specifica o per equivalente appartengono al modello delle misure ripristinatorie.

Il secondo modello sanzionatorio, invece, mira a dissuadere il trasgressore dal porre in essere un comportamento deviante rispetto a quello suggerito dalla fattispecie. In questa situazione sono astrattamente minacciate misure afflittive, costituite da una limitazione, nella sfera giuridica personale o patrimoniale del trasgressore, a contenuto non omogeneo rispetto al precetto violato. Non residua dunque spazio per un terzo genere di illecito e, conseguentemente, di sanzione.

Dal punto di vista metateorico, invece, il tentativo di superare le difficoltà nel qualificare la natura della responsabilità delle persone giuridiche mediante la formulazione di nuovi generi responsabilitari, quale quello parapenale celatamente suggerito nella relazione ministeriale, costituisce un fenomeno noto. Il proliferare di correttivi e sottocategorie rappresentano, secondo il modello kuhniano, il sicuro indice di una crisi del paradigma formalistico nell'individuazione dell'illecito penale che prelude alla necessità di superare questo periodo pre-paradigmatico, mediante un "cambio degli strumenti", per innescare quella competizione fra teorie che culminerà con l'affermazione di un nuovo paradigma⁽⁸⁵⁾.

A questo punto è opportuno dar conto della congettura interpretativa che, nonostante le incoerenze intrasistemiche che affliggono il d.lgs. n. 231/2001, intende qualificare in senso penalistico la responsabilità dell'ente.

Dopo aver confutato l'attendibilità diacritica dell'approccio nominalistico, occorre volgersi alla ricerca di una nozione sostanziale di illecito penale⁽⁸⁶⁾. Entro questo quadro ricostruttivo, una delle fonti sovranazionali dalle quali si può ricavare una definizione sostanziale di diritto penale è costituita dalla giurisprudenza della Corte

criminale nel moderno diritto repressivo, in *Sc. Pos.*, 1920, 437 ss. e P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 secondo il quale sussiste una pena quando il singolo, cui è addebitabile la violazione di un precetto giuridico, subisce una limitazione dei propri diritti di contenuto eterogeneo rispetto al contenuto del precetto trasgredito. In una prospettiva garantistica, avente di mira l'applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost. agli illeciti amministrativi, la *summa divisio* fra illeciti ripristinatori e illeciti penali è stata condivisa da M. SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 3 ss. e da G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva, indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1004 ss.

⁽⁸⁵⁾ La presa d'atto delle crisi del sistema punitivo italiano e l'ineludibilità di una sua profonda riconsiderazione è avvertita da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., 83, in particolare nota 121.

⁽⁸⁶⁾ L'itinerario interpretativo che si delinea nel testo è debitore dell'indagine condotta da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., 45-94.

Europea dei Diritti dell'Uomo. Alcune disposizioni contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁽⁸⁷⁾ sanciscono talune fondamentali garanzie sostanzialistiche e processualistiche che postulano l'individuazione della materia penalistica. Accontentandosi, infatti, dell'approccio formalistico tramite la previsione di illeciti nominalisticamente amministrativi o disciplinari potrebbero essere comminate e applicate misure sanzionatorie sostanzialmente penali, vanificando i diritti dei cittadini degli Stati contraenti proclamati nella Convenzione.

La Corte⁽⁸⁸⁾, proprio per scongiurare il rischio di un'elusione delle garanzie stabilite nella Convenzione da parte del diritto nazionale ha riconosciuto natura penale a taluni illeciti disciplinari (presidiati da sanzioni limitative delle libertà personale ovvero di natura pecuniaria) e agli illeciti amministrativi, sanzionati da misure interdittive o pecuniarie. Appuntando l'attenzione sugli illeciti amministrativi, che più afferiscono al tema in rassegna, si deve rammentare l'*affaire* Oztürk che costituisce una pronuncia di estrema importanza per l'individuazione delle misure punitive materialmente penali nel panorama giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nella pronunce precedenti a quest'ultima erano stati impiegati tre criteri per valutare la natura penale (afflittiva) di una sanzione: il grado di severità, la natura dei beni tutelati, la dissuasione mediante misure afflittive. Dal caso Oztürk⁽⁸⁹⁾, la propensione dissuasiva della componente sanzionatoria, a contenuto afflittivo, di una proposizione normativa viene elevato a *principium individuationis* della sfera penale. Precisamente, sono enucleabili nella trama motiva della pronuncia dei giudici francesi due direttrici teoriche. In primo luogo, la Corte enuncia la cosiddetta 'tesi autonomista', secondo la quale per l'applicazione delle garanzie penalistiche riconosciute dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è indifferente la qualificazione, penale o extrapenale degli illeciti e delle sanzioni, formalmente adottata dal diritto interno degli Stati aderenti. In secondo luogo, la Corte ha considerato penali gli illeciti amministrativi presidiati da una sanzione punitiva, vale a dire ogni misura repressiva preordinata a dissuadere dall'inottemperanza a un messaggio normativo tramite il deterrente costituito dalla minaccia di una misura afflittiva pecuniaria oppure privativa della libertà.

⁽⁸⁷⁾ Precisamente, l'art. 5, dedicato alla 'libertà dagli arresti', l'art. 6, al principio del 'giusto processo' e l'art. 7 concernente alcuni profili del principio di legalità dei delitti e delle pene.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso CORTE EDU, Engel e altri c/Paesi Bassi, 8 giugno 1976; ID., Campbell e Fell, 24 giugno 1984; ID., Deweer c/Belgique, 27 febbraio 1980.

⁽⁸⁹⁾ La vicenda concerneva una infrazione al codice della strada sanzionata con un somma pecuniaria (*Geldbusse*) dalla legge tedesca sulle *Ordnungswidrigkeiten*. Nel giudizio instaurato a seguito dell'opposizione di Oztürk, il giudice aveva posto a carico dell'opponente le spese per l'assistenza di un interprete, disconoscendo al trasgressore un diritto garantito dall'art. 6 della Convenzione per le accuse di natura penale. La sentenza è stata annotata da C.E. PALIERO, '*Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.

Nel tentativo di delineare in modo ancor più netto i confini della 'materia penale' appare utile coniugare l'arresto giurisprudenziale dianzi richiamato con la nozione tecnica di afflittività consistente nell'eterogeneità fra parte condizionante e parte condizionata di una proposizione normativa.

Il portato di questa configurazione consente di affermare che è penale qualunque sanzione orientata a dissuadere dalla trasgressione a un precetto mediante il deterrente costituito da una misura punitiva, in quanto ablativa di denaro o beni, privativa di diritti o interdittiva dell'esercizio di diritti, nemmeno indirettamente ripristinatoria di una situazione uguale o equivalente a quella risultante dall'ottemperanza al messaggio normativo implicito nel periodo ipotetico legale.

Questo rilievo consente di esprimere una congettura interpretativa in ordine alla natura giuridica della responsabilità degli enti.

Le parte condizionante e quelle condizionata dell'illecito dipendente da reato ascrivibile all'ente sono rispettivamente un assetto organizzativo inadeguato a prevenire reati della specie di quello verificatosi e una gamma di sanzioni di natura pecuniaria, interdittiva, ablativa e infamante di contenuto eterogeneo rispetto alla natura della trasgressione.

A prescindere dunque dalla cornice processuale entro la quale è applicata la sanzione, ancorché nella specie il processo penale, con le garanzie di cui è intessuto, sia congruo e rivelatore della natura giuridica della sanzione comminata, o da quanto declamatoriamente indicato nell'intitolato legale, ricorrono nel d.lgs. n. 231/2001 i connotati della 'materia penale'⁽⁹⁰⁾.

Le ragioni che percorrono l'opzione interpretativa appena profilata sono state condivise da una pronuncia della giurisprudenza di merito⁽⁹¹⁾. In particolare, il Tribunale di Torino, *en passant*, nell'asseverare la natura (sostanzialmente) penale della responsabilità degli enti evoca il criterio sostanzialista promosso dalla Corte di Strasburgo quale *principium individuationis* della 'materia' penale. In quest'ottica, prosegue l'estensore,

⁽⁹⁰⁾ In sintesi, nel formante dottrinale si collocano fra i fautori della natura penalistica M. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2002, 86; L. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di dir. commerciale e di dir. pubbl. dell'economia*, XXV, *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, 861; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 7, 2001, 845. In questo senso è orientata anche parte della giurisprudenza di legittimità. Cass. pen., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Le Soc.*, 2006, 756, con nota di S. BARTOLOMUCCI, celebra la scomparsa del dogma *societas delinquere non potest*, statuendo che «ad onta del *nomen juris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale». *Contra*, Cass. pen., Sez. III, 4 giugno 2009, n. 28508, *inedita*, secondo la quale gli enti «non essendo suscettibili di responsabilità penale» possono soltanto subire gli effetti patrimoniali derivanti dall'attività illecita realizzata dagli organi che ne hanno la rappresentanza, purché si tratti di attività afferente alla gestione della persona giuridica.

⁽⁹¹⁾ Trib. Torino, 10 gennaio 2013, annotata da T. TRINCHERA, in <http://www.diritto penale contemporaneo.it>

possono essere considerati indicatori quali: la natura e lo scopo⁽⁹²⁾ delle sanzioni adottate, la afflittività, le modalità di esecuzione, nonché la qualificazione giuridica scelta dall'ordinamento interno e le modalità di comminazione della stessa.

In ottica processuale, poi, l'alternativa fra responsabilità amministrativa e responsabilità penale dà luogo a soluzioni diverse in relazione alla possibilità di ammettere la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, in virtù del combinato disposto di cui agli articoli 185 codice penale e 74 codice di procedura penale.

La portata pratica e sistematica del nodo interpretativo suggerirebbe di affrontare con un adeguato grado di approfondimento critico le diverse opinioni che si sono contese il campo. Tuttavia, detta attività ricognitiva e propositiva mancherebbe il fine di limitarsi, in questa sede, ad offrire al lettore un propedeutico quadro d'insieme sull'ontologia della responsabilità degli enti.

Appare comunque di indubbio interesse rammentare che la questione è stata al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinario che per un certo lasso di tempo ha visto prevalere presso le corti di merito l'indirizzo teso a negare l'ammissibilità della costituzione di parte civile avverso l'ente⁽⁹³⁾.

Sulla questione è stata chiamata altresì a pronunciarsi la Suprema Corte di Cassazione che, disconfermando l'itinerario percorso dalla giurisprudenza di merito, ha invece perorato la tesi negazionista. I giudici di legittimità osservano, infatti, che tanto l'inquadramento dell'illecito dell'ente come fatto produttivo di danni risarcibili *ex art. 2043 c.c.*, quanto il riconoscimento che quella dell'ente sia una responsabilità per fatto proprio, non paiono argomenti idonei a dimostrare che debba trovare spazio la disciplina sulla costituzione di parte civile, in mancanza di indicazioni normative espresse che autorizzino una tale conclusione. Sotto un primo profilo, la Corte annota che la gestione dell'azione civile nel processo penale, lungi dall'essere un principio generale dell'ordinamento, costituisce una sorta di deroga al principio della completa autonomia e

⁽⁹²⁾ Fra i diversi indicatori considerati nella sentenza lo scopo della sanzione sembra essere, in considerazione delle riflessioni articolate nel testo circa la finalità afflittiva e dissuasiva dell'apparato sanzionatorio regimentato nel d.lgs. n. 231/2001, quello decisivo nella diagnosi della natura penale dell'illecito e della sanzione imputabile all'ente.

⁽⁹³⁾ Dopo un'iniziale presa di posizione tendente a negare l'ammissibilità della costituzione di parte civile avverso l'ente (Trib. di Milano, ufficio Gip, ord. 9 marzo 2004; Trib. di Torino, ufficio Gip, ord. 13 novembre 2004), si è consolidata una corrente di segno opposto (Trib. di Milano, ufficio Gip, ord. 24 gennaio 2008; Trib. di Napoli, ufficio Gip, ord. 25 gennaio 2008; Trib. di Milano, ufficio Gip, ord. 5 febbraio 2008). Nondimeno, più di recente, presso il tribunale meneghino, si è assistito a un ennesimo *revirement* interpretativo che ha negato l'esperibilità dell'azione civile per il risarcimento del danno nel processo penale a carico dell'ente. La pronuncia riposa sull'assunto che la natura amministrativa dell'illecito commesso dagli enti non consenta di proporre l'azione *de qua* in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 185 c.p., finalizzata a far rifluire la trasgressione dell'ente nella nozione di reato sul mero rilievo che il presupposto dello stesso sia un fatto costituente oggettivamente reato posto in essere da una persona fisica (Trib. di Milano, ufficio Gip, ord. 18 aprile 2008, in *Resp. e Ris.*, 5, 2005, V, con note di D. PULITANÒ, che patrocinia la tesi favorevole all'azione civile contro gli enti e R. BRICCHETTI, che sostiene le ragioni dell'opzione contraria). Il fronte negazionista (da ultimo Trib. di Bari, ufficio Gip, ord. 6 luglio 2009) è stato incrinato da Trib. di Milano, ufficio Gip, ord. 9 luglio 2009, che ha ammesso la costituzione di parte civile avanzata contro l'ente dall'Avvocatura Distrettuale nell'interesse della Pubblica Amministrazione ritenuta soggetto danneggiato da fatti di corruzione.

separazione del giudizio civile da quello penale, affermato nel codice del 1988 (in particolare nell'art. 75 c.p.p., espressione del c.d. *favor separationis*), tanto che le disposizioni processuali che consentono la decisione nel giudizio penale dell'azione civile sono da considerare di natura quasi eccezionale. Stando così le cose, in assenza di ogni esplicito riferimento ad azioni diverse da quella penale e in mancanza di una qualunque base normativa al riguardo, si esclude che nel processo *ex d.lgs. 231/2001* possa avere ingresso un'azione civile nei confronti dell'ente. Inoltre, la scelta del legislatore di non prevedere la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti può trovare una ulteriore e ragionevole spiegazione sotto il profilo sostanziale, nel senso che non pare individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo, diverso da quello prodotto dal reato.

2. Il paradigma di illecito dell'ente collettivo

2.1 Il criterio ascrittivo c.d. oggettivo di responsabilità all'ente e i delitti colposi: problemi e prospettive

Negli articoli da 5 a 8 sono indicati i criteri di imputazione dell'illecito all'ente.

In primis, l'articolo 5 richiede che il reo, da un punto di vista oggettivo-funzionale, abbia un rapporto qualificato con l'ente. Costui potrà essere un soggetto che ricopre funzioni di vertice (c.d. apicale) ovvero un sottoposto alla direzione o alla vigilanza del primo (c.d. subalterno o sottoposto)⁽⁹⁴⁾.

Secondariamente, entrambe le figure, per impegnare sul terreno sanzionatorio l'ente, dovranno aver agito nel suo interesse o vantaggio⁽⁹⁵⁾. Per converso, qualora l'agente agisca nell'esclusivo interesse suo o di terzi l'ente non andrà incontro a risposta sanzionatoria⁽⁹⁶⁾.

Tra i molteplici dibattiti interpretativi suscitati dall'articolo 5, degno di nota è quello relativo al significato da attribuire alla locuzione interesse o vantaggio.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. lett. a e lett. b dell'art. 5 d.lgs. 231 del 2001.

⁽⁹⁵⁾ Come sostenuto da G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 95, sarà la pubblica accusa a dover provare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio per l'ente.

⁽⁹⁶⁾ Secondo F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Incontri di studio del CSM*, Roma, dicembre 2007, 7, la prova dell'interesse esclusivo dell'autore del reato o di un terzo, ritenuta, recependo il pensiero di C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, 52, causa oggettiva di esclusione della responsabilità, grava in capo alla difesa. In senso opposto milita l'opinione di A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, 161, secondo i quali, costituendo l'interesse o il vantaggio dell'ente note costitutive dell'illecito, sarà la magistratura a doverne fornire la prova, mentre la difesa potrà soltanto replicare agli esiti probatori della procura eventualmente pregiudizievoli per il proprio assistito, dimostrando la mancanza di interesse o di vantaggio per l'ente.

Secondo la Relazione (§ 3.2), i concetti di interesse e vantaggio sono espressione del rapporto di immedesimazione organica dell'ente nella persona fisica. Attraverso questo *escamotage* i compilatori hanno inteso impregnare di connotati soggettivi la responsabilità dell'ente al fine di ridurre la distanza fra il sistema delineato nel d.lgs. 231/2001 e il principio di personalità della responsabilità penale stabilito nell'art. 27, comma 1, Cost.

Nelle prime letture del dettato normativo si è assistito in dottrina a una eterogenea presa di posizioni circa il significato da attribuire al sintagma "... nel suo interesse o suo vantaggio ...".

Secondo una componente minoritaria, ancorché autorevole, i due segni linguistici costituiscono un'endiadi preordinata a esprimere un unico concetto⁽⁹⁷⁾ costituente il risultato potenziale o effettivo, di natura 'oggettiva', del fatto di reato. Sulla stessa linea interpretativa è collocabile anche chi⁽⁹⁸⁾ sostiene che l'interesse e il vantaggio devono considerarsi espressivi di una medesima tensione finalistica a beneficio del soggetto collettivo. Questo accostamento adduce a sostegno della propria tesi il capoverso dell'articolo 5, che sancisce la non punibilità dell'ente qualora la persona fisica agisca nell'esclusivo interesse suo o di terzi, senza accennare al requisito del vantaggio.

Nell'ambito di una interessante riflessione sui segni linguistici interesse e vantaggio⁽⁹⁹⁾ condotta in chiave soggettivistica, si iscrive un contributo a patrocinio della tesi propensa a considerarli espressione di un'endiadi⁽¹⁰⁰⁾, secondo cui l'eventuale vantaggio dell'ente accertato *ex post* dovrebbe essere privo di significato illecito, non assurgendo a nota costitutiva di fattispecie. Esso rappresenterebbe una sorta di *collateral benefit* che, peraltro, difficilmente sfuggirebbe alla confisca prevista nell'articolo 6, comma 5⁽¹⁰¹⁾. L'esito ablativo (anche nella forma per equivalente) cui è "... comunque ..." esposto il profitto tratto dall'ente, secondo il dettato appena richiamato, suscita nella sua radicalità alcune riserve critiche che non ci si può esimere dal delineare. In estrema sintesi, si deve, infatti, considerare che la confisca, intesa come *genus*

⁽⁹⁷⁾ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 425; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004;

⁽⁹⁸⁾ C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003, 22, ritiene che il comma 2 dell'art. 5 provochi un'asimmetria.

⁽⁹⁹⁾ M. RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche* (voce), cit., 7. L'Autore, per quanto propenso a contrastare la tendenza oggettivistica manifestata dal decreto, ammette che, *de iure condito*, la soluzione che assegna al vantaggio un significato autonomo, rilevante quindi anche nel caso in cui l'agente non agisca nell'interesse dell'ente, appare più fondata.

⁽¹⁰⁰⁾ *Contra* Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, cit.

⁽¹⁰¹⁾ In materia di confisca e per la nozione di profitto del reato nell'ambito del d.lgs. n. 231 del 2001, si segnala la recente pronuncia a Sezioni unite della Cassazione penale del 2 luglio 2008, n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4544, con nota di L. PISTORELLI.

sanzionatorio, fin dal 2009⁽¹⁰²⁾ è considerata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una sanzione penale⁽¹⁰³⁾ come tale avvolta dal fascio delle garanzie stabilite negli articoli 6 e 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Queste disposizioni, nella univoca lettura offerta dalla Corte di Strasburgo, inibiscono l'applicazione di una sanzione penale in difetto di una sentenza di condanna⁽¹⁰⁴⁾.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha tentato di dissolvere queste ansie di un *vulnus* garantistico mediante alcune riflessioni inerenti la funzione della confisca prevista nell'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231/2001, contenute nella sentenza a Sezioni unite n. 10561 del 5 marzo 2014. Segnatamente, si è affermato che "Si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad "obiettivo" vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante. La Corte continua precisando che "... in questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono

⁽¹⁰²⁾ I *leading case* in tema di confisca (urbanistica) sono CEDU, *Sud Fondi contro Italia*, 20 gennaio 2009 e CEDU, *Varvara contro Italia*, 29 ottobre 2013.

⁽¹⁰³⁾ I cui connotati sono stati delineati nel paragrafo precedente.

⁽¹⁰⁴⁾ Storicamente, l'applicazione di una sanzione in difetto di una sentenza di condanna era incomprensibile anche a una delle più spiccate sensibilità intellettuali del XVII secolo. "Io non capisco come si possa parlare di delitto, senza che sia stata pronunciata una sentenza, né come sia possibile, sempre senza una precedente sentenza, infliggere una pena". T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, 1681, trad. it. a cura di N. BOBBIO, in T. HOBBS, *Opere politiche*, Torino, 1959, 533. Il monito hobbesiano è stato recentemente disatteso dalle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (Cass. pen., Sez. un., u.p. 26 giugno 2015, informazione provvisoria) che, chiamate a risolvere l'annoso quesito concernente l'applicabilità della confisca ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 1 o 322 ter c.p. in caso di sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione (quindi in mancanza di una sentenza di condanna definitiva), hanno risposto affermativamente nel caso in cui ricorra una precedente pronuncia di condanna (non definitiva), seguendo così la linea interpretativa inaugurata da Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2013, n. 31957, in *Riv. Pen.*, 2014, 3, 329. Sembra ragionevole credere che questo arresto sia stato influenzato dalla pronuncia costituzionale n. 49 del 26 marzo 2015 a mente della quale i *dicta* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (che sul tema in rassegna esige una sentenza di condanna definitiva per l'applicazione della confisca, in specie urbanistica, attesa la sua irrefragabile natura di sanzione penale, pena la violazione degli artt. 6 e 7 della CEDU) possono essere disattesi dal giudice nazionale quando non sono espressione di "diritto consolidato" o di "sentenze pilota" in senso stretto.

Le conclusioni cui addivengono le Sezioni unite non sono accettabili, costituendo una patente effrazione del principio di legalità *sub specie* di riserva di legge. A meno di non voler per assurdo ammettere una polisemia del segno linguistico condanna, nel codice penale detto termine è impiegato nel senso di condanna definitiva (ad esempio art. 2 c.p.). Affermare che la condanna presupposta nell'art. 240, comma 2, n. 1 c.p. possa essere anche non definitiva significa rimediare al lassismo del legislatore esautorandolo dal potere, esclusivo, di legiferare in materia penale. Questo *modus agendi* oltre a contravvenire all'art. 25, comma 2, Cost., si pone altresì in spregio all'art. 27, comma, 2 Cost., che sancendo la presunzione di non colpevolezza sino alla pronuncia di condanna definitiva inibisce l'applicazione di sanzioni penali in mancanza di questa.

comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito": L'attitudine ripristinatoria conferita alla confisca prevista nell'art. 6, comma 5, sconta, tuttavia, dei limiti connessi all'ontologia del profitto. In senso più esplicito, nei casi in cui il profitto sia suscettibile di precisa determinazione economica, la privazione della somma a titolo di provento incolpevolmente locupletato potrà "...ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto ...". Laddove, di converso, il vantaggio per l'ente non sia traducibile in una somma di denaro la confisca troverà un insuperabile limite applicativo.

La lettura interpretativa intesa a considerare il vantaggio elemento significativo di un'endiadi è stata però respinta altri studiosi e dalla giurisprudenza⁽¹⁰⁵⁾ che, condividendo l'impostazione della Relazione governativa, hanno attribuito un diverso spettro semantico alle due figure. I più persuasivi rilievi a sostegno di questa tesi sono di ordine esegetico e sistematico.

Sotto il primo aspetto l'impiego della particella disgiuntiva "o" sembra attestare che il legislatore abbia inteso impiegare diversi significanti per esprimere diversi significati.

Dal punto di vista sistematico, l'art. 12 del d.lgs. n. 231/2001, che disciplina una caso di attenuazione della pena pecuniaria, rapporta il beneficio sanzionatorio alla circostanza che l'autore abbia agito nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente abbia ricavato un vantaggio minimo o nullo dalla commissione del fatto. Questa disposizione appare effettivamente coerente con l'asserto che i due termini di imputazione oggettiva siano dotati di una differente e autonoma rilevanza normativa.

Nel tentativo di profilare la linea di demarcazione fra le figure *de quibus*, in prima approssimazione la dottrina penalistica, recependo la laconica indicazione contenuta nella relazione di accompagnamento, ha affermato che, l'interesse, da valutare *ex ante*, connota in senso marcatamente soggettivo⁽¹⁰⁶⁾ la condotta illecita del reo, mentre "il vantaggio che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*".

⁽¹⁰⁵⁾ G.R. CROCE – C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, Gruppo 24 ore, Milano, 2010, 15; C. SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3, 2008, 55; A. ASTROLOGO, *Brevi note sull'interesse ed il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. Pen.*, 2003, 657. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, cit., e, più di recente Trib. Trani, Sez. Molfetta, 26 ottobre 2009, ove dopo aver chiarito che nell'economia dell'art. 5 i sostantivi interesse e vantaggio sono individuati in via alternativa si afferma che "... Ci può essere responsabilità (dell'ente) in presenza di un interesse, anche senza vantaggio".

⁽¹⁰⁶⁾ Nondimeno, F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Giappichelli, Torino, 2004, 40 ha obiettato che sostenendo la natura soggettiva dell'interesse si sconfinerebbe in una sorta di dolo specifico, con un inaccettabile arretramento della soglia di punibilità. Pertanto, l'interesse dovrebbe avere carattere oggettivo e sussistere quando la condotta dell'agente sia produttiva di un beneficio per l'ente.

In realtà, l'attendibilità di valutazioni condotte *ex ante* o *ex post* è stata notevolmente ridimensionata nella letteratura penalistica. Intesa nella sua accezione più stretta, che sembra essere quella prediletta dalla relazione ministeriale, la distinzione fra indagini *ex ante* ed *ex post*, riposa su un modello di pensiero neopositivistico, ormai dissolto, che postulava l'esistenza di un osservatore onnisciente in grado di disporre di uno specchio fedele della realtà.

Per converso, costituisce un'acquisizione del pensiero contemporaneo l'affermazione a tenore della quale ciascuna valutazione (*ex ante* o *ex post*), oltre a essere necessariamente selettiva di alcuni aspetti della realtà, presenta un carattere ineludibilmente congetturale.

Questo rilievo sembra trovare un preciso riscontro nel sistema positivo in quelle situazioni in cui si rilevi che l'ente ha tratto un vantaggio da un reato presupposto commesso da una persona fisica avente un rapporto qualificato con il primo.

L'art. 5, comma 2, utilizzando il vocabolario del legislatore, disciplina infatti un'ipotesi di "rottura dello schema di immedesimazione organica", qualora gli autori del fatto-reato abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. In siffatti ipotesi, la valutazione circa la responsabilità dell'ente non può essere fedele alla rigida divisione fra giudizio *ex ante* e giudizio *ex post*. Il riscontrato vantaggio della persona giuridica infatti non può determinare *eo ipso* l'addebito dell'illecito all'ente⁽¹⁰⁷⁾, dovendo la qualificazione giuridica della situazione storica contemplare ineludibilmente profili attinenti alla sfera psicologica delle persona fisica, congetturabili riportandosi idealmente al momento del fatto, secondo lo schema (di giudizio *ex ante*) della prognosi postuma.

Secondo una recente opinione dottrina⁽¹⁰⁸⁾, la commissione di un reato presupposto da parte di una persona fisica riconducibile a un ente sarà "interessata" sia nel caso in cui costituisca attuazione di una politica imprenditoriale spregiudicata che si irradia dal *top management*, sia nel caso in cui costituisca un'autonoma iniziativa dell'apicale preordinata comunque a raggiungere gli interessi dell'ente. Da un punto di vista di "partecipazione psicologica" dell'ente all'illecito dipendente da reato, il primo caso pare costituire espressione di un assetto organizzativo intenzionalmente diretto a determinare la commissione di reati da parte di apicali e sottoposti, mentre nel secondo caso il reato potrebbe non essere stato inibito per una colpa

⁽¹⁰⁷⁾ L'asserto sembra pacifico sia nella più recente dottrina G. AMATO, *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, 2, 27 che in giurisprudenza Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32627, in *Giur. it.*, 2008, 2, 467 con nota di A. BITONTI, ove con recapito ai casi in cui il reo agisca nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, l'eventuale vantaggio che deriverebbe all'ente dovrebbe considerarsi "fortuito" e come tale non attribuibile alla volontà dell'ente. La giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, in *Riv. pen.*, 2010, 7/8, 804) ha inoltre precisato che in siffatte ipotesi il giudice oltre a non essere tenuto a verificare se l'ente abbia tratto anche per caso un vantaggio non è tenuto a verificare la sussistenza o l'idoneità dei modelli di organizzazione e controllo.

⁽¹⁰⁸⁾ C. SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, cit., 57.

di organizzazione dell'ente. Nel secondo scenario prospettato, residua comunque la possibilità per l'ente di andare esente da responsabilità qualora provi che i presidi organizzativi adottati ed efficacemente attuati per impedire il reato verificatosi sono stati elusi fraudolentemente dalla persona fisica.

L'utilità, che può realizzarsi o meno, in cui si sostanzia l'interesse dell'ente perseguito dal reo può essere di ordine economico o di altra natura. L'utilità può consistere nel preservare il patrimonio sociale da un depauperamento dovuto al pagamento di sanzioni pecuniarie, eluse tramite la corruzione di soggetti pubblici preposti all'accertamento di illeciti fiscali ovvero, mediante le medesime modalità corruttive, nell'ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico. L'utilità può altresì derivare dalla prosecuzione dell'attività d'impresa inottemperando alle sanzione o misura cautelare a contenuto interdittivo applicata dall'Autorità Giudiziaria. La componente economica nell'interesse perseguito dall'ente può non essere prevalente. Si pensi ai casi di un accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) funzionale ad un'operazione di spionaggio industriale.

Per quanto riguarda la nozione di vantaggio, si suole individuarlo nel beneficio che effettivamente è derivato all'ente dalla commissione di un reato. Tradizionalmente si intende il vantaggio in un'accezione ampia che prescinde da risvolti immediatamente patrimoniali. Può ad esempio trattarsi di utilità strategiche, di un miglior posizionamento sul mercato o dell'acquisizione di una posizione di superiorità concorrenziale⁽¹⁰⁹⁾.

2.2 I modelli di organizzazione e gestione: soluzioni organizzative con attitudine esimente

Il legislatore, in prospettiva preventiva e premiale, ha disciplinato negli articoli 6 e 7 i così detti modelli di organizzazione, gestione e controllo che, come si vedrà in prosieguo, costituiscono soluzioni organizzative idonee a elidere o attenuare la responsabilità dell'ente nel caso in cui si verifichi un reato presupposto. Prima di esplorare l'ampio dibattito apertosi sulla natura giuridica di questa figura legale appare opportuno delineare la disciplina positiva ad essa dedicata.

Ai diversi soggetti presi in considerazione dalle lettere a) e b) dell'articolo 5 fanno da riscontro differenti criteri d'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente.

Per quanto riguarda l'ipotesi di delitto-presupposto commesso dal c.d. apicale, l'articolo 6 preclude la responsabilità dell'ente, qualora questo dimostri, con 'onere probatorio' a suo carico⁽¹¹⁰⁾, che:

⁽¹⁰⁹⁾ In questo senso F. TOSELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 73.

⁽¹¹⁰⁾ È di questo avviso Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, cit.

- a. l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b. il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c. le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d. non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo preposto.

Il comma 2 delinea il contenuto minimo dei modelli di organizzazione e gestione, prescrivendo che, al fine di ridurre il rischio reato, questi devono:

- a. individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b. prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c. individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati;
- d. prevedere obblighi d'informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e. introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il 3 comma attribuisce ai soggetti collettivi la facoltà di adottare i modelli sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

Il comma 4 concede agli enti di piccole dimensioni di affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento all'organo dirigente, che viene schizofrenicamente ad assumere il ruolo di controllore e controllato.

La legge di stabilità 2012 (l. 12 novembre 2011, n. 183) è intervenuta sull'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 inserendo il comma 4 bis. Significativamente la rubrica della disposizione che al comma 12 ha novellato la disciplina della responsabilità degli enti reca la dicitura "Riduzione degli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese". Coerentemente al predetto intitolato legale si statuisce che "Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)".

In relazione agli apici dell'ente, la mancata adozione dei modelli o la loro inidoneità a prevenire il reato intende esprimere una sorta di 'colpa di impresa'. La definizione pare benevola poiché, a ben vedere, pur escludendo i casi di impresa dedita esclusivamente ad attività illecite, ove i reati commessi dagli apicali

costituiscano precisa attuazione delle strategie aziendali, che antepongono il fine di profitto al rispetto della legalità, non si intravedono ostacoli ad impiegare la locuzione 'dolo di impresa'⁽¹¹¹⁾.

Nelle ipotesi in cui il delitto presupposto è stato commesso dai c.d. subalterni sussisterà invece una 'colpa di organizzazione' dell'ente quando il reato è stato agevolato dalla inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza da parte dei soggetti che ricoprono posizioni di vertice. Si tratta di una sorta di agevolazione colposa che esprime un *deficit* organizzativo dell'ente (art. 7, comma 1).

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 7, è esclusa, in ogni caso, l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁽¹¹²⁾.

La locuzione «in ogni caso», nella sua absolutezza, pare dispensare sempre e comunque l'ente dalla colpa di organizzazione profilata nell'articolo 5, comma 1, lettera b. La portata applicativa della formula deve, tuttavia, essere ridimensionata, giacché lo snodo determinante per l'imputazione o meno dell'illecito all'ente è l'ineliminabile momento applicativo del modello. È bene quindi non farsi trarre in inganno dall'*incipit* della disposizione, atteso che essa, poco dopo, con il richiedere l'efficace attuazione del modello, condiziona comunque l'esclusione della responsabilità dell'ente al ricorrere di una adeguata messa in opera del modello. Pertanto, un'ermeneusi che renda inequivoca la portata informativo-normativa dell'articolo 7, comma 2, dovrebbe concludere che non in ogni caso, ma soltanto al ricorrere dell'adozione e dell'efficace attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello effettivamente verificatosi l'ente non risponderà dell'illecito commesso.

Nei successivi commi si ritrovano ulteriori indicazioni generali⁽¹¹³⁾ circa i requisiti che devono connotare il modello (comma 3) e la sua efficace attuazione (comma 4).

Sciogliendo le riserve assunte in punto natura giuridica e contenuti dei modelli organizzativi, è opportuno osservare, in via preliminare, che la figura giuridica dei modelli di organizzazione e gestione, come esplicitato

⁽¹¹¹⁾ Codesto particolare 'atteggiamento psicologico' dell'ente è preso espressamente in considerazione dal *Criminal Code Act* australiano che del 1995, che distingue nella *mens rea* della persona giuridica una forma dolosa e una forma colposa.

⁽¹¹²⁾ Evoca in tal caso la figura della presunzione *iuris et de iure* di assenza di colpa dei vertici e quindi dell'ente che in loro si identifica G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 112.

⁽¹¹³⁾ Le indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 per la costituzione del modello non sembra possano essere tacciate di scarsa descrittività. Si deve infatti considerare il modello organizzativo rappresenta una figurazione giuridica astratta destinata ad attualizzarsi e concretizzarsi in modo difforme secondo la realtà aziendale in cui sarà adottata. Milita in questo senso l'enunciato di cui all'art. 7, comma 3, ove prescrive che «Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge ...»

nella Relazione (paragrafo 3.3), è stata mutuata dall'ordinamento statunitense, ove i contenuti minimi dei protocolli preventivi (*compliance programs*) sono stati prescritti per la prima volta nelle *Federal Sentencing Guidelines*.

Come spesso avviene quando si importano modelli giuridici elaborati in contesti ordinamentali e socioeconomici differenti da quelli del Paese di origine, ove assumono soltanto una valenza attenuante, possono emergere nel sistema del Paese imitatore problemi applicativi di non piccolo momento. Notoriamente, infatti, i connotati del sistema produttivo italiano sono quelli della microimpresa⁽¹¹⁴⁾ che costituisce una realtà aziendale avulsa dalla legge e dallo spirito del d.lgs. n. 231/2001.

Per quanto concerne la natura giuridica dei modelli di organizzazione e gestione, dalla lettura della relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001⁽¹¹⁵⁾ si inferisce che essi costituiscono delle figure di esclusione della punibilità dell'ente, vale a dire delle esimenti. In altri termini, rappresentano un limite negativo alla rilevanza giuridica nei confronti dell'ente del fatto di reato commesso dalla persona fisica.

A ben vedere, però, la collocazione dei modelli organizzativi nel contesto dell'imputazione soggettiva dell'illecito dipendente da reato all'ente, impronta in modo indelebile tale istituto. In altri termini, la *ratio* sottesa agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 riposa sulla necessità responsabilizzare, da un punto di vista soggettivo, l'ente per la mancata adozione di cautele organizzative doverose per la prevenzione dei reati presupposti. Secondo i compilatori, infatti, la mancata previsione dei *compliance programs* avrebbe diffuso nei destinatari del d.lgs. n. 231/2001 la percezione di non poter in alcun modo evitare le conseguenze sanzionatorie derivanti da un reato commesso nel loro interesse o vantaggio da una persona qualificata. In questa prospettiva, osserva il legislatore, le sanzioni comminate dal decreto sarebbero state considerate alla stregua di un costo necessario da iscrivere, ove sostenibile, a bilancio, non riuscendo a innescare un meccanismo di organizzazione aziendale virtuosa.

Nella loro componente prescrittiva i modelli costituiscono una raccolta di regole cautelari, frutto di autonormazione da parte dell'ente⁽¹¹⁶⁾, il cui rispetto da parte di apicali e sottoposti consente di prevenire la commissione dei reati indicati nel d.lgs. n. 231/2001. Il legislatore fornisce alcune indicazioni circa i

⁽¹¹⁴⁾ In un contributo all'analisi della tematica dei modelli organizzativi nelle piccole imprese di M. BORTOLOTTO-A. DE SANCTIS, *Modello organizzativo e piccole imprese: quale realtà?*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2, 2010, si dà conto di uno studio di Confcommercio 2006 ove si evidenziava che in Italia la percentuale di imprese con meno di 10 dipendenti è pari a circa il 95%.

⁽¹¹⁵⁾ Par. 3.3. ultimo periodo.

⁽¹¹⁶⁾ *Ad adiuvandum*, il legislatore prevede espressamente (art. 6, comma 3) che i modelli organizzativi possano essere adottati «... sulla base dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti ...». Questa opzione non deve essere fraintesa. L'equivoco nel quale potrebbe cadere l'ente ingenuo è credere di potersi dotare di un modello dotato di idoneità preventiva recependo pedissequamente i contenuti delle linee guida elaborate dall'ente rappresentativo di riferimento.

documenti destinati ad accogliere le predette regole organizzativo-cautelari. Precisamente, nel comma 2 dell'art. 6, enumerando le esigenze cui devono rispondere i modelli organizzativi, è inserita la previsione di specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (lett. b); di modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione di reati (lett. c); di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza, legalmente deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli (lett. d); e, infine di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare le trasgressioni alle regole dettate dal modello (lett. e).

I connotati di adeguatezza di questi documenti sono stati asseverati da una importante ordinanza del Tribunale di Milano⁽¹¹⁷⁾ ove si chiarisce che il "... il Modello deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti ...". Accanto al protocollo viene evocato dalla giurisprudenza un nuovo segno linguistico: la procedura. Occorre dunque interrogarsi circa l'identità o l'alterità nozionale fra i due sostantivi. Nel d.lgs. n. 231/2001 non si ritrova il termine procedura, ma ciò non appare dirimente giacché è noto che anche la giurisprudenza concorre, sostanzialmente, alla produzione del diritto nel nostro ordinamento. Nel processo di attribuzione di significato alla formula legale in questione può dunque essere utile considerare quanto statuito dal giudice meneghino. Nel valutare negativamente l'idoneità preventiva del Modello prodotto dall'ente, il magistrato annota che è necessario accertare le caratteristiche di adeguatezza dei protocolli che non possono considerarsi idonei a prevenire reati quando "... si limitano a enunciati privi di un qualsiasi contenuto concreto ed operativo". Precisamente si è censurata, sotto il profilo della estrema genericità e astrattezza della previsione, la semplicistica redazione di protocolli che si limitavano a una declamazione di principio consistente nello stabilire meccanismi di archiviazione delle scritture contabili preordinati a consentire una ricostruzione rapida e precisa della vita contabile societaria. Secondo il giudicante la mancata individuazione di concrete modalità, meccanismi e di tempi di archiviazione delle scritture, inibisce l'effettivo esercizio di poteri di controllo da parte dell'Organismo di Vigilanza, inficiando irrimediabilmente l'idoneità preventiva del modello.

Appare dunque evidente che la mera elaborazione di protocolli non basta per poter conferire al modello di organizzazione e gestione la patente di strumento organizzativo astrattamente idoneo a prevenire i reati presupposto.

In questa prospettiva, entro il quadro di un'utile analisi⁽¹¹⁸⁾ condotta secondo un accostamento semantico alla problematica concernente la definizione delle nozioni di protocollo e procedura, si scorge una relazione di genere e specie che connota i due documenti i quali paiono svolgere nell'economia del modello funzioni complementari nella costruzione di un sistema organizzativo idoneo a prevenire i reati presupposto.

⁽¹¹⁷⁾ Trib. Milano, uff. Gip., 20 settembre 2004, in *Il Merito*, 2005, 2, 70, nota come "Decalogo 231", atteso che contiene una sinossi dei requisiti di un modello ideale dotato di efficacia preventiva.

⁽¹¹⁸⁾ F. LEDDA, *I protocolli dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2011, 4, 209.

In particolare, condividendo nella sostanza quanto ipotizzato dall'analisi sovra richiamata, il protocollo sembra compendiare i criteri di matrice generale⁽¹¹⁹⁾ che informano le modalità esecutive di un processo aziendale, utili a standardizzare i segmenti di attività in cui si articola il processo aziendale esposto al rischio reato presupposto.

Le procedure, invece, sono più dettagliate e riguardano le modalità⁽¹²⁰⁾ in cui i predetti criteri si traducono nel contesto operativo, allo scopo di rendere standardizzati i singoli comportamenti che nella loro concatenazione rendono dinamico e controllabile un processo aziendale esposto al rischio reato.

Questa ricostruzione di significato è attestata altresì da una convincente lettura⁽¹²¹⁾ sistematica del dato legale che considera le procedure di cui al d.lgs. 231/2001 concettualmente contigue alla nozione impiegata nella normativa concernente i sistemi di gestione della Qualità disciplinati dalle disposizioni EN ISO 9000/1:2000. Si può quindi affermare che le procedure consistono nelle prescrizioni contenute in un documento dell'ente preordinato a disciplinare le modalità di esecuzione dei processi aziendali attraverso i quali si svolge l'impresa.

Le lettere b), c) d) ed e) dell'art. 6, comma 2, confermano che i protocolli e le procedure costituiscono la chiave di volta del modello di organizzazione e gestione. Infatti, i protocolli e le procedure, oltre a consentire di programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in modo da prevenire i reati presupposto che potrebbero essere commessi nel perseguimento degli scopi societari (lett. a), possono rappresentare un presidio organizzativo di legalità nella gestione delle risorse finanziarie (lett. b). Tradizionalmente, infatti, proprio i processi aziendali attraversati da flussi di denaro sono i più esposti al rischio di commissione di illeciti penali.

⁽¹¹⁹⁾ La locuzione "criteri di matrice generale" non deve generare fraintendimenti con i principi di cui è intessuto il Codice Etico, documento presente in un numero crescente di realtà aziendali medio-grandi. Il Codice Etico, infatti, benché non espressamente preso in considerazione dal legislatore, costituisce il compendio dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti degli *stakeholders*, una sorta di carta di valori etici che devono informare l'attività di impresa. Nei casi in cui i predetti valori siano introiettati da apicali e sottoposti sussiste il 'brodo di coltura etico' in cui possono attecchire e operare regole organizzative idonee a prevenire reati presupposto. Nell'ambito del processo amministrativo contabile costituisce esempio di protocollo la necessità di registrare e archiviare le fatture in entrata e in uscita con diligenza e tempestivamente; la necessità di presentare a scadenze temporali definite un preciso andamento dei ricavi e dei costi; la necessità di procedere a controlli preventivi e, periodicamente, a riconciliazioni contabili fra documenti giustificativi di spesa di collaboratori e rimborsi riconosciuti per missioni.

⁽¹²⁰⁾ Riprendendo le fila dell'esempio illustrato nella nota precedente, la registrazione e l'archiviazione delle fatture dovrà essere di tipo elettronico e riferibile a uno o più operatori ben determinati; la presentazione dei flussi contabili dovrà essere redatta su formato elettronico e/o cartaceo da parte di un soggetto preindividuato e destinata a un superiore gerarchico che potrà essere gravato del dovere di aggiornare, in caso di anomalie, il consiglio di amministrazione; la presentazione dei documenti giustificativi di spesa dovrà avvenire entro un certo periodo di tempo della missione, del controllo effettuato dovrà essere conservata traccia documentale, dovrà essere comunicato periodicamente al superiore gerarchico un prospetto di congruità fra spese e rimborsi.

⁽¹²¹⁾ M. PANSARELLA, *Le procedure organizzative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2006.

Il legislatore nella consapevolezza che l'assolvimento dell'onere di autonormazione dell'ente non può *eo ipso* dar luogo all'operatività di un sistema organizzativo virtuoso, postula alle lettere d) ed e) dell'art. 6 comma 2, due connotati coessenziali all'effettiva idoneità preventiva dell'ente. Trattasi di un complesso di obblighi di segnalazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza, di cui si dirà nell'immediato prosieguo, e di un sistema disciplinare diretto a reprimere le violazioni alle misure organizzative indicate nel modello.

Questi ultimi due requisiti, che sono intimamente connessi, assumono un peso capitale nella valutazione di astratta idoneità preventiva del Modello. Invero, la previsione di un complesso di obblighi di segnalazione⁽¹²²⁾ in capo agli attori dei processi aziendali a rischio reato, aventi anche a oggetto violazioni delle procedure operative o comportamenti contrari ai principi sanciti nei protocolli e nel codice etico, cui seguano sanzioni proporzionate ma dissuasive scongiura il rischio di costituzione di sistemi occulti d'esercizio dell'impresa che presentano una pronunciata propensionalità al rischio reato.

Riguardo l'Organismo di Vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lett. b), cui è affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, considerando i limiti intrinseci alla trattazione che si viene conducendo ci si limiterà a cennare ai profili salienti di tale figura giuridica che costituisce la potenziale pietra angolare di un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati presupposto cui è esposto l'ente.

La lettura del dettato normativo erudisce l'interprete circa i compiti che l'Organismo di Vigilanza è chiamato ad assolvere. Precisamente essi consistono nel vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello nonché nel curare l'aggiornamento del medesimo. Trattasi metaforicamente di un diaframma che si pone fra i processi aziendali esposti al rischio reato e i vertici aziendali attraverso il quale si saggia l'effettiva operatività, il rispetto e l'attualità delle soluzioni organizzative preventive adottate dall'organo dirigente. Resta inteso che l'esercizio di queste prerogative postula alcune condizioni di operatività quali l'autonomia e

⁽¹²²⁾ La previsione dell'art. 6, comma 2, lett. d) suggerisce l'istituzione di un apposito protocollo che contenga le procedure dirette a formalizzare il processo di informativa nei confronti dell'Organismo di Vigilanza. Entro questo contesto si colloca il dibattito sulla compatibilità dei cd. *whistleblowing schemes* con il nostro ordinamento. In estrema sintesi la locuzione intende esprimere un'azione informativo-comunicativa nei confronti di un'autorità o un soggetto terzo, avente a oggetto un comportamento illegale (*lato sensu*) o contrastante con i principi etici che dovrebbero informare i congegni realizzati del contesto operativo di riferimento. La figura del *whistleblower*, letteralmente il soffiatore di fischietto, ha assunto dignità normativa nell'ordinamento statunitense dal gennaio 2002 nell'ambito del *Sarbanes-Oxley Act*. In Italia, una prima traduzione normativa delle procedure di emersione degli illeciti e di tutela del segnalante, avente la qualifica di pubblico dipendente, si deve all'art. 54 bis della l. 6 novembre 2012, n. 190 c.d. legge anticorruzione. Per un'approfondita analisi del ruolo dei *whistleblowing schemes* nell'ordinamento italiano, prima delle recente previsione normativa, si rinvia a M. BASCELLI, *Possibile ruolo dei whistleblowing schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 1, 125 ss.

l'indipendenza dell'organismo dal vertice aziendale, la professionalità e l'onorabilità dei componenti e la continuità di azione del medesimo⁽¹²³⁾.

L'autonomia e l'indipendenza dell'organismo, ad esempio, si riverberano sia sulla natura delle attività che deve svolgere sia sulle figure eleggibili nel medesimo. In estrema sintesi si deve chiarire che l'organismo di vigilanza vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, oltre che di aggiornamento, essendogli precluso il potere gestorio⁽¹²⁴⁾ e disciplinare. Per esercitare i propri poteri istituzionali l'organismo dovrà quindi essere posto nella condizione di agire a prescindere da autorizzazioni del *top management*, dovendo contemporaneamente essere accreditato nella realtà aziendale dall'organo dirigente quale soggetto in grado di poter effettuare controlli pervasivi, anche a sorpresa, su ciascun processo sensibile al rischio reato. Resta inteso che l'ineludibile termine medio che consentirà di emendare eventuali disfunzioni del modello o reprimere violazioni del medesimo potrà essere soltanto l'organo dirigente che agirà su segnalazione dell'organismo di controllo, il quale, sotto questo aspetto, ha un compito propositivo.

L'efficacia delle attività di sorveglianza e aggiornamento del modello sono altresì profondamente influenzate dalle competenze dei componenti l'organismo e dall'assenza di conflitti d'interessi (attuali o potenziali) con i processi sottoposti a controllo.

Il legislatore, tramite la precisazione che l'organismo di vigilanza deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (art. 6, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 231/2001) si è limitato a fornire soltanto indirettamente e in via di principio alcune indicazioni in ordine alla composizione di detto organismo. Questa opzione normativa, nel suo primo apparire, potrebbe essere considerata affetta da una censurabile genericità. Per converso, si può ritenere che essa si ponga in piena sintonia con la necessità di costruzione 'sartoriale' del modello organizzativo, secondo le caratteristiche dimensionali, produttive e organizzative dell'ente⁽¹²⁵⁾, cui, ovviamente, non può sottrarsi l'Organismo di Vigilanza.

In ordine alla composizione dell'organismo di vigilanza, la formula legale ha conseguentemente generato un florilegio di soluzioni interpretative di matrice dottrinale, giudiziale e della prassi che, in estrema sintesi, candidano al ruolo di organismo di vigilanza il collegio sindacale⁽¹²⁶⁾ ovvero un organismo *ad hoc*⁽¹²⁷⁾ oppure

⁽¹²³⁾ Una recente e approfondita disamina dei requisiti di cui deve essere dotato l'Organismo di Vigilanza, arricchita anche da un puntuale corredo giurisprudenziale, si deve a N. ABRIANI-F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2012, 191.

⁽¹²⁴⁾ In senso analogo C. PIERGALLINI, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 168

⁽¹²⁵⁾ Appare, infatti, evidente che l'Organismo di Vigilanza di una società industriale dovrà verosimilmente annoverare professionalità diverse e ulteriori rispetto a quello di una società di consulenza.

⁽¹²⁶⁾ R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Soc.*, 11, 2001, 1302.

un comitato di controllo interno al consiglio di sorveglianza⁽¹²⁸⁾ o, infine, l'*internal auditing* ⁽¹²⁹⁾. In questo ampio panorama interpretativo si staglia altresì la presa di posizione del legislatore che mediante la già evocata legge 12 novembre 2011, n. 183 (cd. legge di stabilità 2012) ha legalmente asseverato⁽¹³⁰⁾ la facoltà per le società di capitali di assegnare le funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo della gestione. La *ratio* della novella legislativa emerge dall'intitolato legale del art. 14 significativamente rubricato "Riduzione degli oneri amministrativi per imprese e i cittadini". In altre parole, si è offerta agli enti la facoltà di risparmiare, sia economicamente sia da un punto di vista organizzativo, ricercando al proprio interno l'organo cui affidare le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. Considerando il tema oggetto del presente contributo non è il caso di soffermarsi troppo sulle implicazioni per le imprese di questa scelta normativa. Nondimeno, si deve annotare che la disposizione di recente introduzione non muta sostanzialmente il quadro interpretativo affrescato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di requisiti di adeguatezza dell'Organismo di Vigilanza. Pertanto, l'ente, ancorché si risolva nell'individuare l'Organismo di Vigilanza in uno dei predetti consessi, dovrà preoccuparsi di garantire che i medesimi siano in possesso dei requisiti di autonomia, indipendenza e onorabilità e possiedano i mezzi e le competenze per poter spiegare con professionalità e secondo un criterio di continuità d'azione i propri compiti⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁷⁾ P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, 164. In questo senso pare orientato anche Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 93.

⁽¹²⁸⁾ In questo senso A. PRESUTTI-A. BERNASCONI-C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, 136. Il nuovo art. 7 del Codice di autodisciplina delle società quotate ha ridenominato "Comitato controllo e rischi" il comitato citato nel testo.

⁽¹²⁹⁾ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, in <http://www.confindustria.it>, 29 ss.; ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, in <http://www.abi.it>, 25 ss.; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le Soc.*, 2, 2002, 149, hanno delle riserve sulla praticabilità di siffatta soluzione.

⁽¹³⁰⁾ La scelta del legislatore non ha incontrato il favore dei primi commentatori, tra cui M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 1, 123, che rileva la possibile mancanza nel collegio sindacale delle competenze professionali necessarie per un adeguato controllo, nonché della continuità d'azione. Altre annotazioni critiche potrebbero avanzarsi, anche dopo la dispensa dai compiti di controllo contabile per effetto del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, rispetto al controllo sulla prevenzione dei reati societari, rispetto ai quali i sindaci, potendo concorrervi omissivamente, vivrebbero l'inconciliabile condizione di controllori e controllati. La compatibilità fra funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza e composizione e prerogative del collegio sindacale è stata altresì criticata da M. MORETTI-P. SILVESTRI, *Titolarità della funzione dell'organismo di vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 2, 63 ss.

⁽¹³¹⁾ Considerazioni analoghe sono svolte da N. ABRIANI-F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, 215-216.

Sul piano operativo delle imprese con un'articolazione organizzativa più complessa, nell'ottica di compendiare l'indipendenza dell'organismo di vigilanza e la necessaria conoscenza del contesto aziendale di riferimento, è prevalsa una soluzione mista, anche nelle professionalità, nella composizione dell'organismo di vigilanza.

Si deve altresì considerare che i modelli organizzativi possono assumere una diversa rilevanza giuridica oltre a quella connessa alla loro adozione *ante delictum*. Infatti, in ottica special-preventiva, se adottati *post delictum*, ricorrendo le condizioni di cui agli artt. 12 e 17, d.lgs. n. 231/2001, determinano un'attenuazione della sanzione pecuniaria e inibiscono l'applicazione della sanzione interdittiva.

Una delle questioni problematiche emerse immediatamente dopo l'approvazione del d.lgs. n. 231/2001, riproposta pleonasticamente a seguito del c.d. modello della sicurezza previsto nell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, concerneva la natura obbligatoria o facoltativa dell'adozione del modello di organizzazione e gestione.

La schiera di coloro che ritiene obbligatoria l'adozione del modello organizzativo, ancorché annoveri autorevoli studiosi, è minoritaria. Questa corrente di pensiero, più in particolare, si riparte fra chi⁽¹³²⁾ sostiene che sia obbligatoria soltanto l'adozione e l'attuazione dei modelli diretti a prevenire i reati commessi dai sottoposti e chi⁽¹³³⁾, invece, afferma l'obbligatorietà dei modelli sia per gli apici sia per i subalterni.

Sotto un aspetto di teoria generale del diritto la forza persuasiva della teoria propensa a considerare obbligatoria la presenza del modello si affievolisce innanzi alla considerazione che un obbligo non può considerarsi giuridicamente cogente a meno che non sia presidiato da una sanzione, di cui non vi è traccia nel decreto n. 231 né altrove.

Restando nel formante dottrinale, l'opinione prevalente⁽¹³⁴⁾ ritiene meramente facoltativa l'adozione del modello. Muovendo dal rilievo che la produzione del diritto costituisce la risultante della competizione fra i formanti che compongono l'ordinamento giuridico italiano, non può considerarsi esaustiva l'analisi della

⁽¹³²⁾ D. PULITANÒ, *La responsabilità amministrativa*, cit., 431. prendendo spunto dalla sentenza del Trib. di Milano n. 1774/2008, che ha riconosciuto la responsabilità civile dell'amministratore delegato e presidente del cda a causa dell'omessa attivazione del modello di organizzazione e gestione, ha individuato un *trend* applicativo orientato a rendere sostanzialmente obbligatoria l'adozione dei modelli.

⁽¹³³⁾ A. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2004, 291.

⁽¹³⁴⁾ Tra gli altri: N. D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro: responsabilità penali e nuovo testo unico*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2008, 559; A. LANZI, S. PUTINATO, *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2007, 252; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1146; R. RORDORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2002, 15.

questione afferente alla situazione soggettiva dell'ente circa l'adozione del modello organizzativo limitata soltanto alla giurisprudenza sapienziale.

Da parte delle fonti sub primarie, infatti, siano esse normative o regolamentari, si ricavano indicazioni orientate a convertire la facoltà di adozione del modello di organizzativo a vero e proprio onere, che viene spesso frainteso quale vero e proprio obbligo di adozione del modello organizzativo. Costituisce ad esempio espressione di un onere di attivazione del modello il regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana s.p.a.⁽¹³⁵⁾, approvato dalla Consob il 27 febbraio 2007, che annovera, all'art. 2.2.3, fra i requisiti alle società quotate per ottenere la qualifica S.T.A.R. (segmento titoli con alti requisiti) l'aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6, d.lgs. n. 231/2001. Il Regolamento Mercati di Borsa Italiana S.p.a. è stato ulteriormente chiarito da Borsa Italiana S.p.a. con delle Istruzioni operative in tema di modelli, in forza delle quali l'accesso al segmento S.T.A.R. postula una "dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della società attestante l'avvenuta adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo previsto dall'art. 6, d.lgs. 231/2001, con la descrizione della composizione dell'Organismo di Vigilanza o indicazione dell'organo equivalente". Inoltre, le medesime Istruzioni postulano alle società di comunicare entro il 10 settembre di ogni anno a Borsa Italiana S.p.a. "l'attestazione sull'adeguatezza e osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001 da parte dell'Organismo di Vigilanza e dell'organo preposto a tale funzione". Queste prescrizioni, sembrano non potersi considerare altro che dichiarazioni di intenti, in considerazione del fatto che i soggetti chiamati a deliberare la conformità dell'assetto organizzativo aziendale al d.lgs. n. 231/2001 sono gli enti stessi interessati all'autocertificazione per non perdere l'accesso al Segmento Titoli con Alti Requisiti, presentano l'attitudine a convertire la facoltà di adozione del modello organizzativo in onere.

Parimenti, alcune Regioni hanno promulgato provvedimenti legislativi che hanno condizionato il rinnovo o la stipula di convenzioni regionali⁽¹³⁶⁾, la prestazione di determinati servizi⁽¹³⁷⁾ ovvero il riconoscimento di incentivi finanziari⁽¹³⁸⁾ all'adozione e all'efficace attuazione di modelli organizzativi.

⁽¹³⁵⁾ Si veda AA.VV., *Modello organizzativo "231": da facoltà a obbligo?*, in *Dir. e prat. delle società*, 31 dicembre 2008, n. 24, ove si ritiene addirittura che il processo di metamorfosi culmini in un obbligo di adozione del modello organizzativo.

⁽¹³⁶⁾ Legge della Regione Calabria 21 giugno 2008, n. 15 che nell'art. 54, rubricato "Adeguamento al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231" prevede che "... le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria sono tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231". Per un più approfondito commento alla legge sovramenzionata si rinvia a S. BARTOLOMUCCI, *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*, 2008, 4, 7 ss.

⁽¹³⁷⁾ Nella Regione Lombardia, il decreto attuativo 8 giugno 2010, n. 5808 definendo i requisiti e le modalità di accreditamento dei soggetti pubblici e privati per lo svolgimento delle attività di formazione e dei servizi al lavoro ha prescritto per gli enti impegnati nelle attività predette di adeguarsi entro il 31 marzo 2011 ai requisiti del d.lgs. n. 231/2001, formalizzando previamente entro il 31 dicembre 2010 l'adozione del codice etico e la nomina ed insediamento degli Organismi di Vigilanza.

Merita una disamina più approfondita la legge della Regione Abruzzo 27 maggio 2011, n. 15 che, come si avrà modo di saggiare a breve, introduce per un numero non indifferente di enti collettivi l'obbligo di adottare i modelli organizzativi previsti nel d.lgs. n. 231/2001 sovvertendo, *apertis verbis*, la gerarchia delle fonti di produzione del diritto ⁽¹³⁹⁾.

Secondo una tradizione che appartiene più alle solenni dichiarazioni di principi sovranazionali che alla legislazione regionale, l'art. 1 declama che "*La Regione Abruzzo riconosce e ravvisa la fondamentale importanza dei principi di legalità, trasparenza, eticità, lealtà e correttezza nell'affidamento, esercizio ed espletamento dei servizi di pubblica utilità e della normativa in materia di sicurezza del lavoro*". Nel comma successivo il legislatore regionale con una previsione quanto meno *praeter legem* fa carico, nel dichiarato "... *rispetto dei principi di cui al comma 1 ed in conformità alle disposizioni di cui al Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300)*" di disciplinare "... *gli adempimenti cui sono tenuti i soggetti di cui all'articolo 2, sottoposti alle responsabilità e alle sanzioni derivanti dal D.Lgs n. 231/01, al fine di realizzare i presupposti per l'esenzione della responsabilità amministrativa per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*". Condivisibilmente⁽¹⁴⁰⁾, si è rilevato che non compete al legislatore regionale riempire di contenuto 'l'esimente' prevista negli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, atteso che trattandosi di disposizioni propriamente penalistiche non possono che essere disciplinate dalla legge statale. Si viene dunque a delineare un primo profilo di illegittimità costituzionale del provvedimento regionale per violazione del principio di legalità previsto nell'art. 25, comma 2, Cost. L'art. 1 sembra inoltre indiziato di un vizio di eccesso di potere legislativo per incoerenza fra la prima e la seconda parte della disposizione contenuta nel comma 2. Invero, il professato rispetto di quanto stabilito dal d.lgs. n. 231/2001 (art. 1, comma 2, prima parte) è immediatamente disatteso nel momento in cui si indicano (art. 1, comma 2, seconda parte), in termini di obbligatorietà, gli adempimenti (contenuti negli artt. 3 e 4) cui sono tenuti gli enti destinatari della disciplina regionale per godere dell'esenzione da responsabilità.

⁽¹³⁸⁾ La Regione Sicilia con i Decreti regionali numero nn. 1779 e 1880 del 2001 ha previsto contribuzioni finanziarie rivolte alle aziende sanitarie private che implementino modelli di organizzazione e gestione idonei ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

⁽¹³⁹⁾ Il distinguo fra fonti sulla produzione del diritto e fonti di produzione del diritto si deve alla dottrina costituzionalistica. Le prime, che qualificano le fonti capaci di produrre diritto (fonti di produzione), nel nostro sistema sono rappresentate prevalentemente da disposizioni costituzionali e costituiscono a loro volta fonti di secondo grado in quanto poste da un'autorità legittimata alla produzione di diritto. La configurazione delle fonti autoritative secondo questa articolazione sembra rispondere alla figura kelseniana della piramide al cui vertice è collocata alla *Grundnorm*. Per una sintetica ma incisiva critica alla purezza del modello di pensiero kelseniano si invita alla lettura di G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 23-25.

⁽¹⁴⁰⁾ A. AREDDU-M. ARENA, *Commento di prima lettura della legge Regione Abruzzo n. 15/2011*, in www.complianceaziendale.com.

Nell'art. 2 è definita la platea dei soggetti destinatari della disciplina che si estende agli enti dipendenti o strumentali alle Regioni, alle aziende e alle agenzie regionali alle società partecipate o controllate dalla Regione.

Nell'art. 3 si prescrive l'adozione obbligatoria dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. n. 231/2001 entro il 9 dicembre 2011. L'enunciato normativo ancorché statuisca declamatoriamente l'obbligatorietà dell'adozione del modello organizzativo tace in merito alla sanzione che presidia l'inadempimento della pretesa normativa che, in termini giuridici, non può dunque considerarsi impositiva di un vero e proprio obbligo.

L'art. 4 presenta un certo interesse in prospettiva nazionale *de lege ferenda*. Precisamente, si prevede che gli enti indicati nell'art. 2 comunichino formalmente alla Regione Abruzzo la delibera di adozione del modello allegando a corredo copia di quest'ultimo. La disposizione pur ponendo un onere meramente burocratico, atteso che alla comunicazione non segue un controllo nel merito di adeguatezza del modello, offre uno spunto di riflessione. Nel tentativo di riorientare l'accostamento imprudentemente formalistico di molti enti alla prevenzione organizzativa dei reati-presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001 potrebbe assumere un ruolo l'assegnazione, mediante autorizzazione ministeriale, alle associazioni di rappresentanza, che dovrebbero dotarsi di adeguate professionalità, del compito di valutare l'adeguatezza preventiva dei modelli elaborati dagli enti aderenti. Entro questa prospettiva potrebbe trovare spazio, con le necessarie modifiche, quella disposizione del progetto di legge di modifica del decreto n. 231, presentato dall'Arel nel 2010⁽¹⁴¹⁾ che prevedeva nell'art. 2 un complesso di responsabilità penali a seguito di condotte di falso poste in essere dal certificatore.

Probabilmente, l'effetto anamorfico generato da quelle fonti subprimarie o privatistiche che si limitano alla commendevole adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi precludendo, in difetto, una serie di benefici ma non inseriscono obblighi giuridici di adozione dei modelli organizzativi è da imputare a una lettura del dato normativo più pragmatica che giuridica e affetta da un certo diletterismo. Invero, la considerazione che, in linea di principio l'ente, in caso di realizzazione di un reato-presupposto nel suo interesse o vantaggio da parte di un apicale o sottoposto, sia esonerato da responsabilità soltanto se aveva previamente messo in opera un modello organizzativo adeguato, salvo che la persona fisica abbia agito nel suo esclusivo interesse o vantaggio, unitamente a quanto dianzi rilevato, fonda il convincimento che l'elaborazione di un modello di organizzazione e gestione sia, nei fatti, obbligatoria.

Nei termini sovra tematizzati, si è rilevato che una conclusione di questo tipo, anche nell'articolato della legge regionale abruzzese ove nell'art. 2 si evoca in modo meno ambigua la figura dell'obbligo, non può essere accolta sul piano giuridico.

⁽¹⁴¹⁾ Per un sintetico esame delle questioni relative alla certificazione dei modelli organizzativi, si veda S. BARTOLOMUCCI, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. n. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, 47 ss.

Piuttosto, se si è intenzionati a ricercare profili di obbligatorietà connessi al tema dei modelli organizzativi l'ambito di disciplina al quale si deve volgere l'attenzione sono le disposizioni del codice civile che disciplinano le responsabilità degli organi sociali. Precisamente, il complesso di disposizioni che vengono in rilievo sono gli articoli 2381, 2392 c.c. per quanto concerne gli amministratori e 2403 e 2407 c.c. e art. 149 T.U.F. (rispetto alle società quotate) per quanto riguarda i sindaci. La prima disposizione stabilisce nei commi 3 e 5 per il consiglio di amministrazione e per i consiglieri delegati una serie di doveri relativi alla valutazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (comma 3) e alla cura del predetto assetto in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa (comma 5). L'art. 2392 c.c. nei primi due commi stabilisce che gli amministratori devono adempiere con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto e prevede, in generale, un regime di responsabilità solidale verso la società per i danni causati a seguito dell'inosservanza di tali doveri nonché quando, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto era esigibile per impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose. Limitando l'*aperçu* alle disposizioni concernenti gli amministratori, sia intesi singolarmente che nella loro composizione collegiale, si possono inferire riflessioni interessanti circa i comportamenti (giuridicamente) doverosi degli amministratori rispetto alla responsabilità dell'ente gestito.

Questo itinerario interpretativo è alla base di quanto affermato nella Circolare n. 26/IR del 10 novembre 2011 dell'Istituto di Ricerca presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili⁽¹⁴²⁾ ove si chiarisce che in tema di così detta obbligatorietà nell'adozione del modello organizzativo da parte dell'organo dirigente è necessario operare un distinguo fra "obbligo di adozione dei modelli e obbligo di verifica dell'esposizione al "rischio 231" della società amministrata". Precisamente, si osserva che nell'attuale quadro normativo grava sulle figure apicali soltanto un dovere di valutazione dell'esposizione al rischio reati-presupposto dell'impresa in considerazione della sua struttura organizzativa della società, e del tipo di attività svolta. Qualora le risultanze di tale *assessment* rendano manifesta la probabilità del verificarsi di uno degli illeciti indicati nel d.lgs. n. 231/2001 si avranno i presupposti per effettuare una prudente scelta di *governance* consistente nell'adozione ed efficace attuazione del modello organizzativo.

Con specifico riferimento al così detto modello integrato ci si chiede se la disposizione contenuta nell'art. 2087 c.c. possa fondare un analogo dovere di *assessment* in capo al datore di lavoro. Giova ricordare che le modalità di adempimento del dovere di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro cui è tenuto l'imprenditore sono modulate sulle particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica. Il profilo delle particolarità del lavoro, benché riferito alla particolari caratteristiche della lavorazione eseguita dal prestatore di lavoro, sembra presentare una rassomiglianza normativa con la formula legale dettata

⁽¹⁴²⁾ Il testo completo dello studio è reperibile in www.irdcec.it. Questa ricerca ha costituito lo spunto del recente contributo allo studio della problematica concernente l'adozione dei modelli organizzativi di M.MONTERISI-G.BELFIORE, *La responsabilità degli organi sociali nell'adozione del modello organizzativo alla luce della più recente giurisprudenza e delle indicazioni emerse nella prassi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 2, 41 ss.

dall'art. 30, comma 3, d.lgs. 81 del 2008 che prescrive la calibratura del modello organizzativo oltre che sulla natura e le dimensioni dell'organizzazione anche sul tipo di attività svolta. Le due previsioni, dunque, sembrano collocate entro prospettive complementari, atteso che una efficace organizzazione diretta all'adempimento di tutti gli obblighi giuridici in materia di salute e sicurezza si riverbera positivamente sulla tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro.

Non sembra dunque peregrino concludere che il dovere di tutela nei confronti dei prestatori di lavoro, di cui è titolare l'imprenditore, debba tradursi oltre che nell'osservanza delle prescrizioni obbligatorie in materia di salute e sicurezza altresì nella doverosa valutazione dei rischi infortunistici cui sono esposti i lavoratori nell'ottica di adottare soluzioni organizzative dotate di idoneità preventiva.

Per quanto concerne l'idoneità del modello a esimere da responsabilità l'ente si conviene nell'affermare che essa debba essere valutata *ex ante*, alla stregua di un giudizio di prognosi postuma che tenga in debita linea di conto la realtà aziendale nel momento in cui si è verificato l'illecito al fine di saggiare la congruenza del modello elaborato rispetto alle prescrizioni normative⁽¹⁴³⁾. Ovviamente, il verificarsi del fatto di reato non conduce necessariamente a un giudizio negativo sull'idoneità del modello, altrimenti si contrabbanderebbe una valutazione *ex post* sotto le spoglie di un giudizio prognostico, imputando l'illecito a titolo di responsabilità oggettiva.

Inoltre, si è condivisibilmente osservato che la presunzione d'inidoneità del modello dedotta dal mero accadimento offensivo disincentiverebbe l'adozione dei modelli da parte degli enti⁽¹⁴⁴⁾.

2.3 I modelli di organizzazione e gestione delle piccole e medie imprese: declamazioni normative, difficoltà e proposte operazionali

L'applicabilità dei modelli organizzativi alle micro e alle PMI imprese⁽¹⁴⁵⁾, fin dall'approvazione del d.lgs. n. 231/2001, si è dovuta confrontare principalmente con un duplice ordine di ostacoli, ancora non rimossi.

⁽¹⁴³⁾ G. LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, in C. MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 – Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, 86.

⁽¹⁴⁴⁾ N. D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro: responsabilità penali e nuovo testo unico*, cit., 543, che condivide l'opinione di L. PISTORELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti*, in *Incontri di studio del CSM*, Roma, giugno 2007.

⁽¹⁴⁵⁾ Si segnala in materia di Micro Piccole e Medie Imprese la l. 11 novembre 2011, n. 180 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" preordinata a garantire condizioni favorevoli alla crescita e alla competitività,

Il primo, cui si è già accennato nelle pagine precedenti, consiste nella irriducibile lontananza fra l'architettura organizzativa delle imprese presupposta dal legislatore del 2001 e quella che connota il quadro economico produttivo italiano.

Il segno di questa diastasi si riscontra nella scarsa attenzione riservata nell'articolato del d.lgs. n. 231/2001 alle imprese a struttura organizzativa semplice, genericamente definite "enti di piccole dimensioni" (art. 6, comma 4), locuzione che ha suscitato non pochi problemi interpretativi, di cui si è dato conto nel primo capitolo.

Il secondo problema è invece imputabile alla cultura imprenditoriale di entità economiche semplici, prevalentemente di origine artigianale e spesso a base familiare, che devono il loro successo economico ad un sistema decisionale e organizzativo snello e alla estrema flessibilità che le caratterizza. Le predette caratteristiche, in uno con capitalizzazioni contenute e con una forte propensione al contenimento dei costi, mal si conciliano con la adozione di programmi organizzativi che offrendo la prospettiva di un incerto 'salvacondotto giudiziario' rallentano i ritmi produttivi dell'impresa e, in un primo momento, costituiscono soltanto una voce di spesa.

Queste criticità sono rimaste sostanzialmente latenti fino al 2007 quando la legge n. 123 ha inserito nel catalogo dei reati presupposto contenuto nel d.lgs. n. 231/2001 l'art. 25 *septies*⁽¹⁴⁶⁾ che, come noto, amplia la responsabilità dell'ente all'omicidio colposo e alle lesioni colpose gravi e gravissime commesse con violazione delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Da quel momento, complice anche la previsione dell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 in materia di così detti modelli della sicurezza, che contiene il primo esplicito riferimento normativo alle "piccole e medie imprese" l'*affaire* dell'applicazione dei modelli organizzativi alle entità economica in rassegna è divenuto di pressante attualità. In questo panorama si è inoltre inserita la giurisprudenza di legittimità che con un'operazione ermeneutica oltre i confini dell'interpretazione estensiva ha, in una pronuncia, riconosciuto l'attitudine a essere destinatarie delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 231/2001 anche le imprese individuali⁽¹⁴⁷⁾.

Limitando in questa sede la prospettiva problematica ai profili normativi e alle difficoltà operative per le micro, piccole e medie imprese nell'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi occorre prendere le mosse dal formato legale.

attraverso la semplificazione amministrativa, l'accesso al credito, l'innovazione tecnologica, l'agevolazione fiscale e la facilitazione alla partecipazione agli appalti pubblici.

⁽¹⁴⁶⁾ Poi sostituito dall'art. 300, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

⁽¹⁴⁷⁾ Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, cit., che sconfessa l'opzione negazionista sostenuta da Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, cit. ma recentemente confermata da Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085, cit.

L'unico riferimento alle realtà aziendali a struttura organizzativa semplice è contenuto d.lgs. n. 231/2001 è quello di cui all'art. 6, comma 4, ove il legislatore dettando la disciplina dei modelli organizzativi diretti a prevenire i reati degli apicali, si riferisce agli "enti di piccole dimensioni" per riconoscere a questi la facoltà di assegnare i compiti propri dell'Organismo di Vigilanza (art. 6, comma 1, lett. b) all'organo dirigente.

L'opera di perimetrazione della portata semantica della locuzione "enti di piccole dimensioni" continua ad impegnare la letteratura di settore. In estrema sintesi le soluzioni interpretative praticabili paiono essere due.

La prima, enfatizzando il requisito dimensionale⁽¹⁴⁸⁾, suggerisce di ricondurre a questa nomenclatura le entità economiche produttive di un basso fatturato e dotate di un'organizzazione aziendale minimale (ad esempio, numero contenuto di dipendenti). L'approccio numerico-dimensionale connota altresì l'art. 5 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. Statuto delle Imprese) che fa proprie le definizioni contenute nella Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003⁽¹⁴⁹⁾.

La seconda tesi, su cui maggiormente converge la dottrina⁽¹⁵⁰⁾, appunta l'attenzione sull'organizzazione interna con particolare riferimento alla componente gestoria. D'altra parte il modello organizzativo contemplato nel d.lgs. n. 231/2001 mira proprio al controllo dell'organizzazione interna dell'impresa al fine di prevenire reati.

Considerando il fondamento esegetico dianzi evidenziato, la complessità dell'organizzazione interna sembra dunque possa ragionevolmente operare da filtro per selezionare gli enti di piccole dimensioni. Potranno

⁽¹⁴⁸⁾ Sembra sbilanciata in questo senso l'impostazione adottata dalle linee guida di Confindustria ove al punto 1.6 si scrive: "l'ente è da ritenersi di piccole dimensioni, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001, tenendo conto della struttura organizzativa, dell'articolazione territoriale dell'attività e del numero dei dipendenti impiegati su base annua. Devono intendersi in ogni caso enti di piccole dimensioni quegli enti che presentano un numero di dipendenti occupati a tempo pieno durante l'ultimo esercizio annuale, inferiore a dieci unità". Il *principium individuationis* fondato sul dato numerico risponde più a esigenze organizzative vicine ai sistemi di qualità ISO 9000, piuttosto che alla necessità di diagnosticare l'esposizione al rischio reato dell'impresa.

⁽¹⁴⁹⁾ S. BARTOLOMUCCI, *Modelli organizzativi obbligatori e auto-validati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Soc.*, 4, 2008, 413, già in passato negava che potesse impiegarsi come criterio diacritico la tetrapartizione dell'impresa operata dall'art. 9 d.lg. 14 marzo 2005, n. 35, Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale – che recepisce la definizione di PMI operata dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003, poiché, paradossalmente, dovrebbe considerarsi piccola impresa quella occupante da cinquanta a duecentoquarantanove dipendenti effettivi con fatturato annuo massimo di cinquanta milioni di euro ovvero con totale di bilancio annuo non superiore a quarantatre milioni di euro. A sommosso parere di chi scrive non pare che possa elevarsi a *criterium individuationis* dell'ente di piccole dimensioni nemmeno il disposto dell'art. 30, comma 6, t.u. sicurezza, poiché la locuzione «[...] imprese fino a 50 lavoratori [...]» ivi prevista, non pare esaurire il potenziale allusivo della formula «enti di piccole dimensioni».

⁽¹⁵⁰⁾ S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 dedicato alle P.M.I.*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 2, 93; P. DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 1, 63.

dunque considerarsi tali quelli dotati di una struttura organizzativa basata su un assetto verticistico, con una limitata delega dei poteri. Questa lettura interpretativa è stata prospettata altresì dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri. Nella Considerazioni in materia di revisione legale delle imprese ed enti minori si considerano tali quelli per i quali ricorrono tendenzialmente gli attributi qualitativi della proprietà e direzione concentrata in capo a un numero limitato di soggetti (se non in una sola persona); le limitate fonti di ricavo; la semplicità delle scritture contabili; i limitati controlli interni eludibili da parte della direzione.

Salvo il riferimento alla facoltà di far coincidere l'Organismo di Vigilanza e l'organo dirigente l'articolato del d.lgs. n. 231/2001 non dedica altre disposizioni ai così detti enti di piccole dimensioni. Il silenzio legislativo autorizza pertanto a ritenere che, salva la predetta possibilità di internalizzare l'Organismo di Vigilanza, la restante disciplina dei modelli organizzativi resta affidata a quanto stabilito dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

Muovendo dalla considerazione che anche nelle realtà aziendali in rassegna l'adozione del modello organizzativo costituisce in ultima analisi una scelta di *governance*, ancorché per molti soggetti economici rientranti nella categoria degli enti di piccole dimensioni, considerata la forma societaria utilizzata, non sussiste nemmeno un generale dovere di *assessment* quale quello discendente dagli articoli 2381 e 2392 c.c. si chiede se sia possibile tratteggiare la matrice di un modello organizzativo per gli enti di piccole dimensioni entro il quadro ordinamentale segnato dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001. Proprio la tecnica di redazione delle richiamate disposizioni autorizza a ritenere che non possa avanzarsi la pretesa di configurare un prototipo di modello organizzativo valido in generale per tutti gli enti di piccole dimensioni. Il legislatore, in linea con le esigenze di costruzione 'sartoriale' del modello organizzativo espresse nell'art. 7 comma 3, considerate ineludibili per la prevenzione del rischio reato e alle quali non si sottraggono gli enti di piccole dimensioni, si limita a indicare i requisiti del programma organizzativo preordinato a ridurre entro la soglia dell'accettabilità il rischio di realizzazione di illeciti presupposto.

Poste queste doverose premesse, può comunque essere utile sintetizzare gli elementi necessari al confezionamento del modello per una piccola impresa.

In primo luogo è necessaria la predisposizione di un Codice Etico. Come noto nelle realtà imprenditoriali ad organizzazione più complessa e frammentata il Codice Etico assume una pronunciata vocazione valoriale costituendo la *summa* dei principi *ethic oriented* che informano l'attività d'impresa nei confronti dei vari *stakeholders*. Negli enti di piccole dimensioni la carta dei valori può assumere un ruolo ulteriore consistente nella definizione dei parametri generali di comportamento cui sono tenuti coloro che operino nell'impresa,

soprattutto con riferimento a quei reati presupposto non facilmente mappabili⁽¹⁵¹⁾ in quanto poco congrui ai processi d'impresa.

L'attività di *risk assessment*, preliminare alla gestione e al controllo del rischio reato, nelle imprese a struttura organizzativa più semplice non si connota per un approccio più superficiale. Di converso, la minor complessità organizzativa consente di meglio perscrutare i rischi di commissione del reato. Semplicemente, la tipologia di reati da prevenire e, conseguentemente, i protocolli e le procedure sarà meno numerosa. Questo esito della diagnosi relativa al rischio reato, giova rammentarlo, non costituisce il portato di una mappatura dei rischi condotta in modo sommario, bensì, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231/2001, modulata sulla natura, sulle dimensioni dell'organizzazione e sul tipo di attività svolta dall'ente collettivo. Potrà dunque considerarsi inane, se non finanche dannoso per il perseguimento degli obiettivi aziendali, prendere in considerazione in vista della redazione di una successiva disciplina comportamentale reati che presentano soltanto un rischio di commissione remoto rispetto ai processi d'impresa. La prevenzione di queste evenienze delittuali potrà essere rimessa alle prescrizioni del Codice Etico che, ben inteso, non dovranno esaurirsi in mere declamazioni di principio, ma dovranno essere assistite da sanzioni disciplinari in caso di violazione.

Parimenti ineliminabile è la successiva verbalizzazione delle modalità di *risk management* in protocolli organizzativi. Un numero non indifferente di P.M.I. italiane ha già implementato sistemi di gestione diretti a procedimentalizzare buona parte dell'attività di impresa riconducibili agli schemi ISO. Si deve, tuttavia, precisare che questo complesso di regole, pur potendo essere in parte valorizzato nella prospettiva dischiusa dal d.lgs. n. 231/2001, non mira alla prevenzione di reati, bensì a garantire la qualità di un processo o di un prodotto. I protocolli contemplati negli artt. 6 e 7 del predetto decreto non possono dunque considerarsi coincidenti con quelli in cui si articolano i sistemi di gestione ISO.

La quantità e l'articolazione dei protocolli organizzativi sarà proporzionata al numero e al tipo di reati inventariati in sede di *risk assesement*.

In termini generali, si può affermare che le linee di fondo di questi documenti aziendali consistono nella segmentazione dei processi aziendali in azioni standardizzate regolate da precise istruzioni operative; nella esatta individuazione e ripartizione dei ruoli all'interno del processo di modo che questo sia scomposto in fasi a loro volta imputate a figure diverse evitando la concentrazione del potere in capo a un solo soggetto; nella documentazione della fase di formazione e di esecuzione della decisione affinché queste siano controllabili anche *ex post*; nella previsione di obblighi di comunicazione periodici e in occasione di scostamenti dalle regole protocollari, presidiati da sanzioni disciplinari in caso di loro omissione.

⁽¹⁵¹⁾ Questa proposta è formulata da S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo*, cit., 102.

Spesso in ambito aziendale si ha la sensazione di essere soffocati da questo complesso di regole, percepite come etero imposte, ancorché necessarie ad allestire un sistema organizzativo effettivamente dotato di idoneità preventiva.

Questo accostamento, diffuso in molte realtà imprenditoriali, più propenso ad avvertire il presunto rallentamento all'attività d'impresa o l'inopportunità di cambiare il proprio "modo di lavorare" che la tensione legalitaria e di tutela dell'impresa di cui sono portatori i modelli organizzativi trova principalmente ragione o in una spregiudicatezza nel condurre gli affari difficilmente redimibile o, più sovente, nella difettosa conoscenza del quadro normativo. Entro quest'ultima prospettiva assume un ruolo di capitale importanza la formazione aziendale a tutti i livelli, ma soprattutto apicali, in ordine alle esiziali conseguenze per l'impresa che possono derivare dalla commissione di un reato presupposto. Soltanto quando il vertice avrà un patrimonio informativo completo potrà consapevolmente operare una scelta di *governance* attenta o indifferente al rischio reato.

Si deve inoltre porre in luce che non di rado i cambiamenti da apportare al metodo di lavoro diffuso nell'impresa sono di piccolo momento e spesso consistono nella formalizzazione e nella registrazione di azioni routinarie.

Di solito costituisce un elemento di novità e di problematicità nell'organizzazione aziendale il sistema disciplinare previsto nell'art. 6, comma 2, lett. e) e nell'art. 7, comma 4, lett. b) preordinato a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicato nel modello organizzativo.

Il *quid novum* emerge particolarmente rispetto a coloro che sono legati all'ente da forme contrattuali tipiche e consiste nell'ampliamento dei precetti che possono determinare una sanzione disciplinare. Invero, fermo restando il necessario rispetto di quanto previsto nella contrattazione collettiva e dalla legge, l'attivazione del modello organizzativo determina un ampliamento delle regole di condotte cui conformarsi che, in caso di trasgressione, danno luogo alla risposta sanzionatoria contrattuale.

Sotto il profilo del sistema disciplinare attivato nelle micro, piccole e medie imprese a seguito dell'attuazione del modello organizzativo ulteriori elementi problematici si riscontrano riguardo a quelle figure esterne alla pianta organica che fornendo beni o servizi, partecipano alla realizzazione degli obiettivi aziendali. In linea generale, si conviene⁽¹⁵²⁾ nel ritenere che la fonte delle misure sanzionatorie comminate a questi soggetti deve essere contrattuale.

Un altro nodo problematico è rappresentato dall'applicazione del sistema disciplinare nei confronti dei soggetti di vertice. In questo contesto si devono distinguere quelle realtà imprenditoriali più organizzativamente strutturate, in cui si assiste a una netta scissione fra Assemblea dei Soci, organo

⁽¹⁵²⁾ F. TOSELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 247 ss.; S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo*, cit. 103.

dirigente e soggetti apicali, si pensi al caso di uno o più amministratori delegati, e collegio sindacale. In questi casi l'alterità di ruoli fra i soggetti dell'impresa offre la reale possibilità di prevedere un sistema disciplinare nei confronti degli apicali. In sintesi, il ventaglio sanzionatorio, ispirato ai consueti principi di proporzionalità della misura punitiva, sarà modulato sulle disposizioni del codice civile⁽¹⁵³⁾ e su quanto convenzionalmente definito in sede contrattuale.

L'effettività del sistema disciplinare è messa in seria crisi nei casi in cui la metaindividualità del soggetto collettivo sopravvive soltanto a livello giuridico-patrimoniale (ad esempio S.r.l. a socio unico che è anche amministratore), ma non organizzativo. Nei casi in cui l'autore della violazione è anche il titolare del potere disciplinare il sistema preventivo delineato dal d.lgs. 231/2001 entra in cortocircuito.

Occorre ora soffermarsi sull'Organismo di Vigilanza che costituisce la pietra angolare del modello organizzativo e che, come sopra accennato, può, negli enti di piccole dimensioni, coincidere con l'organo dirigente. L'eterogeneità delle entità imprenditoriali riconducibili entro la nozione contenuta nell'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/2001 è così ampia da precludere una trattazione valida in linea generale.

Tentando di semplificare la complessità, l'opzione organizzativa offerta dal legislatore, evidentemente diretta a incentivare l'adozione di modelli organizzativi anche nelle piccole realtà imprenditoriali, risulta concretamente praticabile a fronte di determinati assetti organizzativi.

Nelle società in cui è presente un collegio sindacale si è indicato⁽¹⁵⁴⁾ proprio questo organo quale soggetto societario deputato ad assolvere le funzioni che competono all'Organismo di Vigilanza. Questa soluzione trova un supporto esegetico nell'art. 2403 c.c. ove sono indicati i compiti istituzionali del collegio sindacale fra i quali rientrano la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo, contabile e sul corretto funzionamento di questi. La scelta di assegnare al collegio sindacale i compiti dell'Organismo di Vigilanza trova conforto anche nei poteri tipici di richiedere informazioni, di procedere a ispezioni e controlli attribuiti dalla legge (art. 2403 bis c.c.) nonché nei requisiti di professionalità ed indipendenza rispetto al ceto gestorio che, ai sensi degli artt. 2397 e 2399 c.c., sono richiesti ai sindaci.

Nondimeno, si è rilevato⁽¹⁵⁵⁾ che tale soluzione incontra precipuamente due limiti.

Il primo si fonda sul rilievo che la presenza del collegio sindacale in enti di piccole dimensioni costituisce l'eccezione e non la regola. Il secondo limite, invece, concerne la mancanza di uno dei requisiti tradizionalmente considerati coessenziali ad un Organismo di Vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa

⁽¹⁵³⁾ Ad esempio l'art. 2383, comma 3, c.c. prevede che gli amministratori siano revocabili per giusta causa.

⁽¹⁵⁴⁾ P. DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, cit., 70.

⁽¹⁵⁵⁾ M. BORTOLOTTO-A. DE SANCTIS, *Modello organizzativo e piccole imprese*, cit. 90.

e controllo, vale a dire l'assenza nei suoi componenti di conflitti d'interessi. I membri del collegio sindacale potrebbero, infatti, essere compartecipi di alcuni reati commessi dagli amministratori.

Nei casi in cui la compagine dei soci non coincida con gli amministratori è stata prospettata⁽¹⁵⁶⁾ la costituzione di un organismo *ad hoc* composto da un comitato di soci, dotato di adeguati poteri di iniziativa e controllo. Il fondamento positivo di questa impostazione risiede nell'art. 2476 c.c., che assegna a ciascun socio, non partecipante all'amministrazione, il diritto di ricevere dagli amministratori notizie inerenti allo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di propria fiducia, le scritture contabili e i documenti relativi agli affari sociali. Il sintagma "affari sociali" si presta effettivamente a essere inteso in un'accezione così ampia da ricondurvi non soltanto i fatti relativi alla realizzazione delle strategie aziendali, ma anche tutto quanto pertiene ai rapporti giuridici interni ed esterni della società, sì da comprendere anche il rispetto dei programmi organizzativi funzionali alla prevenzione di reati presupposto.

Il vero nodo problematico sussiste però in tutte quelle situazioni, non certo rare nel nostro sistema produttivo, in cui vi è una piena coincidenza fra soci e amministratori o questi ultimi costituiscono la *longa manus* dei primi.

Appare evidente che le soluzioni dianzi prospettate non sono connotate dalla presenza di tutti i requisiti individuati in sede dottrinale al fine di costituire un Organismo di Vigilanza capace di assolvere i compiti assegnati dalla legge. In particolare, in questi casi, ancorché ci si possa riferire a professionalità esterne per l'assolvimento di compiti specifici, come suggerito dai codici di comportamento redatti da alcune associazioni rappresentative, sembrano restare sul piano meramente declamatorio i concetti di autonomia e indipendenza. Stando così le cose, la facoltà di matrice evidentemente economicistica offerta dall'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/2001 si rivelerebbe inefficace per la coincidenza fra controllore e controllato.

In questo contesto problematico, un'alternativa organizzativa potrebbe essere quella di demandare le funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza a uno o più professionisti esterni. Questa soluzione consentirebbe di riassumere le principali peculiarità richieste per la attivazione dell'organo di controllo previsto nell'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001 potendo altresì sopravanzare l'obiezione che si è soliti muovere nei confronti della totale esternalizzazione dell'Organismo di Vigilanza, vale a dire quella di conoscere *funditus* il contesto aziendale sul quale deve essere esercitato il controllo. Invero, si deve considerare che questa opzione sarebbe destinata a operare in realtà aziendali con una struttura organizzativa molto semplificata in cui il numero dei processi aziendali a rischio reato e la tipologia di illeciti è estremamente contenuta. Inoltre, resterebbe ferma la necessità di una leale collaborazione con l'organo dirigente (ad esempio l'amministratore unico) interessato a prevenire la commissione di reati per scongiurare l'applicazione di misure cautelari o sanzioni esiziali per l'ente collettivo.

⁽¹⁵⁶⁾ P. DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, cit., 71.

Resterebbe comunque aperta la questione relativa alla concreta attuazione delle misure sanzionatorie indicate dall'Organismo di Vigilanza in fase propositiva, ma la cui adozione spetta in concreto a colui o a coloro che potrebbero o dovrebbero esserne destinatari. Sembra che da questa aporia non si possa uscire se non con un'azione di rottura con l'autore della violazione delle regole contenute nel modello organizzativo che, paradossalmente, dovrebbe esercitare su se stesso il potere disciplinare di cui è titolare.

L'indefettibilità della sanzione disciplinare potrebbe infatti essere assicurata dal timore di portare alla conoscenza delle autorità competenti fatti suscettibili di impegnare la responsabilità della persona fisica dell'autore della violazione ovvero della persona giuridica a vantaggio della quale si è risolto il comportamento contrario alle regole organizzative qualora sia già suscettivo di essere qualificato in termini di tentato delitto presupposto.

Si pensi, ad esempio, agli indici sintomatici della violazione delle disposizioni antinfortunistiche che, in presenza di un comportamento inerte del responsabile, potrebbero essere segnalati dall'Organismo di Vigilanza alla Direzione Territoriale del Lavoro ovvero, nei casi più gravi, alla comunicazione di una *notitia criminis* all'autorità giudiziaria.

Tale soluzione, per vero estrema, sembra l'unica che possa ridurre la dissociazione fra il dato legale e il suo referente pregiuridico, sensibilmente diverso da quello immaginato dal legislatore⁽¹⁵⁷⁾. Altrimenti, l'alternativa che residua, in collisione con lo spirito che anima il d.lgs. n. 231/2001, è quello di riconoscere in tutti i casi in cui la metaindividualità della persona giuridica sussiste soltanto sul piano patrimoniale e giuridico una sostanziale inapplicabilità degli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

⁽¹⁵⁷⁾ Si rammenta che la difettosa presupposizione del referente pregiuridico da parte di una disposizione di legge può fondare una censura di legittimità costituzionale per difetto di ragionevolezza (art. 3 Cost.)

3. La colpa organizzativa dell'ente per gli illeciti colposi

3.1 Le nozioni di interesse e vantaggio dell'ente nei delitti colposi

Secondo una nutrita schiera di commentatori⁽¹⁵⁸⁾, proprio il criterio d'imputazione oggettiva previsto nell'articolo 5, con particolare riguardo alla nozione di interesse, rappresenta il più serio ostacolo all'inserimento dei delitti colposi nel sistema responsabilitario tratteggiato dal decreto n. 231.

Nel riservare all'immediato prosieguo l'analisi dei problemi di coordinamento fra l'articolo 5 e i delitti colposi di cui all'articolo 25 *septies* (ma il discorso che si conduce è valido anche per gli illeciti colposi contenuti nell'art. 25 *undecies* offensivi dell'ambiente), è opportuno premettere che questa disposizione, inserita in virtù dell'articolo 9 della legge 3 agosto 2007, n. 123, impegna la responsabilità dell'ente limitatamente alle ipotesi di cui agli articoli 589 e 590, comma 3, codice penale⁽¹⁵⁹⁾. Questo rinvio consente di escludere la responsabilità dell'ente in caso di lesioni lievi derivanti dalla violazione di norme antinfortunistiche, pena la violazione del principio della riserva di legge.

⁽¹⁵⁸⁾ P. ALDOVRANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme infortunistiche*, in *Igiene e sicurezza sul lavoro*, 2007, 571; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al dir.*, 2007, 35, 41; G. AMARELLI, *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche": la legge 123/2007 (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2008, 418; S. PESCI, *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, 3969 ss. si è invocato l'intervento del legislatore per pretermettere il riferimento alla nozione di interesse rispetto ai delitti colposi previsti nell'art. 25 *septies*.

⁽¹⁵⁹⁾ La pattuglia dei delitti colposi idonei a determinare la responsabilità dell'ente si è susseguentemente infittita a seguito dell'approvazione del D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, che introducendo l'art. 25 *undecies* d.lgs. n. 231 del 2001, ha elevato a reati presupposto alcune contravvenzioni che, come noto, possono essere soggettivamente ascritte sia a titolo di dolo sia a titolo di colpa e della l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha introdotto l'art. 452 *quinquies* c.p. "Delitti colposi contro l'ambiente" (art. 25 *undecies*) il quale richiama le fattispecie di disastro ambientale e di inquinamento ambientale (colposi).

Sciogliendo la riserva poc'anzi assunta in relazione ai rapporti fra la previsione dell'articolo 5 e i delitti colposi, si deve rilevare che nonostante già la legge n. 300 del 2000 esortasse il legislatore delegato (quello del 2001) a prevedere una forma di responsabilità dell'ente in relazione ai reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro⁽¹⁶⁰⁾, né questo né il legislatore delegante del 2007 (artefice della legge 123)⁽¹⁶¹⁾, hanno affrontato il nodo problematico relativo al criterio d'imputazione dell'interesse o vantaggio rispetto ai delitti colposi.

I concetti di interesse e vantaggio sembrano incapaci di esprimere un ragionevole raccordo fra l'ente e l'illecito colposo. In altri termini, risulta arduo ipotizzare che i delitti contemplati nell'articolo 25 *septies* e nell'art. 25 *undecies* siano commessi al fine di procurare l'interesse o il vantaggio all'ente preso in considerazione dall'articolo 5.

Per superare l'*impasse* interpretativa si è suggerito⁽¹⁶²⁾ di riferire l'interesse o il vantaggio non già agli eventi naturalistici presi in considerazione dai delitti *de quibus*, bensì alla condotta trasgressiva delle disposizioni prevenzionistiche tenuta dalla persona fisica nell'esecuzione dei suoi compiti in seno all'ente. Essi verrebbero così a coincidere con il risparmio derivato all'ente dalla mancata applicazione della normativa antinfortunistica. In effetti la condotta ben può essere considerata la fase dinamico-costitutiva dell'offesa, coesistente a esprimere il significato lesivo del fatto, il quale, resta inteso, nei delitti materiale postula necessariamente l'inverarsi dell'esito naturalistico tipicizzato nella fattispecie.

Secondo una altra opzione dottrinale⁽¹⁶³⁾, tuttavia, questo accostamento interpretativo collide con le indicazioni contenute nell'articolo 5 del decreto n. 231 che fa riferimento ai reati commessi nell'interesse dell'ente e non ai reati commessi nello svolgimento delle attività dell'ente. In altri termini, l'articolo 5 connette l'interesse o il vantaggio dell'ente all'omicidio o lesioni colposi, intesi quali eventi naturalistici causati dalla violazione delle regole cautelari dettate in materia antinfortunistica, e non ai comportamenti irrispettosi di queste.

⁽¹⁶⁰⁾ La scelta minimalista, al limite del difetto di delega, dettata dal timore che l'imposizione *ex abrupto* di un ampio novero di reati suscettibili di determinare la responsabilità dell'ente avrebbe provocato difficoltà di adattamento (Rel. Min. par. 12) è stata accolta con favore da G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1128 ss.

⁽¹⁶¹⁾ La mancata presa di posizione riguardo al coordinamento dell'art. 5 con i delitti colposi è stata criticata da R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 2007, 41.

⁽¹⁶²⁾ A. GIARDA, *I reati presupposto*, in A. GIARDA (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2007, 217.

⁽¹⁶³⁾ M. LECCESE, *Abbandono di rifiuti e D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2007, 154.

Tacendo della speciosità della predetta distinzione⁽¹⁶⁴⁾, appare evidente che accogliendo la medesima si cadrebbe nell'aporia di dover asserire che l'ente abbia interesse o possa godere di un vantaggio al verificarsi di un evento micidiale o lesivo a carico dei propri lavoratori. Per converso, è noto che le conseguenze pregiudizievoli di natura economica e sociale per il datore di lavoro occasionate da un grave infortunio o dalla morte di un lavoratore sono, in linea di principio, superiori ai risparmi derivanti dal mancato adeguamento alla normativa antinfortunistica.

Stando così le cose, a meno di non voler ammettere l'incompatibilità fra il criterio dell'interesse o vantaggio con i delitti colposi, si è prospettata, *de iure condito*, una interpretazione adeguatrice. Secondo tale congettura⁽¹⁶⁵⁾ il nesso fra l'illecito realizzato dalla persona fisica e l'interesse dell'ente potrà essere sia immediato, è il caso della pattuglia dei delitti dolosi, sia mediato, nelle ipotesi di delitti colposi, i cui esiti naturalistici rappresentano degli eventi disvolti dall'ente, l'interesse del quale si individua nella locupletazione derivante dal risparmio delle spese che si sarebbero dovute sostenere per prevenire il rischio della condotta colposa tenuta o nell'aumento di produttività derivato da una più snella, ma più pericolosa, modalità di esecuzione della prestazione lavorativa⁽¹⁶⁶⁾.

Alcuni autori⁽¹⁶⁷⁾ hanno enfatizzato la connotazione patrimoniale dell'interesse o vantaggio nella commissione dei reati di cui all'art. 25 *septies*, d.lgs. n. 231/2001, revocando in dubbio la responsabilità dell'ente nei casi in cui "... alla base del reato colposo sottostante vi sia solo un profilo di colpa generica (specialmente, quello dell'imperizia) o una violazione di una norma cautelare specifica che risulti indifferente rispetto alle dette finalità di risparmio di costi e/o di vantaggio di produttività (ipotesi non infrequente allorquando l'addebito riguardi un preposto o un lavoratore diverso dall'infortunato: si pensi, esemplificando, al preposto che abbia omesso di verificare il rispetto delle norme e l'utilizzo degli strumenti prevenzionali da parte dei lavoratori; si pensi al lavoratore genericamente disattento che per ciò provochi un infortunio ad altro collega di lavoro; si pensi al fatto lesivo determinato dall'erroneo, colposo utilizzo delle attrezzature di lavoro e di sicurezza da parte del lavoratore che pure era stato al riguardo dotato del necessario strumentario e sul punto adeguatamente formato)". L'assunto pare condivisibile nei limiti in cui gli esempi dianzi formulati si collochino in un contesto lavorativo in cui siano state ottemperate tutte le disposizioni ricavabili da fonti

⁽¹⁶⁴⁾ L'erroneità del distinguo sovrariferito sembra ingenerata dalla presupposizione che il nucleo di offensività dei delitti previsti negli art. 589 e 590 comma 3, c.p. coincida con gli accadimenti micidiali e lesivi contemplati nelle predette fattispecie. In realtà, la carica di offensività del fatto consiste nella menomazione o perdita dell'interesse giuridico della salute o della vita del lavoratore di cui le lesioni e la morte costituiscono un mero epifenomeno naturalistico.

⁽¹⁶⁵⁾ F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, cit., 9; T.E. EPIDENDIO, *Criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa*, in A. GIARDA (a cura di), *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 45.

⁽¹⁶⁶⁾ In questo senso è orientata la decisione, 1 ottobre 2010, del Gip presso Tribunale di Novara.

⁽¹⁶⁷⁾ G. AMATO, *Le interferenze fra responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, cit., 29.

legislative primarie e subprimarie e buone prassi preordinate alla prevenzione di infortuni e malattie professionali ai danni dei prestatori di lavoro.

Nel tentativo di conferire significato al combinato disposto degli articoli 5, comma 1 e 25 *septies* d.lgs. n. 231/2001, un pronunciamento⁽¹⁶⁸⁾ della giurisprudenza di merito ha statuito 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)".

Il principio di diritto deve essere sottoposto a vaglio critico. In primo luogo, per evitare fraintendimenti, è bene rimarcare che i requisiti della coscienza e volontà competono al criterio di attribuzione della condotta alla persona fisica autrice del reato stabilito nell'art. 42, comma 1, c.p. e nulla hanno a che vedere con il criterio di ascrizione soggettiva dell'evento giuridicamente significativo, ancorché a titolo colposo.

In particolare, dalla gamma casistica esemplata nella massima sovrariportata sembra ineludibile escludere quelle situazioni il cui la condotta antidoverosa realizzata pur in presenza della possibilità di adeguarsi alla regola cautelare sia sottesa la così detta colpa cosciente, vale a dire quel peculiare tipo di atteggiamento soggettivo in cui l'evento offensivo, benché non voluto, è stato previsto. Questa componente rappresentativa sottesa alla condotta antidoverosa della persona fisica sembra concedere spazio all'indagine giudiziale diretta ad accertare se essa costituisca espressione di una precisa, ancorché non codificata, strategia aziendale ovvero miri comunque a soddisfare un interesse dell'ente. Inoltre, anche nei casi di colpa incosciente, ove l'evento offensivo non è né previsto né voluto, si pensi all'imprudenza di un lavoratore che cagioni lesioni a un collega, può comunque residuare la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, qualora l'adozione di uno o più presidi di sicurezza avrebbe evitato il prodursi dell'offesa. In questo caso, la condotta colposa tenuta nell'interesse dell'ente non è quella del prestatore del lavoro, bensì quella dell'apicale che, pur non volendo determinare la morte o il ferimento di alcuno, ha ommesso, ad esempio per ragioni di risparmio economico, l'adozione di presidi o sistemi di sicurezza prescritti dalla legge.

La questione interpretativa in rassegna è stata scrutinata anche da una recente pronuncia delle Sezioni unite che oltre all'atteso clamore mediatico che l'ha annunciata, e seguita, non si è distinta per un contributo particolarmente illuminante sul punto.

La premessa dalla quale muovono le considerazioni della Corte rivela la volontà di salvare a ogni costo la scelta (di politica criminale) del legislatore di colpire l'ente anche per il fatto colposo dell'apicale o del sottoposto oltre a quello doloso. Nella motivazione si legge che l'infondatezza della tesi propensa a sostenere

⁽¹⁶⁸⁾ Trib. Cagliari, uff. Gup, 4 luglio 2011, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

l'inapplicabilità del criterio oggettivo di imputazione dell'illecito all'ente ai delitti colposi riposa non su ragioni di ordine logico-interpretativo, bensì sul rilievo che l'adesione a tale conclusione esegetica condurrebbe "... alla radicale caducazione di una innovazione normativa di grande rilievo", che ha trovato successiva conferma riguardo ai reati ambientali. Ancor più esplicitamente e candidamente la Cassazione ammette che "I risultati assurdi, incompatibili con la volontà di un legislatore razionale, cui condurrebbe l'interpretazione letterale della norma ..." conducono all'unica alternativa, possibile lettura, *id est* "... i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico".

Dalla disamina del dibattito sull'atteggiarsi dei criteri dell'interesse o vantaggio con i delitti colposi emerge che il nodo principale si intreccia sul individuazione dell'obiettivo in vista del quale il soggetto espressione dell'ente ha agito. Fatta astrazione dal riferimento al riflesso naturalistico (lesioni o morte) dell'offesa agli interessi giuridici della incolumità fisica e della vita non resta che la condotta. La soluzione presentata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quasi come di risulta, in realtà presenta una certa coerenza con il paradigma responsabilitario dell'ente. Invero, se il rimprovero che si muove all'ente è quello di una negligenza, imprudenza ovvero imperizia organizzativa (c.d. colpa di organizzazione) idonea a provocare la commissione di uno dei reati c.d. presupposto, non vi è ragione di interpolare il titolo di imputazione soggettivo del reato presupposto (doloso o colposo) commesso dalla persona fisica (apicale o sottoposto dell'ente) all'imputazione (solo colposa) dell'illecito dell'ente dipendente da reato. Sotto questo aspetto, facendo prescindendo dai casi (ad avviso di scrive non così rari) di enti che conducono attività d'impresa commettendo scientemente reati per perseguire lo scopo di lucro, il sistema delineato nel d.lgs. 231/2001 presuppone enti non criminali che però, possono essere chiamati direttamente a rispondere di reati commessi nel corso della loro attività produttiva alle condizioni stabilite dalla legge. Posta questa premessa, il reato colposo, quando commesso, slatentizza la colpa organizzativa dell'ente, che di solito si colloca in un momento anteriore a quello in cui si verifica l'esito naturalistico costitutivo il reato della persona fisica. Rispetto al comportamento antidoveroso dell'ente, che avrebbe potuto impedire la commissione della condotta integrante il reato presupposto, i concetti di interesse e vantaggio (proprio perché considerati espressione di un collegamento c.d. oggettivo dell'illecito della persona fisica con l'ente) non costituiscono un ostacolo all'addebito del delitto presupposto commesso dalla persona fisica per l'ente, sia esso doloso o colposo.

In conclusione, ciò che si rimprovera all'ente è non aver impedito una condotta integrante un reato (doloso o colposo non è dirimente) presupposto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Le conclusioni dianzi rappresentate, nonostante talune perplessità dottrinarie⁽¹⁶⁹⁾, restano sostanzialmente immutate qualora all'interesse societario nella commissione del reato si affianchi quello dell'autore del fatto o

⁽¹⁶⁹⁾ N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 17 ss.

di terzi. Gli unici riflessi derivanti dalla predetta cointeressenza potrebbero osservarsi sul piano sanzionatorio. Invero, l'art. 12, comma 1, lett. a), prevede una riduzione della pena pecuniaria se il reato oltre a essere commesso per soddisfare un interesse condiviso dall'ente e dal soggetto attivo del reato o da terzi non procura l'ente vantaggio alcuno o è foriero di un vantaggio minimo.

3.2 I modelli di organizzazione e gestione nel testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 30, d.lgs. n. 81/2008)

L'articolo 30 del testo unico sicurezza rappresenta la logica conseguenza dell'introduzione nel decreto n. 231 del 2001 dell'articolo 25 *septies* per opera della legge n. 123 del 2007.

A seguito dell'inserimento dei modelli organizzativi nel testo unico sicurezza si è riproposto il quesito concernente l'obbligatorietà ovvero la facoltatività della loro adozione.

I primi commentatori⁽¹⁷⁰⁾, guardando allo schema di decreto relativo al progetto sul nuovo testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi, alla luce del comma 6 dell'articolo 30, propendevano per la tesi dell'adozione obbligatoria rispetto alle aziende e ai datori di lavoro occupanti più di mille lavoratori⁽¹⁷¹⁾.

Nella versione definitiva approvata il 9 aprile 2008, tuttavia, il comma 6, è stato soppresso, sancendo così la mera facoltà per gli enti di dotarsi del documento preventivo di cui all'articolo 30, il quale si limita a prescrivere il contenuto minimo in caso di sua adozione.

La plausibilità di questa soluzione risiede fondamentalmente nel rilievo che, da un punto di vista sistematico, sarebbe incoerente sostenere che l'articolo 30 del testo unico sicurezza, pur richiamando espressamente i modelli disciplinati nel decreto n. 231, rispetto ai quali, come dimostrato, il regime di adozione facoltativa, quanto meno sul piano giuridico appare incontrovertito, ne imponga, limitatamente alla materia antinfortunistica, l'obbligatorietà.

Per quanto riguarda gli enti collettivi destinatari del precetto di cui all'articolo 30, detto disposto, recependo la previsione dell'articolo 1 del decreto n. 231, circoscrive, in materia di modelli di organizzazione e di gestione, l'ampio campo di applicazione segnato dall'articolo 3 del testo unico sicurezza.

⁽¹⁷⁰⁾ S. BARTOLOMUCCI, *Modelli organizzativi obbligatori ed auto-validati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, cit., 411.

⁽¹⁷¹⁾ In questo articolato, infatti, l'art. 30, comma 6, prescriveva l'obbligo di adottare i modelli organizzativi nelle ipotesi sopra indicate.

Le ragioni che presiedono questa scelta, dettata principalmente da esigenze di armonia sistematica, sono le medesime che hanno suggerito ai compilatori del decreto n. 231 di escludere dal regime di responsabilità amministrativa lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. La Relazione al decreto n. 231 (paragrafo 2), evidenzia l'inopportunità di irrogare a questi soggetti sanzioni interdittive o pecuniarie, considerando che, riguardo alle prime, si è ritenuto che gli effetti deleteri delle misure sarebbero ricaduti principalmente sulla collettività. A conclusioni non dissimili si sarebbe pervenuti nel caso di una sanzione pecuniaria applicata ad uno dei soggetti esclusi, poiché si è ritenuto ragionevole credere che il costo del disservizio sarebbe comunque stato sopportato dai consociati.

La persuasività di questa opzione che, è bene precisarlo, riposa sull'idea di fondo che il legislatore delegante, nel prevedere un'autonoma responsabilità dell'ente, «avesse di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di *natura squisitamente economica*, e cioè assistite da fini di profitto (patrimoniale, NdA)», s'indebolisce a fronte della considerazione che le disposizioni antinfortunistiche, la cui violazione può integrare uno dei delitti di cui all'articolo 25 *septies* del decreto n. 231, si rivolgono indifferentemente ad attività private e pubbliche (articolo 3 testo unico sicurezza), fermo restando per queste ultime le peculiarità delle figure datoriali.

Esplorando in alcuni recessi la situazione problematica dell'individuazione dei soggetti destinatari del precetto contenuto nell'articolo 25 *septies*, è stata lambita la questione riguardante le ipotesi di lavori eseguiti in appalto all'interno dell'azienda committente⁽¹⁷²⁾ i cui dipendenti danno luogo all'infortunio.

Si osserva, tuttavia, che le situazioni nelle quali possono riscontrarsi difficoltà nell'enucleare i diversi profili di responsabilità sono quelle in cui le parti non contravvengono lo schema contrattuale pattuito, il quale continua dunque a contemplare due datori di lavoro. Questa premessa proietta il problema *de quo* nella dimensione del rischio c.d. interferenziale rispetto al quale il legislatore ha mostrato una certa sensibilità fin dal 1994. Nell'articolo 7 dell'abrogato decreto legislativo n. 626 del 1994 erano indicati gli obblighi alla cui osservanza erano tenuti il committente e l'appaltatore o lavoratore autonomo chiamato ad eseguire la propria prestazione nell'azienda del primo. Recependo la stessa politica di prevenzione dei rischi da interferenze, l'articolo 26⁽¹⁷³⁾ del testo unico sicurezza ha puntualizzato le prescrizioni del decreto n. 626 cui devono attenersi i soggetti dianzi richiamati.

⁽¹⁷²⁾ M. BRAMIERI, D. BAGAGLIA, A. FIRMANI, A. MISFUD, *La responsabilità penale e amministrativa delle persone giuridiche*, Egea, Milano, 2008, 187. Gli Autori offrono una soluzione interpretativa limitata all'ipotesi dell'ingerenza del committente, realizzata attraverso suoi dipendenti o addetti, capace di mutare un contratto di appalto in rapporto di lavoro subordinato, degradando l'appaltatore a *nudus minister* dell'appaltante, il quale diventa unico potenziale destinatario delle sanzioni previste dall'art. 25 *septies*.

⁽¹⁷³⁾ Fra i più recenti contributi giurisprudenziali al tema si segnala Cass. pen., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14667 secondo cui "Allorquando un cantiere temporaneo o mobile viene in essere all'interno del processo produttivo di un'impresa, il

In relazione al riparto di responsabilità da delitto degli enti, si possono quindi prospettare i seguenti scenari.

Astraendo dalle situazioni di ingerenza cui si è già accennato, qualora l'infortunio ai dipendenti dell'ente-committente o dell'ente-appaltatore trovi la propria genesi in un difettosa cooperazione o coordinamento fra i datori di lavoro, attività delle quali entrambi i modelli non abbiano tenuto debito conto ovvero rispetto alle quali non siano stati efficacemente attuati, nulla pare precludere, in presenza dei requisiti previsti dal decreto n. 231, una responsabilità di entrambi i soggetti datoriali che hanno colposamente cooperato nel causare il delitto.

Nel caso in cui l'infortunio a un lavoratore dell'ente appaltatore derivi da un rischio specifico di questa attività, l'ente-committente non risponderà. Infine, qualora l'offesa in danno dei lavoratori dell'ente-appaltatore o del lavoratore autonomo si produca a causa di un rischio specifico dell'attività del ente-committente costui potrà essere destinatario delle sanzioni astrattamente minacciate dall'articolo 25 *septies* del decreto n. 231.

Dopo l'introduzione dei modelli organizzativi nella legislazione antinfortunistica, ci si è chiesti, in ottica contenutistica, quali fossero i rapporti fra questi e le numerose prescrizioni già contenute nel decreto n. 626 e in altre leggi speciali, oggi rifluite nel testo unico sicurezza, in specie in relazione al documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 28 del decreto n. 81.

In linea di prima approssimazione, si rileva che alla diverse finalità perseguite dai due documenti in questione non fa da *pendant* una completa estraneità operativa.

In altri termini, il documento previsto nell'articolo 28 testo unico sicurezza, finalisticamente orientato alla neutralizzazione o riduzione dei rischi derivanti dai processi produttivi in atto nell'impresa, potrebbe essere iscritto, così come i sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro implementati volontariamente dalle imprese alla luce di *standard* internazionali (ad esempio, BS OHSAS 18001), in un protocollo di organizzazione e gestione finalizzato a prevenire i reati previsti negli articoli 24 - 25 *novies* del decreto n. 231.

I redattori dei protocolli preventivi, nell'attività di mappatura delle aree di rischio relative agli infortuni nei luoghi di lavoro, potranno comunque avvalersi dell'analisi già svolta per la redazione del documento valutativo di cui all'articolo 28. Susseguentemente, i contenuti del sistema di gestione volontariamente adottati potranno assolvere il ruolo di endoscheletro dei protocolli preventivi in cui si articola in c.d. modello

datore di lavoro committente, oltre che alla valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, è tenuto: a) nel caso di appalto interno conferito ad una sola impresa o ad un singolo lavoratore autonomo, a redigere il documento di valutazione dei rischi di cui all'art. 26, comma terzo, del D.Lgs. n. 81 del 2008; b) nel caso in cui i lavori contemplino l'opera di più imprese o lavoratori autonomi, anche in successione tra loro, a nominare il coordinatore per la progettazione, il quale, ai sensi dell'art. 91 del citato D.Lgs., deve redigere il piano di sicurezza e di coordinamento, che ha valore di documento di valutazione del rischio interferenziale”.

della sicurezza. Non è così banale da essere lasciato nella dimensione del sottointeso il rilievo che un sistema di gestione della salute e sicurezza o dell'impatto ambientale dell'attività dell'ente non può essere considerato *tout court* un modello organizzativo nei termini postulati nel decreto n. 231.

Si oppone a questa uniformazione la presenza nel modello organizzativo di componenti (a esso coessenziali) ed estranee al sistema di gestione quali l'Organismo di Vigilanza.

Assumendo un approccio ordinante fra le diverse procedure che intessono i sistemi di gestione (in particolare quelli afferenti alla salute e sicurezza e ai reati ambientali) e il modello organizzativo, si può affermare che le prime mirano ad affrontare e controllare, in ottica preventiva, il rischio (infortunistico e ambientale) residuo e il secondo a scongiurare gli esiti sanzionatori derivanti dall'inverarsi del rischio residuo. Entro questo quadro può effettivamente rappresentare un valore aggiunto per l'impresa l'integrazione fra sistemi di gestione⁽¹⁷⁴⁾, in modo che il dialogo fra le regole che li compongono eviti duplicazioni, prevenga o finanche elimini i conflitti fra essi, dia luogo a sinergie e siano reciprocamente utili.

Nella specifica area del rischio-infortunio, l'articolo 30 delinea i contenuti minimi che il modello di organizzazione e gestione deve recare per acquisire l'attitudine ad evitare il verificarsi di reati della specie di quelli previsti nell'articolo 25 *septies* del decreto n. 231. In sostanza l'ente, osservando le indicazioni contenute nel decreto 231 e quelle dell'articolo 30 testo unico sicurezza, in evidente rapporto di complementarietà in punto infortuni sul lavoro, dovrà preoccuparsi di stilare regole cautelari di secondo grado, che sostanzieranno il modello, aventi di mira un duplice obiettivo: quello immediato sarà controllare l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici espressamente richiamati nell'articolo 30, nonché, quelli desumibili da altre disposizioni legislative in materia, dalle buone prassi, dalle norme di buona tecnica, dalle linee guida riconducibili, più in generale, all'adempimento della pretesa normativa contenuta nella disposizione di chiusura di cui all'art. 2087 codice civile⁽¹⁷⁵⁾, espressivi di regole preventive di primo grado codificate nei precetti antinfortunistici; quello mediato sarà l'esonero della responsabilità amministrativa per i fatti di cui all'articolo 25 *septies*, mediante l'implementazione di regole organizzativo-comportamentali che consentano di dar corso a un sistema aziendale idoneo a prevenire i reati contenuti nella suddetta previsione normativa.

Le interazioni fra i modelli organizzativi della sicurezza e gli altri elementi che compongono il sistema aziendale di prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro non si limitano ai soli documenti la cui adozione costituisce un preciso adempimento legale. La centralità dell'organizzazione aziendale quale cardine della

⁽¹⁷⁴⁾ Sugli obiettivi e i vantaggi occasionati dai sistemi di gestione integrati si veda *amplius* A. FOTI, *Guida operativa alla costruzione e gestione del Modello 231*, EPC Editore, Roma, 2015.

⁽¹⁷⁵⁾ L'intrinseco divenire degli obblighi prevenzionistici cui è tenuto il datore di lavoro è attestato dalla lettera z) dell'art. 18 del d.lgs. n. 81 del 2008, a mente della quale le misure di prevenzione devono essere aggiornate in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione.

politica di prevenzione degli infortuni sul lavoro ha sospinto l'elaborazione di strumenti operativi da parte di enti pubblici e privati preordinati a indicare procedure standardizzate per elevare i livelli della sicurezza nelle imprese.

Entro questa prospettiva le Linee Guida per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) elaborate da UNI-INAIL nel settembre 2001 giocano il ruolo di suggerimenti pratici rivolti alle imprese intenzionate a implementare un sistema di gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Trattasi di previsioni che non assurgono nemmeno a specifica tecnica certificabile da parte di un ente terzo e che non possono considerarsi ottemperanti ai postulati del d.lgs. n. 231/2001 e del d.lgs. n. 81/2008 necessari per esonerare da responsabilità penale la persona giuridica in caso di infortunio.

Per quanto concerne il sistema di gestione adottato in conformità alle disposizioni contenute nel British Standard OHSAS 18001:2007, ben potendo essere certificato da un ente terzo, non può garantire per ciò solo l'idoneità a prevenire i reati previsti nell'art. 25 *septies* e, conseguentemente, a dispensare l'ente da responsabilità.

L'articolo 30, comma 5, del decreto n. 81 del 2008 specifica la generale previsione dell'articolo 6, comma 3, del decreto n. 231, statuendo che «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini, ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6». La disposizione, già nell'*incipit*, presenta un primo nodo problematico.

Ci si è chiesti, infatti, quale lasso di tempo intenda esprimere la locuzione «In sede di prima applicazione [...]». Nel silenzio normativo, si può ipotizzare che le intenzioni del legislatore fossero quelle di indicare ai destinatari del precetto parametri cui rifarsi al fine di stilare i primi modelli in materia di salute e sicurezza. A fronte di questo pur commendevole fine, resta comunque l'inopportunità di una previsione così generica, in un ambito ove la matrice penalistica delle sanzioni comminate non può essere oggetto di persuasive obiezioni.

Riguardo la presunzione di conformità⁽¹⁷⁶⁾ stabilita dal comma 5, in linea generale, valgono le medesime considerazioni formulate in ordine all'articolo 6, comma 3, del decreto n. 231, pena l'introduzione da parte

⁽¹⁷⁶⁾ In ogni caso, come esplicitato nel comma 5 dell'articolo 30, la presunzione di conformità del modello opera limitatamente alla parti di questo che trovano corrispondenza nei BS OHSAS 18001:2007, sigla che descrive uno *standard* internazionale indicante i requisiti di idoneità di un sistema di gestione a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Per tutti gli altri requisiti richiesti dall'art. 30 per rendere il modello idoneo a deresponsabilizzare l'ente è necessaria una specifica implementazione, ad esempio la indefettibile attivazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, non previsto nelle disposizioni tecniche di dettaglio OHSAS.

del legislatore delegato di una deroga alla disciplina generale in materia di modelli, esulante dall'oggetto della delega definito nell'articolo 1 della legge n. 123 del 2007.

Si può dunque affermare che i modelli di organizzazione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro abbiano "abbracciato" i sistemi di gestione della salute e sicurezza ma non possano considerarsi esauriti dal contenuto delle predette procedure standardizzate. D'altro canto questa conclusione trova conforto in uno sguardo d'insieme alla fenomenologia di alcuni infortuni sul lavoro che trovano la propria genesi in processi aziendali non necessariamente coincidenti con la lavorazione pericolosa. Si pensi all'acquisto di un macchinario incompatibile con il *layout* aziendale disposto dal datore di lavoro che, ove presente, viene a coincidere con il consiglio di amministrazione⁽¹⁷⁷⁾, svincolato da una procedura che coinvolga l'ufficio acquisti, l'ufficio tecnico e progettazione e che scandisca i passaggi attraverso i quali si forma e viene attuata la decisione in relazione a un processo aziendale ove sono coinvolti lavoratori esposti al rischio infortunio. Pare dunque potersi affermare che il c.d. modello organizzativo della sicurezza si ponga a un metalivello rispetto ai sistemi di gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, assumendo un ruolo di più ampio respiro nel sistema aziendale destinato a prevenire eventi infortunistici.

LA DELEGA DI FUNZIONI NEL MOSAICO DEL MODELLO ORGANIZZATIVO

Nel complesso delle opzioni organizzative a disposizione del datore di lavoro il d.lgs. 81/2008 valorizza, in prospettiva preventiva, l'interazione fra la delega di funzioni (art. 16) e il modello organizzativo della sicurezza (art. 30).

Le disposizioni di riferimento sono contenute nell'art. 16, comma 3⁽¹⁷⁸⁾, e 30, comma 4⁽¹⁷⁹⁾, d.lgs. n. 81 del 2008.

Il coordinamento fra i predetti fragmenti normativi, complice una tecnica di legislativa non impeccabile, ha suscitato alcuni quesiti interpretativi.

In prima approssimazione metto conto chiarire che il comma 4 dell'articolo 30 del decreto n. 81, in linea con le statuizioni contenute nel d.lgs. n. 231/2001, prescrive l'adozione di un organo di controllo deputato a

⁽¹⁷⁷⁾ In questo senso ha sentenziato Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, annotata da C.M. D'ERIL-A.L. VERGINE, in *Guida dir.*, 2011,1, 90.

⁽¹⁷⁸⁾ Art. 16, comma 3, II periodo: "L'obbligo di cui al primo periodo (i.e. l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro sull'operato del delegante, NdA) si intende assolto in caso di adozione e di efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4 .

⁽¹⁷⁹⁾ Art. 30, comma 4, primo periodo: "Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate".

vigilare sulla costante buona salute del modello della sicurezza⁽¹⁸⁰⁾. Appurato che i predetti compiti rientrano nella competenze dell'Organismo di Vigilanza, che dovrà avvalersi di un soggetto dotato di specifiche competenze in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (soprattutto considerando il livello di rischio che connota caso per caso l'attività di impresa), appare incontrovertibile l'estraneità del predetto organismo al complesso di doveri gravanti in capo agli altri attori della sicurezza (in particolare datore di lavoro, dirigenti, preposti, medico competente, responsabile del servizio di prevenzione e protezione). Questa precisazione non è di poco conto atteso il rischio di uno scivolamento verso i componenti l'O.d.V. dei doveri di prevenzione degli infortuni e delle connesse responsabilità in caso di trasgressione ai primi.

Entro la prospettiva problematica dischiusa dalla relazione normativa fra l'art. 16, comma 3, e art. 30, comma 3 d.lgs. n. 81/2008 è necessario appuntare l'attenzione sulla figura del datore di lavoro, cui compete la facoltà di avvalersi dello strumento della delega di funzioni⁽¹⁸¹⁾ al fine di meglio assolvere il dovere giuridico di protezione dei lavoratori dai rischi professionali cui sono esposti.

L'originaria formulazione dell'articolo 16, comma 3, testo unico sicurezza, a mente del quale il delegante può esercitare il controllo⁽¹⁸²⁾ sul corretto espletamento delle funzioni trasferite al delegato «anche» attraverso i sistemi di verifica e di controllo previsti nell'articolo 30, comma 4 del medesimo decreto consentiva di affermare che il controllo sull'attività del delegato effettuato attraverso l'organismo di vigilanza costituisca una semplice modalità del doveroso controllo cui è tenuto il delegante. In altri termini, l'operato

⁽¹⁸⁰⁾ Nei primi commenti alcuni Autori attribuivano a questo organismo indipendente l'identità di *alter ego* dell'organismo di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, così: S. PESCI, *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del D.Lgs. n. 231/01*, in *Cass. pen.*, 2008, 3967. Altri, si consenta all'uopo il rinvio a Y. RUSSO, *Sicurezza e responsabilità amministrativa degli enti collettivi: i modelli di organizzazione e gestione*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, Giuffrè, Milano, 2009, 110, nota 38 avevano rilevato che "il raffronto fra l'art. 30, comma 4, t.u. sicurezza e l'art. 6, comma 1, lett. b, del decreto n. 231, tuttavia, non sembra precludere la possibilità che il dovere di controllo sull'attuazione e l'aggiornamento del modello finalizzato alla prevenzione degli infortuni nel luogo di lavoro possa essere assolto dall'organismo di vigilanza dell'art. 6, comma 1, lett. b, del decreto n. 231 i cui compiti investono la categoria dei «modelli», di cui fa certamente parte quello previsto nell'art. 30 t.u. sicurezza". Il tempo ha confermato la maggior ragionevolezza di questa lettura interpretativa più sensibile alle ragioni imprenditoriali in cui non trova spazio una costosa superfetazione degli organi di controllo.

⁽¹⁸¹⁾ È appena il caso di annotare che dalla metà del primo decennio del Duemila, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, *Cass. pen.*, Sez. III, 15 luglio 2005, n. 26122) in forza del quale la scelta del datore di lavoro di avvalersi della delega di funzione prescinde dai requisiti dimensionali dell'impresa. Questo impostazione è stata recepita, ancorché in modo indiretto e celato, dal t.u. sicurezza il quale nel disciplinare la predetta figura giuridica ha precisato da riferimenti alla dimensione dell'impresa.

⁽¹⁸²⁾ In ordine alla permanenza di un residuo dovere di controllo in capo al delegante sull'operato del delegato si censisce un orientamento solido sia nel formante giurisprudenziale (di recente *Cass. pen.*, Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10702, in *Dir. giust.* 20 marzo 2012, la quale chiarisce che il residuo dovere del delegante consiste in una c.d. vigilanza alta avente a oggetto la complessiva gestione del rischio da parte del delegato) sia in quello sapienziale (P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Cedam, Padova, 2003.

dell'Organismo di Vigilanza era inidoneo a dispensare il delegante dal dovere di vigilanza sull'attività del delegato. Questa esegesi deve essere sottoposta a controllo critico, alla luce del c.d. correttivo (d.lgs. n. 106/2009), il quale ha sostituito il secondo periodo dell'articolo 16, comma 3, con il seguente: «L'obbligo di cui al precedente periodo (cioè l'obbligo di vigilanza sul corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni a questo trasferite tramite delega di funzioni, *NdA*) si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4». A tutta prima, il dettato normativo autorizza a congetturare che il delegante, adottando un modello di organizzazione e gestione dotato di un idoneo sistema di controllo sull'efficacia e l'attualità di questo, non sarà censurabile a titolo di *culpa in vigilando* qualora il delegato non adempia doverosamente alla funzioni trasferitegli tramite delega di funzioni.

Nondimeno questa prospettazione, determinando potenziali effetti deresponsabilizzanti per il datore di lavoro non sembra porsi in sintonia con la vocazione preventiva delle delega di funzioni.

Sembra dunque che nonostante l'equivoca formulazione legislativa ragioni di natura sostanziale suffraghino la tesi secondo la quale il trasferimento di funzioni realizzato mediante tale negozio giuridico bilaterale costituisce un'opzione organizzativa di cui il datore di lavoro può avvalersi per ridurre al minimo i rischi professionali cui sono esposti i lavoratori e non come limite negativo alla rilevanza penale di un suo comportamento antidoveroso in *eligendo* ovvero in *vigilando*. Entro questo ambito tematico conserva comunque interesse chiedersi quali sinergie possano attivarsi fra l'istituto della delega di funzioni e il modello organizzativo della sicurezza.

Un'indicazione in merito sembra potersi ricavare guardando all'evoluzione storica dell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2008. Segnatamente la prima formulazione del comma 3 sembrava suggerire che l'implementazione di un sistema aziendale diretto a prevenire gli infortuni sul lavoro assicurato dall'adozione del modello della sicurezza potesse costituire una modalità attraverso la quale adempiere il dovere di controllo persistente in capo al delegante. Sotto un profilo operativo la prospettiva pare praticabile. Si pensi, nell'ambito della procedura afferente alla delega di funzioni, alla previsione di un obbligo di comunicazione periodica in capo al delegato e diretto al delegante e all'Organismo di Vigilanza avente a oggetto lo svolgimento delle attività trasferite mediante l'atto di delega, l'insorgere di eventuali criticità di natura tecnica o economica nella gestione del rischio e quant'altro attenga ai compiti propri del delegato. Il medesimo obiettivo di c.d. vigilanza alta da parte del datore di lavoro potrebbe essere perseguito mediante la *mise en oeuvre*, nell'ambito del modello della sicurezza, di un protocollo *ad hoc* per l'attività di *auditing* sull'operato del delegato, tale da contemplare anche il mantenimento e il costante aggiornamento da parte del delegato dei requisiti tecnico professionali necessari alla doverosa esecuzione delle funzioni trasferite.

Lungo questa linea di autoregolamentazione aziendale, con particolare riferimento alla condotta del datore di lavoro, sia questo personificato da un singolo o da un organo collegiale, si colloca la problematica relativa all'onere probatorio cui è sottoposto l'ente per andare esente da responsabilità nel caso in cui sia commesso

uno dei reati colposi previsti nell'art. 25 *septies*⁽¹⁸³⁾. Il *punctum dolens* concerne in particolare la compatibilità dell'elusione fraudolenta con il criterio d'imputazione colposo dell'offesa disvolta (artt. 589 e 590 c.p.).

Secondo le Linee Guida di Confindustria⁽¹⁸⁴⁾ l'elusione fraudolenta delle misure preventive in cui si articola il modello organizzativo della sicurezza non è compatibile con i delitti colposi. Per coordinare l'ascrizione colposa dell'offesa con la prova dell'elusione fraudolenta postulata nell'art. 6, lett. c) si è proposto, tenendo conto del diritto di difesa, di riferire la predetta elusione alla sola condotta dell'autore (e non anche dell'evento) trasgressiva delle procedure e delle disposizioni interne attuate dall'azienda per prevenire la commissione di reati presupposto mediante le condotte a questi prodromiche. La questione problematica relativa alla compatibilità del requisito dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo, come elemento di prova positiva che l'ente deve fornire per non incorrere nella imputazione del delitto colposo, sembra conservare interesse soltanto rispetto alle ipotesi di delitto commesso con colpa incosciente.

Nel formante giudiziale si registra una pronuncia dell'Ufficio GUP di Cagliari, sulla quale ci si è già soffermati nel corso della trattazione, a mente della quale l'uso dell'avverbio fraudolentemente "implica una volontà di inganno che non si vede come possa essere compatibile con una responsabilità colposa. Si pone dunque l'alternativa tra il ritenere inapplicabile l'esimente (che è l'unica prevista nel caso di reati commessi da persone in posizione apicale) o riempirla di contenuti diversi, ad esempio, prevedendo che il Modello di organizzazione e gestione debba essere eluso volontariamente dal reo". Trattasi dunque di un difettoso coordinamento fra disposizioni dell'art. 25 *septies*⁽¹⁸⁵⁾ che non può essere emendato se non a prezzo di un'operazione interpretativa idonea a convertire il requisito della fraudolenza in quello della volontarietà.

In effetti la pregnanza semantica della locuzione "eludendo fraudolentemente" sembra restringere il novero delle condotte suscettive di esimere da responsabilità l'ente per i reati contenuti nell'art. 25 *septies* e *undecies*.

Tentando di semplificare la complessità si può riconoscere, senza affannarsi in particolari sforzi ermeneutici, la possibilità per l'ente di fornire la prova dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo da parte del reo-apicale in tutti i casi in cui la condotta trasgressiva del precetto antinfortunistico sia supportata da colpa cosciente. La rappresentazione dell'evento offensivo verificatosi contro l'intenzione rende plausibile una condotta elusiva del modello attuata secondo modalità fraudolente. Si pensi, ad esempio, alla falsificazione

⁽¹⁸³⁾ La questione riguarda anche alcuni illeciti contro l'ambiente recepiti nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 attraverso l'art. 25 *undecies*.

⁽¹⁸⁴⁾ *Linee Guida Confindustria*, 139.

⁽¹⁸⁵⁾ Il giudicante ha conseguentemente avanzato un dubbio di legittimità costituzionale dell'attuale assetto normativo (art. 6, comma 1, lett. c e art. 25 *septies*, d.lgs. n. 231/2001) rispetto al diritto di difesa sancito nell'art. 24, comma 2, Cost. In merito si rinvia anche a E. ZANALDA, *Responsabilità dell'ente per l'omicidio colposo da infortunio*, in *Giur. it.*, 2012, 4.

della relazione tecnica inerente alla conformità di un macchinario con il *layout* aziendale trasmessa all'O.d.V. ovvero al confezionamento ad arte del *curriculum* di un soggetto destinatario di una delega di funzioni, al fine di attestare falsamente il possesso dei necessari requisiti tecnico professionali. *A fortiori*, la medesima conclusione sembra legittima nelle situazioni in cui l'apicale ha agito volendo e rappresentandosi, ancorché a titolo di dolo eventuale, l'evento infortunistico. In questi casi, tuttavia, l'ente andrebbe esente da responsabilità perché l'illecito amministrativo non sussiste per mancanza del reato presupposto, atteso che l'omicidio volontario non è iscritto nel catalogo dei reati presupposto.

Il profilo di maggior interesse interpretativo della questione posta pertiene però la compatibilità dell'elusione fraudolenta con i casi in cui l'infortunio al lavoratore costituisca il portato di una condotta che insiste nell'area della colpa incosciente. In merito si è di recente rilevato che "... nella maggior parte dei casi il reato colposo è figlio di condotte omissive totalmente inconsapevoli e compiute nonostante l'efficace attuazione del Modello Organizzativo prescritto dall'art. 30 TUSL." Stando così le cose, l'ente "... pur potendo dimostrare di aver efficacemente attuato un modello idoneo e controllato dall'O.d.V., si troverebbe comunque obbligato a fornire al giudicante anche la prova della elusione intenzionale del modello, ossia la prova di un fatto giuridico impossibile da dimostrare, il che si traduce nell'impossibilità di ottenere l'esimente"⁽¹⁸⁶⁾.

La figura della colpa incosciente, concernente comportamenti frutto di dimenticanza o di disattenzione ove la rappresentazione del pericolo non passa attraverso la zona lucida del cervello, non sembra compatibile con un'elusione delle regole contenute nel modello attraverso modalità fraudolente, che presuppongono quanto meno la rappresentazione dell'offesa. Occorre, tuttavia, considerare che sul piano operativo il prodursi di eventi infortunistici nonostante l'adempimento degli obblighi giuridici previsti in materia di salute e sicurezza e la predisposizione di un modello organizzativo astrattamente idoneo a prevenire il prodursi dei reati previsti nell'art. 25 *septies* concerne sovente il comportamento di sottoposti e non di apicali. Il rilievo non è marginale considerando che in questi casi l'art. 7 d.lgs. n. 231/2001 pone a carico del magistrato l'onere di provare che il reato è stato commesso reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza.

Entro una prospettiva simmetrica rispetto alla tutela del diritto di difesa dell'ente, le distonie all'interno del paradigma di illecito delineato dal d.lgs. n. 231/2001 provocate da offese imputate a titolo di colpa incosciente alla persona fisica, prodotte da condotte inosservanti le regole dettate dal modello organizzativo per mera disattenzione e o dimenticanza, concernono altresì il criterio d'imputazione oggettivo (interesse o vantaggio) dell'illecito all'ente. Appare, infatti, arduo provare il deliberato perseguimento di un interesse dell'ente in condotte inottemperanti al dovere di riconoscere la pericolosità di una situazione (colpa incosciente), così come non appare pacifico fornire la prova che l'ente a seguito della trasgressione di una regola protocollare dovuta a disattenzione o dimenticanza abbia ottenuto un vantaggio.

⁽¹⁸⁶⁾ L. CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 4, 117.

Sembra dunque che alla base delle opzioni di politica criminale del legislatore nei confronti degli enti vi sia l'intenzione di emendare la corrività del passato ipercompensando oggi con un sistema di attribuzione della responsabilità particolarmente severo.

4. I modelli di organizzazione e gestione nella prospettiva della qualificazione delle imprese e della certificazione

4.1 Premessa

Il tentativo di un migliore adeguamento del quadro normativo vigente alla evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa, secondo l'orientamento che trova conforto nella lettura evolutiva dell'articolo 2087 del Codice Civile⁽¹⁸⁷⁾, rappresenta uno dei tratti caratterizzanti del decreto legislativo n. 81 del 2008. Il *corpus* normativo, anche attraverso le disposizioni di cui al citato articolo 30 esprime così un più moderno approccio alla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e pone le basi per un nuovo modello culturale per la gestione del rischio in cui il dato prescrittivo della norma si accompagna necessariamente all'elemento aziendale/organizzativo quale indispensabile complemento per una maggiore effettività delle tutele.

Oltre all'articolo 30, tuttavia, vi sono ulteriori disposizioni che, sebbene non ancora adeguatamente coltivate, appaiono funzionali allo sviluppo di buone prassi di gestione della sicurezza dei lavoratori. Tra queste si iscrive l'articolo 27 del decreto legislativo n. 81 del 2008, relativo al sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi; disposizione più volte rimaneggiata nel tempo⁽¹⁸⁸⁾ ed oggi - a ben sette anni dalla

⁽¹⁸⁷⁾ Si veda al riguardo il fondamentale studio di L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. Sull'art. 2087 si vedano altresì, nella imponente elaborazione giurisprudenziale, Cass., IV sez. pen., 14 ottobre 2008, n. 38819, e Cass. 23 aprile 2008, n. 10529.

⁽¹⁸⁸⁾ Si rammenta infatti che l'istituto della qualificazione delle imprese, mutuato originariamente dal legislatore - nella prima versione del d.lgs. n. 81/2008 - dalla disciplina del Codice degli appalti pubblici, è stata poi arricchita e potenziata dal cosiddetto correttivo d.lgs. n. 106/2009 che ha altresì enfatizzato il ruolo in materia della Commissione Consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro di cui agli articoli 6, comma 8, lettera *g*), e 27 del d.lgs. n. 81/2008. Successivamente la materia, seppure in modo non troppo invasivo, è stata ridisciplinata dal d.l. n. 69/2013 (cosiddetto decreto del fare) che, per esigenze di maggiore celerità, si è limitato a sottrarre la disciplina dei settori e dei criteri della qualificazione delle imprese alle competenze dirette della citata commissione, prevedendo l'adozione in via diretta della norma regolamentare. Oggi peraltro, in sede di attuazione delle deleghe per la razionalizzazione e la semplificazione della materia introdotte col Jobs Act, l'art. 20 comma 1, lett. c), n. 2) del AS n. 176/2015 prevede opportunamente il ripristino delle originarie competenze della Commissione Consultiva in tema di qualificazione delle imprese. Per una

entrata in vigore del Testo Unico di salute e sicurezza sul lavoro - ancora posta tra le norme inattuato, eccetto che per il circoscritto ambito dei lavori svolti in ambienti confinati o sospetti di inquinamento⁽¹⁸⁹⁾.

4.2 Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi nel d.lgs. n. 81/2008

IL QUADRO LEGALE DI RIFERIMENTO

Tra i criteri di delega per la redazione del Testo Unico la legge n. 123 del 2007 aveva previsto la creazione di un *"sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi"* incentrato sulla specifica esperienza ovvero sulle competenze e conoscenze in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro *"acquisite attraverso percorsi formativi mirati"*⁽²⁰⁰⁾.

Con l'obiettivo di coltivare questo criterio direttivo, per la verità alquanto generico e indeterminato, il decreto legislativo n. 81 del 2008 aveva affidato alla Commissione consultiva permanente di cui all'articolo 6 il compito di individuare, anche sulla base delle indicazioni provenienti dagli organismi paritetici⁽²⁰¹⁾, «settori» e «criteri» finalizzati alla definizione di un vero e proprio sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi con riferimento alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro⁽²⁰²⁾. Rispetto alla delega, che

completa ricostruzione dell'istituto si veda M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 119-128, nonché N. PACI, *I sistemi di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, in G. NATULLO, P. PASCUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, 2010. Sulle modifiche introdotte dal "decreto del fare" si veda invece N. D'ERARIO, *Le altre semplificazioni in materia di sicurezza sul lavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Lavoro Riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 452-474.

⁽¹⁸⁹⁾ Oggi la disciplina di dettaglio su questa materia è contenuta nel D.P.R. n. 177/2011, recante il *Regolamento per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi operanti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, ai sensi dell'articolo 6, comma 8, lettera g*, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni. Il regolamento è stato adottato in attesa della definizione di un più complessivo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi. Per una attenta ricostruzione vedi sul punto M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, *Le nuove regole della salute e sicurezza dei lavoratori negli ambienti confinati*, in *Guida al Lavoro*, n. 45/2011, 20-30. nonché la più recente e aggiornata monografia di L. FANTINI, A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 465-470.

⁽²⁰⁰⁾ Art. 1, comma 2, lett. *m*, l. n. 123/2007.

⁽²⁰¹⁾ Il riferimento alla bilateralità non è casuale visto che l'art. 2, comma 1, lett. *f*, del d.lgs. n. 81/2008 definisce gli organismi paritetici alla stregua di «sedi privilegiate per la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici [...]».

⁽²⁰²⁾ Art. 27, comma 1, d.lgs. n. 81/2008.

condizionava la possibilità di acquisire la "qualificazione" alla effettuazione di «percorsi formativi mirati», il decreto legislativo n. 81 del 2008 poneva maggiore enfasi sulla «specifica esperienza, competenza e conoscenza» acquisite da imprese e lavoratori autonomi «anche» (ma non più esclusivamente) attraverso una adeguata formazione⁽²⁰³⁾.

Il possesso dei requisiti per ottenere la qualificazione avrebbe dovuto rappresentare – nell'impianto originario del Testo Unico – un «elemento vincolante» per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti e subappalti ⁽²⁰⁴⁾.

Forse anche a causa della estrema indeterminatezza dei criteri di delega, il sistema di qualificazione delle imprese previsto dal decreto legislativo n. 81 del 2008 è tuttavia rimasto per lungo tempo sulla carta, poiché la sua introduzione era subordinata alla promulgazione di un decreto del Presidente della Repubblica, da approvarsi entro il 15 maggio 2009 previo parere della Conferenza Stato-Regioni ⁽²⁰⁵⁾. Non era in ogni caso chiaro, anche per il mancato raccordo tra i diversi frammenti normativi contenuti nel Testo Unico e, come vedremo, con il Codice dei contratti pubblici, cosa il legislatore intendesse per «sistema di qualificazione». Così come mancavano completamente indicazioni sui «settori» e, più ancora, sui «criteri» volti alla qualificazione di imprese e lavoratori autonomi sia con riferimento agli appalti pubblici sia soprattutto in relazione agli appalti privati.

Da qui il tentativo, in sede di intervento correttivo, di coordinare il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi con adeguate procedure e meccanismi di certificazione dei relativi modelli di organizzazione e gestione.

L'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2008 si presentava così, dopo il correttivo, come una disposizione normativa molto più articolata che prevedeva espressamente che *"nell'ambito della Commissione di cui all'articolo 6, anche tenendo conto delle indicazioni provenienti da organismi paritetici, vengono individuati settori, ivi compreso il settore della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico, e criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, e sulla base delle attività di cui all'articolo 21, comma 2, nonché sulla applicazione di determinati standard contrattuali e*

⁽²⁰³⁾ Per una completa ricostruzione della disciplina sulla qualificazione delle imprese fino all'approvazione del Tu sicurezza e del d.lgs. n. 106/2009 si veda M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, in L. FANTINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 119-128.

⁽²⁰⁴⁾ Art. 27, comma 2, d.lgs. n. 81/2008.

⁽²⁰⁵⁾ Art. 6, comma 8, lett. g, d.lgs. n. 81/2008.

organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276⁽²⁰⁶⁾.

La disposizione ha posto in capo alle istituzioni competenti il compito di predisporre un sistema innovativo di selezione degli operatori del mercato, basato sulla sussistenza di elementi sostanziali afferenti alla concreta organizzazione del lavoro in azienda, alla struttura di processi formativi e di valorizzazione della acquisizione di competenze mirati e validati, alla assenza di violazioni specifiche in tema di tutela delle condizioni di lavoro, oltre che alla adozione di standard contrattuali ed organizzativi, ivi inclusi gli appalti, la cui qualità e genuinità siano attestate mediante la certificazione volontaria dei contratti di lavoro e di appalto di cui all'art. 75 e seguenti del d.lgs. n. 276/2003.

In relazione alla partecipazione ai pubblici appalti, l'articolo 27, comma 2, del d. lgs. n. 81/2008 precisa inoltre che il possesso della qualificazione e dei relativi requisiti di cui al comma 1 costituisce elemento preferenziale per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti.

Ai sensi dell'art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, i medesimi criteri sono altresì alla base della revisione dei requisiti di idoneità tecnico-professionale degli appaltatori e dei lavoratori autonomi, la cui verifica è richiesta in generale in capo al committente nel caso di affidamento di lavori in appalto (sia negli appalti privati che in quelli pubblici per quanto non diversamente disposto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come da ultimo modificate dall'articolo 8, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 123).

La predetta disposizione infatti espressamente prevede che: *"l datore di lavoro, in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo: a) verifica, con le modalità previste dal decreto di cui all'articolo 6, comma 8, lettera g), l'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione. Fino alla*

⁽²⁰⁶⁾ Si rammenta che a seguito della novella operata dall'art. 32 del d.l. n. 69/2013, l'articolo 27, co. 1 recitava come segue *"Con il decreto del Presidente della Repubblica di cui all'articolo 6, comma 8, lettera g), sono individuati i settori, ivi compresi i settori della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico, e i criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, e sulla base delle attività di cui all'articolo 21, comma 2, nonché sull'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni."*

data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo che precede, la verifica è eseguita attraverso le seguenti modalità:

- 1. acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato;*
- 2. acquisizione dell'autocertificazione dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445".*

Per tale via si conferma chiaramente che la selezione dei soggetti operanti sul mercato, tanto per l'accesso a pubblici appalti, quanto per l'accesso agli appalti privati, deve basarsi in ogni caso sulla verifica e sull'effettivo possesso, da parte degli aggiudicatari, degli appaltatori e subappaltatori, di requisiti sostanziali *affendenti alla idoneità tecnico-professionale delle imprese* fondati sull'adozione di standard contrattuali ed organizzativi adeguati e di qualità, sulla genuinità dei contratti di lavoro e degli appalti utilizzati, eventualmente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nonché sull'adozione di percorsi formativi efficaci ed effettivi.

L'innovazione è tanto più significativa se si considera che il Legislatore ha indicato a titolo non esaustivo alcuni settori "pilota" per l'introduzione di questo meccanismo di selezione dei soggetti abilitati ad operare nel mercato, quali la sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico e l'edilizia. Più in particolare, rispetto a quest'ultima, il legislatore – predeterminando anche le modalità tecniche di funzionamento del predetto sistema di qualificazione, nella formula della cosiddetta patente a punti – all'art. 27, co. 1-bis, espressamente prevede che: *"il sistema qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi si realizza almeno attraverso la adozione e la diffusione, nei termini e alle condizioni individuati dal decreto del Presidente della Repubblica di cui all'articolo 6, comma 8, lettera g), del presente decreto, di uno strumento che consenta la continua verifica della idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi, in assenza di violazioni alle disposizioni di legge e con riferimento ai requisiti previsti, tra cui la formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro e i provvedimenti impartiti dagli organi di vigilanza"*. Tale strumento, prosegue la norma, opera per mezzo della attribuzione alle imprese ed ai lavoratori autonomi di un punteggio iniziale che misuri tale idoneità, soggetto a decurtazione a seguito di accertate violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro riferibili al datore di lavoro. L'azzeramento del punteggio per la ripetizione di violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro potrà determinare l'impossibilità per l'impresa o per il lavoratore autonomo di continuare a svolgere attività nel settore edile. Il Legislatore ha previsto poi che il meccanismo congegnato per l'edilizia, potrà, con le modalità ivi previste, essere esteso ad altri settori di attività individuati con uno o più accordi interconfederali stipulati a livello nazionale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative.

IL RUOLO DELLA COMMISSIONE CONSULTIVA PERMANENTE

Oltre ai settori identificati *ope legis*, il legislatore aveva rimesso alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro il compito di individuare ulteriori settori – oltre che i criteri – del sistema di qualificazione.

Nell’impianto normativo appena descritto la Commissione consultiva ha pertanto svolto, nel periodo del suo mandato tra il 2010 e il 2012, un lavoro preliminare fondamentale per la definizione e la disciplina del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi ed alla sua successiva trasfusione in un Decreto del Presidente della Repubblica contenente la disciplina normativa specifica.

La commissione, in attuazione del combinato disposto di cui agli artt. 6, comma 8, lettera g) e 27, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, ha così individuato i settori e i criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi.

In tale contesto e nel raggiungimento del predetto fine, instauratosi nel febbraio 2010, il comitato tecnico n. 3 impegnato in seno alla Commissione nella attività istruttoria, dibattimentale e redazionale relativa alla identificazione dei predetti settori e criteri, la commissione ha realizzato, per mezzo di un lavoro capillare (non ancora giunto a completamento) una graduale mappatura che ha consentito di individuare cinque aree di attività lavorative, ulteriori rispetto a quelle previste *ope legis*, per la costruzione di primi prototipi di qualificazione da sperimentare, implementare ed estendere, successivamente ad altri settori, dando conto, implicitamente, delle contingenze legate ad eventi infortunistici micidiali verificatisi nel corso del 2010 e del 2011 in settori ad alto rischio. La individuazione dei settori è stata condotta in ragione della relativa maggiore incidenza degli infortuni sul lavoro, nonché della complessità organizzativa e della pericolosità dei processi produttivi e delle sostanze utilizzate, della incidenza di impiego di contratti di lavoro non standard, di appalti e subappalti endo-aziendali e di contratti di prestazione d’opera, della esposizione del comparto a problematiche di dumping ingenerate dal ricorso ad appalti orientati al “massimo ribasso” e, infine, in ragione delle peculiari modalità di accadimento degli infortuni mortali e non. Il risultato di questa attività, tuttavia, non è ancora culminato nell’adozione della correlata norma regolamentare, se non per quanto riguarda la disciplina dei luoghi confinati.

I SETTORI E I CRITERI DELLA QUALIFICAZIONE

Considerando le aree identificate *ope legis*, la Commissione Consultiva ha individuato dieci aree di attività lavorative strumentali alla prima applicazione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, nell’ottica di costruzione di “prototipi” da sperimentare, implementare ed estendere, successivamente, anche ad altri settori.

Il primo dei settori identificati *ope legis* dal d.lgs. n. 81/2008 è quello della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico. Esso si iscrive nella macro-area dell'industria dei servizi ed è caratterizzato dalle lavorazioni svolte dalle industrie di servizi tessili e medici affini così come previsti dall'art. 49, co. 1, lettera a), della legge n. 88/1989; debbono essere individuate come tali esclusivamente quelle che effettuano l'intero ciclo di lavorazione per mezzo di apparecchiature e macchinari automatici che escludono l'intervento meramente manuale nel ciclo di lavorazione. Tale attività, svolta con le suddette attrezzature, è conseguentemente rivolta a grandi committenze costituite da ospedali, comunità, alberghi, ristoranti, caserme, scuole, industrie farmaceutiche, chimiche, tessili, etc. Recentemente le parti sociali del settore hanno sottoscritto un protocollo specificamente dedicato alla qualificazione delle imprese operanti nella sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico con l'obiettivo di "accrescere la tutela dei lavoratori" e di perseguire la "lotta ai fenomeni di illegalità, concorrenza sleale e lavori sottocosto". Le regole della qualificazione applicabili al settore vanno, pertanto, individuate avuto riguardo alle scelte condivise dalle parti sociali. Il secondo e ultimo settore individuato *ope legis* è quello dell'edilizia.

Oltre a quanto specificato nel dettato normativo, la Commissione Consultiva aveva individuato gli ulteriori settori di seguito indicati:

- settore dei *call center* con specifico riferimento all'impiego di lavoratori coordinati e continuativi nella modalità a progetto, collaboratori occasionali e titolari di partita IVA prevalentemente in regime di mono-committenza (cosiddetti lavoratori autonomi economicamente dipendenti, sempre rientranti nell'alveo dell'art. 2222 c.c.);
- settore dei trasporti, il quale ricomprende le seguenti lavorazioni: trasporti ferroviari o, comunque, su rotaia; trasporto di merci e trasporti postali con autotreni, autoarticolati, trattori con rimorchio; rimozione e traino di autoveicoli; servizi pubblici urbani ed extraurbani per trasporto di persone, effettuati con autoveicoli, autosnodati e filobus. Trasporti terrestri su guida (compresa la manutenzione connessa all'esercizio); trasporti con funivie, cabinovie, seggiovie, sciovie e simili;
- settore dell'utilizzo, indiretto o mediato, di manodopera per il tramite di agenzie del lavoro (c.d. somministrazione di manodopera), il quale si configura anch'esso come estremamente trasversale a molteplici comparti produttivi che andranno a tal fine presi in esame;
- lavori in ambienti confinati, ai sensi degli artt. 66 e 121 e dell'allegato IV, punto 3, del d.lgs. n. 81 del 2008, vale a dire in vasche, canalizzazioni, tubazioni, serbatoi, recipienti, silos e simili (es.: pozzi, cisterne) connotati da una elevato rischio di infortuni, anche mortali. Al riguardo, si rinvia a quanto nel D.P.R. n. 177/2011, in vigore dal 28 novembre 2011;
- settore dei servizi di vigilanza privata, nell'ambito del quale è molto forte la necessità di una rinnovata e organica regolamentazione degli standard contrattuali (a livello individuale e collettivo), di organizzazione del lavoro e di professionalità, all'insegna di maggiore qualità, professionalità e competitività dei servizi resi. come definite e disciplinate rispettivamente dall'articolo 133 e ss. del T.U.L.P.S. (Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza), e dall'art. 249 e ss. del R.D. n. 635/1931.

- settore della ristorazione collettiva, il quale si iscrive nella macro-area dell'industria dei servizi e ha ad oggetto la attività di fornitura, produzione e somministrazione di alimenti e bevande a gruppi definiti di persone, su incarico di un committente pubblico o privato. Tale servizio è conseguentemente destinato a scuole, ospedali, carceri, comunità, caserme (oltre che a singoli utenti) ed ha una notevole rilevanza in termini sociali e di sicurezza, data la natura degli utenti finali che possono ricomprendere categorie di soggetti particolarmente a rischio come bambini, anziani e persone malate.
- settore dei servizi sanitari pubblici, caratterizzati dalla compresenza di rischi tra soggetti ospitanti e ospitati (ospedali e strutture sanitarie pubbliche) che determinano la necessità di una gestione di rischi (quali, ad esempio, rischi chimici, biologici e simili) spesso rilevanti imponendo sia la scelta, in caso di appalti, di imprese totalmente rispettose delle disposizioni di salute e sicurezza sul lavoro, sia la adozione di procedure dirette specificamente alla eliminazione o, se impossibile, alla riduzione al minimo, dei rischi tipici del settore (si pensi, per tutti, ai rischi da malattie infettive o da agenti chimici, biologici...).
- settore degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali e delle manifestazioni fieristiche, comprendenti attività del tutto peculiari, le quali richiedono l'adozione di procedure specifiche, finalizzate alla migliore applicazione delle disposizioni di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008.

Al fine di completare l'indicazione degli elementi (settori e criteri) della qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, sono stati elaborati criteri generali per il riconoscimento e l'attribuzione della qualificazione a tutti i settori sopra considerati. È stato così identificato un primo gruppo di criteri inderogabili, il cui possesso è indispensabile per il riconoscimento e l'attribuzione della qualificazione, ed un secondo gruppo di criteri preferenziali il cui possesso, in uno con il possesso dei primi, dà diritto alla maturazione di ulteriori requisiti per il riconoscimento della qualificazione.

I requisiti individuati come inderogabili per il riconoscimento della qualificazione sono pertanto:

- a) il rispetto delle previsioni in materia di informazione, formazione e addestramento dei lavoratori e, segnatamente, il compiuto svolgimento delle attività di informazione e formazione ai sensi degli artt. 34, 36 e 37 del n. d.lgs. 81/2008, nonché, con riferimento alle imprese familiari e ai lavoratori autonomi, le attività di cui all'art. 21, co. 2, del d.lgs. n. 81/2008;
- b) il rispetto delle previsioni normative in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva;
- c) la presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30% degli addetti, con esperienza almeno triennale nel settore di riferimento e rispetto alla specifica attività lavorativa o lavorazione svolta, indipendentemente dalla tipologia contrattuale utilizzata. I titolari di impresa e/o i datori di lavoro direttamente impegnati nelle lavorazioni rientrano nel computo del 30% di cui sopra;
- d) la idoneità allo svolgimento della attività di specifico riferimento, valutata tenendo conto del rispetto delle disposizioni in materia di valutazione dei rischi, sorveglianza sanitaria, misure di gestione delle

emergenze, fornitura, possesso, corretto utilizzo e manutenzione dei dispositivi di protezione individuale e di attrezzature di lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008;

- e) l'integrale applicazione degli accordi o contratti collettivi di riferimento, compreso l'eventuale versamento della contribuzione all'ente bilaterale di riferimento, sottoscritti con le organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o con le loro rappresentanze aziendali ai sensi della legislazione e degli accordi interconfederali vigenti.

Sono stati poi individuati i seguenti requisiti preferenziali per la qualificazione delle imprese:

- a) la certificazione dei singoli contratti di lavoro, e dei singoli contratti di appalto o subappalto, ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del d.lgs. 276/2003 e nei limiti di cui all'art. 27 del d.lgs. 81/2008;
- b) l'adozione e la efficace attuazione da parte delle imprese di modelli di organizzazione e gestione rispettosi delle disposizioni di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008;
- c) ogni altro elemento espressamente indicato, a questo fine, negli accordi interconfederali o nei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti con le organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;
- d) l'applicazione di codici di condotta ed etici e di iniziative di responsabilità sociale da parte delle imprese.

Le modalità peculiari per mezzo delle quali i criteri inderogabili e preferenziali sopra riportati avrebbero dovuto essere applicati nei settori di operatività della qualificazione sarebbero poi stati definiti in sede di attuazione delle previsioni di cui agli artt. 6, co. 8, lett. g), e 27 del d.lgs. n. 81/2008. Si prevedeva inoltre che, nei provvedimenti di cui al periodo precedente, si sarebbe proceduto ad individuare regimi transitori, finalizzati a consentire che le rispettive regolamentazioni entrassero in vigore compatibilmente con le esigenze di specifico riferimento.

Successivamente alla elaborazione di questo corposo lavoro e vista la mancata finalizzazione del regolamento sulla qualificazione delle imprese, se non per le attività svolte in ambienti confinati sopra già citate, l'art. 32 del d.l. n. 69/2013 (cosiddetto "decreto del fare") era intervenuto sulla sfera di operatività della Commissione Consultiva modificandone le attribuzioni e prevedendo che la stessa si occupasse non più di elaborarne i criteri e i settori, come previsto dall'articolo 6, co. 8, lett. g) nella sua precedente versione, bensì solo di discutere in ordine agli stessi. In questo quadro, dunque, il sistema di qualificazione delle imprese sarebbe stato disciplinato direttamente con Decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, acquisito il parere della Conferenza per i rapporti permanenti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. La modifica, nell'intento di semplificare e velocizzare la messa a regime del sistema di qualificazione delle imprese, in realtà non ha sortito gli effetti auspicati; di conseguenza l'art. 20 del d.lgs. n. 151/2015, intervenendo sulla composizione e sulle attribuzioni della Commissione Consultiva permanente, ha modificato nuovamente l'art. 6, co. 8, lett. g) riportando nell'alveo delle funzioni della Commissione la elaborazione dei criteri e dei settori di operatività del

sistema di qualificazione delle imprese, funzionale alla successiva elaborazione del regolamento attuativo dell'art. 27 co. 1. La novella lascia così intravedere nuove prospettive di sviluppo per questo innovativo segmento della disciplina del Testo Unico di salute e sicurezza sul lavoro, di per sé volto ad una traduzione in termini di effettività delle tutele formalmente riconosciute dal legislatore.

4.3 Le prospettive della certificazione: passato e futuro

Tornando alla più specifica disciplina dei modelli organizzativi, va fatto a questo punto un passo indietro. Invero nell'originario intento del legislatore, la disciplina dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 avrebbe dovuto essere affiancata dall'impiego sperimentale della certificazione. L'ottica di gestione integrata e trasversale della sicurezza, infatti, veniva ancor più potenziata dalla bozza di correttivo approvata dal Consiglio dei Ministri il 27 marzo 2009, mediante l'introduzione di un articolo 2-bis (rubricato *Presunzione di conformità*) e la speculare integrazione del medesimo articolo 30⁽²⁰⁷⁾.

Con la prima disposizione si proponeva, infatti, la seguente previsione: «La corretta attuazione delle norme tecniche e delle buone prassi, di cui all'articolo 2, comma 1, lettere u) e v), conferisce una presunzione di conformità alle prescrizioni di corrispondente contenuto del presente decreto legislativo. Conferisce altresì una presunzione di conformità alle prescrizioni del presente decreto legislativo la certificazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'articolo 30 del presente decreto ad opera delle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali e le università ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettere a) e c), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e l'utilizzo di macchine marcate CE e, per l'Amministrazione della Difesa, della pubblica sicurezza e della Guardia di Finanza, ad opera delle competenti strutture tecnico-sanitarie istituite presso i rispettivi organi di vigilanza». Essa esprimeva il principio in forza del quale la corretta attuazione delle norme tecniche e delle buone prassi costituisca una presunzione di conformità rispetto alle previsioni di corrispondente contenuto in materia di salute e sicurezza sul lavoro, rivestendo di eguale presunzione l'applicazione dello strumento certificatorio alla adozione ed alla efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione della sicurezza. In sede di elaborazione del decreto correttivo era stato peraltro proposto dalle associazioni datoriali della piccola impresa un rinvio, piuttosto che alla certificazione di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ad una più blanda "asseverazione", nell'ottica di una integrazione tra controllo pubblico e controllo "sociale",

⁽²⁰⁷⁾ Una attenta ricostruzione è ravvisabile nel contributo di A. BARBONI, C. BIZZARRO, M. GIOVANNONE, F. PASQUINI, M. Tiraboschi, *Mutamento dei modelli di organizzazione del lavoro, gestione della sicurezza, certificazione*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, 2009, pp. 67- 94.

finalizzata anche a garantire il miglior utilizzo delle risorse degli organi di vigilanza ed un flusso di informazioni per le aziende veicolato attraverso la consulenza degli organismi abilitati. Quella della asseverazione, in termini di presunzione di conformità, era apparsa tuttavia una soluzione oltremodo debole, attraverso la quale gli organismi incaricati avrebbero potuto troppo agevolmente eludere le responsabilità derivanti da una valutazione non corretta, non avendo i provvedimenti emessi alcuno specifico valore giuridico e non essendo di conseguenza impugnabili. La certificazione di cui all'articolo 2-bis avrebbe invece garantito, quale vera e propria procedura amministrativa, la responsabilità dell'organismo certificatore, soggetto ai controlli di legittimità propri del diritto amministrativo. Questo spiega perché, in sede di decreto correttivo, le procedure di asseverazione siano state contemplate esclusivamente nell'ambito dell'articolo 51 in relazione alla adozione e attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30, «della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività».

Parallelamente si prevedeva l'inserimento, all'articolo 30, di un comma 5-*bis* come di seguito: «Le commissioni di certificazione, istituite presso gli enti bilaterali e le università ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettere a) e c) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono soggetti abilitati a certificare anche ai fini di cui all'articolo 2-bis, i modelli di organizzazione e di gestione nel rispetto delle disposizioni contenute nel presente articolo».

La disposizione era chiaramente rivolta ad affermare la centralità delle procedure di certificazione nello sviluppo di prassi virtuose nella definizione dei modelli di organizzazione del lavoro⁽²⁰⁸⁾, soprattutto con riferimento alle tipologie di lavoro atipico e ai contratti di appalto, in sintonia con le nuove funzioni affidate alle commissioni di certificazione dall'allora disegno di legge AS 1167, divenuto poi l. n. 183/2010 (cosiddetto "collegato lavoro"). Ciò in considerazione, tra l'altro, del peculiare ruolo assunto negli ultimi anni dalle richiamate commissioni, le quali, nell'indagare la conformità dei singoli contratti individuali – anche nella loro concreta attuazione – alle corrispondenti disposizioni normative, sono via via state chiamate ad approfondire gli aspetti prettamente organizzativi delle diverse realtà aziendali, in un percorso del tutto simile, appunto, a quello che la bozza di correttivo approvata dal Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009 aveva prefigurato con riferimento specifico al tema della sicurezza.

Coerentemente, il comma 1 dell'articolo 27 era stato inizialmente così sostituito: «Nell'ambito della Commissione di cui all'articolo 6, anche tenendo conto delle indicazioni provenienti da organismi paritetici, vengono individuati settori, ivi compreso il settore della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico, e criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica

⁽²⁰⁸⁾ Relazione di accompagnamento alle "disposizioni integrative e correttive", ex art. 1, comma 6, della l. n. 123/2007, al d.lgs. n. 81/2008.

esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, e sulla base delle attività di cui all'articolo 21, comma 2, nonché sulla applicazione di determinati standard contrattuali ed organizzativi, anche in relazione agli appalti, certificati ai sensi del Titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ovvero ai sensi dell'articolo 30, comma 5-bis, del presente decreto».

La lettera delle disposizioni lasciava così intendere che l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione certificati – secondo le procedure di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ovvero ai sensi dell'articolo 30, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 81 del 2008 – avrebbe consentito, ai soggetti ad essi facenti ricorso, di usufruire dei meccanismi premiali di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001, ciò sempre che fossero rispettati gli obblighi previsti dall'articolo 30 stesso, per l'operatività delle esimenti contemplate rispettivamente dagli articoli 6 e 7 del decreto legislativo n. 231 del 2001 e dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 81 del 2008, commi da 1 a 4. L'integrazione dell'articolo 30, inoltre, ben si prestava a colmare l'ambiguo dettato del precedente comma 5 che limita la presunzione di conformità dei modelli di organizzazione e gestione, adottati secondo le linee guida UNI-Inail o al British Standard OHSAS 18001:2007, a una non meglio precisata fase di prima applicazione del decreto.

L'ambizioso quadro sopra delineato, fondato, da una parte, sulla valorizzazione della certificazione di cui alla Legge Biagi e sulla sperimentazione della certificazione dei modelli organizzativi, dall'altra sulla enfaticizzazione del sistema di qualificazione delle imprese quale criterio selettivo degli operatori sul mercato, non è però stato trasfuso *tout court* nella versione finale del decreto.

Dal testo del correttivo sono scomparse infatti le due disposizioni speculari dell'articolo 2-bis e dell'articolo 30, comma 5-bis, come originariamente formulato. Ne sono derivati il ridimensionamento – quanto meno testuale – della certificazione dei modelli di organizzazione e gestione e, al contempo, il notevole potenziamento dei sistemi di qualificazione delle imprese.

La lettura del comma 1 dell'articolo 27, suggerisce tuttavia che, fatta eccezione per la soppressione della presunzione di conformità di cui all'originario articolo 2-bis, il ridimensionamento dello strumento certificatorio in capo alle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali e le università risulta più formale che sostanziale, e lascia intravedere i possibili paradigmi evolutivi della disposizione; fattore di cui la Commissione Consultiva ha preso ampiamente atto, come visto nel paragrafo precedente.

Invero, essendo venuta meno la previsione esplicita in merito alla possibilità di certificare i modelli di organizzazione e gestione, l'articolo 27 apre rilevanti margini di ricorso all'istituto là dove prevede che il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi sia fondato «[...] sulla applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera [...] certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». Nulla esclude, infatti, che l'espressione, più ampia e atecnica, «standard organizzativi nell'impiego della manodopera» sia di per sé

idonea a ricomprendere anche la nozione specifica di modelli di organizzazione e gestione di cui all'articolo 30.

L'articolo 30, comma 5, dispone, poi, che, «in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti».

Entrambe queste disposizioni sembrano dunque aprire la strada ad un importante sviluppo dello strumento della certificazione volontaria dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro ad opera della prassi aziendale.

Rimane tuttavia la necessità di valutare con attenzione i punti di contatto di tali strumenti con la normativa cogente nonché il grado di incidenza ed effettività sotto il profilo processual-penalistico.

Con riferimento alla salute e sicurezza sul lavoro la certificazione coinvolge infatti la valutazione del sistema di gestione di una organizzazione e implica, come presupposto, il pieno raggiungimento della conformità alle leggi di settore, nonché la dimostrazione della efficacia del sistema stesso, attraverso la continua riduzione e il controllo del rischio residuo per la salute e sicurezza sul lavoro, per tutto il tempo di validità della certificazione stessa.

Al riguardo, lo standard BS OHSAS 18001:2007 interpretato sulla base della linea guida UNI-Inail-Ispesl-parti sociali prevede che «per qualunque organizzazione che richieda la certificazione del proprio Sistema di Gestione, in particolare per le Organizzazioni che devono essere gestite secondo la normativa specifica nazionale, l'Organismo di certificazione dichiara, in termini contrattuali, che la propria attività non è sostitutiva di, né integra in alcun modo, quella delle Autorità Competenti». Stante quindi il fatto che la responsabilità della conformità legislativa è una specifica responsabilità dell'organizzazione che richiede la certificazione del proprio sistema di gestione, «l'Organismo di certificazione deve verificare che l'Organizzazione abbia valutato la propria conformità alle leggi e ai regolamenti cogenti applicabili, e che sia in grado di dare evidenza, nel caso in cui tale processo abbia portato al rilievo di Non Conformità, che le stesse sono state gestite in conformità alle procedure applicabili di sistema. L'Organismo di certificazione verifica la gestione di tale conformità alle leggi applicabili per la salute e sicurezza sul lavoro secondo un campionamento. Il campionamento deve essere pianificato, e tale da fornire un'adeguata fiducia che il Sistema di Gestione operi correttamente anche relativamente al rispetto delle leggi applicabili». La conformità legislativa «significa che un'organizzazione con un sistema di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro certificato dovrebbe operare per ottenere la continua conformità al dettato delle leggi e dei regolamenti nazionali, relativi ai pericoli e ai rischi che gravano sulla Salute e Sicurezza dei lavoratori». L'organismo di certificazione, attraverso l'emissione della certificazione di sistema di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro, «dà confidenza relativamente all'installazione di un sistema capace di perseguire sia i

propri obiettivi di miglioramento, sia la conformità alle leggi e ai regolamenti, nonché la conformità alla Specifica Tecnica BS OHSAS 18001, interpretata sulla base della Linea Guida UNI-Inail-Ispesl- Parti Sociali».

Dal punto di vista processual-penalistico, poi, è opportuno valutare se l'adozione di un modello organizzativo certificato determina una effettiva tutela esimente per tutti nel caso si verificano violazioni delle norme sulla sicurezza che scaturiscano in omicidi colposi o lesioni gravi o gravissime, integrando così tutti i requisiti del modello idoneo di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001. Ciò consoliderebbe, infatti, una responsabilità importante per gli organismi di certificazione, che diventerebbero i principali garanti, davanti al giudice penale, del corretto comportamento delle organizzazioni certificate.

Attraverso questo singolare meccanismo, al giudice sarebbe inibita non solo la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi sotto il profilo contenutistico, ove esistenti le condizioni di cui ai primi quattro commi dell'articolo 30, ma anche la possibilità di verificare l'esistenza di tali condizioni, ove i *compliance* fossero conformi ai parametri indicati.

Spetterebbe, quindi, all'organismo di certificazione provare, in sede di contenzioso, di aver raccolto sufficienti evidenze oggettive per cui possa essere difesa e motivata la decisione di rilasciare e mantenere la certificazione.

Superate le suddette criticità giuridiche e in chiave evolutiva, la certificazione dei modelli di organizzazione e gestione si configura senza dubbio quale potenziale complemento del sistema di qualificazione delle imprese, nella creazione di un innovativo approccio bipolare alla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro basato sulla fissazione di standard organizzativo-qualificatori e di procedimenti certificatori per le imprese, adottando il quale, le stesse possono pervenire ad un più elevato grado di sicurezza ed affidabilità e ad una maggiore effettività delle tutele.

Nel contesto problematico dedicato alla efficacia esimente del modello di organizzazione e gestione preventivo dei reati di lesioni colpose e omicidio colposo, derivanti dalla inosservanza di norme antinfortunistiche, è infine opportuno fare un breve riferimento allo Schema di Disegno di legge di modifica del D.Lgs. n. 231/2001 posto all'attenzione del Ministero della Giustizia dall'Onorevole Alfano nel luglio 2010. Invero il testo prospettava un intervento molto energico sui meccanismi di applicazione della esimente attraverso due principali strumenti come di seguito specificati.

In primis, proponendo la modifica dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, il DDL contemplava lo spostamento dell'onere della prova di dimostrare l'inefficacia del modello a carico della Pubblica Accusa anche quando il reato è commesso da un soggetto apicale.

In secondo luogo si prevedeva la introduzione, nell'articolato del D.Lgs. n. 231/2001, di un articolo 7 - *bis* che disciplini la Certificazione del modello preventivo integrale (art. 7 bis, comma 1) ovvero la Certificazione settoriale e interinale del modello in corso di definizione (art. 7 bis, comma 2), con l'effetto di rendere lo

stesso modello certificato assistito da una – non meglio specificata – presunzione di idoneità ad esplicitare la efficacia esimente della responsabilità dell'ente. Il comma 1 prevedeva espressamente che *"In caso di regolare certificazione di idoneità del modello preventivo secondo le modalità stabilite nel regolamento previsto al comma 4, è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede"*. Inoltre, per effetto del successivo comma 2, si prevedeva la certificazione dell'idoneità delle procedure in corso per l'impianto dei modelli preventivi dei reati o di singoli segmenti dello stesso. In tal caso la certificazione può anche: a) riguardare singole procedure; b) attestare l'idoneità delle procedure in corso per l'impianto dei modelli preventivi dei reati.

Sotto il profilo della esimenza, la certificazione, in attesa di quella finale, avrebbe efficacia provvisoria, escludendo la responsabilità dell'ente solo per il tempo necessario all'impianto dei modelli e nei limiti in cui risulti espressione certa della volontà dell'ente medesimo di prevenire il fatto di reato rilevante.

Sotto un profilo sanzionatorio, inoltre, il descritto processo certificatorio inibirebbe l'applicazione, a titolo di misura cautelare, delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, co. 2 del D.Lgs. n. 231/2001, salvo esigenze cautelari eccezionali. Da quanto sopra descritto emerge che, sebbene ad oggi il testo non pare aver intrapreso un *iter* evolutivo ulteriore rispetto all'originario schema, nel caso un simile iter dovesse proseguire, si determinerebbero implicazioni di grande rilievo e novità nella funzione esimente del modello di organizzazione e gestione anche per quanto concerne la materia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (209).

(209) Si veda sul punto M. GIOVANNONE, M. VIOLA, *I modelli di organizzazione e gestione: l'efficacia esimente dalla responsabilità "penale amministrativa" degli enti collettivi*, in INAIL, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n. 1/2012, speciale su *Sistemi di Gestione della salute e sicurezza sul lavoro*, pp. 133-148.