

IL D. LGS. 08.06.2001, N. 231 SEDICI ANNI DOPO:

TRACCE DI UNA *RATIO IURIS* INESISTENTE

di *Simona Calabrò*

Il trascorrere del tempo ha da sempre rappresentato un elemento fondamentale per stilare un bilancio provvisorio sull'impatto reale di una riforma. Tale assunto assume maggiore pregnanza se lo si rapporta ad un'innovazione legislativa di difficile attuazione, come nel caso del d.lgs. 08.06.2001 n. 231, capace di scardinare un mito giuridico: il principio *societas delinquere non potest*. A più di quindici anni dal varo, il sistema della responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche ha posto più problemi di quanti ne volesse risolvere, sollevando una considerevole quantità di questioni tanto di ordine dogmatico e politico-criminale, quanto di ordine pratico¹.

Ai fini dell'individuazione dell'ambito oggettivo di operatività della responsabilità dipendente da reato degli enti collettivi, al legislatore si prospettavano due distinte alternative politico-criminali: quella della cd. *Natur der Sache* (natura della cosa o del fatto) di matrice *radbruchiana*² e quella, opposta, dell'elencazione tassativa dei reati - presupposto.

In base al primo criterio, il raggio d'azione della responsabilità penale delle persone giuridiche non viene circoscritto attraverso la predisposizione di un *numerus clausus* di fattispecie incriminatrici astrattamente configurabili, ma viene costruito rimettendo la definizione del suo ambito ad un riscontro in concreto *ex post* effettuato dal giudice sull'oggettiva incompatibilità del nuovo tipo di responsabilità con alcune fattispecie che, per le loro caratteristiche fenomenologiche, non possono essere compiute nell'interesse o a vantaggio di una società³.

Il secondo criterio tende a perimetrare *ex ante* il raggio d'azione della responsabilità dipendente da reato, procedendo all'elencazione tassativa delle fattispecie incriminatrici da cui essa può scaturire, prefigurando un elenco chiuso non suscettibile di integrazione analogica⁴.

Il legislatore del decreto n. 231 del 2001 ha optato per la seconda alternativa metodologica, ma in maniera del tutto peculiare, ovvero senza stilare l'elenco dei reati - presupposto in un'unica e contestuale soluzione all'interno di un piano predefinito di contrasto alla criminalità d'impresa,

¹ R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in www.penalecontemporaneo.it.

² G. RADBRUCH, (Lubecca, 21 novembre 1878 – Heidelberg, 23 novembre 1949) è stato un politico e giurista tedesco. Per Radbruch la *Natur der Sache* rappresenta un veicolo di progresso del diritto, in quanto costituisce una locuzione che indica la necessaria mutevolezza del diritto in relazione alla sempre diversa realtà socio-economica.

³ Basti pensare ai delitti di matrice sessuale.

⁴ C. PIERGIALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova 2002, 65 ss..

capace di individuare a priori esaustivamente le fattispecie delittuose tipiche ascrivibili astrattamente alla politica aziendale. Al contrario, ha preferito la via della cd. formazione progressiva inserendo in principio un numero alquanto ridotto di reati indicati nelle convenzioni europee e internazionali che il d.lgs. n. 231/01 era stato chiamato a modificare in attuazione della legge delega 29.09.2000, n. 300.

L'insieme dei reati - presupposto del decreto in narrativa è strutturato secondo un'indicazione esplicita delle fattispecie da cui può scaturire la responsabilità degli enti, eliminando ogni incertezza sull'ambito di operatività oggettiva del decreto e sulla sua compatibilità con il principio di legalità nelle sue diverse articolazioni della tassatività, della riserva di legge e del divieto di analogia in ambito penale.

Tuttavia, quella che poteva apparire una scelta politico-criminale garantista nonché posta a presidio del principio di legalità, ha rivelato ben presto delle ricadute disfunzionali sull'impianto generale del decreto in parola.

Il numero eccessivamente ridotto delle fattispecie - presupposto è stato, infatti, successivamente integrato di continuo dal legislatore, spesso in maniera acritica, dando luogo in alcuni casi a modifiche normative dotate di una effettività pressoché nulla⁵.

Il ricorso del legislatore a tale espediente ha originato, nel corso degli anni, un'espansione incontrollata e "patologica" del novero delle figure criminose a cui è collegata la responsabilità degli enti *ex d. lgs. 231/2001*, dando luogo alla cd. *nomorrea penale* già denunciata dal Carrara⁶: una volta divenute troppe le fattispecie incriminatrici da cui può scaturire una personalità "penale" degli enti, ineluttabilmente è aumentato lo iato tra la loro cospicua previsione legale e la loro scarsa applicazione pratica. La contestazione della responsabilità degli enti non è, infatti, crescente in maniera direttamente proporzionale all'incremento delle fattispecie-presupposto, restando sempre ancorata a dati numerici piuttosto insignificanti rispetto alle potenzialità della riforma.

A complicare il quadro, problemi di non poco conto sono emersi in occasione dell'importante riforma effettuata sul campo dell'ambito oggettivo del decreto, che ne ha esteso l'operatività anche ai reati di omicidio e lesioni personali colpose conseguenti alla violazione della normativa cautelare in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Tale scelta ha rilevato punti di frizione di non poco conto; *in primis*, l'inserimento nel 2007 del catalogo dei reati-presupposto dell'art. 25 *septies* ha sollevato incertezze sull'adattabilità dei criteri generali di imputazione oggettiva fissati dall'art. 5 dello stesso decreto ai reati colposi di evento in esso contenuti, poiché tanto l'interesse quanto il

⁵ Si pensi a fattispecie che non hanno trovato mai applicazione, né probabilmente mai la troveranno, ad esempio i delitti di mutilazione dei genitali femminili.

⁶ F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Prato 1889, 522.

vantaggio si mostravano difficilmente compatibili con gli eventi morte e lesioni personali colpose caratterizzanti i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.⁷.

In secondo luogo, l'innesto dell'art. 25 *septies* ha indirettamente inciso sul versante dell'imputazione oggettiva dei reati agli enti, rinsaldando l'autonoma funzione ascrittiva anche al criterio del vantaggio, diversamente considerato da una parte della dottrina in relazione ai delitti dolosi come una mera endiadi insieme all'interesse, che restava quindi l'unico criterio di imputazione oggettiva.

Proprio in relazione ai reati colposi di evento, rispetto ai quali è difficile riscontrare tramite un giudizio *ex ante* un interesse dell'ente al momento della condotta in contrasto con le regole cautelari, poiché spesso l'autore materiale del fatto non è individuato, l'unica alternativa percorribile per ascrivere il reato all'ente è quella di fare leva sull'accertamento *ex post* del vantaggio che questi ne ha tratto; anche perché *l'immaginare che un fatto illecito non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini*⁸.

In questi casi la regola dell'autonomia della responsabilità dell'ente, fissata dallo stesso decreto all'art.8, consente di ritenere responsabile la società tutte le volte che si riesca a dimostrare che il mancato rispetto delle regole cautelari da cui è scaturita la morte o la malattia di un lavoratore abbia effettivamente arrecato allo stesso un vantaggio in termini di risparmio dei costi necessari per l'aggiornamento delle proprie conoscenze scientifiche o per l'adeguamento delle misure precauzionali e sia scaturita dalla colpa di organizzazione ai sensi di quanto disposto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/01.

Diversamente, si approderebbe ad esiti iper-repressivi finendo per considerare sempre sussistente la responsabilità dell'ente tutte le volte in cui si accerti che il fatto sia stato commesso da un soggetto al suo interno dal momento che, in virtù dell'immedesimazione organica, ogni soggetto qualificato agisce *normalmente* nell'interesse dell'ente.

Di recente la giurisprudenza si è fatta carico di tali anomalie dogmatiche presenti all'interno del decreto, e lo ha fatto con efficacia quasi precettiva, nell'intento di colmare quelle lacune che il legislatore del 2001 ha manifestato nell'intero *corpus* del decreto, e che ha cercato forsennatamente di colmare ricorrendo ad un ampliamento patologico non soltanto sul versante del novero delle fattispecie di reato-presupposto, ma soprattutto sul versante dell'imputazione soggettiva della responsabilità penale, rischiando di generare un approccio "totalizzante" di configurazione di tale

⁷ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli 2012, spec. 72 ss..

⁸ A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, a cura di N. Abriani, G. Meo e G. Presti, in *AGE* 2009, 342.

responsabilità, foriero di non poche conseguenze sull'esatta configurabilità dell'elemento soggettivo in un'ottica di ascrivibilità del reato, a nocumento di quei corollari del principio di legalità che - fittiziamente - il legislatore aveva elevato a presidio di garanzia, ma che in realtà celano carenze dogmatico-strutturali inconcepibili per il giurista medio (su di un piano di teoria generale del diritto applicato alla politica aziendale) e ancor di più per il giudicante nell'esercizio delle sue funzioni.

Il più recente di tali interventi ad opera della Suprema Corte è ravvisabile in un'interpretazione "ortopedica" del nuovo art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001.

A differenza di quanto dichiarato dalla Corte di cassazione nella sentenza 21 gennaio 2016, n. 2544 in cui veniva ribadita la responsabilità della società e dei suoi soggetti apicali per l'omessa adozione ed efficace attuazione, prima della commissione del fatto, di un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi⁹, con la sentenza 13 ottobre 2016, n. 43271 la Corte dichiara, invece, che la responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 va sempre esclusa quando il reato presupposto non è attribuibile ad una politica aziendale, ma ad una negligenza occasionale della persona fisica imputata.

I giudici di legittimità hanno infatti rilevato come l'illecito amministrativo dipendente da reato si configura esclusivamente quando sia dimostrato che dalla condotta colposa sia derivato un incremento di produttività o un reale vantaggio per l'impresa, consistente in un risparmio economico ottenuto, ad esempio, dalla mancata adozione di adeguate misure antinfortunistiche.

La Corte coglie l'occasione per precisare, altresì, come la società, per andare esente da responsabilità nel caso di reati di omicidio colposo o lesioni colpose commesse da suoi organi apicali con violazione della normativa in materia di sicurezza o igiene del lavoro, dovrebbe dimostrare *l'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi (per i quali soccorre il disposto dell'art. 30 del D.lgs. n. 81/2008) e l'attribuzione ad un organismo autonomo del potere di vigilanza sul funzionamento, l'aggiornamento e l'osservanza dei modelli adottati come previsto dall'art. 6 del d.lgs. 231/01.*

L'intervento della Cassazione qui menzionato a proposito dell'art. 25 *septies*, è un chiaro esempio di come l'introduzione di fattispecie più tipicamente rispondenti alla politica aziendale e alle sue logiche di profitto non abbia di certo colmato le lacune insite nell'intero *corpus* normativo *de quo* e che attengono ad una descrizione del comportamento vietato foriera spesso di perplessità, in un'ottica legislativa volta alla spasmodica introduzione di ulteriori reati e incurante della

⁹ Nel caso in oggetto, l'evento morte di un lavoratore è stato ritenuto dai giudici di legittimità *il frutto di una specifica politica aziendale, volta alla massimizzazione del profitto con un contenimento dei costi in materia di sicurezza, a scapito della tutela della vita e della salute dei lavoratori.*

definizione dell'ambito di responsabilità di volta in volta rilevante, che spesso ha generato nella prassi fenomeni di *gigantismo soggettivo* quanto all'individuazione dei soggetti responsabili ¹⁰.

La difficile ricostruzione delle disordinate traiettorie tracciate dal legislatore nell'opera ultradecennale di completamento del d.lgs. 231/2001 lascia, pertanto, molto spazio ad interventi correttivi da parte della Cassazione, a conferma degli impedimenti che da sempre la responsabilità degli enti incontra nel raggiungere la così tanto agognata entelechia, apparendo come un'entità destinata a vivere più in potenza che nella realtà.

¹⁰ S. MASSI, *Veste formale e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Napoli 2012. Analogamente, si potrebbe parlare di *gigantismo oggettivo* in relazione ai comportamenti censurati, ovvero in relazione a quei fatti forieri di fenomeni di responsabilità e che, di fatto, vengono imputati ai loro autori materiali.