

Reati colposi e responsabilità dell'ente

“Interesse” dell'ente e colpa incosciente: un rapporto davvero impossibile?

di Maurizio Riverditi (*)

Partendo da una riflessione sulla centralità dei doveri di gestione del rischio incombenti sull'imprenditore (ancor più sottolineata dalla recente riforma dell'art. 2086 c.c. ad opera del D.Lgs. n. 14 del 2019), il contributo si sofferma sulle ricadute che ne derivano anche sull'operatività della responsabilità degli enti da reato, ex D.Lgs. n. 231 del 2001. In particolare, il lavoro affronta la tematica connessa alla possibilità (sino ad ora generalmente contrastata) di considerare commessi nell'interesse dell'ente anche i reati realizzati con colpa incosciente, nel caso di violazione di regole cautelari riferite alla sfera di gestione del rischio “ragionevolmente prevedibile”.

Starting from a reflection on the centrality of the duties of the risk management incumbent on the entrepreneur (even more emphasized by the recent reform of art. 2086 c.c. by Legislative Decree no. 14 of 2019), the contribution focuses on the consequences that derive on the operativity of the responsibility of entities from crime, ex Legislative Decree no. 231 of 2001. In particular, the work addresses the issue related to the possibility (until now generally opposed) to consider committed in the interest of the entity also crimes carried out with reckless fault, in the case of breaches of precautionary rules related to the “reasonably foreseeable” risk management sphere.

La “gestione integrata” del rischio come paradigma della corretta gestione dell'impresa

Alla vigilia dei venti anni di vita del D.Lgs. 8 giugno 2001 (d'ora innanzi decreto 231), abbiamo sufficiente materiale per fare un bilancio complessivo degli approdi raggiunti sia sul versante applicativo, sia su quello strettamente dogmatico-interpretativo. E non v'è dubbio che il saldo sia da considerare complessivamente positivo.

Certamente lo è dal punto di vista dell'attenzione che questo “nuovo” modello di responsabilità ha saputo destare nel dibattito scientifico; ed altrettanto si può dire per la speculazione (sia teorica che operativa) sui vari profili applicativi di una normativa di per sé complessa e, per molti aspetti, sovradimensionata rispetto alle concrete esigenze che ne hanno motivato l'introduzione. Non meno interessanti sono le ricadute di questo incessante lavoro interpretativo

sulle concrete dinamiche di un “fare impresa” costantemente (e naturalmente) in tensione tra l'esigenza di garantire *performances* soddisfacenti alla platea degli *stakeholders* a cui deve rendere conto e la necessità di adottare strategie di *risk approach* e *risk management* in grado di assicurare l'adozione di assetti organizzativi adeguati alla dimensione del rischio di cui (intrinsecamente) sono pervasi i diversi ambiti in cui si declina e con cui si confronta.

A quest'ultimo riguardo, una spinta ulteriormente propulsiva all'adozione di un sistema di gestione del rischio d'impresa c.d. “integrato” che contempli (anche) l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal decreto 231 (che, è bene tenerlo sempre a mente, continua a non essere di per sé obbligatorio) è venuta dalla modifica dell'art. 2086 c.c., da ultimo significativamente rinominato *Gestione dell'impresa* ad opera del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che, come noto, ha disciplinato il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

L'imprenditore, pur nella libertà d'iniziativa che gli compete e che dev'essergli necessariamente riconosciuta (non solo in ossequio ai principi sanciti dall'art. 41 Cost., ma anche nel rispetto delle dinamiche tracciate dagli artt. 2380-bis e 2381 c.c.), "ha il dovere" di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale". Ed il modello organizzativo previsto dal decreto 231 rientra a pieno titolo, non v'è dubbio, nel novero degli assetti organizzativi adeguati per il controllo e la gestione del rischio di commissione dei reati che possono essere imputati all'ente e, in quest'ottica, risponde all'esigenza di corretta amministrazione incombente sull'imprenditore.

Il "rischio prevedibile" come misura del dovere di corretta gestione dell'impresa

In questo contesto, un ruolo centrale è ricoperto, anzitutto, dalle metodiche di valutazione e misurazione preventiva del rischio: sia quello inscindibilmente connaturato all'attività d'impresa e ontologicamente e direttamente affidato al governo dei suoi organi amministrativi, secondo le logiche tracciate dagli artt. 2380-bis e 2381 c.c., a cui corrisponde l'obbligo sancito dall'art. 2086 c.c. di dotare l'impresa di assetti adeguati; sia quello (non necessariamente coincidente con il primo) relativo alla commissione dei reati che l'ente è chiamato ad impedire secondo le scadenze sancite dal decreto 231.

I due piani, pur interrelati, sono distinti e come tali si rapportano e si contemperano nella prospettiva unitaria indicata dall'art. 2086 c.c.: basti pensare, ad esempio, che mentre il rischio di un sottodimensionamento del patrimonio dell'impresa e delle sue risorse organizzative rispetto allo scopo sociale è inscindibilmente compreso nel c.d. rischio d'impresa e, come tale, deve essere governato dall'imprenditore indipendentemente da qualsivoglia ulteriore considerazione circa la valenza che tale situazione potrebbe assumere rispetto alla commissione dei reati contemplati dal decreto 231; il rischio che taluno dei soggetti a vario titolo inseriti nell'organizzazione dell'impresa ponga in essere un fatto di corruzione nell'interesse o a vantaggio della stessa

prescinde (o può prescindere) dall'adeguatezza dell'assetto organizzativo di cui la stessa si è dotata per il raggiungimento dello scopo sociale.

Di conseguenza, assume un'importanza centrale (ed anche strategica) non solo l'adozione di soluzioni organizzative e gestionali in grado di fronteggiare i diversi fattori di rischio coinvolti nell'attività d'impresa; ma anche (e, forse, soprattutto) l'adozione di strumenti finalizzati a intercettare la reale (e di per sé, mutevole) dimensione concreta, al fine di valutarne la perdurante rispondenza (o scostamento) rispetto agli *standard* attesi e dominabili dall'organizzazione imprenditoriale (1). Risultano, dunque, a tal fine fondamentali sia gli organi societari "storicamente" deputati a vigilare "sull'osservanza della legge e dello statuto" ed "in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo" "adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento" (art. 2403 c.c.) (2); sia l'organismo di vigilanza a cui il decreto 231 assegna l'obbligo di "vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli" oltre che di curarne l'aggiornamento.

Ad entrambi spetta il compito, tanto delicato quanto essenziale, di garantire la tenuta delle soluzioni organizzative adottate in seno agli assetti organizzativi di cui il modello costituisce solo uno - sia pur importante - dei tasselli necessari per garantirne l'adeguatezza complessiva alla natura e alla dimensione dell'impresa.

Ed è innegabile che per assolvere compiutamente e consapevolmente a questo ruolo, gli organi di controllo necessitano di poter fare affidamento non solo su di una altrettanto completa ed approfondita conoscenza della realtà operativa in cui sono inseriti; ma anche dei parametri di valutazione del rischio che dev'essere presidiato al fine di poterne definire, per quanto possibile (in sintonia con la variabilità delle valutazioni che caratterizzano la mutevole dimensione del rischio), la soglia "consentita" o "tollerata" dall'ordinamento.

Pare, infatti, innegabile (già solo a livello razionale) che l'attività di controllo e vigilanza sull'adeguatezza sia degli assetti organizzativi demandata al collegio sindacale, sia, più specificamente, del modello organizzativo ex decreto 231, affidata all'organismo di vigilanza, implichi e presupponga la possibilità di tracciare una linea di confine tra quei comportamenti

(1) In argomento, sia consentito il rinvio a M. Riverditi, *Rischio (penale) d'impresa e sistemi di controllo*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2020, 905.

(2) Per un'interessante riflessione sull'attuale dibattito inerente ai controlli del collegio sindacale sull'adozione del modello

organizzativo previsto dal decreto 231, quale parte integrante degli adeguati assetti di cui all'art. 2086 c.c., v. M. Boidi - R. Frascinelli, *Verifica del collegio sindacale sul modello 231*, in www.eutekne.info del 19 novembre 2020.

che richiedono di essere monitorati, intercettati e corretti in quanto contrari alle regole contenute nel sistema di gestione del rischio di volta in volta considerato e, in ogni caso, ai principi a tal fine sanciti dal Legislatore o ricavati in via interpretativa dalla giurisprudenza; e quei comportamenti che, invece, si pongono al di sotto di tale soglia di attenzione in quanto sprovvisti di carica offensiva rispetto agli interessi perseguiti o, comunque, insufficiente a giustificare il dispendio di risorse necessarie per contrastarli. Si pensi, ad esempio, alla diversa entità degli sforzi che possono essere messi in campo per intercettare il difetto di manutenzione di una scala pieghevole raramente utilizzata in un magazzino automatizzato piuttosto che il difetto di manutenzione dell'impianto antincendio a servizio dello stesso reparto.

Peraltro, la possibilità di attivare (e di avallare) questa attenzione selettiva discende: (i) dalla corretta individuazione dei compiti assegnati al singolo organo di controllo; (ii) dalla capacità di quest'ultimo di comprendere se ed in quale misura tali situazioni, eventualmente di per sé marginali, possano incidere sulla tenuta complessiva della gestione del rischio a cui tendenzialmente si riferiscono; e, non meno importante, (iii) dalla possibilità di fare affidamento su indicazioni normative, giurisprudenziali quanto più chiare possibili alla stregua delle quali orientare l'attività di vigilanza.

In una parola, si può ritenere che il parametro dell'adeguatezza dell'attività di controllo sia costituito dalla prevedibilità del rischio e dei fattori che incidono sulla sua manifestazione; prevedibilità che, sul terreno della responsabilità penale (ma non solo), necessita di essere ulteriormente coniugata con il canone della ragionevolezza con cui si deve misurare la ricostruzione dei dati di contesto in cui quei fattori ed i conseguenti indici sintomatici si sono manifestati all'attenzione degli organi di controllo.

Il "modello 231" come strumento di gestione strategica del rischio

La disciplina introdotta dal decreto 231, nel suo complesso, non si sottrae a queste considerazioni di sistema, a cominciare dalla redazione del modello e, prim'ancora, dalla fase in cui si provvede alla c.d. *gap analysis* volta, cioè, a ricostruire le condizioni di contesto in cui il modello dovrebbe essere adottato (*as is*) e, partendo da quelle, si predispongono gli "specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire" (art. 6, comma 2, lett. b,

D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231). Tanto l'una quanto gli altri, infatti, non possono fare a meno di essere calibrati sul profilo concreto del rischio-reato da prevedere e gestire, tenendo conto, tra l'altro, che il modello (e, dunque, i *protocolli*) si rapporta alle dinamiche operative dell'ente, mantenendosi nell'orbita della gestione e non scende (né potrebbe farlo, quantomeno non necessariamente) a valutare il merito delle singole e concrete modalità in cui la stessa si declina nelle scelte operative e di dettaglio che ne conseguono.

Detto diversamente: il modello, in quanto strumento di gestione, si rivolge alle modalità con cui le scelte gestorie vengono assunte, lasciando ai titolari dei corrispondenti doveri gestionali e/o attuativi il compito di tradurre in concreto le soluzioni di volta in volta assunte. Ad esso, quindi, è assegnato il compito di assicurare che gli snodi gestionali sui quali si regge l'operatività dell'ente siano presidiati in modo tale da assicurarne la costante adeguatezza rispetto all'obiettivo di neutralizzare il rischio-reato ad essi riferito.

Del resto, il fatto che il livello di presidio affidato al modello 231 non possa scendere sino a valutare il merito delle singole decisioni e delle conseguenti concretizzazioni sul terreno operativo è confermato dalla scelta legislativa di rifuggire un sistema di responsabilità "automatico", *par ricochet* alla francese, ammettendo la possibilità che, pur a fronte della verifica del reato-non-impedito dall'ente, questi non ne risponda alle condizioni stabilite dagli artt. 6 e 7, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Il che sottolinea ulteriormente che (oltre a non essere fondato su di un paradigma di responsabilità oggettiva) l'illecito dell'ente non è sovrapponibile alla responsabilità dell'autore del reato ed è collegato all'inadeguatezza/inidoneità preventiva dei protocolli a veicolare i comportamenti dei soggetti inseriti nella sua organizzazione verso il rispetto delle regole di legalità sancite dal decreto stesso. Né, invero, potrebbe essere altrimenti, giacché il sistema di governo del rischio introdotto dal Legislatore del 2001 non ha in alcun modo scalfito l'intelaiatura disegnata (per ciascun tipo societario/associativo) dalle disposizioni civilistiche che individuano il riparto di compiti e responsabilità tra gli organi gestori e di controllo degli enti.

Il modello 231 interviene in questo contesto senza incidere sulle dinamiche (e sulle conseguenti responsabilità) di cui si compone, ma richiede di formalizzare i metodi (protocolli) decisori al fine di garantire: (i) che ciascuna fonte di rischio sia adeguatamente

presidiata; e (ii) che i fattori di contesto che incidono sulla manifestazione del rischio-reato siano sempre adeguatamente monitorati onde garantire che i protocolli decisionali siano ad essi coerenti.

La prevedibilità del rischio nella dinamica della responsabilità dell'ente

Tanto l'individuazione, quanto la valutazione e la gestione degli scenari di rischio-reato sui quali dev'essere calibrata la predisposizione del modello 231 presuppongono un approccio ispirato al canone della "ragionevole prevedibilità" delle singole tipologie di rischio di volta in volta esaminate. Ciò che non può apparire, *ex ante*, ragionevolmente prevedibile altrettanto ragionevolmente non può (o non dovrebbe) essere presidiato, secondo gli schemi tipici dell'elaborazione e selezione delle regole cautelari. Con una precisazione: considerato l'angolo prospettico da cui muove la finalità preventiva affidata al modello 231, la prevedibilità di cui si discute, si rivolge alla razionalità del protocollo decisionale adottato e non (quantomeno non necessariamente) al merito delle decisioni che di volta in volta vengono adottate per suo tramite e nel suo rispetto formale. Di conseguenza, coerentemente con le finalità affidate al modello 231, l'organismo di vigilanza (che, come noto, ha l'onere di controllarne il funzionamento e l'osservanza, oltre che di curarne l'aggiornamento) dovrà orientare la propria attività di monitoraggio al fine di: (i) verificarne la costante adeguatezza rispetto alle attività svolte dall'ente in

rapporto al novero dei reati ad esso ascrivibili; (ii) intercettare quei comportamenti che, discostandosi dai protocolli adottati, ne impongano la correzione per adeguarli ai canoni di effettività ed efficacia preventiva richiesti dal decreto 231.

Ebbene: anche in tal caso, la vigilanza esercitata dall'organismo di vigilanza (e, di conseguenza, la verifica della "sufficienza" dell'attività dallo stesso posta in essere per conseguire l'esonero da responsabilità dell'ente) sarà necessariamente indirizzata nei confronti di quei comportamenti che: (i) si collochino nell'ambito delle scelte organizzativo-gestionali alle quali si rivolge il modello 231; (ii) rispondano al criterio della "ragionevole prevedibilità", nel senso più sopra indicato.

I criteri d'imputazione oggettiva dell'interesse e vantaggio dell'ente

I riflessi di queste considerazioni si riverberano anche sull'interpretazione del significato da attribuire alle nozioni di *interesse* e *vantaggio* che, secondo il dettato dell'art. 5, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, fungono da criteri imputativi oggettivi del reato all'ente.

L'esito delle analisi che dottrina e giurisprudenza hanno dedicato a questo fondamentale elemento dell'illecito dell'ente ha raggiunto livelli di approfondimento tali da far ritenere, a questi fini, sufficienti pochi cenni per inquadrarne il contenuto ai fini delle riflessioni svolte in questa sede (3).

Un dato essenziale da cui prendere le mosse è la presa d'atto che interesse e vantaggio sono ormai

(3) In argomento, si segnalano, tra gli altri A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 337 ss.; G. Amarelli, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società - commento a Tribunale di Trani, 11 gennaio 2010*, in questa *Rivista*, 2010, 842 ss.; G. Amato, *In tema di interesse, vantaggio e modelli: le indicazioni della cassazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, 1, 269 ss.; L. Baron, *Sinistro mortale sul luogo di lavoro e responsabilità dell'ente - commento a Cass. pen., sez. IV, 16 aprile 2018, n. 1673*, in *Lav. giur.*, 2018, 933 ss.; G. De Falco, *Interesse e vantaggio dell'ente in tema di infortuni e malattie professionali: i rischi di un eccessivo automatismo e l'esigenza di un apprezzamento razionale e concreto*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2019, 2, 55 ss.; G. De Francesco, *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla politica criminale*, in questa *Rivista*, 2003, 929 ss.; O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325; S. Dovere, *Morfologie dell'imputazione all'ente dell'illecito connesso a reati colposi. Perché riformare*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, 4, 35 ss.; Id., *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, *ivi*, 2008, 2, 97; Id., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d. lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, 316 ss.; T. Guerini, *L'interesse o vantaggio come criterio di imputazione dei reati colposi di evento agli enti collettivi. Riflessione a margine*

del caso Thyssenkrupp, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, 83 ss.; R. Lottini, *I criteri di imputazione oggettiva: i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente e il criterio dell'interesse o del vantaggio*, in A. Cadoppi - S. Canestari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, Torino, 2019, 2909 ss.; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1101 ss.; C. Mancini, *L'introduzione dell'art. 25 septies: criticità e prospettive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 2, 54 ss.; A. Rossi - F. Gerino, *Art. 25 septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d. lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicative e rapporti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 2, 21 ss.; C. Santoriello, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 4, 71 ss.; Id., *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio delle società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 3, 161 ss.; A. Scarcella, *Mancata fornitura di guanti protettivi e velocizzazione dei tempi di lavoro: scatta la condanna dell'Ente per l'infortunio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, 3, 99; Id., *Ascrivibile all'ente la responsabilità "231" in riferimento alla sola condotta anche se non si vuole l'evento dannoso*, *ivi*, 2019, 4, 257 ss.; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695 ss.

pacificamente considerati concetti autonomi (4): al primo si attribuisce valenza essenzialmente soggettiva, da accertare ponendosi nella prospettiva *ex ante* in cui si trovava l'autore del reato al momento della commissione del reato; al secondo si assegna una dimensione oggettiva, da verificare *ex post*, in chiave di derivazione causale dal reato della cui rimproverabilità si discute (5).

Sul piano dell'inquadramento normativo, è, inoltre, fondamentale sottolineare che mentre l'art. 5, comma 2, del decreto 231 esclude la responsabilità dell'ente nel caso in cui l'autore del reato abbia "agitato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi"; l'art. 12, comma 1, lett. a), D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che disciplina i *Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, prevede che quest'ultima sia diminuita (e dunque la responsabilità sussiste) nel caso in cui l'autore del reato abbia "commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne [abbia] ricavato vantaggio o ne [abbia] ricavato un vantaggio minimo".

Notoriamente, nelle intenzioni del Legislatore, il criterio di ascrizione oggettivo in esame risponde all'esigenza di circoscrivere l'ambito della responsabilità dell'ente a quei (soli) reati che siano stati commessi da coloro che, in forza dei compiti loro assegnati, siano ad esso legati in virtù del rapporto di immedesimazione organica. E, di conseguenza, nel chiarire la portata dell'esclusione di responsabilità sancita dal comma 2 dell'art. 5, si è precisato che il medesimo "stigmatizza il caso di 'rottura' di tale rapporto e "si riferisce cioè alle ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure

in parte nell'interesse di questo. E si noti che, ove risulti per tal via la manifestata estraneità della persona morale, il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio (la previsione opera dunque in deroga al primo comma)" (6).

Dal che, in prima battuta discende, necessariamente, che mentre l'ente risponde anche se non ha conseguito alcun vantaggio dal reato; viceversa, se quest'ultimo è stato perseguito nell'*esclusivo interesse* del suo autore o di terzi, l'ente non potrà esserne considerato responsabile (7).

Ad un'analisi un poco più approfondita del testo normativo, invero, sembra aprirsi una prospettiva parzialmente (ma significativamente) differente: quella in cui il reato sia stato realizzato non già nell'interesse "di qualcuno", bensì in assenza di una ulteriore finalizzazione; sia stato, cioè, "semplicemente realizzato". E, a questa ipotesi (ai fini del nostro ragionamento), potrebbe essere ricondotta anche quella in cui non sia possibile individuare "il fine" in vista del quale il reato stesso è stato commesso.

Si tratta, dunque, di verificare se tali situazioni siano automaticamente escluse dalla possibilità di essere ascritte all'ente, vuoi perché non dotate del coefficiente soggettivo di riferibilità indicato dal criterio dell'interesse; vuoi perché colpite dal veto sancito dal comma 2 dell'art. 5.

Mentre sul primo interrogativo è necessario svolgere qualche riflessione ulteriore, in merito all'ambito di operatività del "veto" sembra agevole evidenziare che il tenore letterale dal quale deriva, sia riferito esclusivamente a quei casi in cui risulti accertato che il

(4) Secondo una diversa interpretazione, i due concetti esprimerebbero, in realtà, un significato unitario, essenzialmente riconducibile al requisito "stabile e pregnante" di interesse (così N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, 2006, 112).

(5) In tal senso, ai fini del nostro ragionamento, è interessante, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363 ("Consorzio Melinda S.C.A."), in *Dir. e pratica lav.*, 2018, 2470 la quale, oltre a sottolineare l'autonomia dei concetti di interesse e vantaggio, ha ritenuto che il primo ricorra quando l'autore del reato abbia violato la normativa cautelare con il consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento; mentre il secondo (ed è questo il punto d'interesse) ricorre quando l'autore abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso. Parimenti foriera di spunti interessante è Cass. Pen., Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656 ("Compagnia progetti e costruzioni S.r.l."), in *Guida dir.*, 2020, 2, 70, che, sempre con riguardo alla responsabilità derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica, ha precisato che "sussiste l'interesse dell'ente nel caso in cui l'omessa predisposizione dei sistemi di

sicurezza determini un risparmio di spesa, mentre si configura il requisito del vantaggio qualora la mancata osservanza della normativa cautelare consenta un aumento di produttività o anche solo una riduzione dei tempi di lavorazione".

(6) *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*.

(7) Sul punto si è chiarito che l'ente può rispondere anche in presenza di un suo interesse concorrente con quello dell'agente alla commissione del reato presupposto (Cass. Pen., Sez. IV, 22 maggio 2013, n. 24559 ("House Building S.p.a."), in *CED*, 2013). Diverso e criticabile, invece, perché in contrasto con la lettera della legge è l'orientamento che ritiene che l'illecito sia imputabile all'ente anche quanto l'agente, perseguendo il proprio e autonomo interesse, finisca per realizzare obiettivamente quello dell'ente (Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265 ("Banca Italease S.p.a."), in *Riv. dei dottori commercialisti*, 2015, 169). *Contra v. A. Scarcella, Mancata fornitura di guanti protettivi e velocizzazione dei tempi di lavoro: scatta la condanna dell'ente per l'infortunio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2020, 99, che, ripercorrendo lo sviluppo giurisprudenziale, evidenzia l'importanza della "conquistata autonomia funzionale del vantaggio quale criterio di imputazione oggettiva della responsabilità dell'ente".

reato non è stato commesso nell'interesse dell'ente, bensì del suo autore o di terzi; mentre non prende in considerazione (quantomeno non espressamente) l'ipotesi in cui sia mancante una simile finalizzazione della condotta criminosa (8).

Si tratta di un interrogativo che mentre appare da subito sostanzialmente irrilevante rispetto ai reati dolosi (che, come noto, hanno rappresentato il terreno elettivo sul quale si è cimentato il Legislatore del 2001), desta interesse per le fattispecie colpose e, in particolare, per quelle rimproverate a titolo di colpa incosciente, per le quali la violazione della regola cautelare è "semplicemente realizzata" dal colpevole che, oltre a non prendere alcuna posizione rispetto ad essa, ancor meno si prefigge alcuna finalità particolare nel violarla. Con riguardo a queste ultime situazioni, infatti, se si potesse affermare che l'esclusione della responsabilità dell'ente riguarda unicamente quei casi in cui si accerti che l'autore del reato ha agito finalisticamente nel senso indicato dall'art. 5, comma 2, ma non anche (quantomeno non automaticamente) nei casi in cui tale presa di posizione non vi sia stata, le conseguenze sarebbero evidenti.

Dal finalismo imputativo alla prospettiva dell'interesse "oggettivo"

Nell'applicare il requisito in esame ai reati colposi, dottrina (9) e giurisprudenza sono ormai, da tempo,

concordi nel ritenere che gli stessi debbano essere accertati facendo riferimento alla condotta contraria alle regole cautelari sulle quali si fonda il rimprovero e non all'evento (costitutivo del reato) che ne è derivato (10). Si tratta di una conclusione che, si osserva, da un lato, è imposta dalla logica, prim'ancora che dal diritto (non essendo sostenibile che l'autore del reato abbia cagionato nell'interesse dell'ente la lesione o la morte derivanti dalla violazione delle norme antinfortunistiche); dall'altro, è coerente con l'essenza stessa del rimprovero colposo, che si incentra sulla violazione delle norme cautelari e sulla prevedibilità (e conseguente evitabilità) delle relative conseguenze.

Del pari, nel sottolineare il contenuto squisitamente soggettivo del criterio fondato sull'interesse, si è sostanzialmente concordi nell'escluderne l'operatività nei confronti dei reati sorretti da colpa incosciente (11), rispetto ai quali non è possibile ravvisare una presa di posizione finalistica dell'autore per la realizzazione della condotta contraria alla regola cautelare doverosa nel caso concreto (12); nonché, si è anche osservato, nei casi in cui la regola cautelare abbia natura generica (specialmente se attinente all'imperizia), ovvero, pur specifica, ma indifferente rispetto alle finalità di risparmio di costi e/o di vantaggio di produttività (13).

Questa conclusione, a ben vedere, si regge sull'assunto che il contenuto del nesso di collegamento

(8) In tal senso, v. G. De Falco, *Interesse e vantaggio dell'ente in tema di salute e sicurezza del lavoro: dal risparmio episodico di costi alle scelte globali di "non sicurezza"*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2016, 60. In particolare, l'Autore osserva che l'accertamento del requisito negativo di cui all'art. 5, comma 2, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 "non fonda alcun automatismo in tema di rimproverabilità dell'ente, essendo invece indispensabile una verifica specifica circa la ricorrenza dei requisiti dell'interesse o vantaggio".

(9) O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325; L. Vitali - C. Burdese, *La legge 3 agosto 2007 n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2007, 126; C. Santoriello, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2008, 161. *Contra* G. Amarelli, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in questa *Rivista*, 2010, 851.

(10) Per tutte, v. Cass. Pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343 ("Espenhahn"), in *CED*, 2015. Per una ricostruzione della giurisprudenza successiva, v. S. Beltrani, *Il punto sulla responsabilità da reato colposo degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2020, 297. Ancor prima di tale arresto giurisprudenziale, autorevole dottrina era giunta a ritenere che i concetti di interesse e vantaggio riguardassero non l'evento, bensì la condotta; in questo senso v. D. Pulitanò, *Responsabilità amministrativa per i fatti delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, 953.

(11) In maniera ancora più drastica C. Mancini, *L'introduzione*, cit., 54 ss. che osserva che, rappresentando l'interesse "una sorta

di proiezione finalistica della condotta, esso appare difficilmente compatibile caratterizzato da imprudenza, negligenza o imperizia, ovvero violazione di norme e contenuto cautelare [...]. Lo stesso è a dirsi per il criterio del "vantaggio". Solo in virtù di una forzatura interpretativa, può ritenersi che reati colposi lesivi della salute dei lavoratori possano essere realizzati a vantaggio dell'ente, posto che nella generalità dei casi tali reati non porteranno alcun beneficio all'ente".

(12) Per un'approfondita disamina delle ragioni di questa conclusione, v. C. Santoriello, *Riflessioni*, cit., 71, dove si evidenzia che tale requisito può essere individuato non solo allorché si individui una piena corrispondenza tra l'agire delittuoso e la politica d'impresa, ma anche nel caso in cui la condotta criminale sia comunque "funzionale alle necessità ed agli interessi dell'ente".

(13) G. Amato, *In tema di interesse*, cit., 272: "In queste situazioni, sarebbe difficile ipotizzare la responsabilità dell'ente [finanche] evocando la nozione di 'vantaggio' e il carattere alternativo tra l'interesse e il vantaggio, proprio in ragione della richiamata disciplina dettata dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 231/2001, che esclude alcun rilievo al vantaggio indirettamente avuto dall'ente, quando l'autore del reato abbia agito senza avere di mira, in alcun modo, l'interesse dell'ente"; e, per le stesse ragioni, in tali situazioni sarebbe difficile ravvisare una colpa di organizzazione, per l'assenza del parametro della prevedibilità dell'evento, stante l'assenza di una concreta proiezione in termini di vantaggio effettivo per l'ente. *Contra* v. G. De Falco, *Interesse e vantaggio*, cit., 60, il quale, peraltro, evidenzia la necessità che anche nei casi indicati di colpa generica (ed anche "non consapevole") se ne individui l'oggettiva finalizzazione verso il risparmio di costi per l'ente.

oggettivo reato-ente debba essere declinato nello stesso modo per tutte le fattispecie criminose e che, a tal fine, sia sempre necessario l'accertamento di un coefficiente psicologico effettivo in capo all'autore del reato che ne sancisca la finalizzazione a tornaconto dell'ente.

La tenuta di questa impostazione, invero, può essere verificata ponendola in controluce con la *ratio* del requisito sancito dall'art. 5, che, come ricordato, è quella di confinare il legame autore-reato-ente entro il perimetro del *rapporto di immedesimazione organica*, impedendo che possa essere addossata all'ente la responsabilità per le ipotesi di *uso (esclusivamente) egoistico* delle condizioni che sanciscono l'esistenza di tale rapporto; e, al contempo, verificando l'esistenza di reali controindicazioni alla possibilità che il relativo accertamento segua percorsi differenti a seconda della natura della responsabilità (dolosa o colposa) dell'autore del reato, o, per meglio dire, a seconda dell'esistenza o no di un coefficiente di riferibilità psicologica effettiva della condotta al suo autore.

Per quanto riguarda la *ratio*, non sembra azzardato ritenere che per poter collegare il reato (e, in particolare, la sua condotta) all'ente sia necessario verificare la presenza di due condizioni minime: (i) l'inquadramento dell'autore nell'ambito dell'organizzazione dell'ente (ed a ciò risponde la selezione effettuata dall'art. 5, comma 1, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dei soggetti che possono impegnarne la responsabilità); e (ii) la riconducibilità della condotta nell'ambito dei poteri e/o dei doveri e/o degli obblighi che discendono da tale inquadramento.

Per contro, la possibilità di diversificare il contenuto del criterio di ascrizione in esame in funzione del titolo di responsabilità rimproverato all'autore del reato, parrebbe costituire la diretta conseguenza della diversa ampiezza che può assumere l'accertamento dell'esistenza degli indici sintomatici dell'immedesimazione organica a seconda del tipo di partecipazione soggettiva di chi se ne rende responsabile: mentre per il delitto doloso l'immedesimazione e, per converso, l'*abuso egoistico* dei poteri/doveri ad essa connessi, può declinarsi nelle svariate modalità di concretizzazione dei fatti astrattamente tipizzati dalle fattispecie incriminatrici ascrivibili all'ente; per i reati colposi e, segnatamente, per le ipotesi di colpa incosciente, la stessa si manifesta sul

terreno strettamente oggettivo e consegue all'accertamento della riferibilità della regola cautelare violata alle mansioni affidate all'autore del reato stesso. Pare, dunque, del tutto sottoscrivibile l'osservazione con cui si è posto in evidenza che, in forza della teoria organicistica, "sarà configurabile l'interesse dell'ente ogniqualvolta possa ritenersi che il soggetto 'organo' della persona giuridica in posizione qualificata sia destinatario in astratto della norma (poi violata) proprio in virtù della posizione ricoperta nell'ente stesso, al quale la norma in parola è in prima istanza diretta in punto rispetto delle prescrizioni cautelari ed in punto adeguamento ai contenuti precettivi prevenzionistici. Il soggetto-persona fisica, quindi, impegnerà la responsabilità dell'ente allorché violi in concreto la norma sempre e soltanto nella sua veste qualificata e non già a mero ed unico titolo personale" (14).

Detto altrimenti: mentre l'inconsapevole violazione di una regola cautelare rientrante nel bagaglio dei doveri comportamentali assegnati dall'ente a chi è inserito nella sua organizzazione può essere *di per sé* (salvo quanto verrà evidenziato in seguito) inserita nell'alveo del rapporto di immedesimazione organica che lega il suo autore all'ente stesso (15); l'*abuso* (doloso e nei casi di colpa cosciente) dei doveri connessi alla mansione ricoperta in seno all'organizzazione, rappresentando la traduzione comportamentale di una scelta consapevolmente contraria a tali doveri, potrebbe essere diretta a soddisfare tanto gli interessi dell'ente quanto (eventualmente in via esclusiva) quelli, egoistici, dell'autore dell'abuso o di terzi. Sicché, in tal caso, non solo vi è spazio, ma vi è anche la necessità (prevista dal comma 2 dell'art. 5) di accertare se l'abuso sia espressivo del rapporto d'immedesimazione o, piuttosto, ne sancisca il tradimento con la conseguente necessità di escludere la responsabilità dell'ente.

In questa prospettiva, dunque, pare coerente (o, perlomeno, non sembra in contrasto con il tenore e la *ratio* del disposto normativo) ritenere che il coefficiente oggettivo d'imputazione del reato all'ente possa assumere connotazioni e contenuti differenti: mentre per i reati dolosi e per quelli sorretti da colpa cosciente richiede l'accertamento, in positivo, della finalizzazione effettiva della condotta a tornaconto dell'ente, giacché, diversamente, si incorrerebbe nel

(14) A. Rossi - F. Gerino, *Art. 25 septies*, cit., 21.

(15) Del resto, questa conclusione non pare discostarsi di molto (nonostante l'apparente distanza concettuale che le separa) da quella di chi sostiene che "in presenza di condotte delittuose funzionali alla soddisfazione di proprie necessità economiche,

l'ente non può giustificarsi sostenendo che tali comportamenti sono stati assunti in maniera totalmente autonoma da parte dei singoli responsabili, non essendo in nulla conformi alle linee guida con cui la società ha inteso adeguare la propria attività commerciale" (C. Santoriello, *Riflessioni*, cit., 78).

veto imposto dall'art. 5, comma 2 del decreto 231; per i reati realizzati con colpa incosciente potrebbe risultare di per sé sufficiente l'accertamento dell'oggettiva appartenenza della regola cautelare violata al novero di quelle proprie della mansione ricoperta dall'autore della violazione stessa in seno all'organizzazione dell'ente medesimo (16).

In tal modo si trasferirebbe sul terreno dell'illecito dell'ente la tradizionale scomposizione del contenuto della *suitas* (art. 42 c.p.) al fine di renderla coerente con la responsabilità soggettiva rimproverata al suo autore. Anche in questo caso, infatti, focalizzando (e distinguendo) l'attenzione sul "tipo" di partecipazione psicologica dell'autore del reato-a-monte si declinano diversamente le regole d'ingaggio della responsabilità dell'ente al fine di garantirne l'affermazione solamente per quei fatti nei confronti dei quali quest'ultimo poteva (e quindi doveva) esercitare un adeguato coefficiente di dominabilità-impegnabilità. E ciò in coerenza con le indicazioni del Legislatore che, come già ricordato, nel prevedere questo requisito, ha mirato a limitare l'ambito di responsabilità dell'ente entro i confini tracciati dal rapporto di immedesimazione organica.

Il criterio *dominabilità* del rischio quale limite alla responsabilità dell'ente

Questa conclusione, invero, necessita di un'ulteriore precisazione, al fine di renderla coerente sia con la struttura e la *ratio* dell'illecito disciplinato dal decreto 231; sia, di conseguenza, con l'obbiettivo di garantire che quest'ultimo mantenga la necessaria autonomia rispetto al reato-a-monte, scongiurando facili (e inammissibili) automatismi nell'affermazione della responsabilità dell'ente.

Mentre sul fronte del dolo e della colpa cosciente, questo fondamentale obbiettivo è affidato all'accertamento della finalizzazione della condotta a tornaconto dell'ente, per quanto riguarda la colpa incosciente il medesimo può essere definito tenendo in considerazione: (i) che l'illecito disciplinato dal decreto 231 si rivolge alla sfera gestoria dell'ente e che (ii) il medesimo può colpire esclusivamente quelle situazioni che ricadono nella sfera di dominabilità-avoidabilità da parte dell'ente medesimo.

Dalla prima condizione discende la necessità di escludere che possano essere ascritte all'ente quelle violazioni di regole cautelari che, pur rientrando nel bagaglio dei doveri tipici della posizione di garanzia ricoperta in seno all'organizzazione, non siano di per sé espressive di un difetto (o, meglio, di una lacuna) nella gestione del pericolo-reato a cui afferisce, ma si collochino nell'ambito dell'attuazione delle scelte a tal fine compiute.

In questa prospettiva, dunque, saranno ascrivibili all'ente (ai fini di quanto previsto dall'art. 5, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e fermo restando le ulteriori verifiche sul terreno dei requisiti soggettivi afferenti alla colpa d'impresa, previsti dall'art. 6, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ed alla colpa di organizzazione, sanciti dall'art. 7, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231), le sole violazioni delle regole cautelari che incidono sulla definizione delle modalità di individuazione, valutazione, gestione e controllo del rischio-reato destinate a confluire negli specifici "protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione dei reati da prevenire" di cui dovrebbe comporsi il modello organizzativo; mentre non potrebbero esserlo le violazioni delle regole connesse alle procedure operative realizzate in conformità a quei protocolli. Così, ad esempio, mentre potrebbe essere ascritta all'ente la responsabilità per l'infortunio verificatosi per la mancanza, ancorché non "consapevole", di un adeguato sistema di controllo sull'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale (pur acquistati e messi a disposizione dei lavoratori); nonché per la sistematica violazione delle metodiche di controllo a tal fine predisposte; non potrebbe esserlo l'occasionale adibizione di un singolo dipendente ad una determinata attività senza le prescritte dotazioni di sicurezza pur a fronte dell'adozione di protocolli finalizzati ad implementare un sistema di gestione del rischio-infortuni che contempla anche la verifica sull'utilizzo dei dispositivi di sicurezza.

In questo senso, dunque, può essere ripresa la conclusione con cui, anche di recente, la Suprema Corte (17) ha chiarito che la prova della sussistenza del requisito dell'*interesse* può essere desunta dalla "dimostrata tendenza dell'ente alla trasgressione

(16) In senso analogo si era già espressa la giurisprudenza di merito, che, evidenziando che "l'art. 5, d.lgs. 231/2001 individua una responsabilità per reati commessi nell'interesse dell'ente non semplicemente commessi ritenendo di perseguire un suo interesse" (Trib. Trani, Sez. Molfetta, 26 ottobre 2009, in *Riv. trim. dir. economia*, 2010, 539).

(17) Cass. Pen., Sez. IV, 22 settembre 2020, n. 29584 ("F.lli Cambria S.p.a."), in *CED*, 2020. A questo riguardo, oltre alla già

citata Cass. Pen., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363, si segnala anche Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598, in *CED*, 2019 che ha affermato che la sottovalutazione sistematica dei rischi deve essere "considerata chiaro sintomo di scelte imprenditoriali volte ad ottenere risparmi sui costi a dispetto degli obblighi di sicurezza gravanti sull'imprenditore a tutela della salute dei lavoratori".

delle regole antinfortunistiche”; con l’aggiunta che, in relazione alle ipotesi di colpa incosciente, ciò può assumere valenza probatoria indipendentemente dall’ulteriore accertamento di una (in tal caso inesistente) finalizzazione al contenimento dei costi di produzione o all’incremento dei profitti.

Questa conclusione, del resto, trova ulteriore conforto nella necessità di garantire che l’ente risponda esclusivamente delle violazioni rientranti nella “sua” sfera di dominabilità-evitabilità, di per sé necessariamente differente da quella riferibile all’autore del reato. Dall’angolo visuale dell’ente, infatti, questo requisito può essere ricostruito assumendo come punto d’osservazione (oltre a quanto sin qui ricordato circa l’oggetto di attenzione e le finalità preventive che informano l’illecito in esame) sia la posizione dei redattori del modello organizzativo, sia quella dei componenti dell’organismo di vigilanza deputati a verificarne l’efficacia: proprio perché a nessuno di questi compete di regolamentare (e verificare) le singole e concrete modalità di attuazione delle scelte organizzative adottate per gestire il rischio-reato, bensì la predisposizione di protocolli gestionali funzionali a contenerne la possibilità di manifestazione entro la soglia del *rischio-consentito* (18), agli stessi non potrebbe essere ragionevolmente chiesto di spingere la loro attenzione sino a prendere in considerazione la violazione di regole cautelari che non siano, di per sé, espressive dell’esistenza di scelte organizzative e gestionali contrarie alle finalità perseguite dal decreto 231.

Ragionando diversamente si giungerebbe a identificare (quantomeno ai fini dell’art. 5 del decreto 231) il reato con l’illecito dell’ente, mentre il secondo ha (e deve mantenere) una natura e, soprattutto, un proprio spazio di autonomia rispetto al primo.

Di conseguenza, saranno imputabili all’ente (senza che intervenga alcuna inversione della prova) esclusivamente le violazioni di regole cautelari *ex ante prevedibili* e, quindi, dominabili, afferenti alla sfera gestionale del rischio-reato, secondo le logiche tipiche della responsabilità disciplinata dal decreto 231.

Verifiche sulla tenuta dell’impostazione: a) la *littera legis*

A questa conclusione si potrebbe anzitutto obiettare che il tenore letterale dell’art. 5, D.Lgs. 8 giugno

2001, n. 231 (così come la *Relazione di accompagnamento*) chiede che il criterio di imputazione in esame si fondi su di un coefficiente di partecipazione soggettivo che, non essendo rintracciabile nei casi di colpa incosciente, sancirebbe l’incompatibilità di questa forma di responsabilità con l’illecito dell’ente. A ciò si potrebbe anzitutto replicare che se, per un verso, la *littera legis* è indubbiamente riferibile alle ipotesi caratterizzate da una consapevole direzione finalistica del volere; d’altro canto, non appare per ciò solo inconciliabile con la soluzione proposta, che pone l’accento (anche o solo) sul dato della *coerenza logica* (o, meglio, ontologica) della violazione con gli interessi dell’ente, desunta dall’appartenenza della regola cautelare violata ai compiti ed agli obblighi assegnati all’autore della violazione stessa nell’ambito dell’organizzazione dell’ente (19).

In tal senso, infatti, sembra deporre la circostanza che l’art. 5, nel precisare che l’ente è responsabile per i reati posti in essere *nel suo interesse*, (i) non preclude (quantomeno non espressamente né automaticamente) la possibilità di affermare che ciò si verifichi in tutti quei casi in cui l’autore della violazione stia oggettivamente svolgendo un’attività in virtù dell’immedesimazione organica con l’ente e, dunque, per tal motivo agisca effettivamente, sebbene oggettivamente, *nell’interesse* dell’ente; (ii) né impone di desumere tale criterio di imputazione soltanto dall’accertamento di un coefficiente psicologico effettivo con esclusione di indici di natura oggettiva, quale la riferibilità della condotta colposa al novero dei compiti assegnati al suo autore nell’ambito dell’organizzazione dell’ente; ed in questo senso potrebbe altresì deporre la circostanza che il Legislatore abbia focalizzato l’attenzione sul reato che di per sé deve risultare commesso *nell’interesse dell’ente* senza spingersi a chiedere l’accertamento che il suo autore abbia *agito al fine di perseguire un interesse* di quest’ultimo.

Rispetto alle ipotesi di colpa incosciente, dunque, il criterio in esame potrebbe dirsi soddisfatto (non già ricercando un’inesistente partecipazione psicologica dell’autore, in forza della quale ritenere che questi ha finalisticamente agito nell’interesse dell’ente, bensì) nei casi in cui sia possibile affermare che la condotta oggetto di rimprovero: (i) è stata posta in essere

(18) In argomento, v. A.S. Valenzano, *L’illecito dell’ente da reato per l’omessa o insufficiente vigilanza*, Napoli, 2019, 197, dove si pone in evidenza che “se l’esponente realizzi un fatto di reato, seppur nell’interesse dell’ente e causalmente connesso ad una ‘lacuna organizzativa’, ma l’ente si sia organizzato in modo adeguato, cioè in conformità ai citati parametri normativi per prevenire reati della stessa specie, la responsabilità ‘collettiva’

dovrebbe essere esclusa, nella misura in cui la condotta dell’ente che ha dato causa al reato risulti compresa dentro la sfera del ‘rischio lecito’”.

(19) Secondo L. Baron, *Sinistro mortale*, cit., 941, ammettere la compatibilità tra la nozione di interesse e quella di colpa incosciente, equivarrebbe ad una vera e propria “torsione interpretativa”.

nell'adempimento degli obblighi assegnati al suo autore in seno all'organizzazione dell'ente; e (ii) la regola cautelare di riferimento attiene alla sfera di gestione del rischio e, in quanto tale, la sua esistenza (e la conseguente possibilità di violazione) era ragionevolmente prevedibile in occasione della redazione del modello organizzativo e, successivamente, nell'ambito delle attività di controllo demandate all'organismo di vigilanza.

b) La prova liberatoria dell'elusione fraudolenta del modello

Altra possibile obiezione potrebbe riguardare la conciliabilità della soluzione prospettata con le regole di ascrizione soggettiva previste dagli artt. 6 e 7, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e, segnatamente, con quella che consente all'ente di discolarsi dimostrando che l'autore del reato ha eluso *fraudolentemente* il modello organizzativo.

Al riguardo, invero, occorre distinguere a seconda che la violazione della regola cautelare sia ascrivibile ad un soggetto apicale o ad un sottoposto e, prim'ancora, è necessario chiarire a quali condizioni si possa ravvisare l'una o l'altra situazione.

Quest'ultima esigenza di chiarificazione discende dalla presa d'atto che siccome la colpa incosciente, per le ragioni sin qui esaminate, può trovare ingresso, ai fini del rimprovero all'ente, esclusivamente nei casi in cui la regola cautelare violata attenga alla sfera di governo del rischio (e non all'ambito delle singole procedure operative, di dettaglio, elaborate in attuazione delle scelte di gestione governate dai protocolli di cui si compone il modello organizzativo), si potrebbe obiettare che la stessa finirebbe per essere sempre ricondotta alla sfera gestoria di competenza del soggetto apicale.

Tale conclusione, invero, non terrebbe conto della possibilità di distinguere tra i casi in cui l'evento sia riferibile (quantomeno nella logica della causalità della colpa) ad una lacuna o, comunque, ad un difetto "originario" nella gestione del rischio-reato (ad esempio perché non è stato contemplato nel DVR un determinato fattore di rischio presente nell'organizzazione del lavoro; ovvero perché non è stato attivato un adeguato sistema di controllo sul rispetto delle regole cautelari a tal fine adottate); e quelli in cui, pur in presenza della formale attivazione di un sistema di protocolli adeguati, gli stessi non siano stati rispettati per la mancata concreta attivazione

dei sistemi di controllo a tal fine (astrattamente) predisposti.

Ebbene: mentre nel primo caso la violazione della regola cautelare afferente alla predisposizione del sistema di gestione del rischio sarebbe direttamente riferibile alla sfera di competenza dei soggetti apicali (essenzialmente il datore di lavoro ed i dirigenti); nel secondo, la regola cautelare violata sarebbe ragionevolmente (e immediatamente) riconducibile nell'alveo di pertinenza dei soggetti sottoposti (principalmente preposti e lavoratori, ma anche delegati e medici competenti), in quanto tali tenuti al rispetto delle indicazioni a tal fine elaborate dai primi (che restano comunque tenuti a vigilare e controllare che ciò avvenga).

Ciò chiarito, è dunque possibile interrogarsi sulla possibilità che, in caso di colpa incosciente riferita ad un soggetto apicale, l'ente possa liberarsi da responsabilità secondo quanto previsto dall'art. 6 del decreto, dimostrando (oltre al resto) che la stessa si è verificata eludendo *fraudolentemente* il modello organizzativo.

Nonostante l'indubbia difficoltà discendente dalla necessità di conciliare un sistema punitivo calibrato sull'illecito doloso con la struttura normativa della colpa (soprattutto quella incosciente), la soluzione a questo interrogativo è fornita, anzitutto, dall'art. 30, D.Lgs. n. 81 del 2008 (d'ora innanzi T.U. n. 81/2008) (20), che, al comma 2, prevede come obbligatoria (al fine di conferire efficacia esimente al modello organizzativo predisposto per il rischio-reato previsto dall'art. 25-septies, D.Lgs. n. 231 del 2001) la predisposizione di "idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività" contemplate dal comma 1 del medesimo articolo, compendiabili, in sintesi, nell'adozione di un adeguato sistema di gestione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro. Dal coordinamento di questa previsione con il canone di prova sancito dall'art. 6, comma 1, lett. c), D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si desume che l'ente potrà dimostrare la propria estraneità rispetto alla carenza del sistema di gestione del rischio a tal fine implementato, documentando che il soggetto apicale ne aveva attestato la completezza, nei modi indicati dall'art. 30, comma 2, T.U. n. 81/2008.

Più in dettaglio, in tal contesto sembra ragionevole ritenere che il giudizio di fraudolenza, da un lato, presupponga l'accertamento dell'intrinseca capacità del sistema di registrazione adottato in ottemperanza

(20) Sui rapporti tra art. 30, T.U. n. 81/2008 e art. 6 decreto 231, v. A. Rossi - F. Gerino, *Art. 25 septies*, cit.

all'art. 30, T.U. n. 81/2008 di dar conto dell'adempimento degli obblighi ivi previsti e, conseguentemente, di intercettarne le eventuali mancanze; dall'altro, discenda dall'accertamento che, in concreto, il soggetto apicale abbia fornito informazioni adeguate per far ritenere che tali obblighi siano stati effettivamente adempiuti e, quindi, per giustificare la ragionevolezza dell'affidamento in tal senso riposto dall'ente.

Traducendo tali indicazioni nelle dinamiche disegnate dagli artt. 2086, 2380-bis, 2381 e 2403 c.c. a cui si è già fatto cenno ed alle quali si aggiungono quelle introdotte dal decreto 231 e dall'art. 30, T.U. n. 81/2008, paiono dunque assumere importanza decisiva non solo (e non tanto) le attestazioni in sé e per sé fornite dal soggetto apicale, quanto la ragionevolezza delle argomentazioni dal medesimo fornite agli organi societari (gestori e di controllo) e all'OdV per corroborare l'attendibilità di quanto a tal riguardo dichiarato.

In conclusione, nel caso di colpa incosciente dell'apicale-autore del reato-a-monte, la fraudolenta violazione del modello compatibile con l'affermazione della sua responsabilità per la mancata predisposizione di un adeguato sistema di gestione del rischio, assumerà contenuti essenzialmente normativi e, in questo senso, oggettivi (non dissimili, invero, dal contenuto del sottostante rimprovero colposo): si avrà, cioè, fraudolenta violazione del modello nei casi in cui egli abbia fornito congrue (seppur colpevolmente incomplete o errate) informazioni agli organi societari e all'ODV circa l'avvenuto adempimento agli obblighi imposti dall'art. 30, T.U. n. 81/2008.

Nel caso in cui il reato sia stato commesso da un sottoposto, la responsabilità dell'ente potrà essere esclusa dimostrando che i soggetti apicali hanno correttamente ottemperato agli obblighi di vigilanza e controllo, secondo quanto previsto dall'art. 7, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231; e, dunque, secondo quanto normalmente avviene per i reati posti in essere da questa categoria di soggetti, senza che ciò possa essere influenzato dal tipo di responsabilità qui esaminato.

Conclusioni

Al termine di questa digressione e volendo trarne le fila, sembra anzitutto possibile ritenere che, nonostante l'indubbia ritrosia sino ad oggi (comprensibilmente) manifestata al riguardo, la responsabilità colposa ed anche quella c.d. "incosciente" non si ponga in posizione di assoluta inconciliabilità con la struttura del decreto 231. Non v'è dubbio che un intervento chiarificatore in tal senso toglierebbe spazio a dubbi e perplessità che, in ultimo, sono dannosi anzitutto per l'esigenza di certezza di cui necessita il consolidamento della cultura della legalità nel fare impresa; ma ciò non toglie che già oggi, la formazione di questa cultura possa trarre linfa vitale dalla possibilità di affermare che la gestione del rischio-reato (così come di qualunque altro rischio) richiede la predisposizione di un sistema, *lato sensu*, di controllo finalizzato ad intercettare proprio quei comportamenti che, più di altri, necessitano di interventi correttivi sul fronte organizzativo.

Nessuno dubita, infatti, che il Legislatore, con il decreto 231, si sia prefisso di stringere un "patto di legalità" con l'ente per contrastare i fenomeni delinquenziali dolosi o, comunque, sorretti da una partecipazione finalistica verso il conseguimento dei relativi interessi; ma pare altrettanto evidente che l'ambito dell'illecito colposo (segnatamente, ma non solo, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro) costituisca un terreno (forse quello elettivo) rispetto al quale la predisposizione di adeguati sistemi di gestione del rischio rappresenta lo strumento "naturale" per raggiungere l'obiettivo di incidere sulla sua concreta possibilità di manifestazione.

Il rovescio della medaglia potrebbe essere costituito dal pericolo di uno scivolamento verso una responsabilità *par ricochet*, automatica, da cui il nostro ordinamento ha preso le distanze: l'antidoto, peraltro, non pare essere quello di abbandonare la sfida, bensì quello di delimitare l'ambito della responsabilità dell'ente (in forza della corretta applicazione della normativa vigente) rispetto a quelle sole ipotesi che, ragionevolmente, gli possono essere ascritte ovvero sia a quelle che riflettono un *deficit* organizzativo-decisionale, come tale "dominabile" e prevedibile, sia in ottica preventiva, sia in sede di controllo.