

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola Internazionale di Dottorato

in Formazione della Persona e Mercato del Lavoro

XXVI ciclo

**MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO
E SALUTE E SICUREZZA NELLE PMI:
RESPONSABILITÀ PENALE-AMMINISTRATIVA
E RESPONSABILITÀ SOCIALE DEGLI ENTI.
UN'ANALISI COMPARATA**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Correlatore:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Giovannone

Tesi di Dottorato di ricerca

Marco VIOLA

Matricola n. 1017861

ANNO ACCADEMICO 2012 / 2013

Indice

Introduzione.....	1
--------------------------	----------

SEZIONE I

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

Capitolo I - Il rischio infortunistico nell'organizzazione aziendale delle Piccole e Medie Imprese (PMI) ed il concetto di *Corporate Social Responsibility* (CSR)

1. La diffusione delle Piccole e Medie Imprese

1.1. Il concetto di PMI secondo l'UE.....	4
1.2. La situazione italiana.....	13
1.3 Enti di piccole dimensioni.....	17

2. Il fenomeno infortunistico nelle PMI

2.1. Gli infortuni sul lavoro: fenomenologia ed analisi statistica.....	18
2.2. Le malattie professionali: fenomenologia ed analisi statistica.....	22
2.3. I “vecchi” e i “nuovi” rischi per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: l'incidenza sul rischio infortunistico e sulle malattie professionali dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro e dei nuovi <i>standard</i> contrattuali.....	27

3. Il concetto di *Corporate Social Responsibility* (CSR)

3.1. Definizione e principali teorie.....	31
3.2. Gli <i>stakeholders</i>	35

3.3. CSR e PMI.....	37
---------------------	----

SEZIONE II
ANALISI COMPARATA

Capitolo I - Il sistema Statunitense

1. La genesi della responsabilità degli enti nei sistemi di <i>common law</i> . Una chiosa sul sistema britannico.....	39
2. L'evoluzione del concetto di responsabilità degli enti nel sistema statunitense. I <i>compliance programs</i>	49
3. Gli <i>Holder</i> e <i>Thompson Memo</i>	54

Capitolo II - Il sistema svizzero

1. Art. 102 del Codice Penale Svizzero.....	57
2. La responsabilità sussidiaria (art. 102 co. 1).....	63
3. La responsabilità originaria (art. 102 co. 2).....	65
4. La colpa d'organizzazione.....	67
5. L'art. 7 della Legge Federale sul diritto penale amministrativo.....	69

SEZIONE III
LO STATO DELL'ARTE IN ITALIA

Capitolo I- I modelli organizzativi nell'impianto del d.lgs. 231/2001

1. I lineamenti del nuovo paradigma sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 231/2001.....72
2. I modelli di organizzazione e gestione: soluzioni organizzative con attitudine esimente...75

Capitolo II- I modelli organizzativi nell'impianto del d.lgs. n. 81/2008

1. I modelli di organizzazione e gestione integrati *ex art.* 30 d.lgs. n. 81/2008.....83
2. I reati colposi e la responsabilità degli enti: l'art. 25 *septies* d.lgs. n. 231/2001.....87
3. La formazione in materia di salute e sicurezza alla luce degli accordi e delle linee guida..92

Capitolo III - La responsabilità degli enti nel formante giurisprudenziale

1. L'espansione del novero dei soggetti destinatari della disciplina prevista nel d.lgs. n. 231/2001.....102
2. I requisiti di idoneità preventiva del modello di organizzazione, gestione e controllo....106
3. I rapporti fra il Documento di Valutazione dei Rischi e il modello cd. integrato.....109

**Capitolo IV - I modelli di organizzazione e gestione delle piccole e medie imprese:
difficoltà operative ed indicazioni delle linee guida**

1. Difficoltà operative.....	112
2. Linee guida istituzionali.....	115

Capitolo V - L'organismo di vigilanza: definizione e profili critici

1. Ruoli e caratteristiche.....	127
2. Composizione.....	131
3 Composizione dell'OdV in materia antinfortunistica: un modello integrato.....	134
4. L'OdV nelle PMI: problemi di compatibilità.....	135

**Capitolo VI - Il modello di organizzazione e gestione nelle piccole e medie imprese:
tutela della salute e sicurezza dei lavoratori**

1. I lavori della Commissione Consultiva Permanente per l'adozione del c.d. modello integrato nelle piccole e medie imprese.....	137
2. La qualificazione delle imprese e le prospettive per la certificazione dei modelli di organizzazione e gestione.....	139
Conclusioni.....	142

Allegato 1

Literature review

Modelli di organizzazione, gestione e controllo e salute e sicurezza nelle PMI: responsabilità penale-amministrativa e responsabilità sociale degli enti. Un'analisi comparata

INTRODUZIONE

Il lavoro che segue è l'oggetto di uno studio di natura comparata relativo all'utilizzo dei modelli di organizzazione, gestione e controllo e, più in generale, alla disciplina della responsabilità, giuridica e sociale, degli enti collettivi, intesi come quei soggetti, ulteriori rispetto alle persone, che, indipendentemente dalla sussistenza in capo agli stessi di personalità giuridica, sono in grado di commettere reati o, in ogni caso, di ledere gli interessi degli altri soggetti orbitanti nella sfera sociale di riferimento.

L'analisi si concentra in particolare sulla realtà della piccola e media impresa, dominante a livello quantitativo - tanto per numero di aziende, quanto per numero di addetti - sia nel contesto europeo che in quello nazionale. Tale circostanza ne rende necessaria un'operazione di adattamento continuo della struttura organizzativa all'evoluzione del mercato del lavoro.

Nelle pagine che seguono il ragionamento partirà dall'inquadramento della realtà della piccola e media impresa, analizzando in tale contesto sia la fenomenologia degli infortuni e delle malattie professionali, che il rapporto con la responsabilità penale-amministrativa.

Il fine ultimo è quello di creare un quadro completo della situazione della piccola e media impresa volto all'implementazione di politiche di prevenzione vincenti grazie all'istituto dei modelli organizzativi, strumento fondamentale non solo per la diminuzione degli infortuni nei luoghi di lavoro e della responsabilità penale-amministrativa in generale, ma anche per raggiungere livelli di ottimizzazione della produzione che consentano a questa categoria di aziende di difendere e possibilmente migliorare la propria posizione nel mercato.

Il lavoro si apre con una sezione di natura introduttiva che inquadra ontologicamente e statisticamente il concetto di piccola e media impresa, il fenomeno infortunistico in tale contesto e la definizione e le caratteristiche peculiari della cd. *Corporate Social Responsibility*.

La parte centrale, poi, consiste nella vera e propria analisi comparata dello stato dell'arte della disciplina della responsabilità giuridica e sociale degli enti e dell'utilizzo

di modelli di organizzazione e gestione da parte degli stessi in realtà differenti da quella italiana per situazione economico-sociale, natura del sistema giuridico e cultura.

In tale ottica è stato analizzato il sistema statunitense che, insieme a quello britannico, è tanto la culla della disciplina della responsabilità degli enti quanto una sicura fonte di ispirazione per eventuali soluzioni preventive (i modelli di organizzazione e gestione traggono le proprie origini proprio dai *compliance programs* di origine anglosassone).

La disamina si concentra, successivamente, sul sistema svizzero in quanto caratterizzato da una situazione economico-sociale estremamente peculiare dalla quale è nato un sistema di prevenzione della responsabilità degli enti di sicuro rilievo.

L'opera si chiude, infine, con l'analisi più approfondita del sistema giuridico italiano. In quest'ultima sezione lo studio si snoda su temi più tecnici e puntuali, quali, a titolo non esaustivo, l'esplicito ruolo dei modelli organizzativi in relazione alle tematiche inerenti salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, il ruolo dell'Organismo di Vigilanza ed i lavori della Commissione Consultiva Permanente relativi alla realizzazione di un modello ad hoc per le piccole e medie imprese o ancora il sistema di qualificazione delle imprese.

La trattazione ha consentito di rilevare una serie di punti critici sui quali è parso opportuno effettuare delle considerazioni nell'ottica di un approccio più funzionale alla disciplina dei modelli di organizzazione e gestione nella realtà delle piccole e medie imprese.

SEZIONE I
CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

CAPITOLO I

IL RISCHIO INFORTUNISTICO NELL'ORGANIZZAZIONE AZIENDALE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE (PMI) ED IL CONCETTO DI *CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* (CSR)

Sommario: **1.** La diffusione delle Piccole e Medie Imprese. – **1.1.** Le PMI secondo l'UE. – **1.2.** La situazione italiana. – **1.3.** Enti di piccole dimensioni – **2.** Il fenomeno infortunistico nelle PMI. – **2.1.** Gli infortuni e le malattie professionali: fenomenologia e analisi statistica. – **2.2.** Le malattie professionali: fenomenologia ed analisi statistica. – **2.3.** I “vecchi” ed i “nuovi” rischi per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: l'incidenza sul rischio infortunistico e sulle malattie professionali dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro e dei nuovi *standard* contrattuali. - **3.** Il concetto di *Corporate Social Responsibility*. - **3.1.** Definizione e principali teorie. - **3.2.** Gli *stakeholders*. - **3.3.** CSR e PMI.

1. La diffusione delle Piccole e Medie Imprese

1.1. Le PMI secondo l'UE.

Le piccole e medie imprese (PMI) possono considerarsi protagonisti importanti della realtà economica e sociale dell'Europa per il considerevole contributo alla creazione di benessere economico degli enti locali e regionali e per la creazione di un potenziale livello occupazionale.

Nell'ultimo decennio, le politiche comunitarie volte a favorire la competitività delle PMI si sono moltiplicate, nella convinzione che le imprese di dimensioni minori rappresentino la spina dorsale e il vero motore dell'economia europea. L'importante ruolo delle piccole-medio imprese nella crescita europea dipende anche e soprattutto da una loro forte presenza nel panorama economico.

Indagini effettuate¹ hanno rivelato che nel 2005 si registrava una media di quasi 40 PMI su 1.000 abitanti, in particolare in Repubblica Ceca e Portogallo, seguiti da Grecia,

¹ Commissione Europea, Direzione generale per l'Occupazione, gli affari sociali e l'inclusione l'unità, *Guida per la formazione nelle PMI*, 2011.

Italia e Spagna. Come emerge dalla tabella 1, la concentrazione maggiore di PMI si riscontra proprio in Stati membri meridionali come l'Italia, il Portogallo e la Spagna. Alcune di queste differenze possono essere spiegate dall'importanza di particolari settori nelle specifiche economie nazionali determinate da fattori culturali ed economici o istituzionali.

In generale, come si evince dalla tabella 2 le PMI rappresentano il 99,8% delle imprese europee (il 91,2% sono microimprese); inoltre, il peso delle PMI appare determinante anche in termini di contributo alla crescita e all'occupazione: 75 milioni di europei lavorano presso una PMI, e il 55% della ricchezza dell'Unione dipende da queste realtà imprenditoriali.

Tabella 1. Distribuzione delle PMI nei paesi EU-27

	Total number of enterprises	M i c r o i m p r e s e			
	(thousands)	(%)			
EU-27	20.994	92,0	6,7	1,1	0,2
BE	426	92,5	6,3	0,9	0,2
BG	270	88,7	9,2	1,9	0,3
CZ	899	95,1	3,9	0,8	0,2
DK	211	85,0	12,2	2,4	0,4
DE	1.880	83,0	14,1	2,4	0,5
EE	46	83,9	13,0	2,7	0,4
IE	158	87,8	9,9	1,9	0,3
EL	:	:	:	:	:
ES	2.653	93,1	6,0	0,8	0,1
FR	:	:	:	:	:
IT	3.947	94,3	5,1	0,5	0,1
CY	47	92,3	6,4	1,1	0,2
LV	70	84,4	12,9	2,4	0,3
LT	139	88,7	9,2	1,9	0,3
LU	17	85,8	11,5	2,2	0,5
HU	566	94,3	4,7	0,8	0,2
MT	:	:	:	:	:
NL	583	90,4	8,0	1,4	0,3

AT	294	87,2	10,8	1,7	0,4
PL	1.556	95,5	3,3	1,0	0,2
PT	778	94,0	5,1	0,7	0,1
RO	506	88,9	8,8	1,9	0,4
SI	93	92,4	6,1	1,3	0,3
SK	59	71,2	24,2	3,7	0,9
FI	202	91,7	6,9	1,1	0,3
SE	586	94,7	4,4	0,8	0,2
UK	1.731	89,3	8,8	1,5	0,4

Fonte: Eurostat (anno 2008)

In particolare sotto il profilo dell'occupazione rappresentano il 66,7 % dei posti di lavoro (due su tre), una percentuale sensibilmente superiore a quella registrata nelle economie mondiali maggiormente sviluppate e producono ben il 58,6% del PIL in Europa.

Le micro, piccole e medie imprese presenti nel territorio comunitario sono circa 20.9 milioni, cifra che rappresenta circa il 92 % del totale delle imprese europee. Pertanto la stragrande maggioranza delle imprese attive all'interno dell'UE-27 nel 2008 sono piccole e medie imprese e la loro importanza nella realtà economica e sociale dell'Unione Europea e dei suoi cittadini è data anche dal fatto che coinvolgono una fetta significativa di forza lavoro – pari ai 2/3 del settore privato².

Tabella 2. Distribuzione delle PMI in termini dimensionali ed occupazionali EU-27

	Number of enterpris es	Personsemplo yed	Value added	Apparentlabourpro duc-tivity
	(million)		(EUR 1 000	(EUR 1 000 / person)

² I dati sono tratti dalla pubblicazione *Keyfigures on European business with a special feature on SMEs*, 2011 Eurostat Pocketbooks – European Commission DG Enterprise and Industry.

			million)	
All enterprises	21,0	135,8	6.176	45,5
All SMEs	20,9	90,6	3.617	39,9
Micro	19,3	39,3	1.348	34,3
Small	1,4	27,9	1.147	41,2
Medium sized	0,2	23,4	1.122	47,9
Large	0,0	45,2	2.559	56,6

	Number of enterprises	Person employed	Value added	Apparent labour productivity
	Share in total (%)			Relative to total (%)
All enterprises	100,0	100,0	100,0	100,0
All SMEs	99,8	66,7	58,6	87,8
Micro	92,0	29,0	21,8	75,3
Small	6,7	20,5	18,6	90,5
Medium-sized	1,1	17,2	18,2	105,3
Large	0,2	33,3	41,4	124,5

Fonte: Eurostat (anno 2008)

Dai dati sopra descritti si evince ancor di più l'importanza nella realtà economica e sociale dell'Unione Europea e dei suoi cittadini delle PMI. Per tale motivo il sostegno alle PMI rappresenta una delle principali priorità della Commissione europea per conseguire gli obiettivi della crescita economica, della creazione di posti di lavoro e della coesione economica e sociale.

Il contributo delle PMI al conseguimento degli obiettivi principali dell'UE è riconosciuto sin dalla strategia di Lisbona per la crescita economica e occupazionale. Studi effettuati mostrano che l'85% dei nuovi posti di lavoro netti nell'Unione Europea tra il 2002 e il 2010 sono stati creati da PMI³.

³ EIM Business and Policy Research, *Do SMEs create more and better jobs?*, Zoetermeer, November 2011.

Nel giugno 2008 è stata adottata una Comunicazione dal titolo *Small Business Act* (SBA) che ha riconosciuto “*il ruolo centrale delle PMI nell'economia dell'UE*” con lo scopo di rafforzarne il ruolo e promuoverne la crescita⁴. Lo *Small Business Act* (SBA) definisce in particolare le linee dell'azione che l'Unione Europea intende condurre a favore delle PMI, perché possano svilupparsi e creare occupazione. Nelle premesse del SBA, considerato il principale documento della politica per le PMI, si legge “*pensare prima in piccolo*”.

Tra il 2008 e il 2010 la Commissione e gli Stati membri hanno messo in atto nel quadro dello SBA iniziative dirette a ridurre gli oneri amministrativi, a facilitare il finanziamento delle PMI e a favorire il loro accesso a nuovi mercati.

Nonostante i notevoli progressi realizzati per aiutare a sfruttare i benefici del mercato unico, le PMI sono ancora poco presenti nel commercio transfrontaliero a causa degli eccessivi costi degli scambi e della complessità degli strumenti di risoluzione delle potenziali controversie insorgenti. Tuttavia a livello internazionale, le PMI europee sono più attive dei concorrenti USA e Giappone: si pensi che quasi la metà delle esportazioni sono state fatte al di fuori del mercato unico europeo⁵.

La Commissione è intenzionata a promuovere nuove forme di collaborazione tra le imprese, anche se localizzate in diverse regioni o paesi, per mezzo di *cluster* e reti di imprese che ne favoriscano la cooperazione senza andare a discapito della loro indipendenza. Ulteriori sforzi mireranno a eliminare le barriere non tariffarie e le restrizioni di accesso alle materie prime per consentire operazioni commerciali sempre più fluide e trasparenti.

Oltre allo *Small Business Act* anche la Strategia Europa 2020 si è posta come l'obiettivo di rafforzare il ruolo importante delle PMI, contribuendo così a rendere sempre più robusta l'economia europea.

In particolare gli obiettivi comunitari mirano a facilitare il recupero transnazionale dei crediti, semplificare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici, che rappresentano il 17% del PIL europeo, fissare regole specifiche per il calcolo dell'imponibile e dell'IVA, al fine di alleggerire gli oneri amministrativi che incombono sul mercato transfrontaliero. Contro le pratiche anticoncorrenziali, cartelli, abuso di posizione

⁴Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “*Una corsia preferenziale per la piccola impresa*”. *Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un “Small Business Act” per l'Europa)*, Bruxelles, 2008.

⁵ Sul punto, European Commission, *SMEs in Europe 2003*, in *Observatory of European SMEs*, 2003, n.7.

dominante, la Commissione ha dato il via ad una consultazione pubblica per l'esperimento di ricorsi collettivi finalizzati ad ottenere il risarcimento del danno in tali ipotesi illecite.

In tal senso si è espressa la Commissione nella revisione dello SBA, fatta nel febbraio 2011, con l'obiettivo di mettere in evidenza i progressi compiuti e fissare una serie di nuove azioni per rispondere alle sfide derivanti dalla crisi finanziaria ed economica⁶.

Dagli ultimi studi condotti in materia⁷ emerge ancor di più l'importanza delle PMI in quanto la crescita economica è caratterizzata e accompagnata in buona parte proprio da un rafforzamento del ruolo delle PMI. Queste ultime hanno un effetto benefico su tutta l'economia e non solo sulla parte che le riguarda direttamente. Tale risultato è dovuto essenzialmente a tre pregi che le caratterizzano: *in primis* fungono da veicolo di diffusione di conoscenze che possono diventare accessibili anche alle grandi realtà imprenditoriali attraverso l'acquisizione diretta o informatica; stimolano la concorrenza interna grazie alle nuove idee e al capitale umano impiegato nella conoscenza dei lavoratori; introducono innovazioni che sollecitano le altre imprese esistenti sul mercato a fare sempre meglio⁸. Rispetto alla crisi economica è stato messo in evidenza che le imprese di piccole dimensioni sanno reagire meglio alle difficoltà e sono in grado di mantenere un maggior numero di dipendenti rispetto alle grandi. Premettendo che, in media, la microimpresa impiega all'incirca tre persone, licenziarne anche soltanto uno vorrebbe dire dare un duro colpo alla produttività. Se a questo si affianca la considerazione per cui in tali contesti i legami intraziendali si infittiscono, insieme questi due aspetti rendono i datori di lavoro meno "inclinati" ai licenziamenti, pur essendo nella possibilità di farlo.

Le piccole e medie imprese o PMI sono aziende le cui dimensioni rientrano entro certi limiti occupazionali e finanziari prefissati. Ciascuno stato membro dell'UE ha tradizionalmente utilizzato una propria definizione. Ad esempio, in Italia, il limite era 250 impiegati, 500 in Germania, 100 in Belgio. Oggi, invece, l'Unione Europea ha uniformato il concetto di PMI considerando essenziale – a livello europeo – giungere ad una definizione comune che garantisca maggiore coerenza ed efficacia alle misure ad

6 Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa*, Bruxelles, 2011.

7 Eurostat. *Statistic in focus* n.71/2009, *SMEs were the main drivers of economic growth between 2004 and 2006*; Eurostat *Statistic in focus* n.31/2008, *Enterprises by size class - overview of SMEs in the EU, 2008*; Eurostat *Pocketbooks –European Commission DG Enterprise and Industry Keyfigures on European business with a special feature on SMEs*, 2011.

8 In tal senso si veda European Commission, *Attitudes of European entrepreneurs towards eco innovation*, March 2011.

esse rivolte e che, allo stesso tempo, non contrasti con le regole della libera concorrenza.

Tale definizione risulta per l'intero mercato unico europeo tanto più valida e appropriata se si considera la necessità da parte dell'UE di mettere in atto politiche pubbliche capaci di interagire positivamente con quelle promosse a livello nazionale e regionale. Una definizione che funga da "minimo comune denominatore" è necessaria, anche se non certamente sufficiente per individuare e descrivere a fondo il variegato contesto produttivo europeo, caratterizzato dalla presenza di molteplici "sistemi produttivi locali".

La definizione di micro, piccole e medie imprese attualmente in vigore, è stata adottata dalla Commissione Europea a partire dal 1° gennaio 2005⁹ sulla base della Raccomandazione 361 del 6 maggio 2003 che ha sostituito la precedente Raccomandazione del 1996¹⁰. La nuova definizione rappresenta un provvedimento importante perché ha effetto su tutte le politiche, i programmi e le misure poste in essere dalla Commissione, ma anche dagli Stati nazionali e dalle Regioni, in materia di piccola e media impresa. Trattandosi di un atto non vincolante, l'utilizzazione della definizione è formalmente rimandata alla volontà degli Stati membri, sebbene la Commissione, la Banca Europea per gli investimenti (BEI) e il Fondo europeo per gli investimenti (FEI), invitino espressamente ad applicarla quanto più estensivamente possibile.

Come fa notare il Membro della Commissione europea responsabile per le Imprese e l'industria Günter Verheugen: *"la nuova definizione di PMI rappresenta un importante passo verso il miglioramento dell'ambiente operativo delle PMI e ha lo scopo di promuovere l'imprenditorialità, gli investimenti e la crescita. La definizione è stata elaborata dopo ampie consultazioni con le parti interessate coinvolte e ciò prova che l'ascolto delle PMI è un elemento fondamentale per la realizzazione efficace degli obiettivi di Lisbona"*.

⁹ Si tratta della Raccomandazione della Commissione 2003/361/CE del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese in Gazzetta ufficiale L 124 del 20.05.2003.

¹⁰ Si tratta della Raccomandazione della Commissione 96/280/CE del 3 aprile 1996 relativa alla definizione delle piccole e medie imprese in Gazzetta ufficiale L 107 del 30.04.1996.

Tabella 3 Comparazione tra le vecchie e le nuove soglie dimensionali

Cate goria d'im presa	Effettivi ⁽¹¹⁾ Unità lavorative annue (ULA)		Fatturato annuo (Milioni di EURO) ⁽¹²⁾		O	Totale di bilancio annuo (Milioni di EURO) ⁽¹³⁾	
	< 250	<	≤ 50	≤		≤	≤
MED IA		2 5 0		4 0	O	4 3	2 7
PICC OLA	< 50	<	≤ 10	≤	O	≤ 1 0	≤ 5
MIC RO	< 10	<	≤ 2	N o n d e f i n i	O	≤ 2	N o n d e f i n i

⁽¹¹⁾ Il criterio degli effettivi è il criterio iniziale essenziale per determinare in quale categoria rientri una PMI. Esso riguarda il personale impiegato a tempo pieno, a tempo parziale o su base stagionale e comprende i dipendenti, le persone che lavorano per l'impresa, ne sono dipendenti e, secondo la legislazione nazionale, sono considerati come gli altri dipendenti dell'impresa, i proprietari-gestori, i soci che svolgono un'attività regolare nell'impresa e beneficiano di vantaggi finanziari da essa forniti. Gli apprendisti con contratto di apprendistato e gli studenti con contratto di formazione non sono considerati come facenti parte degli effettivi. Non è inoltre contabilizzata la durata dei congedi di maternità o parentali. Gli effettivi sono espressi in unità lavorative-anno (ULA). Chiunque abbia lavorato nell'impresa, o per suo conto, durante l'intero anno di riferimento conta come una unità. I dipendenti che hanno lavorato a tempo parziale, i lavoratori stagionali e coloro che non hanno lavorato tutto l'anno devono essere contabilizzati in frazioni di unità.

⁽¹²⁾ Il fatturato annuo viene determinato calcolando il reddito che l'impresa ha ricavato durante l'anno di riferimento dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi, dopo il pagamento degli eventuali oneri. Il fatturato non comprende l'imposta sul valore aggiunto (IVA) o altre imposte indirette.

⁽¹³⁾ I bilancio generale annuo si riferisce al valore dei principali attivi dell'impresa.

				t o			t o
--	--	--	--	--------	--	--	--------

	Nuove soglie ai sensi della Raccomandazione 2003/361/CE
	Vecchie soglie ai sensi della Raccomandazione 96/280/CE

Andando a vedere da vicino la classificazione proposta dalla Commissione si denota la scelta pressoché assoluta di utilizzo di criteri dimensionali di tipo quantitativo, tralasciando invece quelli qualitativi.

Nella tabella 3 viene presentata una comparazione tra la vecchia e la nuova classificazione secondo i principali parametri economici adottati.

L'aggiornamento della definizione è scaturito dall'esigenza di adeguarla agli sviluppi economici generali verificatisi dal 1996 in poi, ed in particolare, alla crescente consapevolezza degli ostacoli a cui sono soggette in modo specifico le PMI.

In questo senso, la nuova definizione, apportando alcune importanti modifiche, rende più chiare le linee di ripartizione tra le diverse categorie presentate.

Le modifiche di maggior rilievo rispetto alla definizione precedente riguardano quattro punti:

- 1) la definizione di impresa, che viene estesa;
- 2) le categorie di PMI che passano da due a tre;
- 3) l'incremento delle soglie di fatturato e patrimoniali;
- 4) la semplificazione degli adempimenti.

Per ciò che attiene il concetto di PMI, la nuova normativa ne amplia la portata, considerando impresa *“ogni entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dalla sua forma giuridica rivestita”* (Art. 1) e rende meno controversa l'inclusione nella definizione di categorie come gli artigiani, le imprese individuali e familiari e soggetti non profit. In compenso, al fine di evitare condotte elusive, il concetto di PMI *“indipendenti”* viene reso più rigoroso con l'esclusione dalla categoria per quelle imprese che godano di significativi legami con altre imprese, soprattutto se più grandi. In base all'intensità dei legami di tipo finanziario e gestionale che intercorrono tra due o più aziende, queste possono essere definite imprese *“partner”* o imprese *“collegate”*. Se nella prima categoria rientrano le imprese che intrattengono tra loro relazioni di partenariato finanziario significative, senza che l'una eserciti un controllo effettivo

diretto o indiretto sull'altra¹⁴, nel secondo caso sono considerate collegate le imprese che fanno economicamente parte di un gruppo che controlla direttamente o indirettamente la maggioranza del capitale o dei diritti di voto, oppure che ha la capacità di esercitare un'influenza dominante su un'impresa. Allo scopo di prevenire l'abuso dello status di PMI, la Raccomandazione ne limita il riconoscimento nel momento in cui esse non rientrino nelle soglie di personale, di fatturato e patrimoniali fissate.

Per quanto riguarda le categorie di PMI la nuova disciplina prevede accanto alla media (< di 250 dipendenti) e alla piccola impresa (< di 50 dipendenti), la figura della micro-impresa (< di 10 dipendenti), sottolineando così la rilevanza di questi soggetti estremamente diffusi in tutta Europa e in particolare nel nostro paese.

L'analisi sinora svolta mostra pertanto come le PMI in Europa rappresentino un fenomeno rilevante ma estremamente eterogeneo, una galassia complessa e articolata, comprendente sia realtà precarie e marginali che imprese dinamiche e innovative, in rapido sviluppo.

1.2. La situazione italiana.

La questione relativa alla struttura dimensionale delle imprese italiane è oggetto da sempre delle riflessioni dedicate al tema della produttività e delle competitività del nostro sistema industriale.

Dalla fotografia che emerge dall'Annuario statistico italiano 2010 dell'Istat l'economia italiana si conferma incentrata sulle PMI, con il 94,8% con meno di dieci addetti, che impiegano il 47,4% degli addetti e fanno registrare il 32,5% del valore aggiunto.

In Italia si contano, infatti – secondo l'ultimo dato reso disponibile dall'Istat¹⁵-, oltre 450.000 imprese industriali attive, di cui una quota quasi totalizzante con un numero di addetti inferiore alle 250 unità (il 99,7%) e una quota imponente di imprese con meno di 10 addetti (l'81,7%). Tale fotografia sembra dunque dare ragione ai

14 Sotto l'aspetto tecnico, un'impresa è partner di un'altra impresa se possiede una partecipazione compresa tra il 25-50% in tale impresa o se quest'ultima impresa detiene una partecipazione compresa tra il 25-50% nell'impresa richiedente oppure se l'impresa richiedente non elabora conti consolidati che riprendono l'altra impresa e non è ripresa tramite consolidamento nei conti di tale impresa o di un'impresa ad essa collegata. Da notare che un'impresa viene considerata autonoma anche qualora essa sia partecipata entro una soglia del 25% dai seguenti investitori: società pubbliche di partecipazione; società di capitale di rischio e "business angels"; università o centri di ricerca senza scopo di lucro; investitori istituzionali, compresi i fondi di sviluppo regionale; autorità locali autonome aventi un bilancio annuale inferiore a 10 milioni di euro e meno di 5000 abitanti.

15 ISTAT, *Annuario statistico italiano 2010*, Novembre 2011.

numerosi analisti che criticano il sistema manifatturiero italiano per il suo “nanismo imprenditoriale”.

In particolare nell’industria sono attive circa 517 mila imprese, che assorbono 4,8 milioni di addetti, pari al 27,9% dell’occupazione totale. Tra queste il 36,7% del valore aggiunto è realizzato dalle imprese con oltre 250 dipendenti.

Nelle costruzioni sono attive circa 616 mila imprese (+21 mila unità rispetto al 2006), per 2 milioni di addetti (+119 mila unità) e un valore aggiunto è di circa 71 miliardi di euro (+11,8%). Le microimprese rappresentano il 94,5% del totale.

Il terziario è ancora caratterizzato dalla prevalenza di microimprese pari, nel 2007, a 3,2 milioni di unità (96,7%) per una crescita del +1,3% rispetto al 2006 che ha portato ad occupare il 54,7% degli addetti.

Invece come evidenzia la tabella 4 la percentuale delle grandi imprese presenti negli altri macrosettori è addirittura inferiore allo 0,01%.

Tabella 4 Imprese e addetti per classi di addetti e settore di attività economica – Anno 2009
(valori assoluti)

CLASSI DI ADDETTI (a)	ATTIVITA' ECONOMICHE (b)								Totale	
	Industria in senso stretto		Costruzioni		Commercio, trasporti e alberghi		Altri servizi			
	Imprese	Addetti	Imprese	Addetti	Imprese	Addetti	Imprese	Addetti	Imprese	Addetti
1	146.515	147.663	342.363	344.555	832.442	835.231	1.273.378	1.272.645	2.594.698	2.600.095
2-9	223.603	896.201	249.165	872.798	708.281	2.361.705	465.818	1.445.956	1.646.867	5.576.659
10-19	48.208	644.795	23.405	301.821	49.594	641.398	25.032	327.889	146.239	1.915.901
20-49	23.232	699.265	6.847	197.468	15.842	465.387	10.832	328.260	56.753	1.690.380
50-249	9.937	966.871	1.518	132.154	5.275	504.900	5.743	575.300	22.473	2.179.225
250 e più	1.490	1.107.764	84	54.212	916	1.078.172	1.228	1.308.579	3.718	3.548.727
Totale	452.985	4.462.559	623.382	1.903.007	1.612.350	5.886.793	1.782.031	5.258.628	4.470.748	17.510.988

(a) Poiché il numero degli addetti di un'impresa è calcolato come media annua, la classe dimensionale '1' comprende le unità con in media fino a 1,49 addetti; la classe '2-9' comprende quelle con addetti da 1,50 a 9,49, e così via.

Fonte: ISTAT Archivio Statistico delle Imprese attive

Comparando i dati italiani con quelli del resto d'Europa (vedasi anche tabella 1) l'Italia presenta un numero di aziende decisamente più elevato rispetto a Francia, Germania, Regno Unito e Spagna. Il 21,5% del totale delle imprese manifatturiere dell'Unione Europea a 27 si trova, infatti, in Italia e nello specifico ben il 21,8% sono micro imprese, il 22,9% piccole imprese ed il 12,5% imprese di medie dimensioni.

L'Italia ha, inoltre, 1.347 imprese con più di 250 addetti, ovvero l'8,4% del totale UE. Tale numero è solo di poco inferiore rispetto a quello delle imprese francesi (1.591) e britanniche (1.531), ma ben distante dalle quasi 4.000 aziende tedesche di grandi dimensioni (quasi un quarto di tutte quelle europee).

Indubbiamente, il gran numero di piccole imprese italiane impatta sulla dimensione media che risulta essere piuttosto ridotta: appena 9,5 addetti nel 2009, sensibilmente inferiore rispetto al dato europeo (15,3 addetti). Come è noto, l'industria italiana si concentra in comparti del manifatturiero dove la produzione avviene usualmente in imprese di piccole dimensioni.

Nel complesso, le aziende italiane presenti nei settori tipici della nostra economia come l'abbigliamento, il tessile, l'alimentare, sono di dimensioni piuttosto modeste, con medie mai superiori ai 10 addetti. Ciò si può, almeno in parte, ricondurre all'artigianalità delle produzioni e alla copertura dei fabbisogni di una clientela nota e ben delineata. Le imprese operanti in tali settori tendono a garantire un'alta qualità delle produzioni, nonostante la micro-dimensionalità, o forse proprio in virtù di questa.

La produzione manifatturiera italiana è stata pari a 742,7 miliardi di euro nel 2009, con una contrazione del 21,7% rispetto al 2008 quando si era attestata a 948,3 miliardi. Nonostante tale forte riduzione, l'Italia è ancora seconda, tra i Paesi europei, per il valore della produzione industriale, dietro la Germania dove la produzione è stata pari a 1.378,2 miliardi di euro nel 2009. In termini percentuali le quote italiane e tedesche sono state rispettivamente pari al 14,5% e al 27% del totale europeo.

Considerando il valore della produzione per classi di addetti, il dato che risalta maggiormente per l'Italia riguarda l'apporto delle piccole e piccolissime imprese (0-49

addetti) alla produzione complessiva. Nel 2009 ha superato, seppur marginalmente, quello delle grandi imprese: 36,7% contro 36,6%. Unico caso tra i principali Paesi europei. A distinguersi è anche la Germania, dove il peso delle grandi imprese nella produzione complessiva è enorme: il 69,2% del totale.

Il numero di occupati nell'industria manifatturiera italiana è stato superiore ai 3,5 milioni di addetti nel 2009, più del 12% del totale UE, che è stato di 28,3 milioni. Anche sotto questo profilo, l'Italia risulta seconda dietro la Germania dove gli occupati nell'industria sono stati quasi 6,6 milioni. A debita distanza, la Francia dove gli addetti del manifatturiero sono stati di poco superiori ai 3 milioni.

Ancora una volta è da rimarcare la supremazia, a livello europeo, dell'industria italiana per le piccole e piccolissime imprese. In entrambi i casi, l'Italia detiene il primato di occupati: più di 550 mila nelle micro-imprese (contro i 283 mila della Germania e i 370 mila circa della Francia), quasi 1,2 milioni nelle piccole imprese (rispetto al milione tedesco e ai 582 mila francesi).

Per quanto riguarda gli occupati nelle imprese di medie dimensioni, in Italia il numero di addetti è stato pari a quasi 900 mila, ben al di sotto dei quasi 1,7 milioni tedeschi.

L'industria italiana risulta ancora terza come valore del MOL (Margine Operativo Lordo) in Europa, dopo Regno Unito (dove è stato pari a 57,9 miliardi) e Germania (quasi 72 miliardi).

Il margine operativo lordo delle micro e piccole imprese italiane è il più elevato in assoluto, mentre la *leadership* è tedesca per quanto attiene le imprese di dimensione superiore ai 50 addetti. Ancora una volta, la ridotta dimensione delle imprese italiane oltre ad esserne il carattere distintivo, rappresenta anche il vero punto di forza: la piccola dimensione non ostacola l'alto livello di specializzazione raggiunto dal nostro sistema imprenditoriale che si articola in produzioni di alta qualità. I risultati, anche sotto il profilo della redditività, sono particolarmente apprezzabili.

Un dato che conferma questa forte tendenza alla specializzazione produttiva e alla più alta redditività relativa ottenuta dalle piccole e micro imprese è l'incidenza per classe di addetti sul Margine Operativo Lordo complessivo. Considerando i principali Paesi europei, l'Italia è lo Stato dove il contributo al MOL totale delle grandi imprese è il più piccolo: 28,9% contro il 52% europeo e il 53% tedesco.

1.3. Enti di piccole dimensioni

Il significato di “ente di piccole dimensioni” non appare in alcun modo individuabile alla stregua di regole interne al sistema del d.lgs. n. 231/2001. Un primo problema nell’applicazione della normativa riguarda appunto la definizione di “enti di piccole dimensioni”.

La legge non fornisce indicazioni di sorta e, nonostante da tempo sia atteso un intervento normativo, ad oggi non è prevista una disciplina particolare e neppure delle linee guida dedicate. Il formante dottrinale, di matrice giuridica, si è occupato soltanto incidentalmente della questione problematica afferente alla definizione della nozione di “enti di piccole dimensioni”. Peraltro, in materia sono state elaborate diverse soluzioni, incentrate per lo più sulla coincidenza tra direzione e proprietà e sulla variabile del numero dei dipendenti, ma non si è raggiunta una univocità di vedute tale da offrire agli operatori del diritto ed alle stesse società destinatarie del decreto un sicuro criterio ermeneutico.

Un primo criterio potrebbe essere di tipo economico/produttivo e quindi basato su parametri quali il volume dei ricavi e l’attivo patrimoniale. Tale principio individuatore, mutuato dall’art. 1 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (cd. legge fallimentare), come riformato nel primo decennio del Duemila per delimitare l’ambito di applicazione delle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, secondo alcuni commentatori difetta di due requisiti necessari: la determinatezza e l’adeguatezza. Inoltre, tale criterio non pare conciliarsi con il fondamento della responsabilità dell’ente che consiste in una “colpa in organizzazione” e cioè in un difetto strutturale e sistematico del modo di agire e decidere della persona giuridica.

Un secondo criterio, di ordine aziendalistico, comune al primo quanto ad indeterminatezza, potrebbe essere quello di ancorare la definizione di ente di piccole dimensioni al numero dei dipendenti e quindi alla complessità dell’organizzazione del lavoro. Un tale criterio, giudicato dalla più recente dottrina soltanto come un indice della complessità organizzativa al pari del parametro economico, può avere una sua funzionalità soprattutto per ciò che concerne la prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose per violazione della disciplina antinfortunistica.

È possibile ricavare una definizione di piccola impresa nelle Linee-Guida predisposte dalle associazioni di categoria per la redazione di un modello organizzativo.

Le linee guida in merito costituiscono semplicemente delle mere opzioni ermeneutiche cui attenersi ma non sono giuridicamente vincolanti¹⁶.

Secondo Confindustria la definizione di “piccola impresa” *va ricercata più che in parametri quantitativi, nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale*. Nelle Linee-Guida di Confindustria si afferma che la soglia dimensionale deve essere valutata in relazione alla struttura interna gerarchica e funzionale, più che in parametri quantitativi ed a prescindere dal settore merceologico in cui l'impresa opera. La struttura organizzativa delle piccole imprese si contraddistingue per la sua “essenzialità”, in quanto dotata dei soli elementi indispensabili per il suo funzionamento. Quindi, sotto un profilo operativo, potrebbe essere un valido parametro il raffronto del numero delle funzioni esistenti nella specifica realtà aziendale, con i soggetti a cui le stesse sono affidate.

Questa lettura delle definizioni è in linea con quanto affermato anche dall'Associazione nazionale costruttori edili (ANCE), per la quale la dimensione dell'impresa deve essere valutata in base alla struttura organizzativa, all'articolazione territoriale dell'attività ed al 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. Nel caso di impiego di lavoratori a tempo parziale e stagionali, questi ultimi sono computati come frazione di unità lavorativa annuale.

2. Il fenomeno infortunistico nelle PMI

2.1. Gli infortuni sul lavoro : fenomenologia e analisi statistica.

Il Testo Unico della legge n. 1124 del 30 giugno 1965 definisce “infortunio sul lavoro”: qualsiasi evento dannoso che incide sulla capacità lavorativa del lavoratore ed è cagionato da una causa violenta in occasione di lavoro. Per “occasione di lavoro” si intende quel particolare rapporto anche mediato ed indiretto che deve intercorrere tra l'evento lesivo e il lavoro. L'interpretazione di tale nozione è andata col tempo

16 Sulle Linee guida di Confindustria e su quelle dell'Associazione Piccole e Medie Imprese di Milano specificatamente rivolte agli enti di piccole dimensioni: T. E. Romolotti, in L. D. Cerqua (a cura di) *La responsabilità da reato degli enti*, Matelica, 2006, 264 ss.

ampliandosi, ricomprendendo, ad esempio, anche quegli eventi causati da reazioni fisiche e psichiche del lavoratore in risposta alle condizioni di fatica e stress¹⁷. Spesso risulta poco agevole la distinzione tra malattia professionale ed infortunio. Parte della dottrina afferma che il *discrimen* risieda nell'azione lesiva: lenta e subdola nel primo caso, rapida e violenta nel secondo. La distinzione diventa più problematica e necessita di ulteriori precisazioni in aree che sono caratterizzate, per definizione, da causa lenta, come le intossicazioni e le affezioni microbiche e virali¹⁸.

Per quanto concerne l'analisi del fenomeno infortunistico all'interno dell'Unione Europea, preme evidenziare che, secondo i criteri di rilevazione adottati da Eurostat, si considerano infortuni sul lavoro quelli con "assenze dal lavoro di almeno 4 giorni", esclusa la modalità *in itinere*. Ai fini di quest'analisi comunitaria, occorre ribadire la difficoltà di confrontare le statistiche in materia, data la diversità delle normative vigenti in ambito assicurativo e previdenziale. Per porvi rimedio è stato varato nel 1990 il progetto di Statistiche europee sugli infortuni sul lavoro (Esaw), avente l'obiettivo di armonizzare¹⁹ i dati relativi agli infortuni che comportano un'assenza dal lavoro superiore a tre giorni²⁰. I dati si sono fermati al 2008 a causa di alcuni Paesi, Grecia e Portogallo, che non hanno provveduto ad inviare gli aggiornamenti.

Le denunce pervenute all'Inail entro il 30 aprile 2013 relative a infortuni accaduti nel 2012 sono state 744.916: il dato registra una diminuzione dell'8,89% sul 2011 e del 23% sul 2008. Tra le denunce pervenute, quelle positivamente riconosciute dall'Istituto come casi di infortunio sul lavoro sono risultate 496.079: l'11,34% in meno rispetto allo stesso dato dell'anno precedente (quando i casi sono stati 559.504).

Per quanto riguarda gli episodi mortali, le denunce pervenute entro la stessa data e relative al 2012 sono state 1.296 (-5,19%): 790 di queste sono state effettivamente accertate dall'Inail come infortuni sul lavoro: un decremento dell'8,78% rispetto agli 866 casi mortali dell'anno precedente.

Questi i dati della *Relazione Annuale 2012* del Presidente dell'Inail Massimo De Felice, del luglio 2013.

¹⁷ Wikilabour, *L'infortunio sul lavoro*, 2012, in www.wikilabour.it, voce *Previdenza e assistenza-Salute e sicurezza* (Inail).

¹⁸ A. De Matteis, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, 2011, 510 ss.; così anche, Corte di Cassazione Civile, sentenza 30 Agosto 2006, n. 18711; Corte di Cassazione Civile, sentenza 31 Dicembre 2001, n. 16138; Corte di Cassazione Civile, sentenza 19 giugno 1999, n. 6175.

¹⁹ Il metodo utilizzato è quello del tasso standardizzato di incidenza infortunistica che corregge la distorsione esistente tra i vari Paesi ponderando ogni settore economico nello stesso modo sia a livello nazionale che comunitario.

²⁰ Sul punto, European Agency for Safety and Health at Work, *A review of methods used across Europe to estimate work-related accidents and illnesses among the self-employed*, Lussemburgo, 2010; nonché M. Giovannone, *Sicurezza e morti sul lavoro. Argomento serio, dati ballerini*, in *Bollettino Speciale Adapt*, 11 marzo 2008, n. 4.

Nel contesto degli infortuni accertati 428.960 sono risultati in occasione di lavoro, a fronte di 67.119 “in itinere” (ovvero, quelli occorsi ai lavoratori ad esempio durante il normale percorso di andata e ritorno dall’abitazione al luogo di lavoro). Da segnalare come, nel complesso, più del 18% dei 496.079 infortuni totali si sia verificato al di fuori dell’azienda, “con mezzo di trasporto” (22.792) o – come già segnalato –in itinere. Anche per quanto riguarda i 790 decessi accertati, un’alta percentuale (più del 50%, pari a 409 casi) si è verificato fuori dell’azienda, avendo come principale “scenario” la strada (una distinzione, quella della localizzazione, rilevante per meglio giudicare e calibrare le politiche di prevenzione). I dati segnalano – come per il fenomeno infortunistico complessivo – la persistenza di un andamento decrescente: se anche i 25 casi ancora in istruttoria fossero tutti riconosciuti sul lavoro si avrebbe, infatti, una riduzione comunque consistente rispetto al 2011 – che si attesterebbe al 6% – e del 27% rispetto al 2008.

Nell’anno precedente (2011) si registrano oltre 920 morti sul lavoro su 725.000 di infortuni denunciati. Da un’analisi statistica emerge un calo “reale” rispettivamente del 5% e del 4% rispetto al 2010, almeno nei settori ad alto rischio. Si parla di “calo reale” nel senso che i risultati ottenuti sono calcolati al netto, ossia vengono fuori tralasciando fattori come il parziale miglioramento dei livelli di rischio, a seguito di importanti iniziative nazionali su prevenzione e formazione, e la diminuzione del tempo di lavoro effettivo che riduce la presenza fisica sul posto di lavoro e, di conseguenza, il rischio infortunistico²¹.

Nel 2012 in prospettiva di genere, si registrano invece quasi 165mila donne infortunate. Le specificità di genere segnalano 331.086 infortuni accertati a danno di lavoratori (726 con esito mortale) e 164.993 a danno di lavoratrici (64 gli episodi mortali).²²

La peculiarità maggiore del panorama infortunistico femminile riguarda la c.d. “modalità di evento”: in Italia su circa 89.000 infortuni *in itinere*, ovvero nel tratto lavoro – casa, poco meno della metà ha interessato le donne (40% della forza lavoro), che hanno oltre il 50% di probabilità in più di subire un infortunio, durante il tragitto, rispetto agli uomini²³. Questa, infatti, è la causa principale della maggior parte dei

²¹ Istituto Nazionale Assicurazione sul Lavoro, *Rapporto Annuale 2011 – Infortuni e malattie professionali*, Roma, 2012.

²² *Relazione Annuale 2012 del Presidente Massimo De Felice*, Inail luglio 2013.

²³ . In merito, European Agency for Safety and Health at Work, *Risks and Trends in the Safety and Health of Women at Work*; Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Donne e sicurezza sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore Radiocor*, Sicurezza e Prevenzione, 2010, n.8; P. Acconcia, F. D’Amico, M. Dalla Chiesa, N. D’Erario, M. Giovannone, R. Zucaro, *Donne, lavoro e disabilità: tra sicurezza e qualità della vita*, in *2° Rapporto ANMIL*, 2012.

decessi femminili, incrementati del 15,4% rispetto al 2010. Nonostante alcuni studi²⁴ abbiano attestato un aumento della componente femminile al volante, riconoscendogli altresì una guida più oculata, la ragione sottesa starebbe nella difficoltà di conciliare lavoro-vita privata, considerato che la cura familiare è maggiormente a suo carico. E' possibile pensare che il percorso casa-lavoro sia quello dove si concentra il maggior quantitativo di stress psico-fisico da conciliazione²⁵.

Se si realizza una distinzione per età, il 44% degli infortunati rientra nella fascia d'età 35-49 anni impegnata in attività produttive, specialmente se ad alto rischio. Una differente spiegazione risiede alla base dell'incremento infortunistico, nel 2011, del 6,7% della categoria over50, restia agli aggiornamenti formativi in materia prevenzionistica. Il dato positivo, ovvero il decremento del 23,2%, riguarda i c.d. giovani (al di sotto dei 35 anni). Tale asserzione appare una "nota stonata" ove si consideri la loro vulnerabilità sotto il profilo della salute e sicurezza sul lavoro, vista l'inesperienza e, in quanto precari, il poco tempo dedicabile alla formazione. Ancora una volta tale dato positivo è illusorio, poiché semplicemente conseguenza dell'instabilità occupazionale che sta vivendo il nostro Paese²⁶.

Secondo le stime dell'Unione Europea²⁷, anche il tasso degli infortuni mortali è meno alto, nel complesso, tra i giovani. Tuttavia, il tasso di incidenza può essere estremamente elevato in alcuni settori: l'agricoltura, seguita dalle costruzioni, dai trasporti e comunicazioni e dall'industria manifatturiera.

Nello specifico delle gestioni assicurative, 393.663 infortuni accertati hanno interessato l'industria e servizi (682 dei quali con esito mortale), 34.151 l'agricoltura (98 mortali) e 68.265 sono stati "per conto dello Stato" (10 mortali).

Letteratura in materia di incidenti di lavoro agricolo²⁸ sostiene che l'agricoltura sia una delle attività professionali più pericolose: si pensi che nei Paesi Ue, ogni anno, circa 1 persona su 3 è soggetta ad infortuni sul lavoro. L'uso di macchinari e attrezzature agricole sempre più complesse è tra le principali cause di infortunio mortale in tale settore. In Italia, invece, oltre il 90% degli infortuni si concentra nel settore dei servizi e dell'industria, seguito dall'agricoltura e dipendenti conto Stato. In campo industriale un

²⁴ Censis-Aci, *XVI Rapporto Automobile 2008*, 2008.

²⁵ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Inps, Istat, *Rapporto sulla coesione sociale- Anno 2011*, 2012.

²⁶ Istituto Nazionale Assicurazione sul Lavoro, *Rapporto Annuale 2011 – Infortuni e malattie professionali*, Roma, 2012.

²⁷ Sul punto, Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro, *Giovani lavoratori – Fatti e cifre. Esposizione ai rischi ed effetti sulla salute*, 2007; F.C. Breslin, D. Day, E. Tompa, E. Irvin, S. Bhattacharyya, J. Clarke, A. Wang, *Systematic review of risk factors for work injury among youth*, Toronto, 2005; D. Di Nunzio, *Rischi sociali e per la salute. Le condizioni di lavoro dei giovani in Italia*, IRES, 2011; disponibile su http://www.ires.it/files/rapporti/24_2011-Condizioni%20Lavoro%20Giovani%20e%20Crescita.pdf.

²⁸ Cfr. Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, *Agricoltura: meno infortuni e più multifunzionalità*, in *Dati Inail*, 2011, n.1.

terzo degli infortuni si verifica nelle piccole imprese (meno di 15 dipendenti), specialmente artigiane, poco inclini agli aggiornamenti in materia prevenzionistica e spesso alle prese con lavorazioni pericolose.

Operando una ripartizione territoriale, al Nord si è assistito nel 2011 ad una recrudescenza del fenomeno infortunistico; ivi si è riscontrato il 60% dei casi, in particolare in Lombardia, Veneto, Emilia Romagna, le Regioni dove vi è la maggiore densità occupazionale. Coerentemente, per ovvia deduzione, il forte tasso di disoccupazione delle regioni meridionali giustifica, in negativo, la riduzione degli infortuni in tali aree del Paese (-14,9%). Circa i casi mortali la diminuzione del 5,4% viene fuori dalla media delle forti diminuzioni del Sud (-14,9%), Centro (-0,5%) e Nord-Ovest (-2,2%)²⁹.

2.2 Le malattie professionali: fenomenologia e analisi statistica.

Il concetto di “malattia professionale” indica, secondo una definizione generalizzata, un evento dannoso alla persona che si manifesta in modo lento, graduale e progressivo, involontario e in occasione del lavoro. Esso è caratterizzato dalla sua relazione rispetto ad un sistema nazionale di riconoscimento e risarcimento che può variare da Paese a Paese; tuttavia è, in ogni caso, necessaria l’esistenza di una prova chiara che il lavoro sia la causa della malattia o abbia contribuito in modo significativo al suo sviluppo. L’iter valutativo deve essere articolato nelle seguenti, necessarie fasi: 1) identificazione dell’agente professionale o della mansione lavorativa ipoteticamente responsabile; 2) evidenza scientifica della capacità lesiva della sostanza e della mansione attestata da Organismi nazionali o internazionali; 3) esposizione lavorativa accertata e per tempi abbastanza significativi; 4) tipologia della malattia uguale a quella comunemente indotta dalla sostanza (o correlata alla mansione); 5) manifestazione della malattia dopo diversi anni di esposizione. A livello europeo esiste solo un elenco limitato di malattie³⁰. In Italia esse sono contenute in due tabelle distinte (settore

²⁹ Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, *Infortuni e occupati nel I semestre 2011*, in *Dati Inail*, 2011, n.9; Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul lavoro, *Rischi nuovi ed emergenti per la salute e la sicurezza sul lavoro*, Belgio, 2009.

³⁰ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2003, sull’elenco europeo delle malattie professionali*, in *Gazzetta ufficiale* n. L 238, 25/09/2003, 0028-0034; consultabile su <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003H0670:IT:HTML>.

industria e agricoltura)³¹, tassative, oltre ad un elenco di lavorazioni insalubri, periodicamente aggiornate in relazione alle novità medico-scientifiche. Tuttavia, ci sono patologie che, pur non essendovi inserite, possono essere riconosciute come “professionali”, purché se ne dimostri il nesso di causalità. La sentenza della Corte Costituzionale n. 179/88 e la n. 206/1988 hanno il merito di aver introdotto il c.d. sistema misto ai fini della tutela dalle malattie professionali, distinguendo le tabellate da quelle che non lo sono. Tale approccio, scevro dall’essere meramente teorico, ha dei risvolti considerevoli circa la soggezione all’onere della prova sul nesso di causalità. Nel caso di malattie professionali tabellate, denunciate nei termini di legge ai fini dell’indennizzabilità, vige una “presunzione assoluta di eziologia professionale”, per cui al lavoratore non sarà richiesta una particolare documentazione sanitaria, al di là della certificazione del medico; nelle ipotesi residuali, extratabellari, spetta al lavoratore dimostrare il nesso causale. Diverso è il caso in cui la denuncia esorbiti i termini massimi: se il lavoratore dimostra che la malattia si è manifestata entro i termini previsti, fruisce della presunzione legale; in mancanza dovrà provarne l’origine professionale³². Per quanto concerne la procedura di riconoscimento l’art. 139 del Testo Unico n. 1124/1965 pone obbligo in capo al lavoratore di presentare il certificato medico al datore di lavoro entro 15 giorni dall’insorgere della malattia, ed al datore di denunciare la patologia all’Inail entro 5 giorni dal ricevimento della certificazione. L’Inail dovrà sottoporre a visita il soggetto interessato, disponendo, se necessario, in tal sede, indagini, ispezioni sul lavoro o richiedendo ulteriori accertamenti medici. Il medico competente ha invece l’obbligo di denunciare la malattia professionale all’Ufficiale di Polizia Giudiziaria dell’ASL competente per territorio, obbligato ad inviare, a sua volta, il referto all’Autorità Giudiziaria. Grazie alla segnalazione della malattia professionale, come del resto dell’infortunio, all’Autorità competente, si innesca un meccanismo di prevenzione e controllo dei luoghi di lavoro³³.

In merito al profilo risarcitorio, il Testo Unico n. 1124/65 dispone che, a fronte di una patologia di origine occupazionale, l’Inail ha il dovere di indennizzare, secondo regole precise, i danni provocati alla salute della lavoratrice o del lavoratore, prevedendo prestazioni di carattere economico, sanitario e riabilitativo. Il sistema

³¹ Le tabelle menzionate sono state pubblicate nella G.U. n.169 del 21 luglio 2008. Successivamente sono state aggiornate con il D.M. 11 dicembre 2009 (G.U. 19 marzo 2010, n. 65), integrato con la pubblicazione dell’elenco sul S.O. n. 66 alla G.U. 1° aprile 2010, n. 76. Le malattie professionali si suddividono in tre liste a seconda che l’origine lavorativa sia di elevata, limitata probabilità, oppure soltanto possibile.

³² P. Gremigni, *Malattie professionali: il nuovo elenco in Gazzetta Ufficiale*, in *Gazzetta del Lavoro – Il Sole 24 Ore*, 2010, n.16.

³³ Ente Nazionale Assistenza Lavoratori, *Le malattie professionali*; disponibile su www.enal.it/download/malattie_professionali.pdf.

assicurativo italiano prevede tre principali tipologie di prestazioni economiche che sono riconosciute a seconda che la malattia da lavoro abbia provocato inabilità temporanea, permanente, morte e rendita ai superstiti. Nel caso di un'assenza limitata nel tempo, l'Inail paga il 60% della retribuzione, per i primi 90 giorni, il 75% dal 91esimo giorno fino alla guarigione clinica. In merito alla seconda ipotesi, con l'introduzione della disciplina normativa in materia di danno biologico, d.lgs. n. 38/2000, si opera un distinguo: se il grado di inabilità va dal 6% al 15% si conferisce un indennizzo in capitale, in un'unica soluzione, stimato secondo le tabelle di legge; nel caso della restante percentuale, una rendita, suddivisa in due quote, una tiene conto delle tabelle di danno biologico, l'altra delle tabelle dei coefficienti che quantificano le conseguenze patrimoniali della menomazione. Nel caso in cui la malattia porti al decesso la prestazione economica sarà erogata nei confronti del coniuge, dei figli (anche inabili) e dei membri della famiglia, viventi, a carico. Ove le condizioni di salute dovessero peggiorare, a prescindere dal grado di inabilità riconosciuto dall'Inail, il lavoratore può chiedere la revisione o l'aggravamento, con i tempi stabiliti per legge³⁴. Se l'infortunio o la malattia professionale non sono stati denunciati subito dopo il verificarsi dell'evento, il lavoratore può ottenere comunque le prestazioni INAIL, ma deve attivarsi entro 3 anni dal giorno in cui è avvenuto l'infortunio o si è manifestata la malattia. Le cure, invece, sono fornite dalle strutture del Servizio Sanitario Nazionale oppure dagli ambulatori dell'INAIL ove esistenti³⁵.

Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81/2008) all'art. 28, nel disciplinare l'uso di attrezzature, delle sostanze, o dei preparati chimici, nonché la sistemazione dei luoghi di lavoro, si occupa dei rischi per la sicurezza e salute delle lavoratrici tenendo conto delle differenze di genere e, dunque, non solo dell'eventuale stato di gravidanza. Ad esempio, alcuni studi evidenziano che metalli e pesticidi danneggiano l'apparato riproduttivo maschile; solventi e idrocarburi policiclici aromatici, il sistema endocrino femminile e il feto. Le malattie professionali che interessano maggiormente le lavoratrici si concentrano nei settori dove la presenza delle donne è significativa. Fra queste spiccano: le malattie del rachide, nel personale sanitario e di cura; il tunnel carpale, nel mondo della produzione alimentare, agricola e

³⁴ Patronato Inca-Cgil, *Malattie professionali: l'abilità sta nel difendersi - Guida agli indennizzi e ai risarcimenti del sistema assicurativo in Italia*, 2011; disponibile su www.cgil.it/Archivio/GUIDE/valemecummalattie_bassa.pdf. Così anche, Corte di Cassazione Civile, Sez. 6, *Sentenza 05 maggio 2011, n. 9956*; Corte di Cassazione Civile, Sez. 6, *Ordinanza 19 aprile 2012, n. 6120*.

³⁵ Istituto Nazionale Confederale di Assistenza, *Le Prestazioni, in Infortuni, Malattie Professionali e Causa di Servizio*.

nell'industria tessile; le malattie cutanee su base allergica tra il personale addetto alle pulizie, le parrucchiere e altri settori alimentari. Per quanto riguarda i tumori professionali si segnala in particolare il tumore del seno tra le donne sottoposte a turnazioni e lavoro notturno.

Procedendo ad un'analisi statistica del fenomeno, studi in materia hanno evidenziato nel 2011 un aumento del 9,6%, rispetto all'anno precedente, delle malattie professionali denunciate che si sono attestate sui 46.558 casi. Tale dato non deve spingere alla facile conclusione di un improvviso peggioramento della salubrità dei posti di lavoro, ma cela ragioni ben più profonde legate *in primis* ad una maggiore formazione e sensibilizzazione degli operatori sulla salute e la sicurezza sul lavoro, con conseguente recupero delle c.d. malattie "perdute", ossia quelle che prima sfuggivano alle denunce. Inoltre le innovazioni legislative, introdotte dal d.lgs. n. 81/2008 e dal D.M. del 9 aprile 2008, hanno ampliato il novero delle malattie professionali e consentito le c.d. denunce plurime, così dette in quanto aventi ad oggetto più malattie professionali, con relativi indennizzi, purchè si specifichino le patologie. L'incremento maggiore si è avuto nel settore dell'agricoltura (+ 24,8% rispetto al 2010), seguito a ruota dalla gestione dei dipendenti conto Stato ed infine dall'industria (+ 14,4% e + 6,9% rispettivamente)³⁶.

Tabella 5 - Malattie professionali denunciate negli anni 2010-2011 per gestione e tipo di malattia

³⁶ Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, *Rapporto Annuale 2011-Andamenti e statistiche. Malattie professionali*, Roma, 2012.

Tipo di malattia (ICD-10 ove presente in tabella)	2010	2011
Agricoltura		
Malattie tabellate	2.990	3.535
<i>Malattie da sovraccarico biomeccanico degli arti superiori</i>	1.490	1.935
<i>Ernia discale lombare (M51.2)</i>	1.044	1.090
<i>Ipoacusia da rumore (H83.3)</i>	244	249
<i>Malattie causate da vibrazioni meccaniche trasmesse al sistema mano braccio</i>	95	140
<i>Asma bronchiale (J45.0)</i>	65	64
Malattie non tabellate	3.254	4.334
Indeterminate	145	102
Totale agricoltura	6.389	7.971
Industria e servizi		
Malattie tabellate	17.326	17.128
<i>Malattie da sovraccarico biomeccanico dell'arto superiore</i>	6.753	7.076
<i>Ernia discale lombare (M51.2)</i>	2.867	2.993
<i>Ipoacusia da rumore (H83.3)</i>	3.229	2.719
<i>Malattie da asbesto (esclusa l'asbestosi)</i>	1.704	1.694
<i>Asbestosi</i>	563	525
<i>Malattie causate da vibrazioni meccaniche trasmesse al sistema mano braccio</i>	430	444
<i>Malattie da sovraccarico biomeccanico del ginocchio</i>	317	369
Malattie non tabellate	17.182	19.950
Indeterminate	1.143	1.023
Totale Industria e Servizi	35.651	38.101
Dipendenti conto Stato		
Malattie tabellate	129	118
<i>Malattie da sovraccarico biomeccanico dell'arto superiore</i>	55	57
<i>Malattie da asbesto (esclusa l'asbestosi)</i>	20	23
<i>Ernia discale lombare (M51.2)</i>	21	13
<i>Ipoacusia da rumore (H83.3)</i>	8	9
<i>Asbestosi</i>	7	8
Malattie non tabellate	278	351
Indeterminate	18	17
Totale Dipendenti conto Stato	425	486
Totale generale	42.465	46.558

Fonte: Inail, Statistiche – Infortuni e malattie professionali, in Rapporto annuale 2011, 2012

Nel 95% dei casi si tratta di disturbi muscolo-scheletrici (DMS), dovuti soprattutto a sovraccarico biomeccanico, posture errate e movimenti ripetitivi. Con tale espressione si denotano problemi di salute dell'apparato locomotore, ovvero muscoli, tendini, colonna vertebrale, cartilagine, sistema vascolare, legamenti e nervi, causati o aggravati dalla professione lavorativa esercitata. Secondo gli ultimi dati dell' Indagine Europea sulle Condizioni di Lavoro (ESWC)³⁷, il 24,7% dei lavoratori europei si lamenta del mal

³⁷ Per un'analisi dettagliata in materia di disturbi muscoloscheletrici si veda European Agency for Safety and Health at Work, *OSH in figures: Work-related musculoskeletal disorders in the EU — Facts and figures*, Lussemburgo, 2010; P. Bucvid, *Preventing Work-related Musculoskeletal disorders*, in *Magazine of the European Agency for Safety and Health at Work*, 2000; European Agency for Safety and Health at Work, *Work-related musculoskeletal disorders: Back to work*, Bilbao, 2000; disponibile su <http://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807300>; P. Buckle, J. Devereux, *Work-related upper limb musculoskeletal disorders*. European Agency for Safety and Health at Work, Bilbao, 1999; disponibile su <http://osha.europa.eu/en/publications/reports/201>; R. Op De Beek, V. Hermanns, *Research on work-related low back disorders*, European Agency for Safety and Health at Work, Bilbao, 1999; disponibile su <http://osha.europa.eu/en/publications/reports/204>.

di schiena, il 22,8% di dolori muscolari, il 45,5% segnala di lavorare in posizioni dolorose o stancanti mentre il 35% è tenuto a gestire pesanti carichi sul lavoro.

Maggiormente colpiti sono i lavoratori del terziario, visto anche l'incremento occupazionale in tale settore, la popolazione femminile più di quella maschile; situazione pressochè analoga per quanto riguarda i lavoratori giovani. In calo l'ipoacusia da rumore, dopo l'impennata del 2010, e le malattie cutanee, ormai in costante diminuzione da anni; stabili le patologie respiratorie e i disturbi psichici, tra cui emergono i disturbi dell'adattamento cronico e i disturbi post-traumatici da stress lavoro-correlato. Discorso a parte meritano i tumori professionali, principale causa di morte derivante da malattia professionale. Nonostante questo è sconcertante considerare che si tratta di cifre sottostimate, considerando che la lunga latenza che caratterizza alcune neoplasie non consente di risalire e provare il nesso di causalità professionale³⁸.

2.3. I “vecchi” e i “nuovi” rischi per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: l'incidenza sul rischio infortunistico e sulle malattie professionali dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro e dei nuovi *standard* contrattuali.

Con l'espressione rischio “emergente” ci si riferisce ad un elemento potenzialmente lesivo per la salute, che presenta contemporaneamente le seguenti caratteristiche: “nuovo”, ossia che prima non esisteva, generato da nuovi processi, tecnologie, modifiche organizzative o sociali, o che, pur essendo già noto, viene percepito in modo differente, o, ancora, su cui vi sono nuove evidenze scientifiche; “in aumento”, qualora aumentino le situazioni pericolose che possono condurre a quel dato rischio, oppure i livelli espositivi o il numero di persone potenzialmente coinvolte. Le nuove tecnologie e i c.d. *green jobs*³⁹ sono i settori su cui è maggiormente possibile il confronto con i rischi occupazionali emergenti e sui quali, tra l'altro, la strategia comunitaria 2007-2012 ha infatti posto particolare enfasi. In particolare, i rischi emergenti sono *quelli legati alle innovazioni tecniche e all'interazione tra agenti chimici, fisici e biologici*, nonché quelli

³⁸ INAIL, *Rapporto Annuale 2011-Andamenti e statistiche. Malattie professionali*, Roma, 2012.

³⁹ In generale viene considerata tale ogni attività che coinvolga la protezione dell'ambiente naturale e della biodiversità, includendo anche i settori dell'efficienza energetica e della riduzione dei consumi di materiali, e tutto ciò che intende minimizzare o evitare qualsiasi forma di inquinamento e la produzione di rifiuti.

legati alle evoluzioni sociali e all'ambiente globale di lavoro, quali i rischi ergonomici ed i rischi psicologici e sociali.

Dietro la trasformazione delle tipologie e dei fattori di rischio c'è il “mutare dell'organizzazione del lavoro, la globalizzazione dei mercati, l'impiego di nuove tecnologie ed il diffondersi di processi di terziarizzazione”. Ad esempio, con l'abbandono delle vecchie macchine ed il crescente utilizzo delle tecnologie informatiche, si è assistito ad una riduzione dei rischi connessi al rumore e ad un aumento dei rischi derivanti dall'esposizione a campi elettrici/elettromagnetici e dei rischi mutageni/cancerogeni⁴⁰. I cambiamenti tecnologici e produttivi hanno fatto emergere anche i cosiddetti fattori di rischio biomeccanici con conseguente crescita delle malattie osteoarticolari e dei disturbi muscoloscheletrici, causati principalmente da movimenti e posture incongrue. I principali fattori di rischio dei disturbo muscoloscheletrici consistono nell'uso costante di forza sul lavoro, movimenti ripetitivi, assunzione ripetuta di posizioni scorrette, assenza delle dovute pause ed interruzioni⁴¹. L'esposizione ad alti livelli di vibrazioni trasmesse a mani ed arti superiori (VMAS) a causa dell'utilizzo di utensili manuali sul lavoro può determinare condizioni patologiche come la sindrome del dito bianco (SDB) e la malattia di Raynaud⁴². Si calcola che oltre il 5% dei lavoratori sono esposti regolarmente a vibrazioni del sistema mano-braccio in quasi tutti i campi delle attività lavorative; in alcuni comparti quali ad esempio: edilizia ed ingegneria civile, manutenzione di strade e ferrovie, silvicoltura, fonderie e officine meccaniche, miniere e cave, tale percentuale può salire ulteriormente⁴³. Un'attenzione particolare⁴⁴ meritano i cosiddetti rischi multifattoriali. In luoghi di lavoro come i *call center*, il personale può essere esposto a rischi multipli interagenti, come la prolungata posizione seduta davanti a scrivanie scarsamente ergonomiche, il rumore di sottofondo, cuffie inadeguate, scarso controllo del lavoro, pressione elevata sui tempi di lavoro nonché pressione mentale ed emotiva. Queste condizioni possono a loro volta generare svariati problemi di salute, come disturbi muscoloscheletrici, vene varicose, disturbi del naso e della gola, disturbi vocali, affaticamento e stress lavoro-correlato. Altre ricerche,

⁴⁰ In materia, Agenzia Europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *La previsione degli esperti sui rischi fisici emergenti per la sicurezza e la salute sul lavoro*, Belgio, 2005.

⁴¹ Sul punto, Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *Disturbi muscoloscheletrici degli arti superiori e del collo legati all'attività lavorativa*, Belgio, 2007.

⁴² La malattia di Raynaud è una sindrome che si manifesta con improvvisi episodi di pallore e cianosi delle dita, in risposta al freddo o alle emozioni. Essa è anche nota come sindrome del dito bianco da vibrazione.

⁴³ Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro, *Sindrome da vibrazioni mano-braccio. Vibrazioni meccaniche nei luoghi di lavoro: stato della normativa*.

⁴⁴ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, Bruxelles, 21 febbraio 2007, COM(2007) 62.

interessate ai rischi del lavoro in ufficio, hanno focalizzato l'attenzione sulla cd. sindrome dell'edificio "malato" definito tale quando la maggior parte dei soggetti che vi soggiorna manifesta sintomi associabili alla permanenza nell'edificio stesso (es. malattie respiratorie, della cute, dell'apparato cardiovascolare e del sistema immunologico). Sempre secondo l'Agenzia Europea⁴⁵, sono presenti anche rischi biologici emergenti correlati alle epidemie globali determinate dall'esposizione dei lavoratori a microrganismi farmaco-resistenti, cattiva manutenzione della rete idrica, degli impianti di condizionamento e trattamento dei rifiuti, dalla combinazione di agenti biologici e sostanze chimiche o dalla presenza di endotossine e di muffe nei luoghi di lavoro. Basti pensare alle numerose vittime sortite dai nuovi agenti patogeni, quali l'influenza aviaria e la sindrome respiratoria acuta grave (SARS). Riguardo ai rischi chimici emergenti, l'Agenzia Europea⁴⁶ evidenzia, in particolare, "una crescita dei rischi connessi all'impiego, divenuto ormai frequente in molte applicazioni, di nanoparticelle e di particelle ultrafine, la continua richiesta di resine epossidiche, ad esempio, per la produzione di adesivi, vernici, ecc, l'impiego di isocianati⁴⁷ (che sono agenti fortemente sensibilizzanti per l'asma) per la produzione di schiume, fibre e materiali isolanti per l'edilizia, lo scarico dei motori diesel, in quanto classificato, dallo IARC, come "probabilmente cancerogeno"⁴⁸ e l'utilizzo di sostanze chimiche nel settore edile e nel trattamento dei rifiuti. I lavoratori impiegati nel trattamento dei rifiuti presentano un tasso di malattia del 50 % superiore rispetto ad altri settori, rispetto ai quali unica possibile soluzione è la riduzione di polveri, aerosol e COV, associata a provvedimenti tecnici collettivi e piani d'igiene che contribuiscano in larga misura a ridurre l'esposizione dei lavoratori. Oltre al mix di sostanze pericolose si riscontra, altresì, una scarsa conoscenza degli stessi nei rapporti di subappalto e una carente prevenzione nelle piccole-medie imprese, rappresentanti la gran parte delle aziende UE⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *Le previsioni degli esperti sui rischi biologici emergenti per la salute e la sicurezza sul lavoro*, Belgio, 2007.

⁴⁶ Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *Previsione degli esperti sui rischi chimici emergenti associati alla salute e alla sicurezza sul lavoro*, Belgio, 2009.

⁴⁷ Gli isocianati trovano ampio impiego nella produzione di schiume, fibre, elastomeri, materiali isolanti per l'edilizia, pitture e vernici.

⁴⁸ Si tratta della quarta sostanza cancerogena più comune rinvenuta nei luoghi di lavoro e può causare il cancro ai polmoni e danni polmonari di natura non tumorale.

⁴⁹ T. Kauppinen, e altri, *CAREX — International Information System on Occupational Exposure to Carcinogens. Occupational exposures to carcinogens in the European Union in 1990-1993*, Helsinki, 1998.

L'Agencia Europea⁵⁰ ha, infine, focalizzato la sua attenzione sui rischi psico-sociali emergenti. Si stima che, nel 2005, più del 20% dei lavoratori dei 25 Stati membri dell'Unione Europea ha creduto che la sua salute fosse a rischio a causa dello stress sul lavoro⁵¹. L'analisi degli stessi parte da un'accezione più ampia del concetto di salute, che arriva a ricomprendere non soltanto il benessere fisico ma anche quello mentale, emotivo e spirituale⁵². Sotto il profilo della prevenzione, il lavoratore va tutelato non solo nella persona ma anche nella personalità morale⁵³ da tutto ciò che colpisca la sua sfera non solo fisica, ma anche psichica, ossia la dignità e la vivibilità dell'ambiente di lavoro. L'Osservatorio permanente dei rischi ha individuato tra le cause predominanti, l'uso assiduo delle forme di lavoro precario, spesso connesso a lavori altamente pericolosi, scarsamente formanti in tema di salute e sicurezza sul lavoro, caratteristiche che possono ingenerare un forte senso di insicurezza e stress sul lavoro. Oltre a questo, occorre considerare che i settori maggiormente competitivi richiedono volumi di lavoro sempre maggiori, con conseguente aumento della pressione emotiva e degli stati di ansia. Non di rado tali eccessive pretese professionali hanno dei riflessi considerevoli anche sulla sfera privata ed ingenerano difficoltà conciliative che vanno ad accrescere la tensione psicologica. Tra gli studi condotti in materia ve ne sono alcuni⁵⁴ che mostrano una certa correlazione con la tipologia dell'orario di lavoro: secondo gli stessi il lavoro prolungato sottoporrebbe il lavoratore a stress psico-fisico con possibili risvolti sul piano dei rischi professionali. Tali autori hanno mostrato che un periodo di lavoro di sette mesi con turni di dodici ore lavorative per tre/quattro volte la settimana fa aumentare la sensazione di fatica e diminuire le ore di riposo. Tutto questo incide negativamente sui rendimenti e sulla produttività dell'azienda. Ulteriore *discrimen* è possibile tra lavoro manuale e manageriale, il primo aumenta l'esposizione ai rischi legati al carico di lavoro, il secondo i rischi da sovraccarico, le sensazioni di incertezza lavorativa e le problematiche legate al ruolo.

⁵⁰ Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *La previsione degli esperti sui rischi psicosociali emergenti relativi alla sicurezza e alla salute sul lavoro*, Belgio, 2007.

⁵¹ Si veda, Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, *Fourth European Working Conditions Survey*, Lussemburgo, 2007.

⁵² R. Paleani, G. Cangiano, S. Signorini, B. Papaleo, *La medicina del lavoro e i nuovi rischi*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2006, 437.

⁵³ Sotto il profilo lavorativo, la personalità morale concerne la tutela di due diritti fondamentali della personalità: la tutela del posto di lavoro e la tutela della professionalità. Sul punto, A. Cataudella, *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII.

⁵⁴ R. Rosa e altri, *Extended workdays: effects of 8-hours and 12-hours rotating shift schedules of performance, subjective alertness, sleep patterns and psychosocial variables*. *Work and stress*, 1989, 3.

3. Il concetto di *Corporate Social Responsibility* (CSR)

3.1. Definizione e principali teorie

Il dibattito dottrinale sul concetto di *Corporate Social Responsibility* (CSR) o Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI), sebbene tale categoria sia divenuta particolarmente attuale nel contesto europeo in particolare negli ultimi anni, è acceso oltreoceano già dagli Anni '30.

L'idea che anche agli enti si debba attribuire una forma di "cittadinanza" che fa sorgere in capo agli stessi degli aspetti di responsabilità nei confronti della società che li circonda è considerata da tempo un'eventualità più che motivata nonostante, ad oggi, non si siano ancora delineati dei confini uniformi intorno alla definizione di RSI.

Le dimensioni aziendali, il campo d'azione, il contesto culturale e sociale, sono tutti elementi che possono dare infinite sfaccettature a questo tipo di responsabilità; ciò che è indiscusso è che stiamo parlando di una serie di oneri che si ipotizzano in capo all'ente che travalicano il limite dell'imposizione legale.

Non si parla, in altre parole, di doveri od obblighi imposti da norme giuridiche, bensì di una forma di autoregolamentazione dettata da una diligenza nei confronti di principi etici che, nella realtà concreta, consiste nell'integrazione tra l'attività societaria volta all'ottenimento di profitto e le questioni sociali correlate a tutti gli elementi ed i soggetti con i quali tale attività ha un qualsivoglia rapporto.

La Commissione Europea, nel dare una definizione, per così dire moderna, del concetto in questione lo definisce semplicemente come *responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società*⁵⁵.

Pare a questo punto opportuno, per chiarire i termini della questione, effettuare delle considerazioni preliminari relative al significato del termine "responsabilità", precisando che per la delineazione di quello di "società" si rimanda al capitolo successivo in cui ci si occuperà dei cd. *stakeholders*.

⁵⁵ Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 25 ottobre 2011.

Il termine "responsabilità" può, infatti, assumere svariate accezioni, può essere riferita a diverse categorie di soggetti oltre che essere prevista da fonti di natura eterogenea e con una diversa forza vincolante.

Si può parlare di soggetto responsabile, ad esempio, intendendendolo come affidabile, ossia che si adegua volontariamente a dei precetti non vincolanti di natura etica e morale comunemente riconosciuti dalla società assumendo, così, un atteggiamento virtuoso che gli consentirà di essere apprezzato e preferito rispetto ad altri soggetti che attuino, invece, comportamenti meno condivisibili.

Tale accezione deve tenere conto dell'aspetto fondante della stessa e consistente in un atteggiamento tipicamente autoregolatorio del soggetto, il quale, in mancanza di atteggiamento responsabile, non potrà comunque essere sanzionato da nessuno, non esistendo nè un vincolo giuridico che lo obblighi a comportarsi in maniera responsabile, nè un organo che sarebbe competente a giudicarlo.

Decisamente diversa è invece la delimitazione del significato della parola al momento in cui la si intende in relazione ad una violazione: un soggetto è considerato responsabile al momento in cui non rispetta una norma la cui autorità è comunemente riconosciuta ed un giudice accerta tale violazione.

In questo caso, il termine assume decisamente un'accezione negativa, essendo normalmente la responsabilità, una volta accertata, accompagnata da una sanzione. In tal senso, quindi, la responsabilità postula l'esistenza di un sistema normativo, di un organo giudicante e di un impianto sanzionatorio e le considerazioni relative alle condizioni in base alle quali un determinato soggetto può e deve essere punito.

Tale forma di responsabilità è quella che in inglese viene propriamente detta *liability*.

Vi è, inoltre, un'altra forma di responsabilità - la cd. *accountability* anglosassone - che consiste nella circostanza del "rispondere" di una determinata azione.

Un soggetto, infatti, può ben dirsi responsabile di un'azione al momento in cui la medesima è attribuibile, secondo dei criteri certi, proprio a quel soggetto e produce degli effetti nei confronti dei terzi o della realtà circostante - non necessariamente negativi - direttamente ascrivibili a quest'ultimo⁵⁶.

⁵⁶ Per un ulteriore approfondimento sulle varie accezioni attribuibili al concetto di responsabilità, si veda L. Sacconi, *Responsabilità morale e CSR*, in L. Sacconi (a cura di) *Guida critica alla Responsabilità sociale ed al governo d'impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005, 203 ss.

Pare, dunque, opportuno, per delineare al meglio una posizione relativa al concetto di RSI, in quale di questa categorie questa rientri, o quali elementi delle varie accezioni la caratterizzino.

Prima di tutto, è necessario stabilire se si può parlare di impresa come agente morale in sé o se le decisioni a questa riconducibili debbano essere considerate come strettamente dipendenti dalle intenzioni dei soggetti - persone fisiche - che in concreto le attuano.

Se, infatti, è vero che la dottrina è arrivata ad elaborare, nella maggioranza dei sistemi giuridici evoluti, degli strumenti che consentono di attribuire alle persone giuridiche una qualche forma di responsabilità - penale, amministrativa o ibrida - non può dirsi altrettanto relativamente alla possibilità di ascrivere all'ente una forma di responsabilità morale.

Una parte della dottrina sostiene che l'impresa possa essere autonomamente considerata come soggetto moralmente responsabile⁵⁷; secondo tale tesi, la struttura organizzativa e decisionale dell'impresa consentirebbe di addebitare qualsiasi scelta, presa in esecuzione della politica aziendale, all'azienda - intesa come ente giuridico - essendo questa in possesso di un procedimento decisionale ulteriore rispetto a quello che sintetizza le scelte dei singoli individui che hanno materialmente effettuato una determinata deliberazione.

Altra parte della dottrina⁵⁸, però, considera l'impresa come un insieme coordinato di individui che ha lo scopo di ottenere un risultato di interesse comune; tale raggruppamento si snoda in una catena di "rapporti di agenzia" - ossia di rapporti nei quali un "principale" dà un mandato per l'esecuzione di un compito ad un "agente" che a sua volta sarà "principale" in un rapporto sottordinato - tra le varie gerarchie interne dell'impresa. Il risultato che si ottiene da ogni singolo processo così strutturato consiste nel bilanciamento tra la possibilità del "principale" di specificare il compito all'agente e l'impossibilità di attuare un controllo perfetto sul comportamento di quest'ultimo, il quale è nella posizione di deviare dalle direttive che gli sono state impartite. La discrezione dell'"agente", ovviamente indirizzata dagli incentivi retributivi che tendenzialmente vengono associati al mantenimento di un comportamento allineato alle

⁵⁷ Si vedano, tra gli altri, P. French in *The Corporation as a Moral Person* in *American Philosophical Quarterly*, vol. 16 n. 3, 1979, 207-215 e K. Goodpaster e J. Matthew, *Can Corporation Have a Conscience?* in *Harvard Business Review*, gennaio-febbraio 1982, 132-141.

⁵⁸ Si vedano, per tutti L. Sacconi, *Responsabilità morale e CSR* in L. Sacconi (a cura di), *Guida critica alla responsabilità sociale ed al governo d'impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005. B. Salaniè, *The Economics of Contracts, A Primer*, The Mit Press, Cambridge, 1997.

disposizioni impartite dal "principale", risulta, quindi, un altro elemento fondamentale per la realizzazione di una determinata intenzione. Ed è proprio alla luce di tale ragionamento che non pare assolutamente possibile attribuire all'impresa una capacità di esprimere intenzioni come un soggetto autonomo: le intenzioni sono, infatti, rintracciabili nella sintesi e nel bilanciamento tra le scelte effettuate dai soggetti che costituiscono la "catena di contratti di agenzia" di cui sopra.

In opinione di chi scrive, quindi, quando si parla di responsabilità a livello morale dell'impresa dobbiamo considerare il *management* della medesima ossia l'organo decisionale cui possono essere ricondotte le scelte intenzionali tipiche dell'attività aziendale.

Occorre, però, interrogarsi se, quando parliamo di Responsabilità Sociale d'Impresa, ci riferiamo alla responsabilità morale qui descritta o a qualcosa di diverso ed ulteriore.

L'evoluzione del tessuto socio-economico - e di conseguenza legislativo - ha consentito di comprendere come l'attività di impresa costituisca non solo un guadagno per la proprietà, ma anche un plusvalore per la collettività; tale considerazione porta ad un inevitabile coinvolgimento, nelle valutazioni relative all'attività di impresa, di valori e principi riconducibili a quei soggetti in qualche modo toccati da tale attività; coinvolgimento che implica un'operazione di bilanciamento tra questi ed l'affermazione di libertà dell'iniziativa economica.

Rientrano in questi principi quelli inerenti la tutela del lavoro e dei lavoratori, il rispetto e la protezione dell'ambiente, i propri fornitori e tutti i soggetti all'interno della catena produttiva, le comunità nel cui contesto il *business* aziendale viene realizzato.

In altre parole, all'impresa deve essere attribuito il concetto di *citizenship*, ossia di cittadinanza⁵⁹, nel senso di attribuire anche all'impresa una serie di responsabilità ed obblighi derivanti dal legame che questa ha con determinati soggetti ed un determinato territorio, al pari di una persona fisica nei confronti del diritto del proprio stato.

Efficace a riguardo è la definizione data dalla Commissione Europea nel 2001⁶⁰ che definisce la RSI come *integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*, individuando in capo all'impresa degli oneri in termini di investimento

⁵⁹ Il primo ad introdurre questo concetto fu E. M. Dood in *For Whom are Corporate Managers Trustees?* in *Harvard Law Review*, 45-1932, 1145

⁶⁰ Cfr. Libro verde *Promuovere un quadro europeo per la Responsabilità sociale delle imprese*, in *GUCE L* (2001) 366.

nel capitale umano, nella protezione e nel rispetto dell'ambiente, nello sviluppo sostenibile.

3.2. Gli *stakeholders*

Di rilievo nella disciplina della RSI è anche il dibattito intorno agli *stakeholders*, ossia a tutti quei soggetti che possono considerarsi come portatori di interessi nei confronti della azienda e dell'attività che la stessa porta avanti⁶¹.

In tale contesto occorre ulteriormente discernere tra *stakeholders* "primari" e "secondari", intesi i primi come quelli da cui l'impresa dipende per la propria sopravvivenza ed i secondi come quelli in posizione tale da influenzare od essere influenzati dall'attività d'impresa.

Il grande rilievo assunto da tale categoria concettuale è stato accentuato dalla prosecuzione negli anni dell'acceso dibattito relativo alla contrapposizione tra *shareholders theory* - ossia la tradizionale posizione che individua come fine unico dell'attività d'impresa il profitto - ed appunto la *stakeholders theory* - nel quale gli interessi contemplati nell'attività di impresa devono essere quelli di tutti i soggetti in qualsiasi modo coinvolti o toccati da tale attività⁶².

In ogni caso, la categoria degli *stakeholders* è estremamente vasta e senza dubbio varia nella propria eterogeneità a seconda del tipo di impresa cui si riferisce, delle sue dimensioni, del *business* nella quale agisce e della zona nella quale è collocata.

A titolo esemplificativo si possono ricondurre in tale macroarea: gli *shareholder* propriamente detti, ossia coloro che hanno assunto un alto rischio finanziario nell'azienda, altri investitori, quali ad esempio banche o altri creditori, i soggetti in posizione gestoria, legati all'ente da un contratto, i lavoratori ed i loro rappresentanti, in altre parole, i sindacati, i clienti, i partner d'affari, i fornitori, la comunità geograficamente identificata in base all'esposizione sociale ed ambientale all'attività dell'ente, individui o minoranze che sono vulnerabili nei confronti del *business*

⁶¹ Una delle prime definizioni di tale concetto è stata data da E. Freeman, in *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Marshfield, 1984.

⁶² Per un approfondimento si vedano, tra gli altri, R. E. Freeman *A Stakeholder Theory of the Modern Corporation*, in B. L. Beauchamp, N. E. Bowie, *Ethical Theory and Business*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 2001, J. Heath, W. Norman, *Stakeholder Theory, Corporate Governance and Public Management: What Can the History of State-run Enterprises Teach Us in the Post-Enron Era?* in *Journal of Business Ethics*, 53-2004, 247.

societario, le organizzazioni non governative e, non ultimo, le autorità statali che svolgono ruoli di supervisione o che, in certi casi, incentivano determinate attività⁶³.

Spicca senza dubbio in questo contesto la figura dei lavoratori, categoria assimilabile forse prima delle altre alla categoria del "portatore di interessi" in quanto interessati all'incremento di profitti dell'azienda, quanto principali destinatari di alcune misure applicate da questa.

Il bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e l'esigenza dell'impresa di massimizzare i profitti è sicuramente una sfida che accende gli animi, ma che ad oggi pare potersi risolvere con il superamento della tradizionale posizione di netta contrapposizione.

L'incontro di posizioni apparentemente in conflitto di interessi, quale quella del lavoratore e del datore di lavoro, consiste, infatti, in un valore aggiunto per l'impresa dipendente da una maggiore soddisfazione del lavoratore e di una sua conseguente maggiore produttività; posizione, questa, che emerge chiaramente anche nella *ratio* del d.lgs. 81/2008 smi.

In tale contesto, un approccio per così dire di *soft law* pare quello più indicato vista la necessità - in particolare in relazione ad alcune situazioni particolari quali le esternalizzazioni o gli appalti ad esempio - in cui misure volontarie integrative rispetto a quelle legislative sembrano se non le uniche possibili, quanto meno quelle più opportune⁶⁴.

In tali termini interviene la previsione di standard specifici quali il SA 8000 o il più recente ISO 26000:2010, proprio in tema di condotte di responsabilità sociale. La necessità, quindi, di un approccio non solo preventivo, ma di stampo cooperativo ed integrato ha portato alcuni autori a coniare il termine "approccio proattivo" o *proactive approach*⁶⁵

⁶³ V. M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *Corporate Social Responsibility A Legal Analysis*, Lexis Nexis, Canada, 2009, 13-14.

⁶⁴ Posizione peraltro assunta a livello comunitario sia nella Comunicazione della Commissione Europea *Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*, del 22 maggio 2006, COM (2006) 136 che precedentemente nel *Green paper on Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*, elaborato dal Direttorato Generale per l'Impiego e gli Affari Sociali, presso la Commissione Europea del 2001.

⁶⁵ V. S. Deakin, *Squaring the Circle? Shareholder Value and Corporate Social Responsibility in the U.K.*, in *George Washington Law Review*, 2002, 980.

3.3. CSR e PMI

La realtà della piccola e media impresa, proprio per il suo radicamento nel territorio, per la tendenza all'umanità della gestione - in particolare la piccola o piccolissima impresa - e al diretto coinvolgimento delle figure "apicali" nelle vicende della maggior parte delle categorie di *stakeholder* è tradizionalmente vicina agli aspetti della *CSR*, sebbene, molto spesso, in modo inconsapevole⁶⁶.

La estrema eterogeneità delle realtà delle piccole e medie imprese e la conseguente peculiarità del rapporto tra queste ed i diversi *stakeholder*, inoltre, comportano un particolare impatto sociale di questi soggetti, rendendo così necessario un peculiare sistema di gestione dell'impatto delle stesse sulla società⁶⁷.

Altro aspetto rilevante nel rapporto tra responsabilità sociale d'impresa e PMI riguarda questioni più pragmatiche quali l'oggettiva facilitazione nell'adeguamento normativo in caso di attivazione di un *business* socialmente orientato.

L'evoluzione normativa, infatti, in particolar nel settore della responsabilità di impresa, appare in certe situazioni addirittura schizofrenica, ad esempio con una continua estensione nel sistema italiano del novero dei reati presupposto.

Un impostazione degli affari nel rispetto di principi etici e del maggior numero possibile di portatori di interessi porterebbe senza dubbio a muoversi in anticipo rispetto al legislatore ovviando in questo modo ai costi necessari per continui adattamenti ed aggiornamenti di modelli organizzativi, certificazioni e quant'altro.

Altro fattore da tenere in considerazione è anche quello relativo alla globalizzazione dei mercati ed alla conseguente crescente concorrenza, anche delle piccole imprese nazionali, con aziende europee ed extraeuropee che agendo in rispetto dei principi di *CSR* sono sicuramente preferite nel mercato globale essendo diventato l'approccio etico al *business* uno dei principali fattori tenuti in considerazione nella quasi totalità dei mercati e nelle fasi di accesso a finanziamenti comunitari.

⁶⁶ Per una conferma si veda Direttorato Generale per l'Impresa e l'Industria della Commissione Europea nel report *Opportunity and Responsibility How to help more small business to integrate social and environmental issues into what they do*, prodotto dal gruppo di esperti su *Corporate Social Responsibility* e piccole e medie imprese.

⁶⁷ V. S. M. Kyusik, J. M. Lozano, *Corporate Responsibility in small and medium-sized enterprises. SME social performance: a four-cell typology of key drivers and barriers on social issues and their implications for stakeholder theory*, in *Corporate Governance*, vol. 7, n. 4-2007

SEZIONE II
ANALISI COMPARATA

CAPITOLO I

IL SISTEMA STATUNITENSE

Sommario: 1. La genesi della responsabilità degli enti nei sistemi di common law. Una chiosa sul sistema britannico. – 2. L'evoluzione del concetto di responsabilità degli enti nel sistema statunitense. I compliance programs. - 3. Gli Holder e Thompson Memo.

1. La genesi della responsabilità degli enti nei sistemi di common law. Una chiosa sul sistema britannico

L'opportunità di un'analisi comparata sul tema della responsabilità degli enti sorge principalmente da due assunti.

Il primo riguarda senza dubbio la bontà del metodo comparato che, tramite il raffronto di sistemi giuridici differenti, contribuisce all'individuazione non solo della natura di un determinato istituto, al fine di risalirne alla *ratio*, ma anche e soprattutto degli aspetti forti e deboli di una determinata materia in modo da poterla implementare al meglio tanto nel contesto nazionale quanto in quello internazionale.

L'eventualità che in Paesi diversi sorgano problemi giuridici simili implica che certe soluzioni possano essere prese in maniera differente a seconda del modo in cui sono concepiti il diritto e la giustizia nei vari Stati.

Tale eterogeneità non può che essere costruttiva al momento in cui viene studiata, in quanto può contribuire al raggiungimento di risultati migliori e più completi in ambito giuridico.

Relativamente al tema in oggetto appare ancor più necessario un raffronto di natura comparata considerando il fatto che l'istituto dei *compliance program* – e più in generale delle cd. *adequate procedures* – trae le sue origini dai sistemi anglosassoni nei quali la tradizione giuridica di *common law* sottende una concezione del diritto e della giustizia certamente differenti da quelli del nostro Paese.

Il dibattito sul concetto di “colpa di organizzazione”, inoltre, categoria sistematica che si lega in modo inscindibile all'istituto dei modelli di organizzazione e gestione, è

particolarmente vivo nel contesto giuridico non solo italiano, ma anche di molti altri Stati⁶⁸, tra i quali, in modo non esaustivo, sono stati individuati per la trattazione in tale sede gli stati Uniti e la Svizzera.

La seconda motivazione che giustifica la necessità di considerare il tema in ottica comparata è di natura più pratica e consiste nella circostanza che alcune disposizioni normative estere hanno natura extra-territoriale e quindi si possono, in alcuni casi particolari, applicare anche a società italiane che ad esempio svolgono una parte della propria attività all'estero⁶⁹.

La crescente globalizzazione dei mercati sta rendendo sempre più attuale e diffusa la questione della extra-territorialità anche nel tessuto delle piccole e medie imprese le quali per sopravvivere e per rendersi competitive hanno anch'esse necessità di guardare al di fuori dei confini nazionali.

Tale circostanza rende, quindi, fondamentale l'analisi dei sistemi giuridici esteri sia al fine astratto di individuare profili di miglioramento per la normativa italiana, sia per stabilire a livello concreto quali misure di natura preventiva è opportuno adottare in determinate aree di rischio in ottica transnazionale.

Viste la radici comuni tra il sistema giuridico statunitense e quello britannico, prima di passare all'analisi del primo si tenterà di effettuare un'operazione di sintesi dell'impianto di responsabilità degli enti in vigore nel Regno Unito al fine di rendere la trattazione più chiara e completa.

Il sistema britannico attualmente basa il concetto di responsabilità degli enti sostanzialmente su due pilastri normativi, il recentissimo *Bribery Act 2010* (di seguito *breviter* BA) ed il *Corporate Manslaughter And Corporate Homicide Act 2007* (di seguito *breviter* CMCHA).

Al fine di risalire alla natura del concetto di responsabilità degli enti in Gran Bretagna è quindi necessario prendere in esame l'*excursus* giurisprudenziale ed interpretativo che ha portato alla promulgazione di queste due disposizioni.

Sebbene il CMCHA abbia sancito in modo piuttosto netto il principio dell'ascrivibilità ad un ente della responsabilità per omicidio, già precedentemente alla sua promulgazione era possibile imputare a tali soggetti giuridici una responsabilità per la perdita della vita di un soggetto.

⁶⁸ Cfr. G. De Simone, *Societates e responsabilità da reato*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene Editore, Milano, 2011, 1901 ss.

⁶⁹ Cfr. sul tema O. Faggiano, *La responsabilità delle imprese nel UK Bribery Act: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2011, 21 ss.

Tale costruzione giuridica, in ossequio alla natura di *common law* tipica del sistema britannico, avveniva sia tramite l'applicazione di alcuni principi giurisprudenziali che avevano contribuito alla configurabilità delle figure del *corporate culpable homicide* e del *corporate manslaughter*, sia con l'applicazione di una fonte di *cd statutory law*, il *The Health and Safety at Work Act 1974* (di seguito *breviter* HSWA) che puniva l'impresa per l'adozione di strutture organizzative non rispettose delle esigenze di sicurezza sul lavoro.

Questa disposizione, in estrema sintesi, prevede una responsabilità oggettiva (secondaria) in capo all'ente nei casi in cui si riscontri una responsabilità diretta (primaria) del soggetto fisico che riveste il ruolo di "datore di lavoro" nei casi in cui quest'ultimo abbia esplicitamente violato dei doveri previsti al fine di garantire lo svolgimento di attività lavorativa senza causare danno⁷⁰.

Il HSWA, in sostanza, non prevede esplicitamente la responsabilità dell'ente per la morte di un soggetto sul luogo di lavoro, essendo, per di più, prevista la circostanza che la relativa azione penale sia di competenza di un ente governativo (il *Health and Safety Executive*) adibito anche all'attività di assistenza all'ente stesso in caso di indagine⁷¹.

Tale disciplina – che prevede la possibilità di infliggere all'ente sanzioni di natura soltanto pecuniaria in seguito all'accertamento di responsabilità in capo ad un amministratore, dirigente o dipendente dello stesso – ad oggi può essere affiancata dalle disposizioni del succitato CMCHA del 2007.

All'impossibilità di individuare una responsabilità diretta in capo all'ente alla luce de HSWA, infatti, si aggiungevano le lacune lasciate dalla figura del *corporate manslaughter* che, per perfezionare la responsabilità dell'ente, richiedeva l'individuazione all'interno dello stesso della fonte diretta della condotta colpevole.

Tale circostanza, nei fatti, ha portato in diverse occasioni ad un'impedibilità di inquadramento del reale centro di imputazione facendo così andare esente la società da qualsiasi tipo di responsabilità.

A tal fine nell'ordinamento inglese è stato introdotto nel 2007 il CMCHA che, recependo la figura di *common law* del *corporate manslaughter* (o *corporate homicide*), l'ha integrata nel tentativo di colmare le lacune giuridiche preesistenti.

⁷⁰ Cfr., *inter alia* M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance*, 2nd edn., Tottel Publishing, Haywards Heath (Sussex) 2008.

⁷¹ V. per un approfondimento E Mujih, *Reform of the Law on Corporate Killing: a Toughening or Softening of the Law?*, in *Company Lawyer*, 2008/29(3), 76,83.

Prima del 2007, infatti, il sistema inglese per ascrivere la responsabilità all'ente prevedeva il ricorso alla figura del *manslaughter by gross negligence*.

Tale figura grosso modo corrisponde all'omicidio involontario (colposo) dovuto al mantenimento di una condotta non conforme o da una negligenza grave.

Nel 1995 furono stabiliti dalla giurisprudenza⁷² i criteri sulla base dei quali individuare la grave negligenza: i) la sussistenza di un dovere di negligenza nei confronti di un deceduto; ii) la violazione del presente dovere; iii) il nesso di causalità tra la violazione e la morte del soggetto; iv) la gravità della violazione.

La lacunosità di tale teoria, come detto, consisteva nella circostanza che il soggetto amministratore non può considerarsi in sé e per sé tenuto ad un dovere di diligenza nei confronti dei soggetti deceduti in seguito alla condotta negligente dell'ente, venendo così a mancare nella maggior parte dei casi il primo requisito per l'ascrivibilità della responsabilità al soggetto collettivo.

Il primo passo verso il superamento di tale ostacolo è stato quello del riconoscimento, sempre in via giurisprudenziale, del criterio cd. dell'identificazione.

Grazie a tale concezione è stato, quindi, previsto il modo di attribuire all'ente il requisito della *mens rea* nonostante l'oggettiva mancanza nella *persona ficta* di una vera e propria mente umana.

In tal senso si ipotizza la creazione di una sorta di *alter ego* dell'ente consistente nella persona fisica materialmente in possesso della volontà e del potere di prendere determinate decisioni.

Tale identificazione consentirebbe quindi di attribuire all'ente la responsabilità per le decisioni assunte da soggetti che rivestono ruoli decisionali all'interno degli stessi.

Il caso *Tesco*⁷³, nel sancire tale principio ha lasciato emergere le lacune di una previsione di attribuzione di responsabilità all'ente soltanto nel caso di immedesimazione con soggetti che, per usare la terminologia del nostro d.lgs. 81/2008, rivestono ruoli apicali.

E' chiaro che in un simile contesto le concrete possibilità di individuare i soggetti realmente decidenti sono ristrette e di conseguenza altrettanto ristrette saranno le possibilità di riconoscere la responsabilità in capo all'ente.

⁷² Nel caso *R v Adomako*.

⁷³ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*.

Con il caso *Meridian*⁷⁴, poi, si è superata la ristrettezza di questo criterio avvicinando molto i casi di responsabilità degli apicali a quelli dei dipendenti.

Il caso *P&O*⁷⁵, infine, ha consentito di mettere in luce le lacune della teoria dell'identificazione, consistenti nell'impossibilità di ascrivere all'ente una qualsiasi responsabilità penale nel caso in cui all'interno dell'organizzazione le responsabilità concrete in capo alle singole persone fisiche fossero diffuse ai vari livelli ed in concorso tra di esse.

In questo caso sarebbe risultato impossibile tanto individuare il soggetto cui attribuire la responsabilità, quanto, di conseguenza, condannare l'ente per *manslaughter by gross negligence*.

Per colmare le lacune lasciate da tale orientamento giurisprudenziale è stato quindi introdotto nel sistema britannico, con la promulgazione del succitato CMCHA, il reato di *corporate manslaughter*⁷⁶ che ha abrogato quello di *manslaughter by gross negligence*.

La nuova previsione, in sostanza, consente di ascrivere una responsabilità all'ente in modo diretto nel caso in cui venga causata la morte di un soggetto in seguito ad una grave violazione del dovere di diligenza cui l'organizzazione era tenuta nei confronti della persona deceduta.

In altre parole, sarà necessario stabilire se la condotta degli amministratori nell'organizzazione dell'azienda ha contribuito causalmente alla morte del soggetto.

In particolare, il dovere di diligenza in capo all'azienda deve essere considerato come diretto nei confronti del soggetto deceduto secondo criteri simili a quelli della nostra responsabilità extracontrattuale⁷⁷ relativamente a: attività lavorativa, luoghi che vengono occupati dall'impresa, fornitura di beni o servizi.

Ulteriore elemento consiste nella necessità di un nesso causale (per quanto non esclusivo) tra la negligenza in termini organizzativi posta in essere dai soggetti in posizione gestoria e l'evento morte.

La violazione, inoltre, deve assumere dimensioni di gravità valutate secondo i parametri di ciò che ragionevolmente ci si può aspettare da un ente in determinate circostanze.

⁷⁴ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v the Security Commission*.

⁷⁵ *R v HM Coroner for East Kent, ex parte Peter Spooner & Others*.

⁷⁶ La definizione di *corporate homicide*, che completa la rubrica della disposizione, è esattamente identica a quella di *corporate manslaughter* con l'unica differenza che la prima è utilizzata nel sistema scozzese, mentre la seconda in quello relativo a Inghilterra e Galles.

⁷⁷ Per un approfondimento si veda in particolare M Hsiao, *Abandonment of the Doctrine of Attribution in favour of Gross Negligence Test in the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Company Lawyer*, 2009/30(4), 110 ss.

Immediato pare il rilievo in merito all'estrema discrezionalità lasciata sul punto all'organo giudicante, tipica del sistema di *common law*, che in tal senso sarà tenuto a valutare l'eventualità di una diretta violazione della normativa sulla salute e sicurezza sul lavoro, oltre che la circostanza dell'attuazione di una politica che possa aver incoraggiato la violazione unitamente a tutti gli ulteriori elementi che possono essere considerati rilevanti.

Rispetto alla previgente disciplina di *common law*, il cambiamento sostanziale sembra riguardare principalmente la sostituzione del principio della *identification doctrine* con quello più estensivo del *managment identification test*.

Tale disciplina, per quanto più estensiva, pare particolarmente esposta a dei raggiri da parte delle difese degli enti con il rischio di giungere a soluzioni inefficaci del tenore di quella succitata in merito al caso *P&O*.

Nonostante ciò, l'impianto normativo così strutturato senza dubbio lascia un maggior spazio d'indagine in relazione all'accertamento di responsabilità sotto l'aspetto organizzativo dell'ente⁷⁸.

Ulteriori particolarità del sistema britannico rispetto a quello italiano sono rinvenibili rispetto agli aspetti soggettivi ed a quelli sanzionatori.

Riguardo al primo, balza senza dubbio all'occhio come tra i soggetti ricompresi nella disciplina del CMCHA siano ricompresi, oltre alle società di capitali ed alle società di persone, anche le forze di polizia e gli enti pubblici e governativi con un totale affiancamento sotto l'aspetto della responsabilità da reato di soggetti pubblici a quelli privati.

Una ulteriore diversità è riscontrabile riguardo alle sanzioni; nel sistema britannico la disciplina prevede due differenti livelli.

Un primo nel quale la sanzione è lasciata alla libera elaborazione dell'organo giudicante al fine di individuare la misura più idonea a rimediare alla violazione; la stessa può consistere: i) nell'adozione di misure riparative; ii) nell'imposizione di ovviare alle cause della violazione; iii) nell'incidere sulle politiche organizzative che risultano causa dell'illecito.

⁷⁸ Per un approfondimento sul dibattito dottrinale vivo nel contesto britannico sul tema, nonché sull'intero excursus evolutivo della disciplina nel Regno Unito si veda P. De Gioia-Carabellese e I. A. Savini, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (corporate manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, 111 ss, nonché G. De Simone, *Societas e responsabilità da reato*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene Editore, Milano, 2011, 1901 ss.

La Corte, poi, prevede un termine entro cui tali misure devono essere adottate dall'ente; se tale termine non dovesse essere rispettato scatterà il secondo livello, consistente nell'inflizione alla società di una vera e propria sanzione pecuniaria.

Occorre sin d'ora sottolineare come a differenza della disciplina italiana, per il sistema inglese sono previsti come evento presupposto della responsabilità dell'ente soltanto la morte di un soggetto e, come vedremo nelle righe che seguono, la corruzione, sia in ambito pubblico che privato.

Analizzata, quindi, la disciplina relativa alla responsabilità degli enti per omicidio di una persona, appare ora opportuno effettuare una breve disamina sull'altra fattispecie fondante la responsabilità del soggetto collettivo, la corruzione.

Nell'aprile 2010, come anticipato, è stato promulgato il *Bribery Act* che, in seguito ad alcune raccomandazioni di stampo sia internazionale che nazionale, prevede una repressione draconiana del fenomeno corruttivo nel tentativo di raggiungere la maggiore trasparenza possibile nell'ambito degli affari.

Nel Regno Unito la repressione della corruzione si basava originariamente su disposizioni statutarie piuttosto datate, quali il *Public Bodies Corrupt Practices Act* del 1889, il *Prevention of Corruption Act* del 1906 e del 1916 e l'*Anti-terrorism Crime and Security Act* del 2001.

Il processo di riforma della normativa di prevenzione delle *bribery offences* trova il suo riscontro più forte nel 1995 quando la Commissione Nolan, affrontando i temi sui diritti ed i doveri, tanto giuridici quanto etici, dei titolari di cariche pubbliche, ha contribuito all'abbandono, in tema di reato di corruzione, del tradizionale sistema di *common law* in favore di un maggiore rilievo nei confronti degli aspetti soggettivi caratterizzanti la relativa condotta.

Dopo diversi tentativi di natura legislativa rimasti incompiuti, nel 2008 con il documento *Reforming Bribery*, presentato dalla *Law Commission*, sono state gettate le basi concrete per la riforma del reato di corruzione.

La reale proposta di legge, il *Bribery Bill*, è stata realizzata nel 2009 con l'intento di eliminare, o quanto meno ridurre al minimo, il rischio di commissione di reati da parte di soggetti collettivi.

Tale proposta è stata seguita da interventi di stampo internazionale, quali la quinta edizione del *European Forum on Anti-Corruption* e la *14th International Anti-Corruption Conference* del giugno 2010, che hanno sottolineato la necessità di incidere

sulla disciplina in repressione della corruzione non soltanto tramite l'applicazione concreta delle disposizioni normative ma anche e soprattutto agendo sul fronte della responsabilità penale delle imprese⁷⁹.

Nel frattempo, nell'aprile 2010, veniva promulgato il *Bribery Act*, strutturato sulla base di quattro figure di reato: i) la corruzione attiva verso soggetti pubblici o privati; ii) la corruzione passiva verso soggetti pubblici o privati; iii) la corruzione di un pubblico funzionario straniero; iv) la mancata prevenzione della corruzione da parte della società.

La corruzione attiva consiste nell'offerta o nella promessa di conferire ad altri delle utilità al fine di ottenere da tali soggetti l'illecita esecuzione di prestazioni rientranti nella sfera di funzioni o di responsabilità di questi.

La corruzione passiva consiste nel richiedere, ricevere o accettare di ricevere tali vantaggi.

La corruzione del pubblico funzionario straniero proietta la tutela in questione al di fuori dei confini nazionali.

Infine, l'ultima figura di reato societario reprime la mancata adozione da parte dell'ente di misure organizzative volte alla prevenzione dei reati di corruzione.

Di particolare rilievo, in un raffronto con il sistema italiano, è la circostanza dell'utilizzo oltremaricano del criterio della responsabilità oggettiva a carico dell'ente in caso di mancata prevenzione delle condotte corruttive poste in essere da parte di soggetti facenti parte dell'ente stesso ed a favore di quest'ultimo⁸⁰.

Interessante, in particolare, quest'ultima circostanza secondo la quale l'ente collettivo risponde penalmente per l'operato di *associated person* che abbiano posto in essere, nell'ambito di attività svolte per conto della società, condotte corruttive al fine di ottenere un affare od un vantaggio per la società stessa.

Lo scopo di tale disposizione è individuabile se si indaga la *ratio* della norma.

La volontà del legislatore britannico, infatti, è stata quella di incentivare ulteriormente l'utilizzo da parte degli enti di strumenti di prevenzione degli illeciti, quali i *compliance program*, trapiantati anche nel sistema statunitense e da cui il legislatore italiano sembra aver preso spunto per l'individuazione dei nostri modelli di organizzazione e gestione.

⁷⁹ In tal senso si era espressa precedentemente anche la *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) che nel Rapporto Annuale del 2008 del *Working Group on Bribery* aveva già esplicitato chiaramente questa necessità. Per un approfondimento sull'iter evolutivo che ha portato alla promulgazione del *Bribery Act* si veda anche O. Faggiano, *La responsabilità delle imprese nello UK Bribery Act: prime riflessioni sulle strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2011, 21 ss.

⁸⁰ V. le Linee Guida emanate dal *Ministry of Justice* il 30 marzo 2011.

La previsione di una responsabilità oggettiva, inoltre, implica che la prova dell'utilizzo di uno strumento di tal genere, consistente, nel caso di specie, in procedure adeguate alla prevenzione del reato di corruzione, dia all'ente una cd. *full defense*, ossia l'esonero totale da responsabilità.

Sotto l'aspetto soggettivo, è necessario sottolineare, come anticipato, che i soggetti cui è rivolta la presente normativa sono di due categorie: i) gli enti giuridici o le *partnership* soggette alla legge del Regno Unito, indipendentemente dal luogo di svolgimento della propria attività; ii) gli enti giuridici o le *partnership* che, indipendentemente dal luogo di costituzione, svolgano la propria attività nel Regno Unito.

Particolare nel sistema inglese è anche il metodo di individuazione della cd *associated person* per la quale l'azienda risponde.

A differenza che nel sistema italiano - ma, come si vedrà nel capitolo seguente, anche con il sistema svizzero - infatti, l'unico requisito che rileva è che il soggetto stia agendo per o nell'interesse dell'ente, a nulla rilevando il rapporto giuridico intercorrente con questa⁸¹.

Resta fermo, ovviamente, il rilievo lasciato al sindacato dell'organo giudicante nello stabilire l'effettivo grado di "associazione" del soggetto e più in generale sul livello di controllo posto in essere dall'ente e sul grado di rischio dell'attività in questione.

Tale giudizio, quindi, avrà ad oggetto l'effettiva attuazione di adeguate procedure preventive da parte dell'ente secondo criteri che possono a grandi linee essere ricostruiti sulla base dei principi individuati dalle Linee Guida del Ministero della Giustizia per l'implementazione di un buon modello di prevenzione degli illeciti.

In sostanza le *guidelines* hanno individuato sei principi fondamentali che sarà necessario seguire da parte delle imprese nella formulazione di un funzionante sistema di *adequate procedures*.

Il primo consiste nella proporzionalità di tali procedure alle misure dell'azienda, al relativo *business* e di conseguenza ai concreti rischi che si vogliono prevenire.

Secondo principio è quello dell'impegno e del coinvolgimento del *top management* della società nell'attività di prevenzione della corruzione garantendo lo svolgimento

⁸¹ V. a riguardo M. Moretti, M. Monterisi, G. Belfiore, *La disciplina della responsabilità degli enti in UK: profili applicativi ed extraterritorialità del Bribery Act 2010. L'impatto sulle società italiane operanti nel Regno Unito e sulle società inglesi operanti in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2012, 73 ss.

delle attività in assenza di atti corruttivi, una supervisione sul *middle management* e la trasmissione di questo messaggio anche ai soggetti commerciali esterni.

Il terzo principio riguarda la fase di valutazione dei rischi, nella quale l'impresa dovrà effettuare una periodica, aggiornata e documentata operazione anche in relazione ai soggetti con i quali si intende intrattenere rapporti commerciali.

Le Linee Guida, inoltre, ci aiutano anche ad individuare gli elementi indicativi del rischio ne: i) lo Stato in cui verrà effettuato il *business*; ii) il settore in cui si opera; iii) la tipologia delle operazioni; iv) la tipologia dei progetti che la società si appresta ad intraprendere; v) la tipologia dei rapporti con soggetti terzi.

Quarto principio è quello dei controlli sui soggetti con i quali l'impresa intrattiene rapporti commerciali, la cd. *due diligence*.

Il quinto principio prevede adeguate misure di comunicazione tramite campagne di formazione ed informazione dei dipendenti sulla politica dell'azienda in relazione alla corruzione.

Ultimo principio è quello del continuo controllo sull'attuazione delle misure al fine dell'adeguamento delle stesse in seguito ad eventuali cambiamenti.

In conclusione, è parso opportuno effettuare una rapida rassegna della situazione nel Regno Unito sia per avere contezza dello stato dell'arte in un Paese che senza dubbio rappresenta una *best practice*, che per una questione direttamente rivolta alle imprese italiane e relativa all'extraterritorialità del *Bribery Act*.

Dal combinato disposto degli artt. da 7 a 10 del codice penale e dell'art. 4 d.lgs. 231/2001, infatti, una società italiana con attività anche nel regno Unito che commetta in questo stato un reato di natura corruttiva potrà essere punito, oltre che dalla legislazione italiana, anche da quella britannica appena analizzata.

Tale circostanza implica che il modello organizzativo *ex* d.lgs. 231/2001 attuato da una società italiana con attività anche nel Regno Unito, per garantire una prevenzione dei reati a trecentosessanta gradi, e per svolgere appieno la sua funzione esimente da responsabilità penali, dovrà essere integrato, nel caso in cui l'attività dell'azienda sia svolta anche in territorio britannico, alla luce delle disposizioni del *Bribery Act*.

2. L'evoluzione del concetto di responsabilità degli enti nel sistema statunitense. I *compliance programs*

I passi di natura interpretativa che hanno portato al riconoscimento anche nel sistema statunitense del concetto di responsabilità degli enti sono analoghi a quelli susseguitisi oltremarina.

Arriva da subito nel nuovo continente, infatti, il dogma della irresponsabilità delle persone giuridiche: *no soul to damn, no body to kick*.

Le Corti statunitensi, però, presto iniziano a mettere in discussione questo principio e già nella prima metà del 1800 introducono la responsabilità delle persone giuridiche per reati di minore gravità, con connotazioni di pubblico interesse e commessi con condotta omissiva⁸².

Nel giro di pochi anni le Corti iniziano a riconoscere anche la responsabilità per condotte attive e non più solo omissive⁸³, rimanendo unico caposaldo della disciplina l'impossibilità di ascrivere alle persone giuridiche una responsabilità soltanto per quei reati che richiedevano la cd. *evil intention*, ossia l'elemento psicologico maligno apparentemente inconfigurabile in capo alla persona *facta*.

La radicale presa di posizione da parte delle Corti statunitensi nei confronti della responsabilità delle persone giuridiche avviene, però nel 1909, con la celeberrima sentenza *New York Central & Hudson River*⁸⁴.

Già più di cento anni fa negli stati Uniti fu riconosciuto il principio secondo il quale, se un rappresentante che agisce per conto della società commette un reato - commissivo od omissivo - questa ne subisce le conseguenze penali.

In altre parole, le considerazioni effettuate furono relative all'immedesimazione degli scopi e delle volontà delle persone fisiche - rappresentanti e agenti - con quelli dell'ente tramite un'automatica trasposizione del concetto civilistico del *respondeat superior* nell'ordinamento penale secondo lo schema della responsabilità vicaria.

Sebbene non immediata, l'estensione soggettiva della categoria degli "agenti" è arrivata a ricomprendere qualsiasi soggetto attivo all'interno della persona giuridica senza che, ad oggi, sia previsto alcun vincolo alle posizioni apicali o di vertice. Vincolo che, però, esiste nei confronti del legame tra i comportamenti tenuti e lo scopo

⁸² Si veda il caso *People vs Corporation of Albany*, in 539 *New York Supreme Court*, 1834.

⁸³ V. caso *Commonwealth vs Proprietors of New Bedford Bridge*, in 68 *Massachusetts*, 1854.

⁸⁴ *New York Central & Hudson River Railroad Co. vs United States*, in 212 *U.S.*, 1909.

dell'azienda: in sostanza, per essere ascritti all'ente determinati reati commessi da propri agenti, questi devono essere riconducibili al tipo di attività svolta in azienda senza che sia necessario che tali atti siano stati commessi in attuazione delle direttive di politica economica dell'azienda.

Fattore fondamentale perchè possa essere ascritta la responsabilità della persona giuridica è che l'agente abbia commesso il fatto al fine di apportare un beneficio all'azienda stessa.

Negli anni, non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina si è copiosamente espressa in favore dell'ascrivibilità all'ente di una forma di responsabilità penale⁸⁵.

Una ulteriore e senza dubbio rilevante conferma l'abbiamo anche sul piano legislativo con la promulgazione nel 1991 delle *Federal Sentencing Guidelines* nelle quali il legislatore statunitense ha tratteggiato i criteri di attribuzione della colpevolezza all'impresa individuandoli nella mancata predisposizione di precauzioni prima della commissione del reato e dirette a prevenire e scoprire i comportamenti criminosi.

L'ascrivibilità concreta di responsabilità anche in capo all'ente è a sua volta criterio per la commisurazione delle pene pecuniarie che, quindi, dipenderanno direttamente dalle carenze di natura organizzativa perpetrate dalla persona giuridica.

In tal senso, inoltre, il comportamento della persona giuridica viene riconosciuto come autonomo centro di imputazione di stati mentali consentendo così l'attribuzione di comportamenti di natura volontaria direttamente in capo all'ente.

In sostanza, la persona giuridica risponde penalmente per qualsiasi reato anche solo oggettivamente riconducibile alla stessa secondo il criterio - da interpretarsi più estensivamente possibile - del *respondeat superior*. I criteri di attribuzione soggettiva, poi, prescindono dal livello di collocazione della persona fisica all'interno dell'azienda e dalla politica aziendale strettamente intesa, essendo sufficiente che la condotta criminosa sia collegabile in qualsiasi modo alle mansioni affidate dall'azienda alla persona fisica. Criterio ulteriore, inoltre, è che il reato sia commesso con l'intento di apportare, anche solo parzialmente, un beneficio all'ente.

Il fulcro del sistema delineato dalle linee guida statunitensi, però, consiste in un istituto che negli anni è stato poi mutuato in diversi altri sistemi giuridici (tra cui quello italiano), i *compliance program*.

⁸⁵ Per un esaustivo resoconto sulle posizioni dottrinali negli anni, si veda, tra gli altri, C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, 30-32.

Nelle *Guidelines* è prevista un'attenuante per l'ente che abbia adottato un *effettivo programma diretto a prevenire e scoprire i reati*.

L'obiettivo di tale preziosissimo strumento è duplice e consiste nella prevenzione degli effetti potenzialmente catastrofici della commissione di un reato da parte dell'ente tanto verso l'esterno quanto verso l'interno.

Il complesso e rigido sistema sanzionatorio - la cui trattazione estesa meriterebbe approfondimento in separata sede - infatti, se da un lato consente, nella maggior parte dei casi, un congruo risarcimento delle vittime, dall'altro prevede anche misure punitive estremamente rigide nei confronti dell'ente, al punto da metterne in discussione in alcuni casi addirittura l'esistenza.

La predisposizione di un *effettivo compliance program*, quindi, è stata ipotizzata dal legislatore anche come operazione a difesa dell'esistenza della persona giuridica che lo adotta e non solo come operazione di natura preventiva nei confronti di ipotetiche future vittime.

Tale strumento è diventato nel sistema statunitense, la cartina di tornasole per la valutazione dell'agire dell'ente ed il relativo rispetto del dovere di diligenza - il cd. *due diligence* - imposto.

Le finalità preventive e l'ambito di autoregolamentazione in cui si collocano tali strumenti sono mutate da un elemento ampiamente in uso già prima dell'emissione delle linee guida, il Codice Etico.

La mancanza nella maggior parte di questi di un rigido sistema sanzionatorio, la totale libertà lasciata alla persona giuridica nella relativa realizzazione e la tendenziale genericità degli stessi ha reso sempre più viva la necessità di individuare uno strumento più completo ed effettivo per la prevenzione degli illeciti.

Appunto il canone dell'effettività è quello maggiormente caratterizzante i *compliance program* nonchè quello che più di altri rievoca il modello di organizzazione e gestione presente nell'ordinamento italiano.

La vaghezza ed estensione del concetto di effettività porta a ricondurlo alla circostanza della costruzione di un modello che si adatti perfettamente all'azienda che lo applica, alla sua *policy*, alle persone che vi lavorano ed al livello di eticità mantenuto all'interno.

La tradizione di *common law* poi lascia alla discrezione dei giudici la valutazione sul livello di effettività del modello nel caso concreto e quindi sul relativo potere di attenuante attribuibile al medesimo⁸⁶.

Nel concreto, l'effettività consiste nel dovere di diligenza della persona giuridica consistente nell'impiego di tutte le risorse necessarie sia a prevenire i reati che a scoprirli, ovviamente rimanendo nei limiti della concreta realizzabilità delle misure.

A riguardo interviene, dunque, il concetto della "ragionevole efficacia" che si può individuare nella scelta da parte della persona giuridica delle misure più efficaci nella gamma di scelte disponibili⁸⁷ e nella profusione di tutte le misure a disposizione in considerazione delle risorse economiche oggettivamente utilizzabili.

Ovviamente, i criteri saranno debitamente proporzionati alla grandezza dell'impresa in questione, per valutare ciò che si può ragionevolmente aspettare in termini di spese per il modello, ed alla natura dell'attività, unitamente allo storico dell'azienda, per individuare i tipi di reati che possono scaturirne ed i settori di rischio.

Entrando nello specifico, possiamo analizzare quelli che le *Guidelines* individuano come i sette elementi necessari per la realizzazione di un effettivo modello organizzativo.

Prima di tutto, il modello deve essere costruito con l'individuazione di procedure che riducano sensibilmente il rischio che i dipendenti in qualsiasi posizione possano porre in essere comportamenti criminosi.

La necessità che tale elemento non si fermi a sterili dichiarazioni di intenti impone che il *compliance program* comprenda: i) un codice etico in cui vengono enunciati i principi astratti di comportamento cui l'azienda si ispira; ii) una parte operativa in cui vengono concretamente individuate le aree di rischio ed i reati che più facilmente possono essere commessi dalla persona giuridica; iii) una terza parte, fulcro di tutto il modello, nella quale si enunciano le regole ed i modi nel quale il modello verrà messo in atto e fatto rispettare dall'interno, comprensivo di sistema di controlli e sistema sanzionatorio.

Occorre, inoltre, segnalare come le linee guida prevedano anche che uno o più soggetti in posizione apicale all'interno dell'azienda si occupino della concreta

⁸⁶ A riguardo si veda estesamente W. M. Swenson, *An Effective Program to Prevent and Detect Violation of Law*, in J. M. Kaplan, J. E. Murphy, W. M. Swenson, *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines Preventing Criminal and Civil Liability*, West Publishers, New York, 1993, 17 ss.

⁸⁷ V. R. S. Gruner, *Corporate Crime and Sentencing*, Business Laws Incorporated, 1997.

attuazione del modello. E' in concreto la figura del *compliance officer* che vigila sulla coerenza tra i comportamenti tenuti in azienda e le leggi ed il modello, coordina le attività previste dal *compliance program*, vigila sulla commissione dei reati, si occupa dell'aggiornamento costante del modello alla luce delle carenze dello stesso e di eventuali cambiamenti nella *policy* aziendale.

E' curioso, poi, notare come le linee guida impongano all'azienda di mantenere una certa cautela nella selezione del personale e nell'attribuzione di poteri soltanto a soggetti che non dimostrino una inclinazione alla commissione di reati che la persona giuridica era in grado di conoscere secondo un normale grado di diligenza⁸⁸.

Nella sostanza, la disposizione vuole riferirsi all'opportunità che l'azienda, prima di assumere un qualsivoglia soggetto, debba accertarsi dell'eventualità che questi abbia precedenti penali, dei rapporti con la famiglia e nel contesto sociale, della sua tendenza all'utilizzo di sostanze stupefacenti, ecc., lasciando non pochi dubbi in merito al rispetto della privacy del soggetto in questione.

Emerge con chiarezza come, in ogni caso, sia fondamentale l'operazione di diffusione del modello all'interno dell'azienda, tramite attività di formazione e di informazione, al fine di rendere effettivo il sistema di collaborazione attiva necessaria per l'attuazione del *compliance program*.

Analogamente a quanto previsto successivamente in Italia, le *Guidelines* richiamano non solo all'effettività, ma anche all'efficacia del modello tramite la previsione di un sistema di controlli sull'attività dell'azienda ed un sistema di comunicazione interno che garantisca l'anonimato volto alla denuncia degli illeciti direttamente rilevati dai dipendenti.

Elemento di discriminazione dal codice etico e vero punto di forza del modello organizzativo è costituito dal sistema disciplinare; proprio il rilievo riconosciuto a tale strumento rappresenta in modo chiaro come il sistema statunitense riconosca ai modelli non solo una funzione preventiva riguardo alla commissione dei reati, ma anche e soprattutto una di autotutela dell'azienda rispetto all'eventualità che qualche dipendente, commettendo dei reati, possa comprometterne seriamente l'esistenza in seguito all'asprezza del sistema sanzionatorio penale.

Il compito del modello, in ogni caso, non si esaurisce in una fase preventiva, ma deve estendersi anche ai momenti successivi alla scoperta da parte dell'ente di

⁸⁸ Cfr. C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, 119 ss.

commissione di un reato nei quali si dovrà occupare di riparare alle conseguenze dannose provocate e di aggiornare il *compliance program* per evitare ipotesi di recidiva.

In tale fase, una spontanea collaborazione da parte della persona giuridica con gli inquirenti può portare addirittura alla maturazione di una attenuante importante al momento della commisurazione della pena da infliggere.

3. Gli Holder e Thompson Memo

Soffermandoci rapidamente su una questione preliminare, occorre sottolineare che l'organizzazione federale degli Stati Uniti postula l'esistenza di piani diversi di giustizia, quella statale o centrale - nel caso di specie disciplinata dal *Model Penal Code* del 1962 - che in generale prevede una forma di responsabilità vicaria in capo all'azienda nel caso di violazioni punite in concreto con multe e sanzioni amministrative ed una a livello federale.

Il *Model Penal Code* prevede a sua volta tre forme di responsabilità: una per i reati più gravi, ascrivibili all'ente solo se commessi da soggetti in posizione dirigenziale; una per quelli meno gravi e per quelli relativi alla violazione delle norme sulla concorrenza, per i quali la persona giuridica risponde se i soggetti hanno agito nell'interesse o a beneficio della prima; ed una di *strict liability* in cui tendenzialmente l'esimente dell'attuazione del *compliance program* non interviene.

La maggioranza della giurisprudenza sul tema, però, si ritrova a livello federale in cui i singoli Stati nella maggior parte dei casi hanno strutturato il sistema della responsabilità delle persone giuridiche su un piano diverso, ossia su quello del *respondeat superior*.

Questa situazione di scissione processuale si riscuote anche sulla complessità del sistema sanzionatorio, già di per sé estremamente articolato e la cui trattazione per tale motivo non è possibile in questa sede.

Rimane indubbia in ogni caso, indipendentemente dal livello - statale o federale - in cui si svolge il procedimento, la rilevanza dei *compliance program* proprio a livello processuale.

In tal senso si sono espressi due *Deputy Attorney General* - Eric Holder e Larry Thompson - che hanno raccolto a qualche anno di distanza l'uno dall'altro, nel 1999 e

nel 2003, due provvedimenti statuari - rispettivamente l'*Holder Memo*⁸⁹ ed il *Thompson Memo*⁹⁰ - contenenti una sorta di linee guida che il giudice deve seguire nella valutazione dei modelli organizzativi nell'ambito del processo⁹¹.

Il messaggio comune ad entrambi i memo è che un efficace *compliance program* è sufficiente per non iniziare nemmeno il processo contro la persona giuridica; in seguito al *Thompson Memo* in particolare - che integra quanto già previsto estesamente da Holder - sono stati stilati dei criteri proprio per la valutazione da parte del giudice dell'opportunità di instaurare il processo nei confronti dell'ente.

Tra tali criteri troviamo non solo la natura ed il tipo di reato, un'eventuale recidiva, e la predisposizione di un effettivo *compliance program*, ma anche considerazioni relative al comportamento dell'ente in fase *post facto* - in termini di collaborazione attiva alle indagini e di ristoro dei danni causati in seguito al reato - e all'opportunità di percorrere vie ulteriori rispetto al processo all'ente - quali, ad esempio, l'inflizione di sanzioni civili o amministrative e l'attivazione di un processo direttamente nei confronti delle persone fisiche - in considerazione di eventuali conseguenze negative in capo ad alcuni *stakeholders*.

Ovviamente, in questo spettro di valutazioni molto faranno quelle relative all'efficacia ed all'aggiornamento del *compliance program* che - sebbene anche se attuato correttamente non possa garantire in concreto la prevenzione di qualsiasi reato in qualsiasi situazione - costituisce il punto focale della decisione in merito alla perseguibilità o meno della persona giuridica.

In conclusione, i documenti analizzati mettono in evidenza due circostanze: la prima è quella risaputa relativa al grande potere in termini di creazione del diritto che nel sistema statunitense - come in tutti i sistemi giuridici di *common law* - è affidato ai giudici.

La seconda riguarda, invece, il ruolo dei *compliance program* nell'impianto di responsabilità delle persone giuridiche: il *vademecum* dei giudici ribadisce quanto già affermato in precedenza, ossia che tale strumento, sebbene non gli sia stato attribuito un valore automaticamente esimente, ha un ruolo sia nei confronti delle potenziali vittime

⁸⁹ Reperibile on line al link

http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justice.gov%2Fcriminal%2Ffraud%2Fdocuments%2Freports%2F1999%2Fcharging-corps.PDF&ei=qTPUsSIDq_AygONwoHYAQ&usq=AFQjCNH8pyW9oC59jLxMzeSIu30hZr6WBQ

⁹⁰ Reperibile on line al link http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm.

⁹¹ Per un approfondimento, v. *inter alia*, C. A. Wray, R. K. Hur, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: the Thompson Memo in Theory and Practice*, in *American Criminal Law Review*, vol. 43:1095, 2006.

dei reati che possono essere commessi nell'ambito dell'attività d'impresa che nei confronti dell'impresa stessa che, nel caso di processo penale a suo carico e possibili conseguenti sanzioni, potrebbe rischiare addirittura di non riuscire a sopravvivere.

CAPITOLO II

IL SISTEMA SVIZZERO

Sommario: **1.** L'art. 102 del Codice Penale Svizzero. – **2.** La responsabilità sussidiaria (art. 102 co.1). - **3.** La responsabilità originaria (art. 102 co. 2). - **4.** La colpa di organizzazione. - **5.** L'art. 7 della Legge Federale sul diritto penale amministrativo.

1. L'art. 102 del Codice Penale Svizzero

Nell'ordinamento giuridico svizzero è stata introdotta una normativa organica sulla responsabilità penale degli enti soltanto nel 2003 con l'introduzione nel codice penale di due articoli (il 100-*quater* ed il 100-*quinquies*, confluiti nel 2007 in un unico articolo, il 102) espressamente dedicati al tema.

Occorre in ogni caso rilevare che alcune previsioni normative, già precedentemente prevedevano una forma di responsabilità degli enti per reati di minore gravità; il riferimento è all'art. 7 della legge federale sul diritto penale amministrativo e ad alcune norme federali di natura fiscale.

In ogni caso, il legislatore svizzero è stato mosso nella direzione dell'introduzione di una forma di responsabilità degli enti principalmente in seguito ad un drammatico accadimento che ha scosso tutto il Paese sia sul fronte dell'opinione pubblica che sul fronte parlamentare. Nel 1986, infatti, nella zona di Berna, un incidente presso l'industria chimica *Sandoz* inquinò in modo devastante le acque del fiume Reno causando ingenti problemi ambientali nonchè disagi alla distribuzione dell'acqua potabile anche oltre confine. In seguito a tale incidente, però, a causa del blando sistema di responsabilità delle persone giuridiche vigente in quel periodo, la strage in questione

rimase praticamente senza colpevoli, con l'inflizione di pene di entità trascurabili soltanto ad alcune persone fisiche⁹².

Il principio vigente nel sistema svizzero, all'epoca, era infatti ancora *societas delinquere non potest* e l'esito infausto del procedimento penale, che vide condannati soltanto il responsabile del servizio di prevenzione e protezione con una pena di 500 CHF ed il direttore del servizio dei pompieri della ditta ad una di 200 CHF rese chiaro come fosse più che necessaria una riforma del sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche che eliminasse questa forma indiretta di immunità di tali soggetti.

Da tale situazione scaturì un dibattito che durò circa vent'anni e che portò il legislatore elvetico alla previsione di un sistema *ad hoc* per l'iscrizione della responsabilità penale in capo agli enti.

Lo scontro che si venne a creare era tra l'impostazione giuridica di stampo prettamente tedesco e con un approccio fortemente dogmatico a tutti gli aspetti del diritto, che si fossilizzava sull'incompatibilità di alcuni principi tipici dell'ordinamento penale, quale il principio di colpevolezza e la funzione della sanzione, con la possibilità di intraprendere un'azione penale nei confronti di una persona giuridica: l'apparente impossibilità di individuare con certezza l'elemento soggettivo nei confronti di un ente e la funzione di rimprovero morale e di prevenzione propri della sanzione penale parevano infatti ostacoli insormontabili per giungere alla possibilità di ascrivere una forma di responsabilità penale in capo ai soggetti collettivi.

La consapevolezza di un modo economico in sempre più rapido cambiamento ed evoluzione, tanto da spostare, proprio nell'ambito degli affari, il fulcro delle attività dalla persona fisica alle cd. *personnes morales* ha portato il legislatore ad individuare l'opportunità di fare prevalere le crescenti esigenze di politica criminale sulla retrograda visione dogmatica.

Il nuovo modo di impostare il lavoro all'interno delle aziende, la decentralizzazione dei processi decisionali, con una nuova e diversa struttura delle deleghe e dei poteri interni, l'acquisizione di un'identità da parte dei soggetti collettivi sempre più diversa ed autonoma rispetto a quella delle persone fisiche che ne fanno parte sono elementi che hanno contribuito al realizzarsi di situazioni di "irresponsabilità organizzata" ossia di casi in cui la struttura dell'ente consente l'assunzione di atteggiamenti e di

⁹² G. Heine, *Criminal liability of enterprises in Switzerland. A new programme: organisational deficiencies*, in S. Adam, N. Colette-Basiecz, M. Nihoul (a cura di) *La responsabilité penale des personnes morales en Europe. Corporate criminal liability in Europe*, La Chartre, Bruxelles, 2008, 303 ss.

comportamenti che sebbene sarebbero punibili penalmente, rischiano di non poterlo essere a causa dell'impossibilità di individuare concretamente il soggetto - persona fisica - che li ha posti in essere.

L'impossibilità di ascrivere una responsabilità penale agli enti, in altre parole, avrebbe consentito il crearsi di un situazione in cui politiche aziendali illegali non avrebbero potuto essere punite se non, in alcuni casi, tramite l'afflizione di pene a soggetti con ruoli solo di parziale rilievo all'interno dell'organizzazione dell'ente e per di più senza dubbio non proporzionate alla gravità dei fatti commessi.

Occorre infatti considerare che nel sistema svizzero le sanzioni pecuniarie alle persone fisiche sono proporzionate alla disponibilità economica di queste, realizzando, così il doppio paradosso non solo di punire soggetti in posizioni marginali rispetto ai veri centri di responsabilità, ma anche di infliggere pene assolutamente non adeguate alla gravità dei fatti dalle quali queste dipendono ed alla concreta disponibilità economica dell'ente realmente responsabile.

Il sistema introdotto, come anticipato, è stato tradotto in due articoli del codice penale, il 100-*quater* ed il 100-*quinquies*, successivamente (nel 2007) raccolti definitivamente in quello che è diventato l'art. 102 in commento⁹³. La disposizione in oggetto prevede due differenti forme di responsabilità in capo all'ente, una (co. 1 art. 102) di natura sussidiaria ed una che si può definire autonoma (co. 2 art. 102).

I tipi di responsabilità individuati da tale disposizione sono: un primo (co 1) che interviene nei confronti della persona giuridica al momento in cui nell'ambito dell'attività di impresa sia commesso un crimine o un delitto e l'autore - persona fisica - non sia individuabile a causa del tipo di organizzazione aziendale; il secondo può, invece, scattare anche congiuntamente alla responsabilità personale dell'autore del reato. Entrambe le categorie verranno indagate diffusamente nei paragrafi che seguono.

⁹³ L'art. 102, inserito nel Titolo 7 del Codice, intitolato Responsabilità d'impresa, cita testualmente:

Punibilità

Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carenza organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.

Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260^{er}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} o 322^{septies} capoverso 1 oppure di un reato secondo l'articolo 4a capoverso 1 lettera a della legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.

Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa.

Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo:

- a. le persone giuridiche di diritto privato;*
- b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali;*
- c. le società;*
- d. le ditte individuali.*

Occorre in questa sede soffermarsi prima di tutto sull'ambito di applicazione soggettivo di tali forme di responsabilità; su tale aspetto è chiaro il disposto dell'art. 102 che all'ultimo comma individua in modo fermo *le persone giuridiche di diritto privato, le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali, le società e le imprese individuali* quali soggetti cui è possibile ascrivere una responsabilità d'impresa quando sia stato commesso un reato nell'esercizio di attività di natura commerciale coerenti con l'attività imprenditoriale tipica.

Il legislatore svizzero delimita in ogni caso il settore di riferimento a tutte le attività di natura commerciale e quindi a tutti quei soggetti nel cui oggetto sociale sia ricompresa proprio un'attività commerciale. Sembra, quindi, che, a condizione che il loro oggetto sociale abbia tale requisito, si possano ricomprendere in tale categoria anche alcune figure non esplicitamente ricomprese nell'elenco succitato, quali le fondazioni e le associazioni con finalità sociali⁹⁴.

Ulteriore aspetto da tenere in considerazione - anche in relazione all'acceso dibattito dottrinale, ma soprattutto giurisprudenziale, esistente in Italia - è quello dell'estensione della disciplina della responsabilità degli enti alle imprese individuali. La *ratio* del legislatore svizzero sembra essere quella di voler comprendere nella categoria dei soggetti astrattamente responsabili tutte quelle entità il cui funzionamento è fondato su una struttura economica organizzata; in sostanza, tutte quelle organizzazioni unitarie di elementi personali che perseguono un fine economico determinato. Come anticipato, il concetto pare sufficientemente ampio da contenere tutti quei soggetti collettivi che, indipendentemente dal mero fine economico, siano caratterizzati da un scopo sociale nel quale rientri un'attività commerciale. In tale categoria senza dubbio rientra la maggior parte delle società individuali, alle quali, però, non sembra automatica l'estensione della disciplina della responsabilità degli enti. E' pressochè immediato, infatti, il rilievo secondo il quale punire un'impresa individuale equivale a punire il soggetto - persona fisica - titolare della stessa, senza che questi sia stato mai considerato colpevole, violando così un principio comunemente riconosciuto (non solo) nell'ordinamento svizzero di presunzione di innocenza.

Occorre, però, segnalare che - come meglio si potrà comprendere in seguito alla lettura dei paragrafi successivi - tale rischio di incompatibilità si concretizzerebbe

⁹⁴ Cfr. a riguardo L. Moreillon, in *La responsabilité hiérarchique et sociale au sein de l'entreprise*, in A. Kuhn, L. Moreillon, B. Viredaz, A. Bichovsky (a cura di), *La nouvelle partie générale de Code pénal suisse*, Stampfi Editions SA, Berna, 2006, 148 ss.

realmente solo nel caso in cui il titolare unico dell'impresa individuale è anche l'unico soggetto che lavora nell'azienda e quindi quello che di sicuro risponderà a titolo di responsabilità sussidiaria. In una situazione simile, inoltre, si incapperebbe nella violazione di un altro principio universalmente riconosciuto, quello del *ne bis in idem*. Nel caso di impresa individuale, in cui il titolare è anche unico dipendente della stessa, il patrimonio della persona fisica si confonde inevitabilmente con quello dell'impresa ed il soggetto verrebbe punito due volte - in qualità di autore materiale del reato e di titolare dell'impresa - per il medesimo fatto.

In sostanza, la responsabilità in capo all'impresa individuale pare essere ravvisabile solo nei casi in cui a commettere il reato non sia stato lo stesso soggetto titolare dell'azienda o quando il contesto lascia ragionevolmente presupporre che egli non sia il responsabile o che il responsabile non sia individuabile a causa dell'organizzazione aziendale.

Altro elemento fondamentale per inquadrare correttamente l'istituto è quello di natura spaziale; la Svizzera è tradizionalmente un paese in cui si stabiliscono società estere e nel quale agiscono molte altre società aventi domicilio all'estero.

Il principio generale previsto dall'art. 3 del Codice Penale Svizzero è quello territoriale, consistente nella circostanza che l'infrazione, per essere punita secondo l'ordinamento, deve essere stata effettuata in Svizzera. La questione non è di poco conto se si considera che il sistema svizzero lascia molto spazio all'interpretazione giurisprudenziale, tanto che, come vedremo, l'opera dei giudici può arrivare a sindacare la natura ed il tipo di organizzazione, tanto da definire i criteri di *corporate governance* ritenuti più opportuni. Tale circostanza crea senza dubbio un rischio di eccessiva intromissione da parte del diritto elvetico in casi in cui l'azienda ritenuta colpevole abbia la sede in un Paese in cui i criteri giuridici relativi alla colpa di organizzazione sono diversi oppure addirittura inesistenti. Pare, dunque, ragionevole interpretare i criteri di natura territoriale nel senso di considerare esposta al sistema svizzero di responsabilità degli enti nel senso che non sarà sufficiente che la società abbia commesso un reato punibile *ex art.* 100 CPS nel territorio svizzero, ma sarà necessario anche che la stessa abbia la propria sede sociale in tale Stato⁹⁵.

⁹⁵ V. L. Moreillon, in *La responsabilité hiérarchique et sociale au sein de l'entreprise*, in A. Kuhn, L. Moreillon, B. Viredaz, A. Bichovsky (a cura di), *La nouvelle partie générale de Code pénal suisse*, Stampfi Editions SA, Berna, 2006, 148 ss.

Altra particolarità del sistema elvetico consiste nella mancata tipizzazione dei reati presupposto. Il testo di legge, infatti, nel caso di responsabilità sussidiaria, comprende tutti i reati commessi *in un'impresa nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale*; con tale previsione si ricomprendono tutti i crimini ed i delitti posti in essere nell'ambito dell'attività sociale eliminando a priori i problemi di natura interpretativa, tanto discussi in Italia, relativi alla compatibilità con il sistema di responsabilità delle imprese dei reati in forma tentata e di quelli colposi, quali quelli relativi alle violazioni della normativa sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro⁹⁶.

Se si indaga in profondità il sistema in questione, si capisce come alla base di tale previsione c'è il concetto che all'ente non viene ascritto tanto il reato in sé, ma uno diverso ed ulteriore, commesso prima o in concomitanza con quello principale, e consistente nella mancanza di previsione di regole organizzative volte alla prevenzione del reato principale.

Inoltre, non appaiono riferimenti all'interesse o al vantaggio dell'impresa in relazione al reato, in un approccio che pare, quindi, estremamente rigoroso tanto nella individuazione delle figure di reato, quanto nelle cautele che si pretendono dall'ente collettivo nell'esercizio di un'attività commerciale. In tal senso, in relazione a tale forma di responsabilità, non sembra neppure rinvenibile nell'ordinamento un istituto assimilabile ai modelli di organizzazione e gestione italiani o ai *compliance program* anglosassoni. Segno, in opinione di chi scrive, tanto di un rispetto nei confronti della libertà imprenditoriale e nei conseguenti oneri di autoregolamentazione, quanto di un forte affidamento nei poteri e nelle competenze della giurisprudenza nell'individuare i profili di una organizzazione "virtuosa" caso per caso.

L'approccio estensivo nei confronti dei reati presupposto e dei criteri organizzativi richiesti, però, non sembra rimanere tale nei confronti degli autori materiali dei reati. La succitata locuzione *in un'impresa* lascia intendere come in tale novero si debbano ricomprendere soltanto i soggetti facenti parte degli organi dell'impresa - Consiglio di Amministrazione, Direzione, organi di revisione, ecc. - e le persone vincolate all'impresa da un contratto di mandato. Il discrimine con il sistema italiano è che in tal modo vengono a priori esclusi soggetti - in particolare i liberi professionisti - che, in

⁹⁶ B. Perrin, in *La responsabilité pénale de l'entreprise*, in M. Pieth, R. Ivory (a cura di) *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, London New York, 2011.

quanto forniti di libertà decisionale, non si trovano in posizione di dipendenza gerarchica e organizzativa da alcun organo aziendale. Tale circostanza implica che, anche se nell'agire di questi si possa riscontrare, secondo un'analisi "all'italiana", un vantaggio o un interesse da parte società, a quest'ultima, comunque non potrà essere ascritta alcuna forma di responsabilità⁹⁷.

2. La responsabilità sussidiaria (art. 102 co. 1)

Occorre a questo punto distinguere le due tipologie di responsabilità citate. Quella c.d. sussidiaria, prevista dal co. 1 dell'art. 102, sussiste al momento in cui un qualsiasi reato è commesso nell'ambito dell'attività aziendale e lo stesso non può essere ascritto a nessuna persona fisica a causa della specifica organizzazione dell'ente. La non precisazione di un elenco di reati presupposto, come visto, ha consentito così l'automatica estensione di tale categoria anche ad alcuni reati colposi come i più frequenti delitti in materia di violazione di norme infortunistiche, senza il sorgere di tutti i problemi dogmatici ed interpretativi sorti nel nostro ordinamento.

Il fine di tale previsione è quello di imporre all'ente obblighi di organizzazione tali da prevenire situazioni in cui i rischi aziendali si tramutino in reati senza che si possa individuare un soggetto responsabile all'interno dell'organigramma.

La mancanza di un vincolo più stringente all'azienda - analogo all' *interesse o vantaggio* della disciplina italiana - se da un lato consente di fugare i problemi di natura interpretativa relativi alla compatibilità del sistema con i reati colposi ed in forma tentata, dall'altro lascia delle lacune nell'individuazione del nesso tra il reato e l'attività di impresa.

La strada interpretativa più consona pare essere quella dello stabilire come criterio il fatto che il reato si estrinsechi in una di quelle aree di rischio tipiche dell'attività dell'ente.

Altro nodo interpretativo di tale disciplina, riguarda l'individuazione degli elementi soggettivi del reato. Se, infatti, secondo il co 1 dell'art. 102, il sistema prevede l'ascrizione della responsabilità in capo all'ente nel caso in cui, a causa del sistema organizzativo utilizzato, non sia individuabile la persona fisica autrice del reato, non è

⁹⁷ V. P. Bernasconi, in *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cassazione penale*, 2003, 4043 ss.

immediato comprendere come sia possibile individuare gli elementi soggettivi nei confronti di un soggetto non identificato.

Sebbene, come visto sopra, dal novero delle persone fisiche coinvolte nell'impresa, si possa escludere la categoria dei professionisti esterni cui l'impresa si rivolge, se si considera che tale sistema è volto a prevenire prima di tutto abusi che si perpetrano in grandi imprese - vista la tendenza di tali soggetti a "nascondersi" più facilmente dietro la propria struttura organizzativa - si può immediatamente capire come il palcoscenico in cui ricercare gli elementi soggettivi del reato sia senza dubbio ampio.

L'elemento che supera questa prospettiva di paralisi del sistema, però, è dato dal fatto ulteriore necessario ad ascrivere la responsabilità in capo all'ente. Non è, infatti, sufficiente che si riscontri la commissione di un reato, ma è fondamentale individuare un difetto di organizzazione in seno all'impresa.

Proprio tale fattore consente di allocare l'azienda in una posizione di garanzia, di controllo sul sistema organizzativo aziendale, al fine che questo non diventi un mezzo per perpetrare un'attività di natura criminale senza che sia possibile individuare la persona fisica direttamente responsabile.

In concreto, il comportamento richiesto all'azienda consiste nella predisposizione di un organigramma caratterizzato da chiarezza e rispondenza alla realtà, al cui interno la distribuzione di funzioni, responsabilità e deleghe sia immediatamente comprensibile.

Non esistendo in Svizzera una legislazione che determini in modo specifico i criteri entro cui tale operazione deve essere effettuata, in fase interpretativa i giudici si rifaranno a raccolte di *best practice* oltre che ai canoni tradizionali e generici previsti dall'ordinamento relativamente alla responsabilità colposa⁹⁸.

Occorre, però, rilevare come, in opinione di chi scrive, tale sistema sia esposto ad una critica. La previsione di questa forma di responsabilità sussidiaria sembra avere l'intento di voler individuare comunque una persona fisica responsabile e non quello di responsabilizzare l'ente al fine che questo prevenga effettivamente la commissione di reati nell'ambito della sua attività. La circostanza che, con l'individuazione di un soggetto cui ascrivere il reato contestato, l'azienda vada esente da qualsiasi tipo di responsabilità non implica affatto che la stessa attui concretamente una politica aziendale virtuosa nell'ottica della prevenzione dei reati. Il rischio è che un

⁹⁸ M. Pelissero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera. Una inefficace soluzione compromissoria*, in *Diritto penale del XXI secolo*, Cedam, Padova, 2008, 329 ss

organigramma chiaro e ben strutturato possa, in tal senso, costituire un'ottima via di fuga alla responsabilità dell'ente il quale sarebbe libero di portare avanti una politica aziendale criminale semplicemente grazie all'allocazione di "capri espiatori" in posizioni strategiche dell'azienda.

3. La responsabilità originaria (art. 102 co. 2)

Tale forma di responsabilità, invece, assume una struttura decisamente diversa dalla prima, essendo inoltre prevista per una serie bene definita di reati.

Secondo il co. 2 dell'art. 102, infatti, se il reato commesso è uno tra organizzazione criminale, finanziamento del terrorismo, riciclaggio di denaro, corruzione di pubblici ufficiali svizzeri, concessione di vantaggi, corruzione di pubblici ufficiali stranieri, corruzione attiva e passiva la responsabilità può essere ascritta all'ente indipendentemente dalla circostanza dell'individuazione di un autore-persona fisica dello stesso.

Inoltre, tale forma di responsabilità è totalmente indipendente da quella del soggetto che ha commesso il reato principale nell'impresa, sussiste, infatti, indipendentemente dalla punibilità di una persona fisica.

La condizione ulteriore, però, è che si possa rimproverare all'impresa di non aver attuato tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per la prevenzione di un reato della natura di quello commesso.

In questo caso, il richiamo pare essere proprio a figure analoghe ai modelli di organizzazione e gestione o ai *compliance program*.

Le differenze con il sistema di responsabilità sussidiaria sono rilevanti, tanto sotto l'aspetto del rapporto tra il soggetto fisicamente agente e l'ente, quanto sotto quello dei criteri di imputazione della responsabilità.

Appurata, quindi, la differenza con la responsabilità sussidiaria relativa al numero di reati ricompresi in tale forma di responsabilità ed all'autonomia rispetto alla punibilità del autore del reato principale, occorre rilevare quella ulteriore relativa alla natura della colpa di organizzazione ascritta all'ente.

In tale contesto, il riferimento al difetto di organizzazione è relativo all'inadeguatezza del sistema organizzativo attuato dall'azienda a prevenire la commissione di reati del tipo di quello commesso.

In altre parole, l'impresa è posta in una posizione di garanzia rispetto alla commissione dell'illecito altrui. La struttura organizzativa aziendale, in relazione all'elenco di reati di cui al co. 2 dell'art. 102, è intesa come incubatrice di illecito e per questo l'impresa è tenuta a fornirsi di un sistema di controllo su tale forma di pericolo idonea a prevenirne la commissione. Scontato sottolineare come sia, in ogni caso, necessaria la dimostrazione del nesso di causalità tra i difetti organizzativi ed il reato commesso.

La differenza con il sistema italiano si deve rilevare in termini di maggiore indeterminazione della previsione normativa elvetica. I criteri individuati, infatti, sono limitati alla ragionevolezza ed alla indispensabilità delle misure preventive corrispondente ad un generale dovere di impedire il reato che rischia di perdersi nella sua scarsa concretezza.

Sebbene al giudice rimanga un ampio margine di discrezionalità nell'accertamento della responsabilità, in mancanza di standard concreti comunemente riconosciuti relativi agli standard di organizzazione e di funzionamento dell'azienda⁹⁹, le valutazioni nel merito resteranno principalmente legate ai criteri di natura privata.

In sostanza, però, il comportamento imposto all'azienda non si differenzia particolarmente da quello previsto dal nostro sistema di responsabilità penale-amministrativa degli enti: ciò che si richiede all'azienda è la prevenzione di quei difetti organizzativi che possano agevolare il reato presupposto, in altre parole, uno sforzo esigibile a livello concreto in termine di adozione ed efficace attuazione del modello organizzativo. Tale attività non può che consistere nella predisposizione di un effettivo sistema di controlli interno, nella corretta formazione del personale e nella corretta e costante documentazione di tutti i processi aziendali.

La necessità di un costante riferimento da parte dei giudici a criteri di natura privata consente comunque di non trascurare la necessità di una forte flessibilità delle prescrizioni strutturali e funzionali dell'impresa in relazione tanto all'attività - ed alle conseguenti specifiche aree di rischio - quanto alle dimensioni dell'azienda. Flessibilità che, sempre in forte analogia al sistema italiano, viene estesa anche al fattore temporale

⁹⁹ Il riferimento è alla previsione del co. 3 dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 italiano.

specificandosi in quel criterio di dinamicità del modello che ne richiede il continuo e costante aggiornamento - sotto l'aspetto della prevenzione - alle eventuali modifiche della struttura e dei processi aziendali¹⁰⁰.

Occorre, infine, segnalare come i tratti di tale forma di responsabilità trovino delle assonanze con la figura, introdotta nel sistema svizzero in seguito alla spinta della giurisprudenza¹⁰¹, e successivamente codificata all'art. 6 co 2 DPA - la legge sul diritto penale amministrativo - della responsabilità cd. gerarchica. Sebbene l'ampiezza del tema non consenta una trattazione esaustiva in questa sede¹⁰², in breve, si segnala che tale forma di responsabilità consiste in una sorta di responsabilità vicaria per la quale un soggetto in posizione apicale che volontariamente o colposamente, violando un obbligo giuridico, ometta di prevenire un'infrazione dolosa o colposa di un sottoposto, risponde per la pena prevista per quest'ultimo.

Immedie le analogie con la forma di responsabilità originaria poco sopra descritta, la quale, senza dubbio ha subito, nella sua formulazione da parte del legislatore, forti influenze da quest'ultima fattispecie penale-amministrativa.

4. La colpa d'organizzazione

Filo conduttore delle due forme di responsabilità è senza dubbio il concetto di colpa d'organizzazione - che si traduce nella necessità di adozione di tutte le misure organizzative ragionevoli ed indispensabili per evitare la commissione di un determinato reato - il quale, però, risulta senza dubbio di difficile definizione sotto l'aspetto giuridico in quanto nello stesso rientrano concetti propri della *corporate governance*, della disciplina di gestione del rischio, nonché gli usi e le prassi di natura aziendale¹⁰³.

E' sicuramente ardua l'operazione di sintesi tra i criteri propri della dottrina dell'organizzazione e del *management* e le tradizionalmente rigide categorie giuridiche. In altre parole, in tale operazione ci si deve domandare come sia possibile individuare in

¹⁰⁰ Per un riferimento ulteriormente specifico alla posizione dottrinale sul tema si veda, per tutti, B. Perrin, in *La responsabilité pénale de l'entreprise*, in M. Pieth, R. Ivory (a cura di) *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, London New York, 2011

¹⁰¹ Si veda, tra le altre, la sentenza *von Roll*, ATF 122 IV 103 cons. VI. 1 et 2 = JdT 1997 IV 124 (rés)

¹⁰² Per la quale si veda, tra gli altri, A. M. Garbarski, A. Macaluso, *La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif*, in *AJP/PJA*, 7/2008, 841 ss.

¹⁰³ Cfr. G. Heine in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, in M. Catenacci, G. Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 270-271

ambito giuridico dei punti di riferimento in termini di prevenzione dei rischi di commissione dei reati da parte dell'azienda. Una criticità appare quella consistente nel caso in cui le prassi aziendali non si attengano strettamente al modello organizzativo: l'azienda ha impostato un'organizzazione impeccabile, ma le necessità di natura prettamente imprenditoriale possono portare al discostarsi da procedure che sembrano, indeterminati casi, rendere eccessivamente burocratizzata una realtà che invece è pensata - e in determinati casi è necessario che sia - più libera.

La mancanza - inevitabile, considerata la estrema eterogeneità delle realtà aziendali sia in termini dimensionali che di settore - di criteri certi di "bontà organizzativa" espone in questo modo l'azienda troppo facilmente a rimproveri di natura penale con il rischio concreto di estendere eccessivamente il campo di applicazione della responsabilità degli enti anche a quei casi in cui una effettiva responsabilità dello stesso potrebbe non essere ravvisabile.

Lo *status* giuridico attuale, infatti, pare potersi appoggiare esclusivamente su norme sparse nell'ordinamento che creano una base assolutamente non organica per l'individuazione di criteri certi della colpa di organizzazione.

Si può, infatti, risalire nell'ordinamento elvetico, a norme di natura penale che puniscono la violazione di determinate norme di condotta, norme proprie del diritto civile, ad esempio relative all'organizzazione o alla tenuta della contabilità nelle società commerciali, norme di diritto amministrativo dedicate a settori specifici, quali gli intermediari finanziari o il riciclaggio, alcune disposizioni private emanate da associazioni categoriali affidatarie di deleghe su determinate materie e, in alcuni casi, norme di *corporate governance* dedicate a settori specifici.

Anche tale contesto giuridico, ricco di assonanze e di discrepanze rispetto all'ordinamento italiano, pare, quindi, attendere provvedimenti legislativi determinanti in ambito di certificazione non solo degli standard, ma anche e soprattutto dei modelli organizzativi.

L'estrema tipicità di ogni realtà aziendale, unita alla circostanza della vasta interdisciplinarietà collegata al campo dell'organizzazione e della prevenzione ed alla necessità di creare punti fermi in una disciplina giuridica di difficile, se non impossibile, uniformazione sono tutti elementi che sembrano sottolineare, anche in tale sistema, la necessità di un suddetto sistema di certificazione dei modelli organizzativi.

5. L'articolo 7 della Legge Federale sul diritto penale amministrativo

Occorre, in conclusione, sottolineare come, già precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 102 nel codice penale svizzero, esistesse una forma di responsabilità dell'ente, in termini di responsabilità oggettiva, nel caso di commissione da parte di un soggetto qualificato di infrazioni nell'ambito della gestione degli affari dell'azienda di gravità non elevata¹⁰⁴.

Prima di analizzare l'art. 7 di tale legge occorre prendere brevemente in rassegna il già citato art. 6, *Infrazioni commesse nell'azienda da mandatari e simili* che prevede che, nel caso di un'infrazione commessa nella gestione degli affari di un ente o di un servizio per conto di terze persone, alla responsabilità personale dell'agente si aggiunga quella, quantomeno colposa, del datore di lavoro, mandante o persona rappresentata che abbia omesso - intenzionalmente o colposamente, in violazione di un obbligo giuridico - di impedire l'infrazione.

Segnalate in precedenza le assonanze tra la *ratio* di tale disposizione e quella alla base dell'introduzione nel sistema svizzero della responsabilità degli enti, occorre a questo punto, al fine di avere una visione complessiva della materia, analizzare il disposto dell'art 7, vera e propria forma di attribuzione di responsabilità in capo al soggetto collettivo, sebbene riferita ad illeciti di minore gravità.

Tale disposizione prevede che, se l'ammenda, nel caso concreto, non supera i cinquemila Franchi e se la determinazione delle persone punibili a norma dell'articolo precedente richiede *provvedimenti d'inchiesta sproporzionati all'entità della pena*, l'autorità giudiziaria decidere di condannare al pagamento l'impresa in sostituzione della persona fisica¹⁰⁵.

La previsione in commento, come anticipato, configura evidentemente una fattispecie di responsabilità oggettiva, non essendo necessaria la sussistenza in seno all'azienda di alcun elemento soggettivo di colpevolezza.

La scelta legislativa è senza dubbio giustificata dalla modestia tanto della violazione in sè, quanto della sanzione con il fine ultimo di scongiurare un eccessivo

¹⁰⁴ V. A. M. Garbarski, A. Macaluso, *La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif*, in *AJP/PJA*, 7/2008, 841 ss.

¹⁰⁵ Sulla corretta applicazione di tali criteri si veda la decisione del Tribunale Federale Svizzero del 15 ottobre 2007, *Kassationshof in Strafsachen*.

dispendio di risorse economiche e temporali nella persecuzione di violazioni di natura bagatellare.

SEZIONE III
LO STATO DELL'ARTE IN ITALIA

**I MODELLI ORGANIZZATIVI
NELL'IMPIANTO DEL D.LGS. 231/2001**

Sommario: **1.** I lineamenti del nuovo paradigma sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 231/2001. – **2.** I modelli di organizzazione e gestione: soluzioni organizzative con attitudine esimente.

1. I lineamenti del nuovo paradigma sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 231/2001

Già a partire dagli anni Settanta, nel nostro Paese una parte della dottrina ha iniziato a sbilanciarsi in favore della configurabilità di una diretta ed autonoma responsabilità penale in capo alle persone giuridiche ed agli enti, seppure privi di personalità giuridica, ma attivi nel contesto economico¹⁰⁶.

Il crescente verificarsi di quelli che vennero chiamati i “crimini dei colletti bianchi” e degli infortuni sul lavoro stava mettendo in evidenza come, non essendo possibile riconoscere nell’ente il responsabile per la commissione di determinati reati commessi proprio nel suo interesse, la persona fisica diveniva lo strumento per perpetrare l’illecito, nonché il capro espiatorio al momento in cui tale illecito veniva punito. A tale situazione, comune a buona parte dei paesi europei, ha reagito negli anni successivi non solo la Comunità Europea¹⁰⁷, ma anche un’organizzazione internazionale del calibro dell’OCSE¹⁰⁸.

Proprio nell’ambito dell’impegno preso a livello comunitario ed internazionale il legislatore italiano, seppure con fatica, è riuscito a superare i contrasti che si potevano configurare con il testo costituzionale – in particolare con il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall’articolo 27 comma 1 – emanando, in attuazione della legge delega n. 300 del 29 settembre 2000, il decreto legislativo n. 231 dell’8

¹⁰⁶V. *inter alia*, F. Bricola, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970.

¹⁰⁷La reazione a livello comunitario si concretizzò con la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee firmata a Bruxelles il 26 luglio 1995, con la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, svoltasi a Bruxelles il 26 maggio 1997 e ratificata in Italia con la l. n. 300 del 29 settembre 2000.

¹⁰⁸Con la Convenzione n. 300 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 settembre 1997.

giugno 2001. Con tale disposizione normativa, che ha subito, negli anni successivi, diverse integrazioni, veniva finalmente introdotta in Italia la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica¹⁰⁹.

Tale disciplina, come tra l'altro l'intero orientamento europeo, è mutuata dalla cultura anglosassone dei c.d. *compliance programs*, consistenti in protocolli di comportamento interni all'ente volti ad impedire la commissione di reati e che nel nostro ordinamento sono diventati i modelli di organizzazione, gestione e controllo.

L'obiettivo di minimizzazione del rischio viene perseguito con questi strumenti tramite la realizzazione di tre *step* fondamentali nell'implementazione del modello: i) la procedimentalizzazione delle attività produttive a rischio reato; ii) la costituzione di un apparato di controllo; iii) la predisposizione di un sistema disciplinare.

Si giunge in questo modo ad introdurre la figura del modello di organizzazione, gestione e controllo prevista esplicitamente dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001.

Prima di un'analisi approfondita della struttura e della natura del presente istituto, che avverrà nei capitoli che seguono, occorre fare una breve premessa sul regime di responsabilità stabilito in capo agli enti, sul conseguente paradigma sanzionatorio e sul particolare impianto di responsabilità nell'ambito di reati colposi.

Per inquadrare la natura della regime di responsabilità da reato degli enti a livello generale è necessario individuare preventivamente la netta differenza tra il concetto di "reato d'impresa" e quello di "reato ordinario".

Il primo, infatti, dipende direttamente dalla presenza di una struttura organizzata che non solo caratterizza ontologicamente l'ente, ma è anche il vero e proprio substrato dal quale tale ordine di reati trae la sua origine; nella maggior parte dei casi, infatti, in mancanza di una struttura organizzata, molti dei reati presupposto, non potrebbero essere né ipotizzati né tantomeno realizzati¹¹⁰.

L'ente collettivo può dunque vedersi come una sorta di "incubatore" dell'illecito nel quale i meccanismi di formazione della volontà esulano le posizioni soggettive delle singole persone fisiche componenti l'organizzazione.

¹⁰⁹ Per una trattazione più diffusa del tema si permetta di rinviare a Y. Russo, *Sicurezza e responsabilità penale-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 (D. Lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 111.

¹¹⁰ Cfr. A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista italiana di diritto penale dell'economia*, 2002, 37 ss.

L'organizzazione in sé, in sostanza, è proprio il centro d'imputazione di determinate scelte criminogene e non il mero contenitore materiale per il formarsi di scelte individuali.

A tale concetto si può affiancare quello, per dirlo con le parole di Stella, di "ebbrezza da rischio" con il quale si rende bene l'idea di come nel contesto di una struttura organizzata il singolo soggetto sia portato ad agire in modo più azzardato, accettando più facilmente i rischi relativi ad una violazione di legge rispetto a quanto farebbe il tradizionale "buon padre di famiglia".

Tale situazione dipende da diversi fattori quali la frammentazione decisionale dell'organizzazione, un cattivo funzionamento del sistema informativo dovuto da un tendenzialmente elevato tasso di competizione, la fissazione da parte dei vertici di obiettivi raggiungibili soltanto tramite un illecito penale.

Alla luce di ciò, pare chiaro come il metodo migliore per arginare il fenomeno della criminalità d'impresa sia proprio quello di attuare delle valide ed efficaci regole di organizzazione¹¹¹.

Tale finalità viene perseguita con l'adozione ed efficace applicazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dagli artt. 6 e 7 del d.lgs.231/2001.

Questi modelli concretizzano la loro funzione in primo luogo mediante l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi dei reati; in seguito a tale attività preventiva il modello, poi, è volto ad individuare protocolli *ad hoc* per la formazione delle decisioni in ottica preventiva rispetto alla realizzazione di determinati reati.

A suddette attività seguono inevitabilmente quella di individuazione delle risorse finanziarie volte alla prevenzione dei reati in questione, la creazione di un organismo di vigilanza (con compiti di vigilanza sull'efficace attuazione del modello e di aggiornamento dello stesso) ed il rispetto degli obblighi di formazione nei confronti di quest'ultimo e la definizione di un sistema disciplinare per sanzionare il mancato rispetto delle definizioni contenute nel modello.

In tale contesto rileva sicuramente la dimostrazione di avere attribuito i compiti di vigilanza ed aggiornamento ad un organismo (l'Organismo di Vigilanza) effettivamente autonomo, dotato di poteri di iniziativa e controllo, indipendente e costituito da soggetti con le dovute competenze.

¹¹¹Cfr. R. Rodorf, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 11/2001.

Proprio nelle realtà che più interessano in questa sede, ossia le piccole e medie imprese, i compiti di tale organo possono essere svolti direttamente dall'organismo dirigente – cfr. art. 6 co. 4 d.lgs. 231/2001 – con evidenti problemi di conflitto di interessi tra controllato e controllante (che finirebbero per coincidere con lo stesso soggetto) che in astratto dovrebbero essere risolti dalle indicazioni della Commissione Consultiva Permanente istituita presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

In ogni caso, il sistema interno di controlli svolge un ruolo cardine nell'adozione ed efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione.

Tale sistema, però, ha inevitabilmente come presupposto logico ed ontologico l'individuazione dei rischi d'impresa nonché la loro gestione.

Per quanto riguarda la prima attività, sarà necessario valutare il potenziale pericolo, la probabilità del suo verificarsi con le relative conseguenze e la concreta esposizione al rischio rispetto alle singole figure di reato.

Una volta individuati i rischi in questione, seguirà la fase gestionale del rischio di commissione dei reati che verrà analizzata più approfonditamente nei capitoli che seguono nell'ambito della trattazione relativa alla struttura dei modelli di organizzazione e gestione, istituto centrale del regime di responsabilità da reato degli enti grazie alla propria funzione potenzialmente esimente.

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

L'attuale sistema di responsabilità degli enti fonda la sua struttura sull'istituto del modello di organizzazione, gestione e controllo.

Il ruolo sistematico del modello in tale impianto gli attribuisce due ordini di funzioni: quella principe, esimente, ed una seconda, che si può dire parzialmente esimente, di natura riparatoria.

La funzione esimente si concretizza in modo differente a seconda che il reato sia commesso da un soggetto apicale o da un dipendente.

Nel primo caso l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo, unitamente ad altre particolari condizioni che vedremo di seguito nella trattazione,

consente un'inversione dell'onere della prova che consente di escludere l'automatica responsabilità dell'ente.

Nel secondo caso, invece, l'efficacia esimente del modello si realizza con l'adempimento degli oneri di controllo e vigilanza da parte dell'ente.

La funzione riparatoria si esplicita ovviamente in fase *post delictum* e consiste nella possibilità da parte di un ente che abbia commesso un reato, ma che non aveva precedentemente adottato un modello organizzativo o che ne aveva adottato uno non efficace, di vedere ridotte le sanzioni allo stesso inflitte, fino alla possibile totale esenzione da quelle interdittive, subordinatamente all'adozione di un modello organizzativo o al suo adeguamento.

Fatta questa breve premessa, occorre andare a fondo nell'analisi della concreta realizzabilità da parte dell'istituto del modello di queste due funzioni in quanto il modello in sé si deve considerare come la mera struttura del mezzo esimente o riparatorio; struttura che a seconda del caso concreto verrà fornita di sostanza dai criteri di progettazione del modello che quindi meritano di essere analizzati nei loro lineamenti caratteristici¹¹².

In altre parole, in capo all'ente si può dire che sussista un dovere di creare un sistema organizzato in grado di individuare le concrete aree di rischio e le relative intensità della probabilità di realizzazione di un evento dannoso al loro interno al fine di gestire gli stessi entro limiti di tollerabilità tramite un'azione di tipo preventivo.

A livello più superficiale l'attività organizzativa dell'ente si concretizza nella predisposizione di un impianto di garanti nei processi aziendali al fine di affinare il sistema di responsabilità che si crea con la ramificazione delle varie deleghe di funzioni individuando i soggetti idonei a garantire la prevenzione di determinati reati nell'ambito di singoli procedimenti produttivi o decisionali.

Oltre questi adempimenti più essenziali l'ente sarà tenuto a predisporre adeguati modelli di prevenzione del rischio-reato a supporto dell'attività materiale dei garanti.

Tale adempimento si rende necessario in quanto l'ente è "culla" di illecito; illecito che proprio tramite una particolare organizzazione predisposta dall'ente stesso può essere più facilmente perpetrato dalle persone fisiche agenti nel suo complesso.

¹¹²Cfr. C. Piergallini in *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. Lattanzi (a cura di) *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2010, 153 ss.

Di conseguenza l'ente, per adempiere concretamente al dovere di autorganizzazione a questo livello, dovrà predisporre un programma di autodisciplina a più strati.

In primo luogo tale attività dovrà consistere nella mappatura delle aree più fertili per la proliferazione del rischio reato.

Una volta individuate tali aree, l'analisi si dovrà concentrare sui soggetti e sulle modalità che, entro tali aree, contribuiscono più facilmente alla commissione di reati.

Alla luce di quanto emerso dall'attività di valutazione sarà poi necessario individuare regole cautelari al fine di mantenere il rischio di commissione dei reati entro limiti accettabili di tollerabilità.

Su tali regole, poi, dovranno intervenire dei meccanismi di controllo che garantiscano la funzionalità dei modelli come sopra descritti od un loro eventuale adeguamento.

Inoltre nel contesto di controllo dovranno intervenire anche dei sistemi di rilevamento degli illeciti, nonché un sistema disciplinare volto alla sanzione di comportamenti non conformi al modello di condotta.

Visti i criteri generali di realizzazione di un modello organizzativo che abbia efficacia esimente, pare opportuno, ora, vedere più in particolare la struttura dello stesso secondo la tradizionale bipartizione tra Parte Generale e Parte Speciale.

La Parte Generale prima di tutto dovrà comprendere una descrizione della struttura giuridica della società e degli organi che al suo interno svolgono le varie funzioni di controllo.

In tale contesto interviene l'indicazione del modello di *governance* nonché dei vari sistemi di controllo interno.

Come anticipato, poi, in questa sezione rientrerà la formalizzazione del sistema di dislocazione di garanti e di deleghe che verrà poi specificato in relazione ai singoli rischi-reato che verranno analizzati nella Parte Speciale.

Nella Parte Generale sarà opportuno che rientri, poi, oltre che le procedure concrete di gestione, siano esse manuali od informatiche, il Codice Etico, al fine di stabilire la piattaforma di valori da rispettare a tutti i livelli all'interno della società.

Dovranno, infine, essere inserite le linee da seguire per le procedure di formazione e di informazione relative al modello oltre che l'impianto di rilevazione dei reati.

Quest'ultimo è costituito dal concreto sistema di rilevamento ed emersione delle violazioni, da un sistema disciplinare e dall'istituzione di un Organismo di Vigilanza, la

cui analisi meriterebbe spazio indipendente vista la sua particolare funzione, tra le altre, di raccordo tra le due parti del modello.

Il modello è, poi, costituito da una Parte Speciale nella quale si troverà una descrizione analitica della struttura dei reati-presupposto che possono interessare l'ente.

In tal contesto vi sarà anche una sezione dedicata alla vera e propria attività di *risk assesment*, nel quale vengono individuate anche le singole figure e funzioni coinvolte nelle aree di rischio, ed una dedicata alla riconduzione dei principi generali previsti dal Codice Etico alle figure di reato specificamente individuate ed alle conseguenti procedure operative.

In questa sede trova spazio, poi, la sezione dedicata al c.d. *risk managment* ossia di individuazione dei protocolli di gestione del rischio-reato.

L'utilizzo di terminologia anglofona non vuole essere uno sterile tentativo di dare un'impronta internazionale al presente lavoro, bensì è un segno indelebile delle origini anglosassoni dell'istituto del modello di organizzazione e gestione, parente decisamente stretto di quei *compliance program* ormai di uso comune nell'esperienza inglese e statunitense (ma non solo).

Proprio a questi si è ispirata la raccomandazione OCSE di cui si parlava in apertura di capitolo, a queste figure volte alla riduzione al minimo dei rischi per il tramite di una procedimentalizzazione delle attività che si trovano in quelle aree esposte al rischio-reato ed alla costituzione di un sistema di controllo sull'applicazione di tali procedimenti e di un conseguente sistema disciplinare¹¹³.

Tale funzione non implica un'obbligatorietà dell'attuazione di questo strumento, il quale, però, ha senza dubbio una funzione preventiva nei confronti della commissione dei reati d'impresa, tanto da renderlo estremamente appetibile ad ogni ente.

La funzione preventiva, come anticipato, si concretizza in una funzione esimente che è svolta dal modello su due livelli diversi, a seconda che il reato sia commesso da un soggetto di vertice nella gerarchia aziendale o da un sottoposto.

Nel primo caso l'ente per andare esente da responsabilità dovrà provare in primo luogo l'adozione e l'efficace attuazione, prima della commissione del reato, di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quelli commessi.

¹¹³V. N. D'Angelo, *Responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008.

Inoltre, l'onere della prova è esteso all'affidamento dei compiti di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di aggiornamento dello stesso ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo e alla circostanza che tale organo non abbia omissso o realizzato in maniera insufficiente i propri compiti.

Infine la prova dovrà estendersi alla elusione fraudolenta del modello da parte della persona fisica che ha concretamente commesso il reato.

La situazione è profondamente diversa nel caso di reato commesso da un soggetto sottoposto all'altrui direzione.

In questo caso l'ente sarà considerato responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dalla mancata attuazione di obblighi di vigilanza o direzione; tale presunzione di colpevolezza sarà, però, superata se l'ente dimostrerà di avere adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello di organizzazione gestione e controllo.

L'efficacia esimente del modello, quindi, si manifesta in due modalità che presentano diversi punti di differenza.

La prima differenza riguarda la prova, necessaria soltanto nel caso di reato commesso da soggetto apicale, dell'affidamento dei compiti di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di aggiornamento dello stesso ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo e alla circostanza che tale organo non abbia omissso o realizzato in maniera insufficiente i propri compiti oltre che dell'elusione fraudolenta del modello.

Altra differenza fondamentale risiede nel fatto che nel caso di reato commesso da un soggetto sottoposto, l'adozione e l'attuazione di un idoneo modello è sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente, ma tale esenzione potrà essere accordata anche in difetto di attuazione di un modello organizzativo, se si accerta che non sono stati violati da parte dell'ente i doveri di direzione e vigilanza.

Nel caso di reato commesso dai vertici, invece, l'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo sono condizione necessaria, sebbene non sufficiente, per l'esenzione dell'ente da responsabilità.

Altra macroscopica discrepanza nel regime di esenzione da responsabilità risiede nell'onere probatorio, in capo all'accusa nel caso di reato commesso da un sottoposto, invertito e quindi in capo all'ente nel caso di reato commesso da un soggetto apicale.

Occorre, infine, per dovere di completezza, ed al fine di effettuare un più lucido confronto con i sistemi giuridici stranieri che analizzeremo nelle pagine che seguono,

presentare un elenco dei reati cd. presupposto, ossia per i quali può essere attribuita una responsabilità penale-amministrativa all'ente e sulla cui attività preventiva si dovrà concentrare il modello di organizzazione, gestione e controllo.

Presupposto necessario perché si configuri la responsabilità dell'ente è che il reato commesso faccia parte delle categorie individuate espressamente dal decreto negli articoli compresi tra il 24 ed il 25 *decies* smi.; è quindi necessario che integri gli estremi: i) dei reati contro la Pubblica Amministrazione, quali corruzione, istigazione alla corruzione, concussione, malversazione ai danni dello Stato, truffa ai danni dello Stato o di un altro ente pubblico, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica ai danni dello Stato o di un altro ente pubblico; ii) dei reati di falso, quali falsità in monete, in carte di pubblico credito ed in valori di bollo; iii) dei reati societari in generale come disciplinati dal Codice Civile; iv) dei delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico; v) dei delitti contro la personalità individuale, quali riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi, prostituzione minorile, pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale; vi) abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni di mercato; vii) pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili; viii) omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commessi in violazioni delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro; ix) ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; x) reati transnazionali; xi) abbandono e deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo; xii) delitti in materia di violazione dei diritti d'autore; xiii) induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria.

Occorre, però, aggiungere che il legislatore, con il d.lgs. 121 del 7 aprile 2011, unitamente all'introduzione nel Codice Penale di due nuove figure di reati ambientali, ha previsto un'estensione del d.lgs. 231/2001 a diverse fattispecie proprio di reati ambientali.

Gli stessi, che sono stati inseriti nell'art. 25 *undecies* del d.lgs. 231, comprendono, a partire dalle due nuove fattispecie introdotte nel Codice Penale: i) il delitto di danneggiamento di habitat all'interno di un sito protetto; ii) il possesso o l'uccisione di specie animali o vegetali protette; iii) i reati previsti dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 in materia ambientale; iv) i reati previsti dalla legge 7 febbraio 1992, n.

150 relativa al commercio internazionale di specie animali in via d'estinzione; v) i reati previsti dall'articolo 3 comma 6 della legge 28 dicembre 1993, n. 549 in tema di recupero e riutilizzo di sostanze per la manutenzione di apparecchi ed impianti; vi) i reati previsti dal decreto 6 novembre 2007, n. 202 in merito all'inquinamento provocato dalle navi.

Occorre, inoltre, rilevare che con il d.lgs. del 16 luglio 2012 n. 109 è stato introdotta una ulteriore voce di reato tra i reati presupposto.

Tale disposizione, attuativa della direttiva 2009/52/CE relativa ai provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi privi del permesso di soggiorno, all'art. 2 prevede l'introduzione nel d.lgs. 231/2001 dell'art. 25 *duodecies* che prevede la responsabilità per l'ente nel cui interesse o a cui vantaggio sia commesso il reato di cui all'art. 22 co. 12 *bis* del Testo Unico consistente nell'assunzione di soggetti di Paesi terzi all'Unione Europea privi di permesso di soggiorno¹¹⁴.

Il legislatore, poi, nel 2012 e nel 2013 ha ulteriormente esteso il campo di applicazione del d.lgs. 231/2001 allargando l'elenco dei reati presupposto.

Con la Legge 6 novembre 2012 n. 190 sono state introdotte due nuove fattispecie di reato nel nostro ordinamento ed inserite rispettivamente all'art. 25 *ter* lett. *s bis* (corruzione tra privati) e all'art. 25 (induzione indebita a dare o promettere utilità).

Nel primo caso è stata recepita la modifica effettuata all'art. 2635 c.c. secondo la quale l'ente potrà essere considerato responsabile se un soggetto in posizione apicale un sottoposto abbia dato o promesso denaro od altra utilità ad amministratori, sindaci, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili, liquidatori o dipendenti di un altro ente affinché questi realizzassero od omettessero atti inerenti al loro ufficio cagionando un danno alla propria società.

Il secondo si riferisce al reato punito dall'art. 319 *quater* c.p. che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando delle sue qualità o dei suoi poteri, induce qualcuno a dare o promettere a lui o ad un terzo denaro o altra utilità.

Ancora più recentemente, infine, è stato promulgato il D.L. 93/2013 rubricato "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle provincie", anche

¹¹⁴ Per un approfondimento sulle disposizioni introdotte nel nostro ordinamento in attuazione della direttiva 2009/52/CE si veda in particolare S. Doverè, *Nel segno dell'incertezza l'estensione della responsabilità degli enti all'assunzione di immigrati irregolari*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2012.

conosciuto come decreto sul femminicidio, che ha apportato alcune modifiche a diverse disposizioni normative.

Con tale provvedimento, infatti, tra le fattispecie di reato previste dall'art. 24 *bis* d.lgs. 231/2001, sono state aggiunte la frode informatica (art. 640 *ter* c.p.) aggravata dal fatto di essere commessa nei confronti dello Stato, di altro ente pubblico o al fine di far esonerare qualcuno dal servizio militare, l'indebito utilizzo, falsificazione o alterazione di carte di credito o di pagamento o di qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, nonché il possesso, la cessione o l'acquisto di tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati nonché di ordini di pagamento prodotti con essi (art. 55 co 9 d.lgs. 231/2007) ed il trattamento illecito di dati, falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante della privacy, inosservanza delle procedure minime di sicurezza e di protezione dei dati personali (artt. 167-172 d.lgs. 196/2003).

Possiamo, dunque, trarre le prime conclusioni in merito ai presupposti necessari per ascrivere all'ente la responsabilità penale-amministrativa di cui sopra:

- l'ente in questione deve far parte delle categorie individuate dall'art. 1;
- deve essere stato consumato un reato – limitatamente ai delitti è sufficiente la forma tentata – compreso tra quelli espressamente previsti dal decreto negli artt. che vanno dal 24 al 25 *duodecies*;
- il reato in questione deve essere stato commesso da un soggetto che rivesta una posizione apicale o subordinata all'interno dell'ente;
- la mancata adozione da parte dell'ente di un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati del tipo di quello consumatosi;
- nel caso di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, in alternativa al punto precedente, la mancata attribuzione, da parte dell'ente, di autonomi poteri di controllo e vigilanza ad un apposito organismo interno o l'insufficiente vigilanza da parte di quest'ultimo;
- in ulteriore alternativa, l'elusione non fraudolenta da parte del soggetto apicale del modello di prevenzione adottato dall'ente.

CAPITOLO II

I MODELLI ORGANIZZATIVI NELL'IMPIANTO DEL D.LGS. N. 81/2008

Sommario: **1.** I modelli di organizzazione e gestione integrati *ex art.* 30 d.lgs. n. 81/2008. – **2.** I reati colposi e la responsabilità degli enti: l'art. 25 *septies* d.lgs. n. 231/2001. - **3.** La formazione in materia di salute e sicurezza alla luce degli accordi e delle linee guida.

1. I modelli di organizzazione e gestione integrati *ex art.* 30 d.lgs. n. 81/2008

La nuova normativa in materia di salute e sicurezza ha introdotto nella struttura del d.lgs. 231/01 due peculiarità quali il reato presupposto di natura colposa e l'enunciazione di requisiti più dettagliati e stringenti per il modello organizzativo esimente.

Tali disposizioni presuppongono l'esecuzione da parte del legislatore di un'analisi *ad hoc* del rischio che ha portato a definire un “meta-modello” aventi le caratteristiche previste dall'art. 30 commi da 1 a 4.

Alla generica disposizione dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, che prevede tra i requisiti del modello quelli di:

- 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 relazioni ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di 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;

l'art. 30 d.lgs. 81/2008, prescrive una serie di specifici requisiti cui deve attenersi il relativo modello organizzativo.

Quest'ultimo, in particolare, deve assicurare la presenza, all'interno dell'organizzazione aziendale, di funzioni e procedure che assicurino la puntuale osservanza di tutti gli obblighi previsti dalla legge relativi:

- a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
- g) all'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

Il modello, inoltre, per esercitare appieno la sua funzione esimente, deve garantire che l'organizzazione aziendale in ottica preventiva sia effettivamente adottata e rispettata, risulti efficace e sia aggiornata nel tempo in dipendenza dai mutamenti intervenuti all'interno dell'azienda.

Tali oneri impongono, di conseguenza, una serie di ulteriori adempimenti quali:

- a) l'attuazione di adeguate procedure di registrazione dell'avvenuta effettuazione di tutte le attività sopraelencate;
- b) un'articolazione di funzioni, proporzionale alle dimensioni e alla complessità dell'azienda, che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- c) la predisposizione di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate.

Il d.lgs. 81/08, sempre all'art. 30, inoltre, sancisce (per le parti che soddisfano i requisiti enunciati e in fase di prima attuazione) il valore esimente per modelli a norma OHSAS 18001:2007 e UNI-INAIL 2001.

Tali riferimenti stabiliscono come debbano essere realizzati dei sistemi per la gestione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (SGSSL), ma non sanciscono che la loro struttura sia conforme (come giustamente sottinteso dal testo dell'art.30 comma 5) completamente ai dettami dell'art. 30 né tantomeno agli altri vincoli imposti dal d.lgs. 231/01.

L'obiettivo del sistema di *compliance*, come fin qui descritto, consiste in termini generali nella prevenzione del rischio di commissione di reati da parte dell'ente.

In funzione di ciò è necessaria l'elaborazione di categorie generali di prevenzione per le varie tipologie di rischio nelle aree in cui opera l'ente.

E' in tale contesto che si attaglia perfettamente l'idea di un modello di organizzazione e gestione integrato costituito da una serie di componenti comuni a tutte le aree di rischio e da una parte variabile costituita dalle attività preventive di ogni singola area di rischio.

Per quanto riguarda i rischi di commissione dei reati di cui all'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001, il sistema di *compliance* che si occupa della prevenzione degli stessi è quello basato sull'istituto del modello di organizzazione e gestione per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro previsto dall'art. 30 d.lgs. 81/2008.

Tale disposizione integra perfettamente gli estremi di quel rapporto inclusivo che deve sussistere tra la disciplina generale dei modelli organizzativi e le disposizioni cautelari di settore e che crea il fondamento per la specificazione della colpa di organizzazione dell'ente in colpa specifica¹¹⁵.

Il succitato art. 30 prevede l'onere per l'ente di adottare un idoneo modello di organizzazione, istituto che per la sua adozione ed efficace attuazione prevede il rispetto di determinati obblighi giuridici in tal senso creando quell'interconnessione tra la violazione di obblighi personali di prevenzione e controllo e la più generica violazione di obblighi di organizzazione vigenti in capo all'ente.

In particolare, per entrare nello specifico dell'analisi del contenuto degli obblighi giuridici che contraddistinguono i modelli organizzativi per la salute e sicurezza sul lavoro, pare opportuno segnalare il rispetto di standard tecnico-strutturali previsti dalla legge relativamente a luoghi di lavoro, attrezzature, impianti e agenti chimici, fisici e biologici.

¹¹⁵V. P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008.

Tali obblighi si estendono, poi, all'attività di valutazione dei rischi nonché alla predisposizione delle misure di protezione e prevenzione che suddetta attività fa emergere come necessari.

L'art. 30, poi, elenca anche diversi altri obblighi, quali le attività di natura organizzativa e gestoria delle emergenze, dei soccorsi, degli appalti e dei rapporti con i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, gli adempimenti relativi alla sorveglianza sanitaria, le attività di formazione ed informazione dei lavoratori, la vigilanza sul rispetto delle procedure di sicurezza da parte dei lavoratori, l'acquisizione di documentazione e certificazioni obbligatorie, le verifiche periodiche sull'attuazione e sull'efficacia delle procedure adottate.

Affrontando la questione sotto un aspetto più pragmatico, si possono ipotizzare quattro differenti tipologie di modello.

La prima tipologia, più generica, è basata sui requisiti dell'art. 30 (in particolare dal comma 1) e consiste nel realizzare un modello organizzativo *ex d.lgs. 231/2001* con un insieme di protocolli atti a garantire tali requisiti.

In questo caso, il redattore del modello dovrà aver cura di prevedere un corretto presidio dei requisiti garantiti, mediante la predisposizione tracciabile di apposite procedure, nonché di istruzioni operative, organigrammi e funzioni specifiche.

La seconda tipologia (Modello OHSAS 18001:2007) presuppone che il redattore del modello si applichi nella realizzazione di un SGSSL conforme alla normativa OHSAS e poi lo completi con le parti mancanti rispetto ai requisiti dei commi da 1 a 4 dell'art. 30 d.lgs. 81/2008.

Il redattore del modello dovrà, quindi, prestare particolare attenzione sia nel tracciare correttamente questi ultimi requisiti, sia nel tracciare quelli OHSAS, soprattutto nel caso di volontà di certificazione.

Omettere la tracciabilità dei requisiti dei primi quattro commi dell'art. 30, in questo caso, esporrebbe il modello conforme alla normativa OHSAS ad una censura di conformità ai requisiti previsti dal d.lgs. 231/01.

Per quanto riguarda la terza ipotesi di modello, quello basato sulle Linee Guida UNI-INAIL, valgono le stesse considerazioni appena fatte per il modello precedente, con la differenza che i requisiti UNI-INAIL non sono, ad oggi, certificabili.

Risulta, infine, possibile realizzare un quarto modello di organizzazione, gestione e controllo che sia conforme sia alla normativa OHSAS sia alle linee guida UNI-INAIL

oltre che, ovviamente, ai dettami del d.lgs. 231/01 stesso. In questo caso la realizzazione dovrà prevedere tre ordini di tracciabilità: verso l'art. 30 del d.lgs. 81/08, verso la normativa OHSAS e verso le linee guida UNI-INAIL.

In riferimento alle normative tecniche, quali le linee guida UNI-NAIL e le British Standard OHSAS 18001:2007, e agli standard citati nell'art. 30 d.lgs. 81/2008 si può notare che mancano di aspetti fondamentali previsti dal d.lgs. 231/2001 quali: l'Organismo di Vigilanza, il sistema disciplinare e sanzionatorio, l'obbligo di gestione dei flussi finanziari.

Questi documenti necessitano dunque di un'adeguata integrazione nei meccanismi funzionali previsti dal d.lgs.231/2001.

2. I reati colposi e la responsabilità degli enti: l'art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001

Con l'introduzione, con la legge n. 123 del 3 agosto 2007, tra i reati c.d. presupposto previsti dal d.lgs. 231/2001, dei reati puniti dal codice penale agli art. 589 e 590 co. 3, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, si è creato lo spinoso problema della compatibilità della struttura della responsabilità dell'ente con quella del reato colposo.

Questo aspetto di criticità ermeneutica ha portato alla posticipazione dell'introduzione di tali reati nel novero di quelli puniti dal d.lgs. 231 nonostante gli stessi fossero espressamente previsti dalla legge delega (L. n. 300 del 29 settembre 2000) e nonostante le esperienze di altri Paesi, in particolare Stati Uniti e Gran Bretagna, insegnassero come gli aspetti di responsabilità dell'ente ben si potevano adattare alla struttura della colpa.

Per chiarire le difficoltà di ricezione del concetto in questione nel nostro ordinamento, occorre ripercorrere la struttura dell'illecito dell'ente che, occorre sottolinearlo, non è sostitutiva, ma ulteriore rispetto a quella delle persone fisiche responsabili.

Inoltre, la fattispecie di cui trattasi è composta da due elementi oggettivi – l'integrazione di un reato nel complesso dei suoi aspetti soggettivi ed oggettivi da parte di un soggetto in posizione qualificata nei confronti dell'ente e la circostanza che lo stesso sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo – e da un

elemento soggettivo – la colpa di organizzazione nelle sue varie configurazioni, a seconda della commissione del reato da parte di un soggetto apicale o di un sottoposto – che non rendono del tutto agevole la riconduzione del concetto di colpa al reato ascrivibile all'ente.

L'art. 5 del d.lgs. 231, in particolare, prevede la presenza dell'elemento oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente nella commissione del reato come condizione inderogabile per l'ascrizione del reato stesso in capo al soggetto collettivo.

Dato per appurato che l'interesse o il vantaggio non debbano necessariamente avere un contenuto economico, il dibattito si è concentrato sulla definizione di questi due concetti.

Un primo criterio distintivo tra i due concetti consiste nella considerazione che l'interesse deve essere valutato *ex ante*, come proiezione di utilità della condotta conseguente all'illecito, indipendentemente, poi, dalla realizzazione o meno dello stesso.

Il vantaggio, invece, prescinde da una valutazione a priori e consiste nell'effettivo tornaconto dell'ente in conseguenza della commissione dell'illecito¹¹⁶.

Proprio tali definizioni ci consentono di comprendere quanto non sia scontato far coincidere tali concetti con la struttura colposa del reato, che caratterizza quelli introdotti all'art. 25-*septies* relativi ad omicidio e lesioni colpose gravi e gravissime per la violazione di norme relative alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Come visto, entrambi i concetti sembrano più facilmente attribuibili alla commissione di reati dolosi e quindi caratterizzati dalla presenza di volontarietà tra gli elementi costitutivi degli stessi.

E' complesso, infatti immaginare l'interesse o il vantaggio di un ente nella commissione di un reato caratterizzato dalla mancanza di volontà nella sua commissione, quali sono quelli previsti dall'art. 25-*septies*.

Sul tema la dottrina si è espressa con orientamenti differenti.

Una prima corrente dottrinale¹¹⁷sottolinea come, sebbene sia ravvisabile – nel contesto della commissione di un reato colposo di omicidio o di lesioni gravi o gravissime per la violazione di norme in materia antinfortunistica – un interesse ed un

¹¹⁶Cfr. per tutti F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli per gli infortuni sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008, 82 ss.

¹¹⁷Cfr. F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli per gli infortuni sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008 e G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale ed economia*, 2004, 673

vantaggio da parte dell'ente nel porre in atto una politica aziendale non rispettosa di determinate norme cautelari, pare arduo, se non impossibile, ipotizzarli nella vera e propria consumazione del reato in questione.

In tale ottica, il criterio che consentirebbe di ascrivere la responsabilità per i reati in questione all'ente consiste nell'individuare l'interesse o il vantaggio non tanto nella realizzazione degli eventi dannosi per le vittime dei reati, quanto nel mantenimento da parte della persona fisica di quella specifica condotta antidoverosa che li ha provocati.

Tale posizione suscita inevitabilmente qualche dubbio, in quanto la sussistenza dell'elemento soggettivo consistente nella prefigurazione dell'interesse o del vantaggio nel mantenere una certa condotta non è anche parte costitutiva del reato in sé, ossia della lesione del bene "vita" o "integrità fisica" della vittima.

Inoltre, verrebbe in questo modo trascurato il disposto proprio dell'art. 5 che si riferisce a reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente e non nello svolgimento della sua attività, creando così una divaricazione tra l'interpretazione del concetto di interesse nell'ambito di un reato doloso o di un reato colposo, nel cui caso verrebbe a mancare il nesso tra l'interesse e l'evento dannoso.

A tale situazione, si può porre rimedio tramite uno sforzo interpretativo che individua due tipi di collegamenti tra l'interesse e l'evento dannoso, uno di tipo immediato, diretto all'evento costituente reato e l'altro mediato, rivolto cioè ad una condotta lecita volta però a raggiungere uno scopo illecito.

Secondo un differente orientamento¹¹⁸, ipotizzare una differenziazione dei concetti di interesse (mediato ed immediato) porterebbe inevitabilmente ad uno snaturamento ontologico dello stesso.

L'interesse mediato, infatti, risulta, secondo il ragionamento in questione, totalmente slegato da uno degli elementi fondanti la natura del reato stesso, ossia l'evento.

Un'ulteriore ipotesi di adattamento¹¹⁹ – considerata altrettanto incompleta – consiste nel teorizzare una responsabilità dell'ente soltanto nei casi di colpa c.d. cosciente e non in quelli di colpa c.d. incosciente.

¹¹⁸A riguardo si veda S. Dovere, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008.

¹¹⁹Cfr. a riguardo C. Santoriello, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2008

In particolare, secondo questa corrente dottrinale, nel caso in cui l'agente violi norme cautelari senza essere al corrente di farlo – colpa incosciente – pare impossibile affermare che tale atteggiamento sia posto in essere nell'interesse dell'ente per il cui conto il soggetto agisce.

Altrettanto non si può dire, invece, se si considera il concetto di vantaggio; pare infatti assolutamente plausibile, secondo il presente filone dottrinale, che, anche in un'ipotesi di colpa incosciente del soggetto agente, in seguito alla sua condotta l'ente abbia tratto un vantaggio economico dalla stessa.

In tal caso, di conseguenza, sarà ravvisabile un profilo di responsabilità *ex d.lgs. 231* in capo all'ente.

Tale assunto, per di più supportato da una frangia della giurisprudenza¹²⁰, trae le sue origini dal riconoscimento di una netta differenza tra il concetto di “interesse”, che inevitabilmente coinvolge la sfera personale e psicologica dell'agente, e quello di “vantaggio”, invece oggettivizzabile a livello economico anche se non prefigurato *ex ante*.

Il discorso si fa diverso nei casi di colpa cosciente, ossia quando la violazione delle norme antinfortunistiche avviene in modo intenzionale da parte dell'agente, nonostante lo stesso non agisca nell'intenzione di realizzare l'evento dannoso che le norme cautelari violate vogliono prevenire.

In tal caso, appurata la sussistenza della colpa cosciente in capo all'agente, la responsabilità dell'ente scatterà in modo pressoché automatico in quanto il mancato rispetto di determinate disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro è praticamente sempre dovuto alla volontà di farne risparmiare i costi all'ente.

Sono fatti salvi da questo discorso, ovviamente, i casi in cui l'ente dimostrerà di avere adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo *ex art. 30 d.lgs. 81/2008* e quelli in cui verrà dimostrata la fraudolenta elusione da parte dell'agente di tale modello al fine di trarre un vantaggio per sé o per un terzo.

Ma neppure tale teoria tiene in considerazione un punto di contatto che pare impossibile trascurare, ossia quello tra l'ascrivibilità di un regime di responsabilità all'ente e l'evento dannoso dal quale tale responsabilità trae origine.

¹²⁰ Si veda Cass., sez. II, 20 dicembre 2005.

Quest'ordine di interpretazioni, inoltre, espone l'ente al concreto rischio che si immedesima la sua responsabilità penale-amministrativa con il mero mancato rispetto delle norme prevenzionistiche.

Oltre a trovarsi paradossale l'ipotesi di un qualsiasi interesse o vantaggio da parte di un qualsivoglia ente nel provocare la morte o le lesioni di un suo dipendente, riconoscerne una conseguente responsabilità rischierebbe addirittura di violare il principio di legalità, costituzionalmente garantito¹²¹.

Secondo l'orientamento criticato, come detto, il concetto di interesse deve essere visto in senso oggettivo, ossia valutato in modo mediato, in relazione all'attività nel corso del quale lo stesso è stato commesso; secondo tale assunto, l'interesse dell'ente risiederebbe non tanto nell'evento lesivo (morte o lesioni), bensì nella condotta antidoverosa che lo ha provocato.

In questo modo si potrebbe verificare senza troppe difficoltà la circostanza nella quale l'ente viene punito per la violazione dell'art. 25-*septies* pur semplicemente avendo violato le norme di condotta che costituiscono soltanto una parte prodromica dell'eventuale evento dannoso.

Un ulteriore corrente dottrinale¹²², invece, risolve la diatriba dell'attribuzione di responsabilità agli enti per reati colpose tramite la rivisitazione della struttura proprio di tale responsabilità.

In quest'ottica, che si voglia vedere i concetti di interesse e vantaggio come un'endiadi o con due significati differenti, ciò che rileva è l'interpretazione in senso oggettivo dell'interesse.

Il vantaggio si concretizza, allora, non tanto nell'accrescimento del patrimonio dell'ente, ma piuttosto nel risparmio di costi che deriva dal mancato rispetto di determinate disposizioni normative cautelari.

Un'ultima corrente dottrinale¹²³, infine, trova la chiave della questione addirittura nel testo della legge delega n. 300 del 29 settembre 2000 che all'art. 1 co. 1 lett c) già aveva previsto tra i reati di cui ritenere responsabile l'ente quelli previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. commessi con l'aggravante della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela della salute e dell'igiene sul lavoro.

¹²¹Cfr. art. 25 Cost.

¹²²Cfr per tutti P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2008.

¹²³T. E. Epidendio, G. Piffer, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2008.

In particolare, tale disposizione alla lett. e) prevede che tali violazioni siano ascrivibili all'ente se i soggetti qualificati le hanno poste in essere in violazione di precisi obblighi relativi alle proprie funzioni.

I concetti di interesse e di vantaggio, secondo la presente teoria, devono quindi considerarsi totalmente compatibili con la struttura colposa del reato presupposto della responsabilità penale-amministrativa dell'ente anche alla luce dei criteri ermeneutici dell'interpretazione costituzionalmente orientata e dell'interpretazione utile.

In tal senso l'ente andrà esente da responsabilità soltanto nel caso in cui l'agente abbia agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi oppure nel caso in cui riesca a dimostrare l'adozione e l'efficace implementazione di un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo.

3. La formazione in materia di salute e sicurezza alla luce degli accordi e delle linee guida interpretative.

Nell'ambito del modello delineato dall'art. 30 d.lgs. 81/2008 è data massima importanza all'attività di informazione e formazione dei lavoratori e più in generale di tutti quei soggetti coinvolti nella prevenzione dei reati.

Tra i requisiti cui deve attenersi il modello organizzativo viene previsto l'adozione di procedure che assicurino l'adempimento degli obblighi giuridici, tra i quali viene specificatamente enunciato quello dell' *attività di informazione e formazione dei lavoratori* (art.30 comma I, lettera e) d.lgs. 81/2008).

Formazione ed informazione sui luoghi di lavoro sono, infatti, le attività attraverso cui viene data concreta attuazione al principio di attiva partecipazione dei lavoratori al sistema della sicurezza ed in particolare all'importanza dell'attività di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, anche al fine dell'ottimizzazione del processo produttivo¹²⁴.

Per "formazione", ai sensi del d.lgs.81/2008, si intende il processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per

¹²⁴ Si veda sul punto INAIL, *Il ruolo strategico dell'informazione e della formazione all'interno della nuova filosofia comunitaria*, in Fogli d'Informazione ISPESL, Roma, 1997, n. 1/96.

lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi; per “informazione”, invece, quel complesso delle attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi in ambiente di lavoro.

L’informazione e la formazione sono attestate tra le misure generali di tutela il cui obbligo incombe sul datore di lavoro e sui dirigenti¹²⁵. Più specificatamente si fa riferimento agli artt. 36 e 37 del d.lgs. 81/2008 che regolano rispettivamente l’informazione dei lavoratori e la formazione dei lavoratori e dei preposti.

Per un quadro completo e aggiornato della normativa in materia di formazione per la salute e sicurezza sul lavoro bisogna far riferimento agli Accordi sottoscritti in sede di Conferenza Stato-Regioni il 21 dicembre 2011, in vigore dal 26 gennaio 2012 ed alle successive linee applicative emanate il 25 luglio 2012.

Si tratta nello specifico dell’Accordo per la formazione dei lavoratori e dell’Accordo per lo svolgimento diretto da parte del datore di lavoro dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi, previsti rispettivamente dall’art. 37, comma 2, e dall’art. 34, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 81/2008. L’Accordo, dando attuazione all’art. 37, comma 2, d.lgs. n. 81/2008 e s. m. i., disciplina “*la durata, i contenuti minimi e le modalità della formazione, nonché – elemento non menzionato nel decreto – dell’aggiornamento*” dei lavoratori e delle lavoratrici, quali definiti dall’art. 2, comma 1, lett. a). Si è peraltro colta l’occasione per regolare anche la formazione di preposti e dirigenti, rispetto ai quali vi è sì uno specifico obbligo formativo e di aggiornamento a carico del datore di lavoro (ai sensi dell’art. 37, comma 7, d.lgs. n. 81/2008 e s. m. i.), ma non un espresso rinvio all’Accordo in esame¹²⁶.

Inoltre l’Accordo che integra i due precedenti, cosiddetto “Decreto attrezzature”, concernente l’individuazione delle attrezzature di lavoro per le quali sono richieste specifiche abilitazioni degli operatori, e le modalità di riconoscimento di tale abilitazione, i soggetti formatori, la durata, gli indirizzi e i requisiti minimi di validità della formazione, in attuazione dell’art. 3, comma 5, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche ed integrazioni¹²⁷.

¹²⁵ Si veda d.lgs. 81/2008, art. 15 “*Misure generali di tutela*”, comma 1 lettera n), o), p) e art. 18 “*Obblighi del datore di lavoro e del dirigente*”, comma 1 lettera l).

¹²⁶ M. Lai, “*L’Accordo Stato-Regioni per la formazione alla sicurezza dei lavoratori*”, in <http://olympus.uniurb.it>, 23 febbraio 2012

¹²⁷ Pubblicato su Gazzetta Ufficiale n. 60, 12 marzo 2012, Supplemento Ordinario n. 47

Ed infine in materia di formazione e informazione sul tema della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro sono state emanate le linee interpretative degli accordi ex articolo 34, comma 2, e 37, commi 2 e 7, del d.lgs. n. 81/2008, e smi. del 25 luglio 2012¹²⁸ che forniscono a tutti gli operatori e agli organi di vigilanza indicazioni essenziali per l'organizzazione, la realizzazione e la verifica di attività formative pienamente coerenti con la vigente normativa.

Partendo dall'analisi degli Accordi raggiunti il 21 dicembre 2011 in seno alla Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano e pubblicati in Gazzetta l'8 gennaio 2012, emergono importanti novità.

La formazione sulla sicurezza viene profondamente rimodulata nei contenuti e nella durata minima per tenere in considerazione la tipologia dell'attività svolta. Nello specifico vengono individuati dall'accordo, sulla base dei codici attività-ATECO 2007, tre livelli di rischio (basso, medio, alto) nei quali ogni attività lavorativa viene inquadrata. Sono classificati a basso rischio i settori: *lavanderia, acconciatore, estetista, autoriparatore, autocarrozzeria, panificio, pasticceria, impresa pulizie, commercio, etc.* Sono classificati a medio rischio i settori: *autotrasporto, magazzinaggio, etc.* Sono classificati ad alto rischio i settori: *edilizia, lavorazione legno, installazione/manutenzione impianti, pelletteria, abbigliamento, tipografia, metalmeccanica, lavorazione marmo, etc.*

Per quanto riguarda la formazione per i datori di lavoro che intenderanno assumere in proprio i compiti di RSPP la durata minima dei corsi obbligatori, prima fissata a 16 ore per tutti, resterà tale solo per le aziende a basso rischio, mentre aumenterà fino a 32 e 48 ore rispettivamente per imprese a medio ed alto rischio.

Nel caso di nuove attività, o nel caso di datori di lavoro che per la prima volta instaurano un rapporto di lavoro con uno o più lavoratori, l'assolvimento degli obblighi formativi deve essere assolto entro 90 giorni.

L'accordo prevede il riconoscimento di crediti formativi e fa salvi i corsi già svolti in passato (purchè conformi al D.M. 16/01/1997), ma prevede per tutti aggiornamenti obbligatori "quinquennali".

Per coloro che in passato hanno assunto il ruolo di RSPP nella propria azienda, senza partecipare ai corsi previsti, usufruendo dell'esonero di cui all'art.95 del d.lgs.

¹²⁸ Si tratta del documento approvato in sede di Conferenza Stato- regioni il 25 luglio 2012 "Adeguamento e linee interpretative degli Accordi ex art. 34, comma 2, e 37, comma 2 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e successive modificazioni e integrazioni", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 192 del 18 agosto 2012.

626/94, le nuove disposizioni prevedono che per mantenere i requisiti dovranno obbligatoriamente frequentare l'aggiornamento entro 2 anni dalla pubblicazione del presente accordo.

Anche per la formazione dei lavoratori vengono introdotte rilevanti novità. Fino a prima dell'entrata in vigore degli Accordi, fermo restando specifici accordi in seno ai CCNL, non vigevano obblighi specifici circa la durata minima dei corsi in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e la normativa di riferimento (D.M. 16/01/1997) prevedeva che la durata tenesse conto delle risultanze della valutazione di rischi.

Le nuove disposizioni, in analogia a quanto previsto per i datori di lavoro, stabiliscono una durata minima in relazione alla tipologia di attività svolta. Sono previsti rispettivamente 8, 12 e 16 ore per attività a rischio basso, medio, alto.

In linea con quanto peraltro già previsto dall'art.37 del d.lgs.81/2008, l'accordo ribadisce l'obbligatorietà della formazione prima di adibire i lavoratori alla mansione. I lavoratori dovranno essere avviati ai rispettivi corsi di formazione anteriormente, o se ciò non risulta possibile, contestualmente all'assunzione, come già avviene per la sorveglianza sanitaria.

Anche in questo caso è previsto il riconoscimento di crediti formativi, ovvero dei corsi di formazione già svolti alla data di pubblicazione dell'accordo, purché rispettosi delle previgenti disposizioni normative e dei CCNL, ma è previsto per tutti un aggiornamento obbligatorio "quinquennale".

Un altro punto che merita un approfondimento è l'apertura agli organismi paritetici quali sedi legittimate all'erogazione degli interventi formativi. Oltre alla tradizionale funzione di supporto alle imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire la migliore tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro si segnala il più ampio ruolo a loro assegnato in materia di formazione. Il nuovo comma 3-bis dell'articolo 51 prevede, infatti, che gli organismi paritetici «svolgono o promuovono attività di formazione, anche attraverso l'impiego dei fondi interprofessionali di cui all'articolo 118 della legge 388 del 2000 e attraverso i fondi di cui all'art. 12 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Gli Accordi rafforzano tale nuovo compito degli organismi paritetici ed in coerenza con le previsioni di cui all'articolo 37, comma 12, del d.lgs. n. 81/08, stabiliscono che i corsi di formazione per i lavoratori vanno realizzati previa richiesta di collaborazione agli enti bilaterali, quali definiti all'articolo 2, comma 1, lettera h), del d.lgs. 10

settembre 2003, n. 276, e successive modifiche e integrazioni e agli organismi paritetici, così come definiti all'articolo 2, comma 1, lettera ee), del d.lgs. 81/08, ove esistenti sia nel territorio che nel settore nel quale opera l'azienda.

In mancanza, il datore di lavoro procede alla pianificazione e realizzazione delle attività di formazione. Ove la richiesta riceva riscontro da parte dell'ente bilaterale o dell'organismo paritetico, delle relative indicazioni occorre tener conto nella pianificazione e realizzazione delle attività di formazione, anche ove tale realizzazione non sia affidata agli enti bilaterali o agli organismi paritetici. Ove la richiesta di cui al precedente periodo non riceva riscontro dall'ente bilaterale o dall'organismo paritetico entro 15 giorni dal suo invio, il datore di lavoro procede autonomamente alla pianificazione e realizzazione delle attività di formazione.

A sette mesi dalle precedenti deliberazioni la Conferenza Permanente per i rapporti tra Stato e Regioni ha approvato un nuovo accordo sui corsi di formazione dei lavoratori in materia di Salute e Sicurezza sul lavoro e per lo svolgimento diretto, da parte del datore di lavoro, dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi. Si tratta di chiarimenti su l'efficacia degli accordi, la collaborazione degli organismi paritetici alla formazione, la formazione in modalità *e-learning*, la disciplina transitoria e riconoscimento della formazione pregressa e l'aggiornamento della formazione.

In merito all'efficacia degli accordi del 21 dicembre 2011 il nuovo testo chiarisce che essi *"integrano"* le rispettive disposizioni di legge individuando le caratteristiche essenziali e le modalità di svolgimento delle attività formative i cui principi sono contenuti agli articoli 34 e 37 del d.lgs. 81/2008. Tuttavia si precisa che le previsioni di cui all'accordo *ex* articolo 37 non hanno nei confronti dei destinatari efficacia obbligatoria, salvi gli *"obblighi previsti da norme speciali"*.

Quanto al contenuto della formazione oggetto degli Accordi si ribadisce che la formazione in parola *"è distinta da quella prevista dai Titoli successivi al I del D.Lgs. n. 81/08 o da altre norme, relative a mansioni o attrezzature particolari"*, e che *"il corso oggetto del presente accordo [ex articolo 34 del d.lgs. n. 81/2008] non comprende la formazione necessaria per svolgere i compiti relativi all'attuazione delle misure di prevenzione incendi e lotta antincendio, e di primo soccorso e, comunque, di gestione dell'emergenza"*.

Riguardo alla collaborazione degli organismi paritetici alla formazione il testo chiarisce prima di tutto che deve trattarsi di organismi costituiti nell'ambito di

“associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Ma nel caso in cui il datore di lavoro intenda far svolgere la formazione da un ente formativo, potrà dare specifico mandato a questo di inviare, per suo conto, la richiesta di collaborazione all'organismo paritetico. Si precisa che la norma non impone al datore di lavoro di effettuare la formazione necessariamente con gli organismi paritetici quanto, piuttosto, di mettere i medesimi a conoscenza della volontà di svolgere una attività formativa; ciò in modo che essi possano, se del caso, svolgere efficacemente la funzione che il d.lgs. 81/2208 attribuisce loro, attraverso proprie proposte al riguardo. Resta inteso che tale richiesta di collaborazione opera unicamente riguardo agli organismi paritetici che abbiano i requisiti di legge e che, quindi, siano costituiti nell'ambito di organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Inoltre ai fini del possesso dei citati criteri di legge da parte dell'organismo paritetico si individua quale criterio presuntivo quello della c.d. *“rappresentatività comparata”* e precisamente quello di essere costituito nell'ambito di associazioni datoriali o sindacali cui aderiscano organizzazioni datoriali o sindacali – nazionali, territoriali o di settore – firmatarie di un contratto collettivo nazionale di lavoro. Al riguardo, va esclusa la rilevanza della firma per mera adesione, essendo necessario che la firma sia il risultato finale di una partecipazione ufficiale alla contrattazione.

Un altro punto da chiarire che ha destato non pochi problemi applicativi riguarda le modalità di richiesta di collaborazione agli organismi paritetici. La nota alla *“Premessa”* dell'accordo *ex* articolo 37, puntualizza che: *“Ove la richiesta riceva riscontro da parte dell'ente bilaterale o dell'organismo paritetico, delle relative indicazioni occorre tener conto nella pianificazione e realizzazione delle attività di formazione, anche ove tale realizzazione non sia affidata agli enti bilaterali o agli organismi paritetici. Ove la richiesta di cui al precedente periodo non riceva riscontro dall'ente bilaterale o dall'organismo paritetico entro quindici giorni dal suo invio, il datore di lavoro procede autonomamente alla pianificazione e realizzazione delle attività di formazione”*».

In tal senso l'Accordo applicativo precisa che la richiesta in parola può essere avanzata in qualunque modo idoneo allo scopo (ad esempio, anche con semplice comunicazione per posta elettronica, purché contenga indicazioni sufficienti a poter permettere all'organismo paritetico di comprendere il tipo di intervento formativo di

riferimento e, quindi, mettendolo nelle condizioni di potere supportare il datore di lavoro al riguardo).

Della risposta dell'organismo paritetico il datore di lavoro tiene conto, senza che, tuttavia, ciò significhi che la formazione debba essere svolta necessariamente con l'organismo paritetico, qualora la risposta di quest'ultimo comprenda una proposta di svolgimento presso l'organismo della attività di formazione né che le indicazioni degli organismi paritetici debbano essere obbligatoriamente seguite nella realizzazione dell'attività formativa.

Dall'analisi degli accordi ci si rende subito conto che il provvedimento *ex* articolo 37, oltre a disciplinare, secondo il mandato ricevuto, la formazione nei confronti dei lavoratori, regola anche la formazione dei preposti e dei dirigenti di cui al comma 7 del citato articolo 37, per la quale però la Conferenza Stato Regioni non aveva ricevuto alcun mandato.

Per tale motivo, in premessa al provvedimento, viene precisato che l'applicazione dei contenuti dell'accordo nei confronti dei dirigenti e dei preposti è da considerarsi facoltativa, ma costituisce corretta applicazione degli obblighi contenuti nel citato art. 37, comma 7. In caso di scelta di un percorso formativo diverso, sarà il datore di lavoro a dover dimostrare di aver comunque fornito ai dirigenti e ai preposti una formazione "adeguata e specifica".

Pertanto l'accordo del 21 dicembre 2011 *ex* art. 37 per la formazione in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro non riguarda solo i lavoratori, ma anche due figure molto importanti nell'organizzazione e gestione della sicurezza in azienda: i dirigenti e i preposti ¹²⁹.

Il dirigente è in particolare la persona che, in ragione delle competenze professionali e dei poteri gerarchici e funzionali dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa ¹³⁰.

¹²⁹ Sulle figure dei dirigenti e dei preposti si vedano Cassazione 21 aprile 2006, Bruni, in ISL, 2006,6,378, Cassazione 30 dicembre 2005, Oberrauch e altro, W., 2006,5,304; Cassazione 7 dicembre 2005, P.C. in e, Pedemonte, M. 2006, 4,251.

¹³⁰ Così come definito dall'art.2 comma 1, lettera d) del d.lgs.81/08. La Suprema Corte ha sottolineato con particolare vigore che in tema di sicurezza antinfortunistica, il compito "del dirigente cui spetta la "sicurezza del lavoro", è *molteplice e articolato, e va dalla istruzione dei lavoratori sui rischi di determinati lavori e dalla necessità di adottare certe misure di sicurezza, alla predisposizione di queste misure e quindi, ove le stesse consistano in particolari cose o strumenti, al mettere queste cose, questi strumenti, a portata di mano del lavoratore e, soprattutto, al controllo continuo, pressante, per imporre che i lavoratori rispettino quelle norme, si adeguino alle misure in esse previste e sfuggano alla superficiale tentazione di trascurarle. Il responsabile della sicurezza, sia egli o meno l'imprenditore, deve avere la cultura e la forma mentis del garante del bene costituzionalmente rilevante costituito dalla integrità del lavoratore ed ha perciò il preciso dovere non di limitarsi ad assolvere normalmente il compito di informare i lavoratori sulle norme antinfortunistiche previste, ma deve attivarsi e controllare sino alla pedanteria, che tali norme siano assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro. Inoltre lo specifico onere di informazione e di assiduo controllo, se è necessario nei confronti dei dipendenti dell'impresa, si impone a maggior ragione nei confronti di coloro che prestino lavoro alle dipendenze di altri e vengano per la prima volta a contatto con un ambiente delle strutture a loro non familiari e che perciò possono riservare insidie non note" [Cassazione penale Sezione IV, 3 marzo 1995, n. 6486, in Grassi, Cassazione penale 1996,1957 (s.m.)]*

Ad esempio organizzando in modo adeguato e sicuro l'utilizzo delle strutture e i mezzi messi a disposizione dal datore di lavoro ¹³¹.

Una buona formazione dei dirigenti è dunque un elemento imprescindibile per ogni idonea politica aziendale di tutela della sicurezza e salute nel posto di lavoro: deve permettere ai dirigenti sia di conoscere e fronteggiare i rischi che si possono incontrare nel luogo di lavoro, sia di acquisire gli strumenti idonei per organizzare e sovrintendere alla gestione della sicurezza.

Tutto ciò viene intuito ancor prima dal legislatore quando con il decreto legislativo n. 106 del 2009 introduce il comma 7 dell'art 37 che rappresenta senza dubbio una delle novità di assoluto rilievo in materia di formazione e informazione introdotta con il correttivo. Esso stabilisce che i dirigenti ricevono a cura del datore di lavoro e in azienda *“un'adeguata e specifica formazione e un aggiornamento periodico”* in relazione *“ai propri compiti”* in materia di salute e sicurezza.

La formazione del dirigente risulta essere una vera e propria novità ed il legislatore dimostra di esserne consapevole nel momento in cui, dopo aver stabilito il principio del divieto del ribasso sugli oneri in materia di sicurezza nell'articolo 97, nel successivo comma 3-ter prevede che il datore di lavoro dell'impresa affidataria, *i dirigenti e i preposti* devono essere in possesso di *adeguata formazione*, richiamando nuovamente il criterio della adeguatezza della formazione, che desta non poche perplessità.

Nel complessivo assetto della formazione dei dirigenti e dei preposti la norma del d.lgs. 81/2008 prevede i contenuti specifici della formazione a favore dei dirigenti (e dei preposti) ma è l'accordo a stabilire quali contenuti saranno dichiaratamente intesi come *contenuti minimi*, aprendo in tal modo la previsione normativa alla progettualità individuale che significa anche contestualizzazione della formazione in base ai rischi specifici del settore come previsto per i lavoratori.

La formazione dei dirigenti si articola per tutti in quattro moduli (giuridico normativo; gestione ed organizzazione della sicurezza; individuazione e valutazione dei rischi; comunicazione, formazione e consultazione dei lavoratori) la cui durata minima

¹³¹ Sul ruolo dei dirigenti in materia antinfortunistica si veda *“La posizione antinfortunistica del dirigente”* di Rolando Rubini in www.puntosicuro.it del 26 ottobre 2012 dove nelle premesse si legge: *“I dirigenti devono, per quanto di competenza (e dunque anche a prescindere da incarichi formali antinfortunistici, e dal possedere poteri di spesa) e nell'ambito dell'organizzazione e del mansionario aziendale, avvalendosi delle conoscenze tecniche per le quali ricoprono l'incarico, vigilare sulla regolarità antinfortunistica e igienica delle lavorazioni, dare istruzioni affinché le lavorazioni possano svolgersi nel migliore dei modi, dunque in modo sano, sicuro e igienico, organizzare la produzione con un'ulteriore distribuzione di compiti fra i dipendenti in modo tale da impedire la violazione della normativa e garantire un numero adeguato di preposti in grado di vigilare sull'effettiva osservanza dei compiti prevenzionistici da parte di tutti coloro che sono presenti sul luogo di lavoro, a qualunque titolo.”*

viene prevista in 16 ore, da programmarsi e da completarsi nell'arco temporale di 12 mesi.

Anche in questo caso viene prevista una prova obbligatoria di verifica delle competenze acquisite e tutto il percorso formativo può essere effettuato con modalità di apprendimento *e-learning*.

La regolamentazione della formazione in modalità *e-learning* è contenuta nell'allegato I agli Accordi dove si precisa che se la formazione sulla sicurezza svolta in aula ha rappresentato tradizionalmente il modello di formazione capace di garantire il più elevato grado di interattività, l'evoluzione delle nuove tecnologie, i cambiamenti dei ritmi di vita e della stessa concezione della formazione hanno reso possibile l'affermazione di una modalità peculiare e attuale di formazione a distanza, indicata col termine *e-learning*¹³².

Si tratta di una modalità formativa in grado di *“annullare di fatto la distanza fisica esistente tra i componenti della comunità di studio, in una prospettiva di piena condivisione di materiali e conoscenze, di conseguenza contribuendo alla nascita di una comunità di pratica online”*. In questo senso i tutor, i formatori, devono essere in grado di *“garantire la costante raccolta di osservazioni, esigenze e bisogni specifici degli utenti, attraverso un continuo raffronto con utenti, docenti e comitato scientifico”*. Utili sono i chiarimenti delle linee applicative che riguardo al tutor precisano che lo stesso non si configura in una sua costante presenza quanto, piuttosto, la sua disponibilità a intervenire, con modalità e tempi predefiniti che devono essere chiari e visibili nella piattaforma.

Entrando nel merito dei contenuti minimi previsti dall'accordo per la formazione specifica del dirigente, si nota come una parte della formazione sia specificamente dedicata all'argomento dei modelli di organizzazione e gestione (modulo due – gestione ed organizzazione della sicurezza) e più in generale al tema della responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 (modulo uno – giuridico normativo), a riprova dell'importanza che il legislatore assegna ai nuovi modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sui luoghi di lavoro (si veda sull'articolo 30 del decreto legislativo n. 81

⁽¹³²⁾ Con “e-Learning” “si intende un modello formativo interattivo e realizzato previa collaborazione interpersonale all'interno di gruppi didattici strutturati (aule virtuali tematiche, seminari tematici) o semistrutturati (forum e chat telematiche) nel quale operi una piattaforma informatica che consente ai discenti di interagire con i tutor e anche tra loro”. Un modello che non si deve limitare tuttavia “alla semplice fruizione di materiali didattici via internet, all'uso della mail tra docente e studente o di un forum online dedicato ad un determinato argomento”. Un modello che sfrutti la piattaforma informatica come “strumento di realizzazione di un percorso di apprendimento dinamico che consente al discente di partecipare alle attività didattico-formative in una comunità virtuale”.

del 2008 i precedenti capitoli) e dal momento che ne ricollega l'importante effetto esimente da responsabilità per le persone giuridiche.

Tale specifica formazione risulta del tutto coerente con l'intento di promuovere la diffusione dei modelli organizzativi e di gestione anche nell'ambito delle piccole e medie imprese, caratterizzate, come precedentemente sottolineato, da alti tassi di infortuni sul lavoro.

Il tema della formazione in materia di sicurezza sul lavoro rappresenta, perciò, un aspetto essenziale nella strategia di prevenzione e contrasto al fenomeno degli infortuni e delle malattie sul lavoro, che presuppone, *in primis*, una descrizione delle singole figure coinvolte nella tutela della salute e sicurezza.

Più in generale dallo stesso d.lgs. 231/2001 scaturisce l'obbligo per l'impresa di organizzare una formazione standard dai contenuti essenziali rivolta a tutti i dipendenti sul "modello 231" ed altresì una formazione specifica, più approfondita, per coloro che lavorano nelle aree più a rischio per la salute e sicurezza sul lavoro.

Anche la giurisprudenza¹³³ ha riconosciuto che una periodica ed adeguata formazione svolge un ruolo fondamentale: in particolare ha richiesto che il modello debba prevedere il contenuto dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione, controlli di frequenza e sulla qualità del contenuto dei programmi.

Si parla pertanto di obbligatorietà della formazione differenziata del personale, distinguendo tra la formazione indirizzata alla generalità dei dipendenti e quella maggiormente specializzata in riferimento a coloro che operano in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza ed ai preposti al controllo interno.

Da ultimo è stato sottolineato, la centralità rispetto all'efficace attuazione del modello organizzativo di una *effettiva e concreta* formazione ed informazione: "*infatti, il modello potrà esplicare concretamente la propria funzione preventiva solo nel caso in cui ogni suo destinatario sappia esattamente quale condotta tenere in presenza di una determinata situazione*"¹³⁴.

¹³³ La giurisprudenza si è occupata del tema della formazione; cfr. in merito G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007, e G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20.09.2004.

¹³⁴ Circolare n. 83607/2012 della Guardia di Finanza, dal titolo "*Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali*", che descrive le modalità di indagine seguite per l'accertamento della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/01.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI NEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

Sommario: **1.** L'espansione del novero dei soggetti destinatari della disciplina prevista nel d.lgs. 231/2001. – **2.** I requisiti di idoneità preventiva del modello di organizzazione, gestione e controllo. - **3.** I rapporti fra il Documento di Valutazione dei Rischi ed il modello cd. integrato.

1. L'espansione del novero dei soggetti destinatari della disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001

La genericità della terminologia utilizzata dal legislatore nell'individuazione dei soggetti che possono ritenersi responsabili *ex d.lgs. 231/2001* ha da sempre lasciato ampi spazi nell'attività di interpretazione sia da parte della dottrina¹³⁵ che ultimamente anche della giurisprudenza.

Dal dato letterale dell'art. 1 si desume che la categoria in questione è composta dagli *enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica*, con precisa esclusione dello *Stato*, degli *enti pubblici territoriali*, degli *altri enti pubblici non economici*, degli *enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*.

La scelta del termine “enti” lascia trasparire la volontà del legislatore di inquadrare i soggetti in questione in una categoria eterogenea i cui confini sono segnati non tanto da una precisa definizione o indicazione degli stessi, bensì dalla facoltà di determinate figure giuridiche di costituire autonomi centri di imputazione degli atti compiuti da un soggetto (persona fisica in posizione di apicale o di sottoposto) nel loro interesse o vantaggio e senza, quindi, poter essere con lo stesso identificati.

¹³⁵ Cfr. *ex multis* G. Chiametti, *Gli effetti del d.lgs. 231/2001 si allargano sempre di più a macchia di leopardo. È interessata la società capogruppo, l'aditta individuale e il professionista*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2012, 43 ss.; L. Pistorelli, *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2011, 173 ss.; G. Corrias Lucente, *La corte di Cassazione ed il novero dei soggetti sottoposti alla responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2011, 199 ss.; A. Bassi, T. M. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006; L. D. Cerqua, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006, 181 ss.; S. Gennai, A. Traversi, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001.

Se, dunque, dal dato letterale appare piuttosto diretto il riferimento alle società di capitali, alle cooperative, alle associazioni, alle fondazioni e a tutte le figure collettive di natura privata che svolgono un'attività economica e che possono acquistare personalità *ex d.P.R. n. 361 del 10 febbraio 2001*, agli enti privati sprovvisti di personalità giuridica quali le società personali, quelle c.d. di fatto, quelle irregolari e le associazioni non riconosciute, non è chiaro fino a che punto tale elenco si possa estendere.

Non sembrerebbe infatti azzardato ipotizzare che con la dicitura *società ed associazioni anche prive di personalità giuridica* il legislatore volesse riferirsi in generale a tutti quegli enti organizzati in una maniera sufficientemente complessa da differenziarli dalla persona fisica che ha materialmente commesso il reato.

Sulla scia di tale interpretazione la dottrina¹³⁶ ha esteso l'applicabilità del d.lgs. anche a soggetti ulteriori, quali i comitati disciplinati dagli artt. 39 ss. c.c., mentre ha escluso dall'ambito di intervento di tale normativa l'imprenditore individuale.

La giurisprudenza, ed in particolare la Corte di Cassazione con la pronuncia della sez. VI n. 18941 del 3 marzo 2004, in origine si era allineata a tale orientamento, avallando la tesi dell'estensione della disciplina 231 soltanto ai soggetti di diritto meta individuali, riferendosi con tale termine ai soli soggetti la cui dimensione collettiva, consistente in un'organizzazione strutturata e complessa, potrebbe contribuire alla commissione dei reati indicati dalla normativa e per la prevenzione dei quali la stessa è nata.

Proprio tale dimensione, come tra l'altro ben esplicito dalla Commissione Grosso – nella relazione al d.lgs. 231/2001 nell'ambito della relazione alla riforma del Codice Penale – consente di individuare i soggetti destinatari della normativa in quell'autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici da cui prendono le origini le decisioni e le attività delle persone fisiche che in concreto agiscono, ma che lo fanno nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso.

Una tale interpretazione restrittiva – dettata alla base dall'idea che il concetto di “ente” cui si riferiva il legislatore consisteva in quella di un soggetto giuridico con una, seppur limitata, autonomia patrimoniale rispetto alla persona fisica – porta, dunque, ad escludere dal novero dei soggetti destinatari della normativa 231 figure quali i consorzi

¹³⁶ V. *inter alia* C. Pecorella in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Giuffrè, Milano, 2002, 71 ss. e O. Di Giovine in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, (a cura di) G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, 33 ss.

di gestione, i fondi patrimoniali tra coniugi, i condomini, le imprese familiari, le associazioni in partecipazione e le associazioni temporanee di imprese.

Occorre ora soffermarsi su alcune tipologie di “enti” nei confronti delle quali l’esonero o meno dall’applicazione della normativa 231 risulta in varia misura controversa alla luce della natura non sempre di chiara definizione.

Una prima categoria per così dire *borderline* ricomprende in senso lato le società a partecipazione pubblica.

Il legislatore delegato, interpretando in maniera estensiva le parole della legge delega relative alla esclusione dai soggetti destinatari della normativa oltre che dello Stato, anche *degli altri enti pubblici esercenti pubblici poteri*.

Dentro tale categoria, infatti, al fine di prevenire eventuali ripercussioni negative sui cittadini, sui quali, alla fine dei conti, sarebbero andate a gravare eventuali sanzioni interdittive, sono stati fatti rientrare anche gli enti pubblici non economici che non esercitano pubblici poteri, quali, per citarne soltanto alcuni, la CRI, l’INPS, l’INAIL o il CNR.

Ma se tale esclusione, seppur discutibile sotto alcuni aspetti, si evince piuttosto chiaramente dal dato letterale, altrettanto non si può dire per la situazione riconducibile alle società a partecipazione pubblica.

Sebbene una parte della dottrina vorrebbe vedere tali enti anch’essi esclusi dal novero dei destinatari della disciplina 231¹³⁷, un’altra frangia, supportata peraltro dall’orientamento della più recente giurisprudenza di legittimità – v. nel caso di specie Cass. sent. n. 28699 del 9 luglio 2010 – sostiene il contrario.

Con la succitata pronuncia, infatti, gli Ermellini sono recentemente intervenuti a chiarire come le società a partecipazione pubblica nascono nella maggior parte dei casi dalla trasformazione di enti pubblici economici e per tale motivo senza dubbio alle stesse non potrà essere attribuita natura di ente pubblico; circostanza, questa, che esclude in capo a tali soggetti uno di quegli *status* tipici che ne consentirebbero l’esonero dall’applicazione della 231.

Discorso analogo vale per quei soggetti privati che svolgono un servizio pubblico per i quali la legge delega in origine aveva previsto addirittura sanzioni *ad hoc*.

¹³⁷ V per tutti C. Manacorda, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006, 153 ss.

La questione appare, invece, maggiormente spinosa relativamente al caso dell'impresa individuale.

Sebbene la dottrina abbia tradizionalmente escluso l'applicabilità della disciplina 231 alle imprese individuali la Suprema Corte si è recentemente pronunciata in senso opposto con la decisione della Sezione III n. 15657 del 20 aprile 2011.

In tale decisione la Corte parte dall'assunto che l'obiettivo sostanziale della normativa in questione è l'attività d'impresa.

L'attività d'impresa si può definire tale in presenza di un certo profilo di complessità organizzativa, circostanza che imporrebbe di non interpretare il concetto di "ente" in maniera eccessivamente formalistica e restrittiva, ma anzi di ricomprendere al suo interno anche le figure di imprese individuali.

Se così non fosse, secondo gli Ermellini, si creerebbe una situazione discriminatoria data dalla disparità di trattamento tra realtà quali le s.r.l. unipersonali, ad esempio, soggette alla normativa 231 solo perché formalmente facenti parte della categoria dei soggetti meta individuali e le società unipersonali che, nonostante potrebbero essere caratterizzate da una complessità organizzativa anche maggiore delle prime, andrebbero esenti dall'applicazione della normativa in questione.

Secondo la Cassazione, infatti, le società unipersonali, sebbene non indicate precisamente dalla lettera del comma 2 dell'art. 1, senza dubbio rientrerebbero nella più ampia categoria degli enti forniti di personalità giuridica (o delle società o associazioni anche prive di personalità giuridica) alla luce proprio dell'adozione di un'organizzazione a suo modo complessa nell'ambito dell'esercizio dell'attività d'impresa.

Non rilevarebbe a tale fine se la forma in cui materialmente si concretizza l'attività d'impresa sia individuale o collettiva in quanto la neutralità voluta dal legislatore con la scelta del termine "ente" ben consente di far rientrare nel novero dei soggetti destinatari della normativa 231 tutti quei soggetti caratterizzati da una complessità organizzativa che li renda indipendenti ed autonomi rispetto alla persona fisica che ha materialmente commesso il reato.

2. I requisiti di idoneità preventiva del modello di organizzazione, gestione e controllo

Ai fini dell'esenzione dell'ente dalla responsabilità da reato, è necessario che l'ente in questione adotti ed attui concretamente un modello di organizzazione e controllo idoneo a prevenire la commissione o il rischio di commissione dei reati presupposto.

Tale circostanza rende chiaro come, soprattutto in seguito alla più recente evoluzione giurisprudenziale e ad alcune produzioni normative locali¹³⁸, non si possa più ritenere del tutto scontata l'asserzione secondo la quale i modelli in questione abbiano natura facoltativa.

Tali strumenti, infatti, si devono considerare sempre più fondamentali tanto nella fase di gestione dell'impresa quanto in quella di accesso a determinate aree di *business*.

In realtà il legislatore nazionale in passato, allineandosi alla posizione di quello americano relativamente alla natura dei *compliance programs*, si è mostrato fermamente in disaccordo con la possibilità di riconoscere in capo ai modelli di organizzazione e gestione il carattere dell'obbligatorietà.

Già nel marzo del 2005, infatti, precisamente con il d.l. n. 35 del 14 marzo di quell'anno, il legislatore abrogava il disposto del comma 82 dell'art. 1 della l. n. 311 di pochi mesi prima, del 30 dicembre 2004.

Quest'ultima disposizione prevedeva a carico delle società e degli enti che fruivano di finanziamenti pubblici o comunitari sotto qualsiasi forma – fossero questi in forma di finanziamenti diretti piuttosto che di esenzioni, incentivi, agevolazioni fiscali o sgravi contributivi – l'obbligo di dotarsi di tutte quelle misure organizzative e di funzionamento idonee a prevenire il rischio di compimento di reati nel proprio interesse o a loro vantaggio previste dal d.lgs. 231/2001¹³⁹.

In tal senso si sarebbe aperta la strada in modo palese all'obbligatorietà *tout court* dei modelli di organizzazione e gestione, circostanza che, come anticipato avrebbe contribuito a snaturare l'istituto privandolo di una delle sue caratteristiche peculiari, ossia la facoltatività.

Altre circostanze, però, ci avvicinano sempre più all'idea di un costante cambiamento unidirezionale della natura dei modelli; impossibile non considerare in

¹³⁸ Si veda in particolare, come verrà analizzato *infra*, il disposto della legge n. 15 del 13 giugno 2008 promulgata dalla Regione Calabria.

¹³⁹ V. F. Vignoli, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2009, 7 ss.

tale processo la promulgazione dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 (il c.d. Testo Unico Sicurezza) nonché il fatto che per la Borsa Italiana S.p.A., al fine di ottenere la qualificazione S.T.A.R. che consente agli operatori l'accesso al relativo segmento, abbia previsto l'obbligatorietà dell'adozione di suddetti modelli preventivi¹⁴⁰.

Come anticipato, in alcuni casi anche il legislatore regionale ha contribuito nella realizzazione di tale "metamorfosi"; il caso più limpido è quello della Regione Calabria che con la l. n. 15 del 13 giugno 2008 ha imposto a tutte le aziende che sono attive sul territorio alla luce di un regime di convenzione con la Regione stessa o che con questa vogliono stipulare nuove convenzioni o rinnovare quelle previgenti, sono tenuti a conformare i propri modelli di organizzazione e gestione alla normativa stabilita dal d.lgs. 231/2001¹⁴¹.

La domanda da porsi alla luce di tale ragionamento pare dunque dover essere se il modello di organizzazione, gestione e controllo, al fine dell'accertamento della sua validità, efficienza ed efficacia, dovrà essere considerato idoneo preventivamente – rendendo quindi indirettamente obbligatorio il suo utilizzo – o se il sindacato sulla sua efficacia preventiva dovrà essere attuato soltanto *post delictum* in ossequio alla natura facoltativa degli strumenti in questione.

Per rispondere a tale quesito prima di tutto occorre chiarire come esistono due tipi di sindacato che vengono effettuati sul modello organizzativo.

Un primo ordine di controlli ha natura per così dire amministrativa e viene effettuato a livello generale da parte dell'Autorità ministeriale sui Codici di comportamento, redatti dalle associazioni rappresentative, e sulla circostanza che questi prevedano Linee Guida idonee a alla prevenzione dei reati.

Il secondo ordine i controlli è quello di natura giurisdizionale, sull'effettività concreta di un determinato modello organizzativo in una specifica realtà aziendale e fattuale.

Tale sindacato, di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria, è eventuale ed in ogni caso successivo al primo e non può essere da questo influenzato.

Proprio in tale sede si può dunque dire che si accerti concretamente la reale idoneità di un modello organizzativo a prevenire i reati.

¹⁴⁰ Cfr. S. Bartolomucci, *La metamorfosi normativa del Modello penal-preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 TU sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2008, 157 ss.

¹⁴¹ Si veda per un approfondimento 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*, 4/2008, 7 ss.

E' necessario ora, per chiudere il cerchio, individuare quali siano i canoni di valutazione che vengono utilizzati in sede giudiziale per stabilire l'adeguatezza del modello organizzativo.

In altre parole, occorre stabilire sulla base di quali criteri i giudici effettuino il sindacato di compatibilità tra le scelte organizzative presa da un ente e le disposizioni introdotte con il d.lgs. 231/2001.

In diverse pronunce di merito¹⁴² i giudici hanno rappresentato l'insufficienza, al fine di valutare l'adeguatezza di un determinato modello, della prova dell'adeguamento meramente formale alle Linee Guida e/o al Codice Etico, in quanto figure entrambe eccessivamente generali ed astratte.

Sono invece ritenuti peculiari della struttura del modello organizzativo i caratteri dell'efficacia, della specificità e della dinamicità¹⁴³.

Con i primi due termini ci si riferisce alla necessità che il modello in questione tenga in considerazione tutte le caratteristiche peculiari dell'ente, dalle dimensioni alla storia, alla capacità di adeguarsi ad eventuali cambiamenti nelle esigenze preventive, divenendo in tal senso la contestualizzazione un elemento fondamentale per il giudice al momento del sindacato di legittimità¹⁴⁴.

La dinamicità, invece, consiste in quell'elemento che consente al modello di individuare i rischi concreti tramite un controllo continuo proprio sul sistema prevenzionale.

In ogni caso, il giudizio dovrà operare sull'area strettamente collegata all'illecito ed al preciso momento storico in cui si è verificato senza coinvolgere gli ambiti aziendali allo stesso non correlati.

In altre parole, per risultare idoneo un modello organizzativo deve, prima di tutto, riportare gli esiti della fase di cd. *risk assesment* nella quale vengono individuate le potenziali aree di rischio e le attività che si possono collocare all'interno delle stesse esponendo così l'ente alla commissione di reati.

¹⁴² Si vedano, tra le altre, GIP Trib. Bari, 18 aprile 2005, GIP Trib. Milano, 27 aprile 2004, Trib. Roma 4 aprile 2003.

¹⁴³ Cfr. F. D'Arcangelo, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 137 ss.

¹⁴⁴ A supporto di tale tesi si veda in particolare Cass., sent. n. 20560 del 25 gennaio 2010 relativa alla necessaria contestualizzazione del sindacato della Corte al fine di comminare nel caso concreto l'eventuale sanzione interdittiva specifica più adatta ed efficace e Trib. Milano, 17 novembre 2009 nella quale il riferimento è direttamente al contesto temporale dell'adozione ed attuazione del modello in questione. In particolare, in riferimento a quest'ultima decisione i riscontri dottrinali sono spesso stati critici; si veda a riguardo C. Paliero *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le società*, 2010, 475 ss. e T. E. Epidendio, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2010, 149 ss.

L'altro elemento fondamentale per la conferma dell'idoneità del modello è la presenza nel medesimo dell'indicazione delle contromisure prese, alla luce della precedente fase appena descritta, sia sulle modalità di svolgimento delle attività, sia in termini di controllo, tramite l'istituzione di un funzionante ed indipendente Organismo di Vigilanza.

3. I rapporti tra il Documento di Valutazione dei Rischi ed il modello c.d. integrato.

Questione da sempre dibattuta è quella del rapporto tra il Documento di Valutazione dei Rischi (DVR), la cui obbligatorietà è sancita dagli artt. 15, 28 e 29 d.lgs. 81/2008 ed il modello di organizzazione e gestione *ex art.* 30.

Nello specifico, la disamina si deve concentrare sulla circostanza della coincidenza o meno della valenza dei due documenti.

La celeberrima decisione del Tribunale di Trani, sezione distaccata di Molfetta del 26 ottobre 2009 sulle morti nel caso *Truck Center*, oltre ad essere stata la prima sentenza ad aver riconosciuto la responsabilità di un ente per delle morti sul lavoro, tra gli altri, ha chiarito in modo definitivo questo aspetto.

Dalle motivazioni della sentenza, in primo luogo si evince il principio che colma la lacuna tra il requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente, necessario per l'iscrizione della responsabilità al soggetto collettivo, e la struttura colposa del reato.

Sebbene tali concetti possano sembrare assolutamente incompatibili, i giudici pugliesi, hanno individuato come concetto cardine quello del risparmio dei costi.

Questa premessa lascia presagire l'orientamento che è stato assunto dal Tribunale di Trani anche in relazione al tema in oggetto; è intuitivo, infatti, come il tentativo di sovrapposizione del DVR al modello di organizzazione, gestione e controllo effettuato dall'imputata nasca da una politica volta al risparmio dei costi relativi alla sicurezza ed altrettanto immediato sembra il passo per giungere alla posizione assunta in merito dai magistrati.

Dato per appurato tale presupposto logico, però, occorre analizzare meglio il ragionamento del Tribunale al fine di individuare i concreti elementi che negano

l'ontologica sovrapposizione tra questi due strumenti certamente connessi, ma non interscambiabili.

Il dibattito in dottrina è comunque fervido, in quanto, secondo un orientamento¹⁴⁵, gli oneri di adozione di norme cautelari imposti all'azienda per la prevenzione di infortuni e morti sul lavoro, mutuati dalla disciplina del d.lgs. 626/1994 ed ispirati ai più elevati livelli della scienza e dell'esperienza, paiono estremamente esaustivi, tanto da rendere quasi impossibile pensare di ipotizzare l'obbligatorietà del rispetto di standard ulteriori in tema di prevenzione e controllo che non risultino, poi, eccessivamente onerosi per l'ente.

Questa tesi è avversata da un'altra corrente dottrinale¹⁴⁶ secondo la quale, invece, l'attività di cd *risk assesment* imposta dal d.lgs. 231/2001 smi. assolutamente non si può esaurire nella valutazione dei rischi di cui all'art. 28 d.lgs. 81/2008 smi.

La cautela nella valutazione dei fattori di rischio imposta dalla disciplina sulla responsabilità degli enti, infatti, richiede senza dubbio di prendere in considerazione fattori ulteriori che, sebbene non ricompresi nel novero di quelli strettamente rilevabili con la predisposizione del DVR, ben possono contribuire alla commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

Basti pensare, tra gli altri, agli oneri di vigilanza imposti dal d.lgs. 231, alle verifiche periodiche imposte sull'applicazione e l'efficacia delle procedure, la necessità di attività periodiche di controllo sull'attuazione globale del modello, l'individuazione di un sistema disciplinare per le sanzioni in caso di mancato rispetto del modello, la concreta individuazione di criteri di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati.

Proprio questa tesi è stata seguita dal Tribunale di Trani che inoltre ha rilevato ulteriori elementi che allontanano questi due istituti¹⁴⁷.

Proprio l'art. 30 del Testo Unico, al comma 3, infatti, prevede chiaramente oneri di verifica, valutazione, controllo e gestione del rischio che senza dubbio non sono ricompresi tra quelli strettamente valutativi prescritti in ambito di redazione del DVR.

¹⁴⁵ Si veda per tutti F. Giunta, D. Micheletti, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, 178 ss.

¹⁴⁶ Si veda per tutti S. Bartolomucci, *La metamorfosi normativa del Modello penal-preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 TU sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2008, 157 ss.

¹⁴⁷ Per un ulteriore approfondimento delle motivazioni della sentenza del Tribunale di Trani, si veda anche M. Cardia, *I modelli organizzativi in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce della sentenza di condanna del Tribunale di Trani*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2010, 167 ss.

La finalità del modello 231, in sostanza, non si esaurisce nella funzione di mappatura e gestione del rischio relativamente alla prevenzione degli infortuni, ma comprende anche un ruolo di controllo sul sistema operativo al fine di garantirne una verifica continua dell'effettività.

Tale circostanza implica, di conseguenza, una discrepanza tra i soggetti destinatari del DVR e quelli destinatari del modello di organizzazione, gestione e controllo.

I primi coincidono con i lavoratori, al fine di prevenire eventuali rischi specifici nell'ambito dei processi produttivi; la seconda categoria di destinatari, invece, è costituita dai soggetti che in ambito aziendale sono esposti al rischio di commissione dei reati *ex artt. 589 e 590 c.p.*

Ulteriore discriminazione è data dalla previsione di un sistema disciplinare per le violazioni del modello organizzativo, senza dubbio non previsto in tema di DVR.

Senza dubbio, quindi si può appoggiare la tesi già sostenuta in dottrina e sposata dai giudici pugliesi secondo la quale DVR e modello organizzativo 231 sono sicuramente in rapporto di connessione, ma mai il primo potrà sostituire il secondo.

Il Documento di Valutazione dei Rischi, infatti, sintesi degli adempimenti imposti al datore di lavoro dalla normativa per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, è sicuramente funzionale all'effettiva esecuzione di un modello organizzativo esimente da responsabilità penale, tanto da integrarlo fino a posizionarsi in un ruolo di interconnessione con lo stesso.

La natura delle due figure, però, come visto, è decisamente diversa e per questo, nonostante lo stretto rapporto in cui si trovano, si deve escludere assolutamente la possibilità di considerare adempiuti gli oneri imposti dalla normativa relativa ai modelli organizzativi – ai fini di ottenere l'esenzione da responsabilità penale per l'ente – semplicemente con la mera predisposizione di un Documento di Valutazione dei Rischi.

**I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE
DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE:
DIFFICOLTÀ OPERATIVE ED INDICAZIONI
DELLE LINEE GUIDA ISTITUZIONALI**

Sommario: 1 .Difficoltà operative. – 2. Linee guida istituzionali

1. Difficoltà operative

Alla luce di quanto detto per esteso al capitolo I, e superati quindi i problemi di ordine definitorio, pare ora opportuno evidenziare quali siano i punti critici relativi all'implementazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo nelle PMI.

Pare opportuno affrontare la trattazione partendo dall'unica disposizione che nell'ambito della normativa sulla responsabilità penale-amministrativa degli enti, sebbene riferita alla sola sfera della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, fa esplicito riferimento alla realtà delle PMI.

L'art. 30 del d.lgs. 81/2008, come novellato dal d.lgs. 106/2009, al comma 5-*bis* prevede, infatti, la facoltà per la Commissione Consultiva Permanente per la Salute e Sicurezza sul Lavoro, istituita presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di elaborare procedure semplificate per l'implementazione dei modelli di organizzazione e gestione per la salute e sicurezza sul lavoro.

Tale disposizione trae le sue origini dalla circostanza che nel testo normativo attuale l'unica semplificazione prevista in favore del ente di piccole dimensioni risulta essere la facoltà di "internalizzare" le funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza, attribuendole all'organo dirigente, al fine di contenerne gli ingenti costi per l'istituzione di uno esterno.

Nonostante le grandi differenze ontologiche ed empiriche tra queste categorie di enti, di certo un punto comune lo si può trovare: né nel contesto degli enti di grandi

dimensioni né in quello degli enti facenti parte della categoria delle c.d. PMI è possibile ipotizzare uno standard di modello di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati valido universalmente.

Tale valutazione rimane, infatti, imprescindibilmente legata al caso concreto, mentre sarà possibile individuare dei parametri, tipici delle varie aree di *business* – quale, ad esempio, può essere definita quella della micro, media e piccola impresa – che ipotizzino soluzioni organizzative e gestionali adatte ad una determinata categoria¹⁴⁸

Le prime precisazioni riguardano il Codice Etico: tale strumento ha la funzione di individuare i valori che devono rispettare tutti coloro che lavorano nel contesto aziendale ed in generale di stabilire la *policy* aziendale.

Nell'ambito delle PMI, prima di tutto, il Codice Etico dovrà prevedere parametri generali di natura comportamentale volti alla prevenzione non solo di quel novero di reati concretamente individuati nella fase di valutazione dei rischi, ma anche di quelli tanto inconferenti per il tipo di attività quanto di quelli ai quali l'ente di piccole dimensioni non si può considerare naturalmente esposto per le sue dimensioni.

In secondo luogo le particolarità riguardano le fasi di valutazione e gestione dei rischi.

Vista la limitata dimensione degli enti in questione e la semplicità delle relative strutture organizzative tali fasi dovranno essere realizzate in modo adeguato alle dimensioni ed alla complessità organizzativa.

Di conseguenza nella mappatura dei reati il numero degli stessi sarà limitato, essendo poi integrato tale processo dai suddetti protocolli comportamentali inseriti nel Codice Etico.

Il punto maggiormente critico dell'attuazione di un modello di organizzazione e gestione in una PMI risulta comunque essere quello culturale.

E' molto facile, infatti, che l'istituto del modello organizzativo venga confuso con un semplice sistema di gestione dei rischi d'impresa o che la sua funzione sia considerata equivalente a quella delle certificazioni di qualità.

Parrebbe, però, necessario un accorgimento ulteriore rispetto alla normalità dell'applicazione dei modelli organizzativi, consistente in particolare nella necessità di predisposizione nei confronti di tutti i collaboratori esterni – decisamente numerosi nel

¹⁴⁸S. Bartolomucci, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo ex d.lgs 231/2001 dedicato alla PMI*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2010, 93-104.

contesto in questione – di misure sanzionatorie per la commissione di reati-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente nell'ambito di un qualsivoglia rapporto con lo stesso.

Pare infine, proprio alla luce della suddetta lontananza del piccolo-medio imprenditore dalla cultura della c.d. *compliance*, sottolineare come in questa operazione di implementazione del modello organizzativo nella realtà delle PMI sia fondamentale il ruolo della formazione in favore di tutti gli operatori al fine di trasmettere il concetto della sussistenza di un'opportunità per l'imprenditore nell'implementazione di tale istituto.

A sottolineare la rilevanza della questione è intervenuta anche una proposta di modifica del d.lgs. 231/2001 presentata dalla Commissione presieduta dal magistrato Francesco Greco¹⁴⁹.

In tale bozza, oltre alla proposta di modifica dei criteri oggettivi di attribuzione di responsabilità alla luce della presenza tra il novero dei reati-presupposto di alcuni reati di natura colposa, sono stati previsti dei modelli organizzativi di struttura più snella per le realtà aziendali di dimensioni ridotte.

In primo luogo sul tema vengono ipotizzate regole specifiche per la prevenzione dei rischi da reato oltre che per le fasi di revisione e di aggiornamento del modello.

Nella seconda parte del progetto di riforma, poi, vengono individuati dei criteri *ad hoc* per la definizione del concetto di piccola impresa.

In particolare, secondo tali criteri, si dovrà definire di piccole dimensioni l'ente con non più di quindici dipendenti nel quale organo amministrativo e di controllo coincidono; in difetto l'ente sarà definibile “di piccole dimensioni” soltanto se composto da meno di dieci dipendenti.

Infine è opportuno, in questa sede, fare un accenno a quanto si vedrà compiutamente al paragrafo 2 del capitolo III relativamente all'estensione del novero dei soggetti destinatari della normativa relativa alla responsabilità da reato degli enti anche alle imprese individuali.

La Suprema Corte, infatti, con una recente pronuncia¹⁵⁰ ha infatti affermato, sulla scia di quanto già stabilito per le società unipersonali¹⁵¹, come anche l'impresa

¹⁴⁹ Per un approfondimento si veda M. Arena, G. Cassano, *La giurisprudenza sul d.lgs. 231/2001 Reati e modelli organizzativi*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010, 122-125.

¹⁵⁰ V. Cass., sez. III, sent. n. 15657 del 20 aprile 2011.

individuale, rientri tra i soggetti ai quali sono applicabili le disposizioni del d.lgs. 231/2001 senza che si incorra nella violazione del principio del *ne bis in idem*.

Tale *revirement*¹⁵² viene nonostante la lettera dell'art. 1 del d.lgs. 231/2001 parrebbe escludere chiaramente tra i soggetti destinatari di tale disciplina le imprese individuali, facendo un chiaro ed indiscusso riferimento agli enti forniti di personalità giuridica ed alle società ed associazioni anche prive di personalità giuridica, fatti salvi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Interpretando tale disposizione alla luce della posizione presa dalla Cassazione, però, sembra potersi dire che nella categoria dei c.d. enti forniti di personalità giuridica rientrino tutti quei soggetti che, sebbene di natura individuale, utilizzano una sorta di schermo giuridico che divida tale soggetto dalla persona fisica che lo gestisce.

Se, però, si prendono in considerazione i concetti di interesse o vantaggio, che presuppongono la sussistenza nell'ente di un autonomo centro di interessi perché possa allo stesso essere ascritta una qualche responsabilità da reato, pare invece difficile riuscire ad ipotizzare la compatibilità di un'impresa unipersonale, nella quale gli interessi della stessa coincidono inevitabilmente con quelli della persona fisica, con la disciplina in questione.

2. Linee guida istituzionali

Le organizzazioni sono sempre più interessate a raggiungere e dimostrare delle elevate prestazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro attraverso il controllo dei propri rischi, in conseguenza della politica e dei propri obiettivi. Questo viene fatto nel contesto di una legislazione sempre più stringente, di uno sviluppo di politiche economiche e di misure che favoriscono le buone e di un maggiore interesse espresso dalle parti interessate in relazione a tali argomenti.

Per tali motivi sono state elaborate Linee guida istituzionali per implementare un Sistema di gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro (SGSL) dalle quali trarne anche

¹⁵¹V. sul tema, oltre che il capitolo III paragrafo 2 del presente lavoro, anche F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato nelle società uni personali nel d.lgs. 231/2001*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 3/2008, 145 ss.

¹⁵²La Cassazione in precedenza si era espressa, nell'unica decisione sul tema, in maniera opposta nella decisione della sez. VI, n. 18941 del 22 aprile 2004.

uno spunto metodologico per definire i criteri di adozione di un modello di Organizzazione, Gestione e Controllo *ex d.lgs. 231/01*.

Molte sono le Linee Guida emanate dalle Associazioni di Categoria in merito alla costruzione di Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo *ex d.lgs. 231/ 01* ed altrettanto per i SGSL ma pochi prendono in considerazione le peculiarità delle PMI, la loro organizzazione più snella, le difficoltà nella comprensione e lettura delle norme e dei regolamenti non sempre rispondenti in maniera chiara ed esaustiva alle loro aspettative ed esigenze nonché le limitate risorse da dedicare a tale attività in quanto condizionate da vincoli e da fattori contingenti al fine di contenere i costi e nel perseguire la competitività sul mercato.

Di conseguenza emerge la necessità di trattare diversamente le piccole imprese dalle grandi, in quanto le PMI hanno bisogno di un supporto formativo per le figure più direttamente coinvolte nella gestione della sicurezza e di linee guida per quanto riguarda l'adozione di modelli semplificati.

In questo senso ed allo scopo di facilitare in particolare le micro e piccole imprese nell'adottare efficacemente un SGSL sono state predisposte dall'INAIL "*Le linee di indirizzo SGSL – MPI*"¹⁵³, rispettando le peculiarità operative dei settori economico-produttivi di riferimento delle PMI e la loro dimensione aziendale ¹⁵⁴.

Si tratta di Linee di indirizzo sviluppate in accordo tra INAIL ed alcune associazioni di categoria del modo imprenditoriale delle PMI e dalle principali organizzazioni sindacali che propongono modalità applicative semplificate, appropriate alle caratteristiche dimensionali e di struttura organizzativa semplice propria delle micro e piccole imprese e tale da minimizzare il fabbisogno di risorse umane e strumentali da impegnare nella implementazione del SGSL aziendale.

Nelle premesse si legge esplicitamente che il modello descritto dalle Linee di indirizzo in discussione *non è applicabile ad aziende medie, grandi e strutturate* e che ai fini dell'applicazione sono ritenute *micro e piccole imprese le aziende dotate di struttura organizzativa semplice, Datore di Lavoro (art. 2 c.1, lett. b del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.) e lavoratori (art. 2 c.1, lett. a del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.), integrata dalla figura*

¹⁵³INAIL, "*Le linee di indirizzo SGSL – MPI. Per l'implementazione di Sistemi di Gestione per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro nelle Micro e Piccole Imprese*". Edizione 2011. Gruppo di lavoro composto da esperti nominati da INAIL - CONTARP e DIREZIONE CENTRALE PREVENZIONE, CASARTIGIANI, CLAAAI, CNA, CONFARTIGIANATO, CGIL, CISL, UIL.

¹⁵⁴ Altre linee di indirizzo per le PMI sono state elaborate da ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale.), "*Strumenti per l'implementazione di un Sistema di gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Check List di autovalutazione per le micro imprese*". Edizione 2011. Le "checklist" costituiscono un primo contributo soprattutto per le micro e piccole imprese che vogliono essere uno strumento operativo a supporto del datore di lavoro, per verificare il proprio livello di implementazione di un sistema di gestione della sicurezza.

del preposto (art. 2 c.1, lett. e del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.), e in particolare le imprese artigiane.

Le Linee di Indirizzo SGSL-MPI sono suddivise in paragrafi descrittivi dei singoli elementi che servono per comporre un Sistema di gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro di modo che seguendo l'ordine dei paragrafi, ogni Datore di Lavoro può progressivamente giungere ad implementare il proprio SGSL. Per facilitarne l'utilizzo e l'interpretazione attuativa il testo riporta anche i riferimenti agli schemi ed ai modelli allegati.

Si interpreta una via di implementazione di un SGSL aziendale in imprese con articolazione delle funzioni e delle responsabilità molto semplice, in cui la classica sequenza Datore di Lavoro, dirigenti, preposti, lavoratori è in realtà ridotta a Datore di Lavoro, lavoratori con la presenza di preposti, spesso di numero contenuto.

Ne consegue che, nella tipologia di imprese alle quali sono rivolte tali linee di indirizzo, le "procedure" scritte secondo le modalità classiche e tipiche delle grandi imprese non sono utili, in quanto non è necessario rappresentare, per di più in forma scritta, una ripartizione di compiti tra soggetti diversi di una scala gerarchica di estensione ridotta.

Nelle micro e piccole imprese le attività e le connesse responsabilità operano in misura rilevante, attraverso il Datore di Lavoro. Questa figura, inoltre, in queste aziende, spesso assume su di se, quando vi sono le condizioni previste dalla legislazione, anche le funzioni del Servizio di Prevenzione e Protezione incrementando ulteriormente il suo livello di operatività nella gestione della sicurezza.

Per questo il testo non richiama procedure gestionali classiche, ma si articola secondo un "flusso procedurale" che cerca di facilitare il Datore di Lavoro nell'attuare e tenere sotto controllo tutte le sue responsabilità e le attività richieste da un SGSL e dalla legislazione, tenendo comunque presente la possibilità che vi possano essere uno o più preposti cui attribuire funzioni e responsabilità connesse con il ruolo aziendale affidato.

Gli altri soggetti presenti, attivi e portatori di responsabilità, sono i lavoratori, nei cui riguardi si concentra l'impegno della produzione e, il conseguente diritto/dovere di prevenzione e protezione della salute e della sicurezza connesse con lo svolgimento delle attività lavorative, per come determinate a seguito della valutazione dei rischi, attuate attraverso il processo di pianificazione ed attuazione, gestite attraverso il controllo operativo, tenute sotto controllo attraverso il monitoraggio, migliorate secondo

il processo di gestione delle azioni correttive e di riesame. Anche le attività di sorveglianza sanitaria devono essere gestite nell'ambito del sistema di gestione della sicurezza ed il Medico Competente, ove previsto, va incluso tra i soggetti attivi del SGSL aziendale.

Il testo precisa che la sua applicazione può dare luogo all'attribuzione di funzioni specifiche, con la conseguente attribuzione delle connesse responsabilità, a persone operanti nella struttura aziendale, generando la figura di preposti che, prima dell'applicazione in azienda del SGSL, potevano non essere previsti. Tale aspetto deve essere tenuto presente e opportunamente valutato dalle organizzazioni che intendono adottare un SGSL anche nella definizione di compiti e responsabilità richiesta dalle presenti Linee di indirizzo.

Si ribadisce più volte che un SGSL, se ben implementato, porta a buoni risultati in materia di salute e sicurezza ma la sua adozione, non essendo in nessun caso da considerarsi obbligatoria, deve essere ben ponderata e valutata dalla direzione aziendale in virtù delle proprie necessità ed esigenze gestionali ed organizzative.

Ma non si fa a meno di sottolineare che più in generale la realizzazione di un SGSL, anche secondo le modalità semplificate riportate in queste Linee di indirizzo, rappresenti un impegno notevole, in particolare per le imprese con un numero minimo di lavoratori che, normalmente, sono poco o nulla strutturate dal punto di vista organizzativo.

Il testo delle Linee di Indirizzo SGSL-MPI si configura quindi, per le micro e piccole imprese che volontariamente vogliono adottarlo per implementare il proprio SGSL, come un *vademecum* non solo per i requisiti da rispettare ma soprattutto per le modalità di attuazione. Il maggior pregio delle linee di indirizzo in questione è la sua matrice esemplificativa e di facilitazione che attraverso schemi di processi attuativi e di correlata modulistica propone moduli pratici e concreti che le aziende, ove li ritenessero utili, possono utilizzare così come sono o modificarli per renderli maggiormente consoni alle specificità aziendali nell'ottenere il rispetto dei requisiti e delle modalità applicative riportate nel testo.

Nel testo si fa un richiamo esplicito al modello organizzativo dichiarando che *“Le Linee di Indirizzo SGSL-MPI, inoltre, sono utili per lo sviluppo di un modello organizzativo e gestionale, ove adottato ed efficacemente attuato, per le finalità di cui all'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 e s.m.i.”*.

Di fatti le Linee di indirizzo SGSL-MPI sono state redatte in conformità alle “*Linee Guida per un Sistema di gestione della Salute e Sicurezza sul lavoro - SGSL*” pubblicate dall’UNI nel 2001, avendo cura di assicurare una congruenza di contenuti e di conformità anche alle BS OHSAS 18001:2007 per le quali riportano una tabella di correlazione degli indici in quanto l’ordine dei paragrafi non è perfettamente aderente.

Come specificato nei paragrafi precedenti le Linee Guida SGSL UNI – INAIL 2001 e le BS OHSAS 18001:2007 sono le normative tecniche e gli standard citati nell’art. 30 d.lgs.81/2008 ed ai quali si riconduce il valore esimente di un modello per le parti corrispondenti.

Nel mondo la norma British Standard OHSAS 18001 del 2007 ¹⁵⁵è il principale riferimento normativo esistente su questo tema e la sua applicazione permette un approccio sistemico alla gestione della sicurezza sul lavoro e alla tutela della salute.

La norma OHSAS stabilisce i requisiti per un Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro (OH&SMS: *Occupational Health and Safety Management System*) che permetta ad un’organizzazione di sviluppare ed attuare una politica e degli obiettivi che tengano in considerazione i requisiti legali e le informazioni sui rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Un sistema di gestione come quello proposto dalle OHSAS 18001:2007 è un sistema organizzativo finalizzato al raggiungimento degli obiettivi di salute e sicurezza aziendale. Lo standard proposto da questa norma applicabile a tutti i tipi di organizzazione e può adattarsi a diverse condizioni geografiche, culturali e sociali e più in generale e tutte quelle organizzazioni che vogliono:

- stabilire un SGSL per eliminare o minimizzare i rischi per il personale o per le parti esposte a pericoli associati alle proprie attività;
- attuare, mantenere attivo e migliorare continuamente un SGSL;
- assicurarsi della propria conformità alla politica in materia di SSL (salute e sicurezza sul lavoro);
- dimostrare la conformità con questa norma OHSAS.

Come per le ISO 9001 e la ISO 14001, la OHSAS 18001:2007 si ispira al modello P-D-C-A (*Plan-Do-Check-Act*) di seguito descritto brevemente:

¹⁵⁵BRITISH STANDARD OHSAS 18001:2007, “*Occupational health and safety management system – Specification*”.

- *Plan*: stabilire gli obiettivi e i processi necessari ad ottenere risultati in accordo con la politica stabilita;
- *Do*: attuare i processi;
- *Check*: sorvegliare e misurare i processi in confronto con la politica in materia di SSL, gli obiettivi, i requisiti legali, i requisiti aggiuntivi e riportare i risultati;
- *Act*: Intraprendere azioni per migliorare continuamente le prestazioni.

Si può affermare che ogni sistema di gestione (qualità, ambiente, sicurezza) ha come principi fondamentali e seguenti punti:

- leadership;
- coinvolgimento del personale;
- approccio per processi;
- approccio sistemico alla gestione;
- miglioramento continuo;
- decisioni basate su dati di fatto.

Prima di analizzare i principi generali della norma in esame è bene ricordare che i requisiti in essa contenuti sono oggettivi.

Tuttavia all'interno della norma non vengono stabiliti ulteriori requisiti assoluti di prestazione se non riguardo agli impegni di conformità alla legislazione e alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali sempre, comunque, nell'ottica del miglioramento continuo.

La norma in esame propone dunque i seguenti requisiti:

- *Requisiti generali*: l'organizzazione deve stabilire, documentare, attuare, mantenere attivo e migliorare continuamente un SGSL in conformità con i requisiti di questa norma e deve determinare come questo soddisfi tali requisiti;
- *Politica SSL*: la politica deve essere definita dall'alta direzione dell'organizzazione. Deve essere adeguata alla natura dei rischi e alla realtà aziendale dimostrando un deciso impegno per la prevenzione degli infortuni e delle malattie lavorative esprimendosi sempre in un'ottica di miglioramento continuo, capace di adeguarsi ai requisiti legali ed a mantenersi sempre aggiornata mediante controlli periodici, riesami efficaci basati su dati di fatto e la revisione degli obiettivi. Deve inoltre essere documentata, disponibile a tutte le parti interessate e comunicata a tutti coloro che prestano attività sotto il controllo dell'organizzazione;

- *Pianificazione (plan)*: l'organizzazione deve stabilire, attuare e mantenere attive procedure per l'identificazione continua dei pericoli, per la valutazione dei rischi e per la definizione delle misure di controllo necessarie. L'identificazione dei pericoli e la valutazione dei rischi e devono considerare tutte le attività interne all'azienda, che siano di routine o meno, prendendo in considerazione, nel limite del possibile, il comportamento, le capacità ed altri fattori umani. Devono inoltre essere considerati anche i pericoli esterni o nelle vicinanze in grado di influenzare negativamente l'interno del luogo di lavoro. Vanno presi inoltre in considerazione i rischi dovuti alle infrastrutture, alle macchine, ai materiali delle aree di lavoro e dei processi. L'organizzazione, in base ai risultati di tale valutazione, deve definire i controlli per la riduzione dei rischi. L'identificazione dei pericoli, la valutazione dei rischi e l'esito dei controlli devono essere documentati aggiornati. Infine l'organizzazione deve stabilire, attuare e mantenere attivi obiettivi che devono essere documentati, misurabili e coerenti con la politica stabilita e per i quali vanno stabiliti i programmi per il loro raggiungimento;
- *Implementazione e funzionamento (do)*: la parte dell'implementazione e del funzionamento prevede diversi requisiti che la norma chiede all'organizzazione. Innanzitutto per quanto riguarda le risorse, le responsabilità e le autorità, la norma OHSAS 18001:2007 prevede che la responsabilità ultima del SGSL ricade sull'alta direzione la quale inoltre ha il dovere di garantire le giuste e sufficienti risorse necessarie per l'implementazione e il miglioramento del sistema. Le responsabilità, i ruoli e le autorità devono inoltre essere tutte documentate e comunicate. Per quanto riguarda invece l'attività di formazione e consapevolezza, l'organizzazione ha il dovere di assicurare che ogni persona che lavora sotto il proprio controllo sia efficacemente educata ed informata, garantendo inoltre un certo livello di consapevolezza in particolare sulle conseguenze del non rispetto dei protocolli previsti dal SGSL, sui ruoli ricoperti e sull'importanza di adottare sempre un comportamento conforme. Un altro importante aspetto è la comunicazione interna riguardo tutti gli aspetti del SGSL e la altrettanto importante partecipazione dei lavoratori nell'identificazione dei pericoli e nella scelta delle soluzioni da applicare. Infine un aspetto molto importante per l'efficacia e la conformità di un SGSL è la documentazione la quale deve contenere la politica e gli obiettivi, lo scopo, le procedure, i principali elementi costitutivi e le registrazioni previste dalle normative e quelle stabilite dall'organizzazione. Tutti questi documenti devono inoltre essere

controllati, valutati, esaminati e aggiornati dall'alta direzione prima di essere resi ufficiali e a disposizione nei punti di loro utilizzo.

- *Controllo (check)*: l'organizzazione è tenuta a stabilire, attuare e mantenere delle procedure per sorvegliare e misurare su base regolare le prestazioni del SGSL. Per effettuare un'efficace opera di controllo devono essere previste delle misurazioni quali/quantitative per sorvegliare sull'effettiva attuazione delle procedure previste e sulla conformità ai requisiti e agli obiettivi stabiliti. Vengono inoltre controllati attraverso misurazioni statistiche e reattive i casi di non conformità (infortuni, incidenti, malattie, ecc.) per facilitare la scelta di misure preventive o correttive da adottare per eliminare la causa della non conformità. Inoltre deve essere previsto e implementato un sistema di *audit* interni per determinare se il SGSL è conforme alle disposizioni legislative e ai requisiti della norma OHSAS 18001:2007, se è stato adeguatamente attuato e mantenuto attivo e se soddisfa efficacemente la politica stabilita nel raggiungere gli obiettivi.
- *Riesame della direzione (act)*: l'ultimo passaggio prevede che l'alta direzione dell'organizzazione stabilisca, ad intervalli pianificati, il riesame del SGSL per assicurare la sua continua idoneità, adeguatezza ed efficacia. Il riesame deve includere la valutazione delle opportunità di miglioramento e le necessità di modifiche al SGSL, includendo la politica e gli obiettivi. Il riesame si deve basare su dati di fatto e in particolare sui risultati degli *audit* interni, della partecipazione e consultazione con i lavoratori, le modifiche, lo status dell'organizzazione e il livello di raggiungimento degli obiettivi.

Andando ad analizzare brevemente le Linee Guida UNI-INAIL¹⁵⁶ che, come le OHSAS 18001:2007, in sede di prima applicazione si presumono conformi ai requisiti previsti dall'art. 30, del d.lgs. 81/08 si nota che anche queste sono basate sul principio del Ciclo di Deming cioè sulla successione ciclica PDCA (Plan, Do, Check e Act).

Pianificazione

Per il successo di un Sistema di Gestione occorre l'impegno di tutti i livelli e di tutte le funzioni aziendali, a partire dalla Direzione fino ad arrivare ai singoli dipendenti. Il ciclo ha inizio con la definizione, da parte della Direzione, della politica

¹⁵⁶ INAIL, "Linee Guida per l'adozione di un sistema di gestione della sicurezza sul lavoro (SGSL)". Edizione 2001. Il documento è stato redatto, su iniziativa dell'INAIL, dalle istituzioni competenti e dalle più rappresentative parti sociali del nostro Paese, interessate alla sicurezza ed all'igiene del lavoro (INAIL, ISPESL, UNI, CNA, CONFAGRICOLTURA, CONFAPI, CONFARTIGIANATO, CONFCOMMERCIO, CONFINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL).

della sicurezza. Tale politica deve essere appropriata all'azienda, specificando gli impegni del vertice aziendale, i principi d'azione e i risultati a cui tendere per la sicurezza.

La politica per la sicurezza dovrebbe:

- comprendere l'impegno al rispetto della legislazione in tema di Sicurezza;
- essere comunicata, diffusa e disponibile per tutti i dipendenti;
- essere documentata, attuata, aggiornata e mantenuta;
- essere adeguata alla natura ed entità dei rischi presenti;
- prevedere impegno sulla disponibilità delle risorse necessarie;
- essere volta al miglioramento continuo e alla prevenzione.

L'azienda deve formulare una serie di azioni (piani, programmi) volti a dimostrare il soddisfacimento dei requisiti.

Requisiti chiave della pianificazione:

- definizione degli obiettivi e dei rispetti traguardi misurabili;
- predisposizione di un piano operativo/temporale per ogni obiettivo;
- definizione delle risorse (es.: locali, uomini, attrezzature, ecc.) necessarie,

comprese quelle economiche.

Questa pianificazione dovrebbe tener conto:

- delle attività lavorative ordinarie e straordinarie, comprese le situazioni di emergenza, con priorità decrescente in funzione dei rischi rilevati;
- delle attività di tutto il personale (inclusi lavoratori con contratto a tempo determinato, fornitori, clienti, visitatori, ecc.), che ha accesso ai luoghi di lavoro e/o ha interferenza con le attività lavorative svolte negli uffici e/o negli impianti e/o nei cantieri;
- delle modifiche ed integrazioni legislative in ambito sicurezza applicabili all'organizzazione;
- delle strutture, dei luoghi e dei metodi di lavoro, delle macchine, degli impianti, delle attrezzature, delle sostanze e tecnologie utilizzate, sia per quelle proprie dell'azienda sia per quelle che vengono fornite da terzi.

Applicazione

Definito l'impegno dell'alta Direzione e la conseguente pianificazione, il SGSL viene strutturato ed attuato. L'attuazione del SGSL avviene mediante il controllo delle attività, la definizione di procedure documentate e di registrazioni formali che costituiscono il riscontro oggettivo dell'applicazione della politica per la sicurezza. In modo prioritario è necessario definire l'organizzazione con i diversi legami gerarchici e le mansioni delle singole funzioni sia dirigenziali sia operative. Il SGSL prevede di definire in modo documentato le procedure e le prassi aziendali così da consolidare ed uniformare i comportamenti e le istruzioni (CHI FA – CHE COSA – COME). Il personale così come richiesto anche dal d.lgs. 81/08 deve essere consapevole e competente in merito ai rischi connessi al proprio lavoro. È necessario definire programmi di addestramento mirati sia ai rischi riguardanti le attività dell'Azienda in generale, sia ai rischi specifici in relazione alle mansioni svolte, registrando le singole formazioni attuate.

Identificate le condizioni e gli impianti che possono generare situazioni di emergenza, il SGSL deve prevedere attività preventive di verifica e formazione, rivolte sia a limitare i danni in caso di avvenimento dell'emergenza, sia ad evitarne l'accadimento dello stesso. Il controllo operativo prevede che l'azienda individui e gestisca tutte quelle funzioni, attività e processi che in qualche modo hanno un impatto sulla salute e sicurezza dei lavoratori, introducendo le procedure e le istruzioni necessarie. Identificati i processi critici ne vengono rilevate le pericolosità; le attività operative connesse con le loro interrelazioni e le regole operative per controllarli al meglio.

Il controllo operativo prevede la gestione e la manutenzione degli impianti, in quanto attrezzature di lavoro efficienti, comportano minori possibilità di funzionamento anomalo e minore possibilità di accadimento di incidenti/infortuni. L'applicazione del SGSL prevede lo sviluppo di efficaci canali di informazione (es.: bacheche, circolari interne, comunicazioni audio, ecc.), interni ed esterni, riguardanti aspetti della sicurezza. Le comunicazioni devono essere attuate anche per la diffusione delle disposizioni legislative sempre in continua evoluzione.

Verifica

Di seguito sono illustrati i requisiti per lo svolgimento delle attività di sorveglianza e di controllo del sistema di gestione della sicurezza. In tali attività sono comprese sia le

sorveglianze e le misurazioni delle caratteristiche delle operazioni e/o attività che possono produrre impatti significativi sulla sicurezza e salute dei lavoratori (compresa la gestione delle non conformità, azioni correttive e preventive) sia le attività di audit sul SGSL. L'attività di monitoraggio avviene in genere mediante:

- misurazione e monitoraggio delle prestazioni
- attivazione di procedure preventive e correttive per infortuni, incidenti e non conformità
- registrazioni di sistema e loro gestione e conservazione
- predisposizione e mantenimento di un programma di audit

I risultati del SGSL (in termini di controlli eseguiti, attività legate agli obiettivi e traguardi, misure di prevenzione, ecc.) devono essere misurati, monitorati e valutati nella loro efficacia. Prioritaria è la conduzione, la registrazione e l'archiviazione delle misurazioni previste dalle disposizioni legislative (es. rumore, polveri, ecc.). Il SGSL prevede l'identificazione di opportuni indicatori che permettono di monitorare nel tempo le prestazioni aziendali. Le verifiche ispettive della sicurezza (*safety audit*) hanno lo scopo di assicurare che le varie aree ed attività di lavoro siano progettate, condotte e mantenute sia in modo da proteggere adeguatamente la sicurezza degli operatori sia in conformità alle procedure interne documentate.

Riesame

Dopo la conclusione del ciclo di monitoraggio interno, il vertice aziendale dovrebbe sottoporre a riesame le attività del sistema di gestione della sicurezza per valutare se il sistema sia adeguatamente attuato e si mantenga idoneo al conseguimento degli obiettivi e della politica della sicurezza stabilita dall'azienda.

La fase di Riesame del SGSL comprende:

- verifica dell'adeguatezza ed efficacia del SGS
- aggiornamento valutazione rischi
- aggiornamento o implementazione degli obiettivi
- adeguatezza delle risorse e dei bisogni formativi
- efficacia delle verifiche ispettive interne
- non conformità, infortuni, incidenti, potenziali incidenti
- analisi delle statistiche

- gestione delle emergenze

Questo riesame si fonda sia sull'analisi di informazioni e dati raccolti durante l'implementazione del SGSL, sia sui risultati delle verifiche ispettive e delle attività di sorveglianza e permette all'azienda di aggiornare periodicamente il proprio Sistema (anche alla luce di eventuali punti di criticità emersi durante l'esercizio dello stesso), mediante l'introduzione di opportune azioni correttive.

Miglioramento

Concluso il riesame del SGSL il ciclo di Deming prevede un nuovo percorso PDCA permettendo all'azienda di migliorare l'efficacia degli interventi già attuati, esercitando un'attività di autocontrollo finalizzata al miglioramento e non semplicemente alla pur doverosa ottemperanza alle leggi.

È doveroso precisare che le Linee Guida UNI-INAIL ripercorrono nei contenuti l'approccio della norma internazionale OHSAS 18001:2007. Va inoltre specificato che, mentre le Linee Guida UNI-INAIL rappresentano dei meri indirizzi a supporto di un'azienda intenzionata a implementare un SGSL nell'ambito nazionale, la norma OHSAS 18001:2007 riporta alcuni requisiti specifici a livello internazionale che possono essere assoggettati a verifica da parte di appositi enti di accreditamento ai fini del rilascio della specifica certificazione.

L'ORGANISMO DI VIGILANZA: DEFINIZIONE E PROFILI CRITICI

Sommario: **1.** Ruoli e caratteristiche. – **2.** Composizione. - **3.** Composizione dell'OdV in materia antinfortunistica: un modello integrato. - **4.** L'OdV nelle PMI: problemi di compatibilità

1. Ruolo e caratteristiche

L'art. 6 co. 1 lett. b) e d) del d.lgs. 231/2001 prevede che l'ente, al fine di ottenere l'esonero dalla responsabilità penale-amministrativa, fornisca la prova che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza e dei modelli e di curare il relativo aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo.

L'organismo cui è affidata tale funzione è l'Organismo di Vigilanza (OdV); lo stesso consiste in un organo di controllo specialistico che, diversamente dal collegio sindacale - il quale svolge un controllo di tipo generalistico sull'attività dell'ente - è deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Segnatamente, se l'oggetto della vigilanza dell'OdV è rivolto esclusivamente al d.lgs. 231/2001, quello del collegio sindacale è molto più ampio riguardando l'intero controllo sulla legalità dell'attività aziendale.

Sebbene il legislatore abbia prescritto la necessità dell'Organismo di Vigilanza, quale elemento indispensabile per l'esonero da responsabilità dell'ente, ha lasciato all'autonomia privata ampia libertà circa la sua configurazione e l'individuazione delle relative funzioni .

L'attività dell'OdV, invero, è incentrata sulla prevenzione di illeciti e sul corretto funzionamento e costante adeguamento del modello organizzativo, in quanto dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Dal testo normativo (art. 6 d.lgs. 231/2001), infatti, emerge come le funzioni caratteristiche di tale organismo siano quelle di:

- confrontare i comportamenti concretamente realizzati all'interno dell'ente con quanto previsto dal Codice Etico e dal modello organizzativo, evidenziandone gli eventuali scostamenti;

- valutare l'adeguatezza del modello organizzativo, in relazione alle attività svolte dall'ente e alla sua organizzazione, e cioè valutare la sua idoneità a evitare la commissione dei reati per la prevenzione dei quali esso è stato predisposto;

- aggiornare il modello organizzativo al fine di adeguarlo ai mutamenti normativi e alle modifiche della realtà aziendale; tale attività può essere svolta sia attraverso una fase preventiva di analisi delle mutate condizioni aziendali, sia in una fase successiva di verifica della funzionalità delle modifiche proposte.

Su un piano squisitamente operativo, in sostanza, le attività che l'Organismo di Vigilanza è chiamato ad assolvere, consistono essenzialmente nel:

- valutare l'adeguatezza del modello, ossia della sua reale, e non già meramente formale, capacità di prevenire i comportamenti vietati;

- vigilare sull'effettività del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;

- verificare il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;

- effettuare periodicamente verifiche mirate su operazioni o atti specifici posti in essere soprattutto nell'ambito delle attività sensibili;

- implementare i flussi informativi con le altre funzioni aziendali per tenere aggiornate le aree a rischio di reato, per tenere sotto controllo la loro evoluzione al fine di realizzare un monitoraggio costante e per garantire, infine, che le azioni correttive necessarie a rendere il modello adeguato ed efficace siano intraprese tempestivamente;

- curare il necessario aggiornamento del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni, integrazioni ed adeguamenti, alla luce della copiosa evoluzione normativa e di eventuali variazioni nel sistema organizzativo e produttivo aziendale. In sintesi, curare l'aggiornamento del modello, significa renderlo funzionante nel contesto dinamico aziendale, senza che ciò

implichi un potere dell'OdV di intervenire direttamente sul modello poiché tale potere compete esclusivamente all'organo dirigente;

- verificare periodicamente la mappa delle aree a rischio reato al fine di adeguarla ai mutamenti dell'attività o della struttura aziendale; a tal fine all'OdV devono essere segnalate da parte delle figure in posizione gestoria le eventuali situazioni che possono esporre l'azienda a rischio di reato.

L'operato dell'OdV si riassume pertanto in attività di analisi, controllo e valutazione.

Al fine di consentire all'OdV di svolgere appieno le proprie funzioni, è necessario che allo stesso sia garantito il pieno accesso, senza limiti e condizioni, a tutte le informazioni aziendali rilevanti .

Ogni singola funzione aziendale e ogni dipendente che venga in possesso di informazioni rilevanti o a conoscenza di condotte non adeguate alle norme di comportamento, dovranno riportare tempestivamente all'OdV qualsiasi evento o circostanza rilevante ai fini dell'attività di controllo.

L'affidamento di detti compiti all'Organismo ed, ovviamente, il corretto ed efficace svolgimento degli stessi sono, dunque, presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti apicali (art. 6), che dai soggetti sottoposti alla direzione dei soggetti apicali (art. 7).

Fermi, dunque, i compiti che, senza pretesa di esaustività, sono riconducibili all'attività ordinaria dell'OdV, appare ora opportuno analizzarne le caratteristiche.

Alla luce del contenuto delle disposizioni citate e delle elaborazioni dottrinali sul punto, emerge come caratteristiche tipiche dell'OdV siano le seguenti.

- Indipendenza e autonomia rispetto ai vertici dell'ente: per garantirne l'imparzialità anche quando l'organismo sia chiamato a vigilare sull'applicazione delle prescrizioni del modello da parte del vertice medesimo. Tale obiettivo si potrà ottenere con il posizionamento dell'Organo di Vigilanza nella posizione più elevata gerarchicamente all'interno dell'organigramma. All'Organismo di Vigilanza, in ogni caso, dovranno essere attribuiti unicamente compiti di controllo, evitando l'attribuzione di incarichi operativi, che, coinvolgendolo nelle scelte gestionali, potrebbero minarne l'indipendenza di giudizio e di azione. Risulta, inoltre, estremamente importante che detto organismo sia legittimato nella sua azione dal costante appoggio da parte dei vertici aziendali;

- capacità professionale necessaria e sufficiente a garantirne la continuità di azione in un contesto che richiede approfondite capacità di valutazione e gestione dei rischi, conoscenze di analisi delle procedure, di organizzazione aziendale, di finanza, di revisione e di gestione, di diritto civile e penale e di pratica professionale;

- continuità di azione, al fine di garantire la costante attività di monitoraggio e di aggiornamento del modello e la sua variazione al mutare delle condizioni aziendali di riferimento.

Siffatte caratteristiche, a ben vedere, risultano strumentali ad un'efficace esecuzione dei compiti come sopra individuati.

Ed invero, le caratteristiche di indipendenza e l'autonomia funzionale dei controlli dell'OdV impongono una separatezza da tutti i soggetti vigilati, anche da quelli posti ai vertici aziendali.

La posizione dell'ODV nell'ambito dell'ente deve garantire, infatti, l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma d'interferenza e di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente (e in particolare dei soggetti apicali).

Tale obiettivo si può ragionevolmente conseguire inserendo l'organismo in esame come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il "riporto" al consiglio di amministrazione nel suo complesso.

Per garantire la necessaria autonomia è necessario, da un lato, che, come anticipato, all'ODV non siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio e, dall'altro lato, che sia, invece, attribuito allo stesso un budget di spesa per l'esecuzione della sua attività.

Siffatta autonomia, anche finanziaria, è evidentemente un'ulteriore garanzia di indipendenza dell'organo in quanto evita ogni forma anche indiretta di soggezione dall'organo di vertice.

Nell'ottica dell'indipendenza dell'OdV, pare opportuno, inoltre, escludere qualsiasi possibilità di remunerazione variabile, cioè collegata ai risultati dell'impresa, in caso contrario, in linea teorica, l'attività di vigilanza potrebbe essere, ovviamente, meno rigorosa.

Nel modello organizzativo deve inoltre essere specificato che le attività poste in essere dall'organismo, secondo quanto stabilito del modello, non possano essere sindacate da alcun altro organismo o struttura aziendale.

In particolare, l'organismo deve avere libero accesso presso tutte le funzioni della Società - senza necessità di alcun consenso preventivo - onde ottenere ogni informazione o dato ritenuto necessario per lo svolgimento dei suoi compiti.

L'organismo deve, poi, essere professionalmente qualificato per svolgere efficacemente l'attività assegnata e, tra i suoi componenti, devono essere garantiti i requisiti di onorabilità, l'assenza di conflitti di interesse e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con i vertici aziendali.

2. La composizione

Come sopra accennato, il dettato normativo di riferimento non fornisce prescrizioni circa la composizione dell'Organismo di vigilanza, il che consente di optare, in astratto, sia per una composizione monosoggettiva che per una plurisoggettiva.

La scelta tra l'una o l'altra soluzione è tuttavia condizionata dalla circostanza che l'organismo deve comunque assicurare l'effettività dei controlli in relazione alla dimensione ed alla complessità organizzativa dell'ente.

Circostanza questa che necessariamente incide sulla scelta della sua composizione.

A bene vedere la composizione pluralistica dell'OdV pare garantire, rispetto all'organo monocratico: i) una maggiore indipendenza ed obiettività di valutazione, ii) la terzietà (specie se si ricorre a componenti esterni); iii) la completezza e la diversificazione delle professionalità; iv) una maggiore esaustività dei controlli, stante talvolta la loro complessità.

Al fine di garantire il rispetto di dette caratteristiche dovrebbe allora considerarsi precluso l'accesso a posizioni all'interno dell'Organismo di Vigilanza a tutti quei soggetti che:

- si trovano in situazioni di conflitto di interesse con l'azienda;
- rivestono ruoli apicali all'interno dell'organizzazione aziendale;
- anche se esterni all'ente, svolgono attività di consulenza in favore dello stesso;
- si trovano in posizione di dipendenza gerarchica da soggetti responsabili di aree operative ovvero che svolgono direttamente attività operative nell'azienda.

Ne discende, quindi, come si possa ritenere preferibile escludere dal novero dei componenti dell'OdV coloro i quali svolgono ruoli all'interno dell'internal audit e del collegio sindacale, in quanto il primo direttamente dipendente dall'organo di amministrazione aziendale ed il secondo evidentemente sfornito di autonomi poteri di iniziativa e controllo e dotato di funzioni più simili a quelle dell'organo amministrativo che non a quelle di un organo di controllo .

In particolare, in relazione alla posizione dei membri del collegio sindacale, appare necessaria una precisazione critica alla luce della più recente evoluzione normativa.

La Legge di Stabilità 2012 (l. 183/2011) ha introdotto il comma 4-bis all'art. 6 d.lgs. 231/2001, prevedendo la possibilità di attribuire al collegio sindacale, che nelle S.r.l. potrebbe essere monocratico, anche la funzione di OdV.

Tale disposizione, che ha lo scopo di alleggerire gli oneri economici in capo alle aziende, lascia perplessi sotto alcuni aspetti operativi, in quanto potrebbe comportare rilevanti criticità sia nel funzionamento dell'organismo in sè, sia nel coordinamento con l'intero sistema di controllo.

Ulteriori complessità sorgono dall'introduzione, con il d.l. n. 5 del 2012 in materia di semplificazione e sviluppo, nella versione convertita in legge, della possibilità di nominare nelle S.r.l. un collegio sindacale monocratico (il cd. sindaco unico) che, secondo alcune linee interpretative potrebbe dover rivestire, in certi casi, anche i ruoli dell'Organismo di Vigilanza, con intuitivi problemi di sovrapposizione di competenze e di interessi .

Una soluzione univoca alla questione si potrebbe raggiungere soltanto esaminando singolarmente i vari casi concreti, in ragione dell'adeguatezza delle scelte effettuate.

E' da escludere altresì, per le ragioni sopra menzionate, che l'organismo possa identificarsi con soggetti esterni all'ente, quali ad esempio le società di revisione.

Di contro si ritiene coerente con il sistema attribuire la funzione di componente dell'OdV agli amministratori non esecutivi o indipendenti.

Fermo quanto sopra, pare quindi opportuno che l'Organismo di Vigilanza sia costituito da una struttura di nuova istituzione, preferibilmente plurisoggettiva, da un organismo ad hoc, quindi, i cui componenti devono essere dotati di specifici requisiti

soggettivi già previamente identificati ed inseriti nelle disposizioni del modello organizzativo stesso.

E' necessario, infatti, che il modello individui precisamente le cause di ineleggibilità dei membri dell'OdV, le modalità di nomina e cessazione dall'ufficio, le ipotesi di sostituzione, la retribuzione, i doveri ed i poteri dell'organismo di controllo, le modalità di riunione dello stesso e le responsabilità attribuite.

Passando ora ad esaminare nel dettaglio i requisiti inerenti la professionalità specifica dei membri dell'OdV, occorre segnalare che una composizione auspicabile potrebbe riunire uno o più consiglieri di amministrazione indipendenti, uno o più esperti all'azienda ed eventualmente un componente del collegio sindacale, preferibilmente il Presidente .

Sul tema della composizione dell'OdV si è espressa, inoltre, la giurisprudenza di merito, tra cui il GIP. del Tribunale di Milano che, nell'ordinanza del 20 settembre 2004, ha precisato che in punto di autonomia dell'organo di vigilanza il modello si limita a rinviare ai curricula dei singoli, componenti dell'organo. Il modello non prevede che, necessariamente, i componenti dell'organo di vigilanza debbano possedere capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale. Ci si riferisce al campionamento statistico; alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi; alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, alle metodologie per l'individuazione delle frodi.

Sempre secondo il Tribunale di Milano, se l'organo di vigilanza deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia diventata irrevocabile potrebbe cioè nominarsi quale membro dell'organo di vigilanza un soggetto condannato — seppure con sentenza non irrevocabile - per corruzione, per truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile ad esempio per gravi fatti corruttivi.

Sempre con riguardo ai requisiti dei membri dell'OdV, pare auspicabile che le attività dell'organismo, sia esso in composizione monocratica o plurisoggettiva,

siano assistite dalle attività di consulenti esterni, soprattutto allorché sia necessario ricorrere a competenze specifiche in determinati settori.

Non è raro, infatti, il caso in cui l'ente faccia ricorso alle competenze di professionisti esterni all'organo stesso, professori universitari, magistrati e funzionari pubblici e ciò non solo nella fase di costruzione ed impostazione del modello, ma anche nella fase del suo monitoraggio.

Resta inteso, tuttavia, che i consulenti dovranno sempre riferire i risultati del loro operato all'Organismo di Vigilanza.

Quanto, poi, alla nomina dei membri dell'OdV, l'opinione unanime è nel senso di ritenere che la stessa spetti all'organo dirigente sul quale ricadrà, in ogni caso, la responsabilità in ordine alla valutazione periodica circa l'attività dell'OdV.

3. Composizione dell'OdV in materia antinfortunistica: un modello integrato

Sul tema appare utile svolgere alcune considerazioni in relazione alla composizione ed ai compiti dell'Organismo di Vigilanza relativamente alle fattispecie in materia antinfortunistica.

Occorre evidenziare che il compito dell'organismo sia, in linea generale, delineato dall'art. 6, lett. b), d.lgs. 231/2001, ossia, come già rilevato, quello di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento.

Si tratta di verifiche di grande rilievo, la cui mancata attuazione comporta la responsabilità dell'ente; l'OdV dovrà vigilare sull'effettività del modello, valutarne la reale capacità di prevenire i comportamenti criminosi, analizzare il mantenimento nel tempo dei requisiti di validità e funzionalità dello stesso, curarne l'aggiornamento, proponendo eventuali adeguamenti, verificare l'attuazione e la funzionalità effettiva delle soluzioni proposte .

Quanto alla composizione dell'organismo, occorre evidenziare che dovrà essere modulata in funzione del crescere delle dimensioni dell'ente.

Occorrerà, in ogni caso, prestare particolare attenzione a non inserire all'interno soggetti possibili portatori di conflitti, già coinvolti nelle dinamiche interne.

In un ente che abbia particolari problematiche in tema di salute e sicurezza sul lavoro sarà certamente buona regola l'inserimento nell'OdV di un soggetto esperto

nella materia, senza, però, dimenticare che è da escludersi a priori l'inserimento del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione in quanto tale soggetto, la cui definizione e l'indicazione dei compiti è contenuta nel d.lgs. 81/2008 s.m.i., potrà certamente svolgere le mansioni di consulente esterno dell'OdV, ma mai di componente dello stesso .

In altre parole, la soluzione più opportuna al complicato rapporto tra OdV e la figura dell'RSPP pare consistere in un sistema di controllo integrato con le disposizioni tecniche in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ed in grado di assicurare verifiche tecnico-operative efficaci su più livelli.

In definitiva, caratteristica peculiare di tale sistema integrato è la diversità strutturale e funzionale dei due organismi, chiamati a collaborare ed interagire nella realtà aziendale e nelle unità produttive in ragione delle loro diverse funzioni.

Se, infatti, la funzione del RSPP è essenzialmente tecnica, quella dell'OdV è molto più eterogenea: in tale organismo, infatti, i membri ben potranno effettuare attività di verifica sulle concrete condizioni di lavoro, ma mai potranno dare delle direttive immediate al RSPP.

L'OdV avrà, invece, il compito di verbalizzare la ricognizione e di darne formale informativa all'organo dirigente, il quale potrà prendere i provvedimenti del caso.

4. L'OdV nelle PMI: problemi di compatibilità

Esaminata in generale la disciplina dell'Organismo di Vigilanza, occorre ora soffermarsi sulle caratteristiche di tale organismo nelle PMI; in tali contesti infatti la necessità della presenza di tale organismo si espone a diversi profili di criticità.

La realtà delle PMI ossia di quegli enti che, per la dimensione e la semplicità della struttura organizzativa, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno, pone a ben vedere inevitabili problemi.

Ed invero, l'onere soprattutto economico di dotarsi di un modello, si somma a quello derivante dall'istituzione e dal funzionamento dell'organismo deputato alla sua vigilanza.

Proprio la complessità e l'onerosità del modello indicato dal d.lgs. n. 231/2001, hanno portato il legislatore a tenere in considerazione le problematiche che si pongono in quella categoria di enti che, per la loro ridotta dimensione ed il conseguentemente limitato volume d'affari, potrebbero non essere in grado di sostenere economicamente l'istituzione di un Organismo di Vigilanza ad hoc .

Inoltre, un ente di piccole dimensioni non può, oltre che essere eccessivamente gravato da ingenti costi per dotarsi di specifiche strutture di vigilanza, nemmeno essere appesantito nella sua struttura organizzativa, ontologicamente semplice e snella .

A questo proposito il d.lgs. n. 231/2001 ha previsto all'art. 6, co. 4, la facoltà dell'organo dirigente di svolgere direttamente i compiti indicati.

Tuttavia, tenuto conto dei compiti e delle funzioni cui è deputato l'OdV, in tale contesto pare necessario considerare l'opportunità che, nell'assolvimento di tali compiti, esso si avvalga di professionisti esterni, ai quali affidare l'incarico di effettuare periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello.

È evidente, come già evidenziato, che l'affidamento di questo tipo di delega non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge.

Tale opportunità, in ogni caso, non si può considerare come via obbligatoria all'espletamento degli oneri di vigilanza da parte dell'ente e per questo, nell'ipotesi in cui l'organo dirigente reputi opportuno non avvalersi del supporto esterno, parrebbe opportuno che lo stesso si cauteli in ottica di un ipotetico giudizio, tramite la stesura di un verbale delle attività di controllo svolte, controfirmato dall'ufficio o dal dipendente sottoposto alle verifiche.

In particolare, tale adempimento potrebbe essere congeniale ai casi in cui un ente, sebbene non caratterizzato da un elevato grado di complessità organizzativa, sia strutturato sulla base di una distribuzione mediamente articolata di funzioni gestorie, tanto da presupporre una netta separazione al suo interno tra figure apicali ed organo amministrativo .

Proprio per il rischio di conflitto di interessi che nascerebbe in un contesto simile, in cui le figure di controllato e controllante si sovrapporrebbero sulla stessa persona, appare in ogni caso preferibile istituire un OdV di natura collegiale.

CAPITOLO VI

IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE NELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE: TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA DEI LAVORATORI

Sommario: **1.** I lavori della Commissione Consultiva Permanente per l'adozione del cd. modello integrato nelle piccole e medie imprese. – **2.** La qualificazione delle imprese e le prospettive per la certificazione dei modelli di organizzazione e gestione.

1. Le indicazioni operative della Commissione Consultiva Permanente per l'adozione del c.d. modello integrato nelle piccole e medie imprese

Nel contesto dell'attuazione di un efficace modello organizzativo in un'impresa di medie, piccole o piccolissime dimensioni appare opportuno rilevare come la Commissione Consultiva Permanente – istituita *ex art.* 6 d.lgs. 81/2008 – stia lavorando per dare indicazioni operative finalizzate ad incentivare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi nelle PMI; tali soggetti, in ogni caso, non si vedranno costretti ad uniformarsi a quanto stabilito dalla Commissione, bensì potranno optare per soluzioni di implementazione organizzativa comunque potenzialmente dotate di idoneità preventiva ancorché non fedeli al testo elaborato dalle parti sociali.

I lavori della Commissione Consultiva Permanente, istituita presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali traggono le loro origini dal disposto dell'art. 30 co. 5 bis del d.lgs. 81/2008 che prevede in seno alla Commissione stessa la realizzazione proprio di tali procedure.

Tale intervento, al momento - in attesa della definizione da parte di tale soggetto delle vere e proprie procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della salute e sicurezza nelle piccole e medie imprese - si può dire concretizzato nella Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro Div. VI) dell'11 luglio 2011.

Il provvedimento suddetto, approvato in data 20 aprile 2011, proprio in pendenza dell'emissione delle suddette procedure semplificate, vuole svolgere la funzione di indirizzo per quelle piccole e medie imprese che si sono dotate o hanno intenzione di dotarsi di un modello di organizzazione e gestione della salute e sicurezza conforme alle Linee guida UNI-INAIL (2001) o alle BS OHSAS 18001:2007.

Tale operazione è stata posta in essere al fine di consentire ai soggetti in questione la possibilità di verificare la compatibilità del proprio modello con i requisiti previsti dall'art. 30 d.lgs. 81/2008 e, alla luce di ciò, apportare eventuali modifiche allo stesso al fine di ottenerne la maggior compatibilità.

Un modello rispondente ai criteri delle succitate linee guida è considerato, quindi, conforme, per le parti corrispondenti – individuate appunto dalla tabella di comparazione – all'art. 30.

La tabella in questione, sostanzialmente, vuole fornire all'azienda uno strumento di autovalutazione della conformità del proprio modello alle disposizioni di legge al fine di consentire all'operatore di effettuare eventuali modifiche allo stesso – tanto di natura organizzativo-gestionale, quanto di mera integrazione documentale – che gli attribuiscano efficacia esimente dalla responsabilità penale-amministrativa dell'ente.

La tabella, infine, vuole assolvere, in parte, al compito, assegnato alla Commissione Consultiva Permanente dal co. 5-bis dell'art. 30, di promulgare delle Linee Guida contenenti procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione nelle piccole e medie imprese.

I sistemi di sicurezza contemplati nella stessa, infatti, peraltro già da tempo consolidati, rispondono già in larga parte ai requisiti dell'art. 30 secondo un criterio di semplicità e ciclicità che ben pare attagliarsi alla realtà delle piccole e medie imprese.

La principale discrepanza tra il sistema previsto da BS OHSAS ed Uni Inail ed il disposto dell'art. 30 consiste nella mancanza di previsione nelle prime di un sistema disciplinare, requisito fondamentale previsto, invece, dalla normativa del Testo Unico Sicurezza in ottica esimente dalla responsabilità dell'ente; tale circostanza impone quindi, anche in ottica di procedure semplificate per le PMI, un'integrazione di quanto indicato dalle suddette linee guida con tale strumento.

Occorre, inoltre, segnalare, in attesa dell'eventuale promulgazione del D.L. ufficiale, che la Commissione Consultiva Permanente, nel novembre del 2013, ha

effettuato un importante passo avanti nella predisposizione di procedure semplificate per l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione nelle piccole e medie imprese.

2. La qualificazione delle imprese e le prospettive per la certificazione dei modelli di organizzazione e gestione

La disposizione che ci consente di trovare un collegamento tra la disciplina della certificazione ex d.lgs. 276/2003 (c.d. Legge Biagi) artt. 76 e ss. ed il d.lgs. 81/2008 (c.d. Testo Unico Sicurezza) è sicuramente l'art. 27 di quest'ultimo testo normativo, rubricato "Sistemi di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi".

Dall'art. 51 co 3 *bis* del d.lgs. 81/2008, poi, per quanto tale disposizione non ne dia una esplicita definizione, si può ricostruire il concetto di asseverazione dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione da parte degli Organismi Paritetici.

Tali disposizioni normative si può dire quindi che delineino i profili dei concetti di certificazione e di asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione¹⁵⁷.

Nonostante il disposto dell'art. 51 co. 3 *bis* del d.lgs. 81/2008 enfatizzi il ruolo degli organismi paritetici anche in merito all'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione, manca una definizione esaustiva delle funzioni, dei profili e delle conseguenze dell'asseverazione, al punto da potersi definire tale concetto soltanto *a contrario* per differenza dalla certificazione¹⁵⁸.

Per una definizione di certificazione occorre, quindi, rifarsi al testo dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 il quale contempla la figura dei modelli di organizzazione e gestione ai fini esimenti di cui al d.lgs. 231/2001.

In origine, però, al fianco di tale istituto, il legislatore aveva pensato anche quello della certificazione giuridica dei modelli. L'intervento delle associazioni datoriali della piccola impresa, però, ha portato una maggior attenzione ad un istituto con efficacia decisamente più blanda.

¹⁵⁷ Per un approfondimento sul tema si veda M. Giovannone, M. Tiraboschi, A. Barboni, C. Bizzarro, F. Pasquini, *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)*, Giuffrè, Milano, 2009, 76-94.

¹⁵⁸ M. Giovannone, *I sistemi di qualificazione delle imprese e le prospettive di certificazione dei modelli organizzativi*, in *Quaderni della sicurezza AIFOS* n. 1 – anno II, gennaio-marzo 2011.

Un'idea della direzione che sembra essere stata presa sul tema, ci può essere data anche dalla bozza di proposta di modifica del d.lgs. n. 231/2001 presentata nell'ottobre 2010 dall'onorevole Alfano (anche conosciuta come schema di disegno di legge dell'AREL)¹⁵⁹.

Tale bozza prevedeva, tra le altre, l'introduzione di un sistema di certificazione dei modelli di organizzazione e gestione, l'istituzione di un apposito albo dei soggetti certificatori e la presunzione di idoneità esimente degli stessi modelli così certificati rispetto alla responsabilità per i reati presupposto.

Contestualmente è previsto anche un sistema di certificazione di singole procedure nella fase in cui l'ente si sta fornendo di un modello di organizzazione, ma non se ne sia ancora completamente dotata.

In tale impianto, poi, si instaurerebbe un sistema di responsabilità penali in capo agli enti certificatori.

Tale schema di disegno di legge – integrato dal recepimento di *best practice* e di orientamenti giurisprudenziali – oltre alle modifiche pensate in relazione al sistema di certificazione di cui *supra*, contiene proposte significative anche in merito: i) alla riformulazione in termini positivi dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001 ed alla contestuale eliminazione dell'inversione dell'onere della prova, in contrasto con quanto affermato in giurisprudenza¹⁶⁰; ii) ai criteri definitivi del concetto di “ente di piccole dimensioni”; iii) alla composizione dell'Organismo di Vigilanza in tali enti.

Nel contesto innovativo introdotto dal d.lgs. 106/2009, volto alla determinazione di prassi virtuose in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, si iscrive parimenti e con più specifico riferimento al modello organizzativo riferito all'appalto, l'istituto della qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27 d.lgs. 81/2008¹⁶¹.

I sistemi di qualificazione delle imprese sono stati sviluppati principalmente nel settore degli appalti pubblici, con il fine di massimizzare i criteri di efficacia, efficienza e trasparenza nelle attività delle pubbliche amministrazioni. A tal fine, la normativa in materia definisce determinati requisiti volti a valutare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa appaltatrice o subappaltatrice. La procedura di qualificazione è basata sulla

¹⁵⁹ Si vedano M. Giovannone, *I sistemi di qualificazione delle imprese e le prospettive di certificazione dei modelli organizzativi*, in *Quaderni della sicurezza AIFOS* n. 1 – anno II, gennaio-marzo 2011, e M. Arena, G. Cassano, *La giurisprudenza sul d.lgs. 231/2001 Reati e modelli organizzativi*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010, 125-127, per avere riferimenti in cui la proposta di legge viene chiamata con entrambe le nomenclature.

¹⁶⁰ In particolare dal GIP del Tribunale di Napoli nell'ordinanza del 26 giugno 2007.

¹⁶¹ V. M. Bramieri, D. Bagaglia, A. Firmani, A. Misfud, *La responsabilità penale e amministrativa delle persone giuridiche*, Egea, Milano, 2008, 187; N. D'Angelo, *Infortuni sul lavoro: responsabilità penali e nuovo testo unico*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2008

certificazione del possesso di requisiti tecnico-amministrativi, economico-finanziari e morali, nonché sull'attestazione di qualità aziendale. Il potenziamento di tale strumento, come fattore organizzativo atto a determinare una selezione dei soggetti operanti nel mercato alla luce della rispondenza a particolari standard virtuosi di tutela della salute e sicurezza rappresenta uno dei tratti salienti del d.lgs. 81/2008, soprattutto alla luce delle integrazioni apportate all'articolo 27 dal decreto correttivo¹⁶².

¹⁶² N. Paci, *I sistemi di qualificazione delle imprese*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2008, 313-324

CONCLUSIONI

Il taglio comparato del lavoro ed il supporto dato dalla analisi statistica di apertura hanno consentito la produzione di uno studio a tutto tondo sulla disciplina della responsabilità delle imprese, con particolare riguardo alla realtà delle imprese medio-piccole.

Le innovazioni del mercato del lavoro, determinate da una nuova struttura del rapporto di lavoro, in termini di luoghi, tempi e modalità delle prestazioni, espongono sia i lavoratori che le aziende stesse ad un crescente numero di rischi.

Per i primi, i rischi di cui si parla riguardano più direttamente l'esposizione a fattori di pericolo nuovi, non tradizionalmente individuati, nell'ambito della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Le innovazioni tecnologiche, l'interazione tra agenti chimici, fisici e biologici nei processi produttivi, le evoluzioni sociali e quelle dell'ambiente globale di lavoro hanno infatti contribuito alla creazione di una categoria di rischi cd. emergenti che, nell'ambito della tradizionale organizzazione del lavoro non erano contemplati.

La sempre crescente terziarizzazione della produzione, l'introduzione continua di nuove tecnologie, la globalizzazione dei mercati e la conseguente nuova organizzazione del lavoro espongono i lavoratori ad una serie di nuovi rischi in relazione ai quali le misure di prevenzione tradizionali non paiono sufficienti.

Da tale presupposto nasce l'approccio fortemente incentrato alla prevenzione del Testo Unico per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Per le aziende, invece, i rischi sono determinati da una crescente e continua espansione dell'area di responsabilità ascrivibile alle persone giuridiche e agli enti in generale.

Il novero dei reati per i quali un'azienda può essere considerata responsabile anche come soggetto giuridico è in continua espansione (cfr. d.lgs. 231/2001 e smi) e per questo l'azienda, ed in particolare l'azienda medio-piccola, deve sapersi tutelare anche sotto questo aspetto.

In tal senso, il combinato disposto delle due disposizioni normative citate (d.lgs. 81/2008 all'art. 30 e d.lgs. 231/2001 agli artt. 6 e 7) pone l'accento sull'istituto dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, tanto nella loro dimensione limitata alla

prevenzione delle violazioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, quanto in quella più generale, relativa alla prevenzione di qualsiasi crimine ascrivibile all'ente.

All'evoluzione socio-economica che ha portato i lavoratori ad essere più esposti ad un numero crescente di rischi nella moderna realtà lavorativa, è corrisposta una evoluzione giuridica nel sistema italiano che ha portato alla previsione di una categoria di responsabilità cd. penale-amministrativa degli enti, peraltro in progressiva espansione, che espone questi ultimi a sanzioni - pecuniarie ed interdittive - che, in particolare in relazione a realtà medio-piccole, possono seriamente mettere in discussione la sopravvivenza del soggetto giuridico.

L'operazione di comparare non soltanto sistemi giuridici diversi, ma anche categorie di responsabilità non immediatamente assimilabili, come quella penale (o penale-amministrativa) e quella sociale ha contribuito a perseguire il fine ultimo di questa tesi, ossia la ricerca di una soluzione di natura preventiva nei confronti della responsabilità penale adatta alla realtà delle piccole e medie imprese.

L'approccio etico al tema della responsabilità, l'impostazione del *business* alla luce degli interessi di tutti gli *stakeholders* - con l'estensione del concetto di modello organizzativo da mero strumento pensato per svincolare l'azienda dalla responsabilità a reale struttura organizzativa fondata su una visione etica e responsabile degli affari - pare infatti una soluzione non solo teorica, al problema dello scarso, e spesso sterile, utilizzo di modelli di organizzazione e gestione nelle realtà imprenditoriali piccole o medie.

In altre parole, l'obiettivo di questa tesi non è soltanto quello di giungere ad ipotizzare quale sia il miglior modo per le piccole e medie imprese per andare esenti da responsabilità penale-amministrativa; la risposta a tale quesito è già esistente ed intuitiva: il miglior modo è quello di non commettere reati.

Il fine ultimo è quello della ricerca del modo più semplice e conveniente per una piccola o media impresa per non commettere reati senza essere penalizzata nel mercato, anzi possibilmente migliorando la propria posizione in esso.

La risposta, in opinione di chi scrive, si può ottenere dalla commistione dell'aspetto preventivo di responsabilità dei modelli di organizzazione e gestione con un approccio socialmente responsabile agli affari, alla luce della concezione che il profitto non può essere lo scopo unico dell'impresa, ma questo deve essere affiancato dalla ricerca di un

vantaggio per tutti i soggetti che portano direttamente o indirettamente qualche interesse nei confronti della realtà aziendale.

Il sistema americano - e quelli anglosassoni in generale - ci ha consentito non solo di vedere e capire come sono nati i progenitori dei nostri modelli organizzativi, i *compliance programs*, cui i primi sono espressamente ispirati, ma anche di capire quale sia la vera *ratio* alla base di tale istituto.

Lo scopo del modello organizzativo statunitense è la tutela non solo delle potenziali vittime del reato, ma anche e soprattutto della stessa persona giuridica che lo attua.

La ferma volontà delle istituzioni americane di debellare il cancro dei crimini societari che negli anni si sono evoluti sotto tutti gli aspetti assumendo in determinati casi dimensioni impressionanti - pensiamo agli ultimi crimini economici alle origini della grande crisi economico-finanziaria ad oggi ancora in atto, ma anche alle devastanti stragi ambientali provocate da alcune delle più grandi multinazionali di origine americana - ha infatti portato ad un forte inasprimento del sistema sanzionatorio in questo settore.

Il *compliance program*, in tale contesto, è quindi strumento per la prevenzione della commissione dei reati da parte dell'ente, ma anche per la prevenzione delle gravissime conseguenze delle sanzioni che allo stesso verrebbero inflitte in seguito alla commissione di reati.

L'importanza di "mantenere in vita" le persone giuridiche, fornendo loro la possibilità di utilizzare uno strumento - il *compliance program* appunto - che consenta loro di tutelare sia gli *stakeholders* che sè stessa, lascia trasparire, in opinione di chi scrive, una visione etica del *business* e la grande attenzione data alle aziende per il loro ruolo nella società.

Ruolo che senza dubbio può assumere indirizzi negativi - e per questo l'inasprimento del sistema sanzionatorio - ma che, in ogni caso, necessita di essere tutelato quanto arginato nei suoi profili più negativi.

A tal fine il modello organizzativo, in questo sistema giuridico, vuole essere una tutela sia per il tessuto sociale da possibili reati commessi dalla persona giuridica intesa come *mens rea* che per la stessa persona giuridica dalle circostanze irreparabili che potrebbero derivarle nel caso di sanzioni penali comminate in seguito ad una mancata attività preventiva di reati commessi dai suoi dipendenti.

Questa posizione pare discostarsi in parte da quella rilevata nel sistema svizzero che ci ha mostrato, come l'ente - tra gli altri casi - è considerato punibile nel caso in cui la sua struttura sia impostata in modo tale da "nascondere" la persona fisica colpevole. Tale circostanza sembra chiarire come in tale sistema giuridico si cerchi prima di tutto di eliminare il problema dell'impossibilità di individuare una persona fisica cui ricondurre il fatto criminoso per evitare l'odiosa situazione di lasciare alcuni reati senza colpevoli.

Sebbene, dunque, i vari sistemi giuridici analizzati - statunitense, svizzero ed italiano - presentino diversi aspetti di similitudine, in particolare negli strumenti predisposti per le attività preventive, traspare dall'analisi comparata come il fenomeno della criminalità d'impresa sia affrontato da differenti angolature.

Se guardiamo alla situazione italiana, infatti, senza dubbio, ciò che rileva è che il fenomeno degli infortuni nel luogo di lavoro assume dimensioni importanti nella realtà della piccola e media impresa, settore di punta a livello quantitativo nell'economia nazionale.

La creazione, in tal modo, di ulteriori rischi per i lavoratori ha automaticamente allargato anche il novero dei rischi per l'impresa di incorrere in responsabilità penale-amministrativa, categoria a sua volta sottoposta ad una continua espansione da parte del legislatore.

Tale circostanza rende ancora più strategica la figura del modello di organizzazione, gestione e controllo, strumento fondamentale per attuare quella politica preventiva necessaria non solo a diminuire i rischi di infortuni sul lavoro, ma anche a ridurre fortemente le possibilità che ad un ente sia ascritta una qualche forma di responsabilità penale-amministrativa.

Presupposto necessario perché si configuri la responsabilità dell'ente è che un soggetto in posizione apicale o un dipendente abbia commesso, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, un reato ricompreso nelle categorie individuate espressamente dal decreto 231 negli articoli compresi tra il 24 ed il 25 *duodecies*.

Il "reato d'impresa" dipende direttamente dalla presenza di una struttura organizzata che non solo caratterizza ontologicamente l'ente, ma è anche il vero e proprio substrato dal quale tale ordine di reati trae la sua origine. L'ente collettivo può, dunque, essere visto come una sorta di "incubatore" dell'illecito nel quale i meccanismi

di formazione della volontà esulano le posizioni soggettive delle singole persone fisiche componenti l'organizzazione.

L'organizzazione in sé, in sostanza, è il vero e proprio centro d'imputazione di determinate scelte criminogene e non il mero contenitore materiale per il formarsi di scelte individuali. Il metodo migliore per arginare il fenomeno della criminalità d'impresa è dunque quello di attuare delle valide ed efficaci regole di organizzazione.

Tale finalità viene perseguita con l'adozione ed efficace applicazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001.

Questi modelli concretizzano la loro funzione in primo luogo mediante l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi dei reati; in seguito a tale attività preventiva il modello, poi, è volto ad individuare protocolli *ad hoc* per la formazione delle decisioni in ottica preventiva rispetto alla realizzazione di determinati reati.

Il ruolo sistematico del modello in tale impianto gli attribuisce due ordini di funzioni: quella principe, esimente, ed una seconda, che si può dire parzialmente esimente, di natura riparatoria.

La funzione esimente si concretizza in modo differente a seconda che il reato sia commesso da un soggetto apicale o da un dipendente.

La funzione riparatoria si esplicita ovviamente in fase *post delictum* e consiste nella possibilità in capo ad un ente che abbia commesso un reato, ma che non aveva precedentemente adottato un modello organizzativo o che ne aveva adottato uno non efficace, di vedere ridotte le sanzioni allo stesso inflitte, fino alla possibile totale esenzione da quelle interdittive, subordinatamente all'adozione di un modello organizzativo o al suo adeguamento.

Il legislatore nazionale in passato, allineandosi alla posizione di quello americano relativamente alla natura dei *compliance programs*, si è mostrato fermamente in disaccordo con la possibilità di riconoscere in capo ai modelli di organizzazione e gestione il carattere dell'obbligatorietà.

In diverse pronunce di merito i giudici hanno rappresentato l'insufficienza, al fine di valutare l'adeguatezza di un determinato modello, della prova dell'adeguamento meramente formale alle Linee Guida e/o al Codice Etico, in quanto figure entrambe eccessivamente generali ed astratte.

Sono invece ritenuti peculiari della struttura del modello organizzativo tre caratteri: efficacia, specificità, dinamicità.

Con i primi due ci si riferisce alla necessità che il modello in questione tenga in considerazione tutte le caratteristiche peculiari dell'ente, dalle dimensioni alla storia, con il terzo, invece, si intende la capacità di adeguarsi ad eventuali cambiamenti nelle esigenze preventive, divenendo in tal senso la contestualizzazione un elemento fondamentale per il giudice al momento del sindacato di legittimità.

La finalità del modello 231 riguarda non solo la funzione di mappatura e gestione del rischio, ma comprende anche un ruolo di controllo sul sistema operativo al fine di garantirne una verifica continua dell'effettività.

Nel contesto dell'attuazione di un efficace modello organizzativo in un'impresa di medie, piccole o piccolissime dimensioni, inoltre, appare opportuno rilevare come la Commissione Consultiva Permanente – istituita *ex art.* 6 d.lgs. 81/2008 – stia lavorando per dare indicazioni operative finalizzate ad incentivare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi nelle piccole e medie imprese.

Tali soggetti, in ogni caso, non si vedranno costretti ad uniformarsi a quanto stabilito dalla Commissione, bensì potranno optare per soluzioni di implementazione organizzativa comunque potenzialmente dotate di idoneità preventiva ancorché non fedeli al testo elaborato dalle parti sociali.

I lavori della Commissione Consultiva Permanente, istituita presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali traggono le loro origini dal disposto dell'art. 30 co. 5 bis del d.lgs. 81/2008 che prevede in seno alla Commissione stessa la realizzazione proprio di tali procedure.

Tale intervento, al momento - in attesa della definizione da parte di tale soggetto delle vere e proprie procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della salute e sicurezza nelle piccole e medie imprese - si può dire concretizzato nella Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro Div. VI) dell'11 luglio 2011.

Il provvedimento suddetto, approvato in data 20 aprile 2011, proprio in pendenza dell'emissione delle suddette procedure semplificate, vuole svolgere la funzione di indirizzo per quelle piccole e medie imprese che si sono dotate o hanno intenzione di

dotarsi di un modello di organizzazione e gestione della salute e sicurezza conforme alle Linee guida UNI-INAIL (2001) o alle BS OHSAS 18001:2007.

Tale operazione è stata posta in essere al fine di consentire ai soggetti in questione la possibilità di verificare la compatibilità del proprio modello con i requisiti previsti dall'art. 30 d.lgs. 81/2008 e, alla luce di ciò, apportare eventuali modifiche allo stesso al fine di ottenerne la maggior compatibilità.

Se all'analisi comparata, poi affianchiamo le riflessioni in merito alla figura della *Corporate Social Responsibility* ciò che si può affermare è che la via più consigliabile da percorrere per implementare un sistema di responsabilità degli enti non penalizzante per le imprese - ed in particolare per quelle di medie, piccole e piccolissime dimensioni - sia quella eticamente orientata.

Sebbene il sistema di responsabilità sociale degli enti in Italia - come nella maggior parte dei sistemi giuridici mondiali - sia strutturato nelle forme del *soft law* e quindi si affidi a semplici spunti di autoregolamentazione da parte dei privati, ciò che emerge dalla analisi dello stesso è che un approccio al *business* che non guardi solo al profitto, ma che porti ad impostare l'intero ciclo produttivo, nonché quello dei controlli e della prevenzione, guardando non solo al profitto personale, ma anche al benessere in senso lato di tutti gli *stakeholders* sia la via maestra da seguire tanto per evitare condanne penali all'ente quanto per tutelare la comunità dalla commissione di reati societari.

La piccola impresa che si immette nel mercato con un concetto del *business* eticamente orientato, infatti, prima di tutto - vista la rapidità e tentacolarità dell'espansione normativa nell'ambito dei reati societari - sarebbe nella posizione di anticipare le scelte del legislatore abbattendo i costi di eventuali necessari aggiornamenti del proprio modello.

Ultimo, ma non ultimo, si porrebbe nella posizione di avere molte più vie aperte sul mercato agendo con automatica inclinazione al proprio esterno aprendosi in tal modo vie verso nuovi mercati, nuovi investitori e nuovi canali di finanziamento, uno su tutti quello Europeo.

