

Responsabilità, giustizia e diritto vivente

Maria Antonella Pasculli

SOMMARIO: 1. Quadro generale. - 2. Fatto e diritto. - 3. Il dolo eventuale esiste. - 4. Nella potente *Thyssen Krupp* s.p.a. i *compliance programs* non esistono. - 5. Diritto giurisprudenziale e diritto scientifico. *Dove va il diritto?*

1. Quadro generale

Con la sentenza del 15 aprile 2011 la Seconda Corte di Assise di Torino scrive una pagina importante del *diritto penale giurisprudenziale*, in cui l'interpretazione delle norme giuridiche, legata alla soggettività dell'interprete, "con tutto il bagaglio di convinzioni, di opzioni, di scelte, anche di tipo politico-ideologico", rispetta i canoni metodologici dell'esegesi, stabiliti dal legislatore, non rinunciando, tuttavia, all'interpretazione estensiva di taluni profili sostanziali, con apporto integrativo o "eterointegrativo" di qualità¹.

In questa decisione² si affrontano questioni di diritto rilevanti che attraversano l'intera *grammatica del diritto penale*³, con riguardo ai sottosistemi della responsabilità da reato delle persone giuridiche e della tutela e sicurezza sui luoghi di lavoro, novellati *ad hoc*: Viene ad essere accertato se la condotta umana, imputabile a determinati datori di lavoro e a determinata società, sia stata condizione di eventi dannosi e pericolosi, quali il disastro derivante dalla rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, l'omicidio doloso o colposo, l'incendio doloso o colposo, le lesioni e l'omicidio derivante da violazione di norme a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro; viene ad essere accertato il problema della punibilità delle condotte di omesso compimento dell'azione dovuta, in forza di apposite norme giuridiche⁴.

Viene ad essere accertato il nesso di causalità tra il non avere installato un impianto di rilevazione e di spegnimento automatico nello stabilimento di Torino e l'incendio, sviluppatosi nella notte del 6/12/2007, come dimostrato all'esito del giudizio controfattuale, operato in sentenza.

¹ Aveva ben colto l'aspetto critico dell'interpretazione giurisprudenziale, G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, Roma, Bari, 2002, p. 225 ss.

² La sentenza della II Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, è riportata in *archiviopenale.it*

³ La citazione rimanda a G. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

⁴ Cfr. in tema il Confronto di idee *La responsabilità penale del datore di lavoro per incidenti sul lavoro*, in questa *Rivista*, 2011, n. 2, p. 333 ss., a cura di Ronco, Belliore, Civello, Santoriello, Riverditi, Falcinelli, Manna.

Viene ad essere accertato il limite dell'elemento soggettivo del reato, indagando sul confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, con risvolti sia pratici che teorici. Viene ad essere applicata una sanzione efficace ed effettiva alle persone fisiche incriminate e alla persona giuridica, in essa immedesimate *organicamente*; vengono risarciti i danni morali e materiali agli enti territoriali, collettivi, agli individui, che persero padri, fratelli, figli.

I principi generali del diritto cui si giunge non possono, né debbono essere il risultato ricavato a posteriori attraverso un procedimento di successive ed astratte generalizzazioni, ma si pongono come profonde valutazioni costituenti il fondamento dell'ordine giuridico⁵.

2. Fatto e diritto.

I giudici decidono di descrivere il fatto/reato, riportando testualmente le testimonianze dei lavoratori, sopravvissuti all'incendio, in cui sorta di quasi unica coincidenza tra verità storica e verità processuale, tra elementi di prova e prove. Il fatto viene "interamente esposto attraverso le parole dei testimoni, omettendo commenti e parafrasi"⁶. Perdonò la vita a causa dell'incendio sette operai in servizio presso la Linea 5 dello stabilimento.

La società *Thyssen Krupp AG*, casa madre nel settore dell'acciaio, controllava due società italiane, rivolte alla produzione dell'acciaio inossidabile (*Stainless*), una con sede a Torino, l'altra con sede a Terni. Lo stabilimento di Torino rappresentava un *unicum* in negativo rispetto alle altre società controllate: il profilo delle condizioni di lavoro, della sicurezza sul lavoro e della sicurezza antincendio era contraddistinto da gravissime carenze strutturali e organizzative⁷. La ragione di tali carenze è stata spiegata in sentenza attraverso scelte strategiche di politica aziendale: l'impianto di Torino doveva essere dismesso e trasferito a Terni. Tale decisione fondamentale la si apprende direttamente dai dirigenti dell'impianto di Torino, regolarmente escussi e da documentazione probatoria in atti. In sede di consiglio di amministrazione venne decisa la chiusura dello stabilimento in data 7 giugno 2007 ben sei mesi prima del tragico evento.

La mancanza dei rilevatori di spegnimento automatici sulla Linea 5, causa principale del verificarsi dell'incendio, racchiude in sé una fattispecie di omesso impedimento dell'evento, sanzionata dall'art. 437, co. 1 e co. 2, c.p.,

⁵ Sulla tipicità dell'interpretazione giuridica E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, vol. II, p. 839 ss., in specie p. 851-2.

⁶ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, p. 8.

⁷ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 89 ss. *passim*.

per cui chi omette la predisposizione di impianti di sicurezza, che prevengano infortuni sul lavoro, o li rimuova, o li danneggi ne risponde penalmente⁸. A differenza della condotta attiva, l'omissione ha oggetto e destinatari di tale obblighi ben precisi. Ce lo ricordano sia la Cassazione che la Corte Costituzionale, sia l'art. 2087 c.c. che il d.lgs. n. 626/94, sia il D. p. r. n. 547 del 1955 che alcuni decreti ministeriali in tema di sicurezza sul lavoro⁹.

Soltanto colui che ha l'obbligo giuridico di predisporre le cautele previste dalle norme infortunistiche in materia di lavoro, o comunque, desumibili dalla sua esperienza professionale, e, dunque, il datore di lavoro, o la persona giuridicamente obbligata per collocare gli impianti, gli apparecchi o i segnali (dirigente o preposto), deve tutelare l'incolumità dei singoli lavoratori *ex art.* 437 c.p. Il bene della pubblica incolumità si identifica nella prevenzione contro le lesioni che possono verificarsi nello specifico ambiente di lavoro per effetto di omissioni, rimozioni o danneggiamenti di apparecchi antinfortunistici¹⁰.

Perché la fattispecie si manifesti da un punto di vista soggettivo non occorre, certo, l'intenzionalità di recare danno ai dipendenti, basta la consapevolezza dell'esistenza di una situazione di pericolo, derivante dal cattivo funzionamento di un'apparecchiatura, di una strumentazione destinata a prevenire l'infortunio e priva della cautela, imposta da legge o da regolamento, unita o disgiunta dalla volontà di accettazione del rischio consentito, consentendo, per esempio, al funzionamento degli impianti senza predisporre le cautele necessarie. La rappresentazione implica necessariamente la consapevolezza della pericolosità della situazione.

La rimozione o omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro è per volontà del legislatore *reato di pericolo presunto*, poiché entrambe le condotte tipizzate sono astrattamente idonee a determinare una situazione di pericolo, senza che sia necessario verificare di volta in volta l'esistenza della stessa in concreto. L'anticipazione della tutela è tale da estrinsecarsi prima ancora che il disastro si sia verificato e in relazione alle condizioni che possano prevenirne il verificarsi¹¹.

⁸ Cfr. in tema SANTORIELLO, *I rapporti fra il delitto di rimozione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro ed i reati di omicidio e lesioni colpose per violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*, in questa *Rivista*, 2011, n. 2, p. 369 ss.

⁹ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 262 ss. *passim*.

¹⁰ In tema cfr. F. DEAN, *L'incolumità pubblica nel diritto penale. Contributo alla teoria generale dei reati di comune pericolo*, Milano, 1971, 33 ss.; G. MARINI, *Incolumità (delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. it.*, app. IV, Torino, 1998, 152 ss.

¹¹ Di recente sulla fattispecie cfr. SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza di reati colposi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n.4,

Il pericolo consiste in una relazione causale tra un fenomeno ed un accadimento futuro, negativamente valutato; esso consta di due dati, oggettivo e soggettivo. Il primo è dato dall'effettività, il secondo dalla potenzialità del suo verificarsi. Il precetto penale impone al datore di lavoro di neutralizzare, usando le cautele necessarie, una situazione di rischio in via preventiva, oltre a vietare di rimuovere le predette misure cautelative. Il *dolo* del datore di lavoro non sussiste solo perché, nell'assunzione del rischio relativo all'organizzazione del lavoro, non si sia aggiornato tecnologicamente in relazione alla sua competenza professionale, ma per avere percepito l'aggravarsi del rischio per effetto del *deficit* di cautele sopravvenute, o nell'aver almeno acconsentito consapevolmente a ciò¹².

La responsabilità penale incombe sui soggetti deputati alla prevenzione ex art. 1, co. 4 *bis*, d. lgs. n. 626 del 1994: il datore di lavoro, definito sia dalla lettera della legge, sia dalla giurisprudenza come il titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore, o, in ogni caso, colui che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa; il dirigente, soggetto che, in ragione delle proprie competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali, adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro, organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa. In quest'area si collocano anche le figure del preposto, del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, l'addetto a tale servizio, in considerazione della novella operata dall'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2008.

Il soggetto che si trova in posizione apicale nell'impresa ha la responsabilità del modello e delle scelte di organizzazione, ivi compresa la selezione dei soggetti più idonei a realizzare e a garantire le condizioni di sicurezza, più specificatamente previste dalla legge per l'esercizio dell'attività d'impresa.

p. 71 ss., in specie p. 91-2; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. Aggior. I, Milano, 1997, 539 ss.; ID., *Il nuovo volto del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1157 ss.; D. PULITANO, *Igiene e sicurezza del lavoro (Tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. Aggior., Torino, 2000, p. 388 ss.; A. ALESSANDRI, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 cod. pen.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 254 ss., in specie p. 263; ID., *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 145 ss., in specie p. 150; M. L. FERRANTE, *I delitti previsti dagli art. 437 e 451 c.p. nel quadro della sicurezza sul lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 214 ss.; V. B. MUSCATIELLO, *La nuova tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1449 ss.

¹² Così M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 1 ss., in specie, p. 41-42.

Non avendo, infatti, il datore di lavoro tutte le competenze professionali necessarie a garantire tali condizioni, anche in considerazione delle dimensioni dell'impresa, si avvale, attraverso la delega di funzioni di esercizio e di controllo della sicurezza, di altri soggetti, preparati a soddisfare le esigenze di effettività di tutela dei beni giuridici, tutelati dalle norme, rispondendo attraverso tale scelta alle esigenze di organizzazione aziendale, ivi comprese quelle di valutazione dei rischi e della rimozione di eventuali, rilevate condizioni di rischio dell'attività (*culpa in eligendo*)¹³. La posizione di garanzia assume valori paradigmatici in relazione ai rischi connessi con l'attività d'impresa, *in primis*, quelle connessa alla disciplina riguardante il miglioramento e la sicurezza della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro *ex* d.lgs. n. 626 del 1994¹⁴.

Nello stabilimento di Torino i soggetti deleganti e delegati sono penalmente responsabili per la rilevata mancanza del certificato di prevenzione incendi, pur in presenza di un'attività d'impresa a rischio di incidente rilevante; per la certificata assenza nel documento di valutazione dei rischi *ex* art. 4 d.lgs. n. 626 del 1994.

Ne deriva una forma di responsabilità penale del datore di lavoro come conseguenza immediata e diretta della posizione di garanzia che lo stesso riveste nei confronti dei lavoratori in relazione all'obbligo di garantire condizioni di lavoro quanto più possibile sicure.

3. Il dolo eventuale esiste

Dolo e colpa sono i due diversi modi di intendere e commettere il reato; rappresentano i profili interiori, soggettivi del reato, come forme della colpevolezza, come aspetti della *mens rea*¹⁵. Se il dolo è ontologicamente e sostanzialmente più grave della colpa, come individuare la soglia minima della colpa e il limite strutturale della stessa rispetto all'intento criminale graduato? Ovvero come stabilire che spazio occupa la responsabilità colposa nel sistema penale, escludendo il caso fortuito e l'evento accidentale? Tra gli eventi dovuti al caso e la colpa si colloca la capacità dell'agente di evitare il verificarsi dell'evento, adottando le opportune cautele, comportandosi, dunque, con

¹³ Cfr. S. ALEO, *Diritto penale, Parte generale*, 2^a ed., Padova, 2010, p. 337-38.

¹⁴ In senso critico con riferimento alla giurisprudenza relativa al limite del comportamento abnorme o esorbitante del lavoratore rispetto alla responsabilità del datore di lavoro, cfr. F. PONTRANDOLFI, *La responsabilità penale del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza. Verso la (incostituzionale) responsabilità oggettiva*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 499 ss., in specie, p. 512-513.

¹⁵ Vedi in tema FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., p. 174 ss, in specie, p. 177.

diligenza, prudenza, perizia o rispettando leggi, regolamenti, ordini, discipline¹⁶.

Per essere colposa la condotta dell'agente deve implicare la presenza di un rischio "significativo e giustificato", atto a causare l'evento rilevato. Che rischio si sono assunti l'amministratore delegato ed i vertici della *Thyssen Krupp*, ritardando oltre ogni dire la procedura di predisposizione del certificato di prevenzione incendi o predisponendo un documento di valutazione dei rischi *apparente*? La presenza di continui incendi che comportava da parte dei lavoratori della *Thyssen Krupp* il dover intervenire con gli estintori, ma anche con le manichette d'acqua "quotidianamente", il tipo di attività svolta, il forte consumo d'olio nei circuiti oleodinamici, la mancanza di aspirazione di olio residuo sulla Linea 5, la riduzione delle ore di pulizia sulla Linea 5 da parte della società di pulizia, la constatazione onnipresente di essere in uno stabilimento a rilevante rischio incidente/incendio sono tutti elementi che denotano l'assunzione di un rischio qualificato come "significativo".

La letteratura americana valuta il processo di bilanciamento tra i costi ed i benefici attesi dall'assunzione del rischio attraverso la formula *Learned Hand*, dal giudice della Corte Suprema, che la propose nella soluzione di un caso di responsabilità civile extracontrattuale. Il rischio diviene ingiustificato e, quindi, irragionevole se il danno che potrebbero scaturire dal rischio stesso supera i benefici attesi rispetto ai costi assunti¹⁷.

Il rischio atteso, inoltre, deve riflettersi sulla percezione del soggetto che dovrebbe rendersi conto di ciò nella valutazione del profilo di responsabilità colposa. Viene a collocarsi in tale particolare area di soggettività al confine tra il dolo eventuale e la colpa cosciente la figura della *recklessness*, situazione interna alla persona che il soggetto agente percepisce, ma di cui trascura la rilevanza, diversa dalla colpa, dove il soggetto agente non presta attenzione dovuta secondo i canoni della colpa riconosciuta, ma non percepisce il rischio insito nella sua condotta. La dottrina internazionale in tema distingue il concetto di *recklessness* in due sottocategorie: soggettiva, criterio secondo cui si giudicherà l'imputato sulla base di ciò che effettivamente pensava, prevedeva, sapeva; oggettiva, in base alla quale si giudicherà l'imputato secondo gli *standards* relativi a "*a reasonable person would have thought, foreseen or*

¹⁶ Cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, *ivi*, 2002, p. 495 ss. Per una ricostruzione dogmatica completa, ID., *La colpa penale*, Milano, 2009.

¹⁷ G. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., p. 182, con riferimento in nota a T. J. HOOPER, 60, F., 2d 77(2nd Circuit 1932).

*known*¹⁸. La *recklessness* postula un soggetto che decide di trascurare un rischio conosciuto, ovvero l'elemento soggettivo di chi consapevolmente corre un rischio ingiustificato ed irragionevole di realizzazione dell'evento reato con il prodursi della sua condotta attiva o omissiva che sia.

Una delle principali distinzioni concettuali nell'ambito della struttura della colpevolezza è costituita dalla fonte della stessa, ovvero l'assunzione del rischio, dovuta ai parametri della colpa generica, della colpa specifica, o della *recklessness*, o colpevolezza derivante dalle intenzioni del soggetto agente. I rischi esistono nella realtà esterna¹⁹, le intenzioni rappresentano un'esperienza interiore e privata. Nel passaggio tra l'aver maturato l'intenzione e il porre in essere un'azione intenzionalmente, il profilo subiettivo doloso dell'agente non muta, rimane uguale. La condizione mentale interiore, formatasi prima dell'azione/omissione, accompagna la condotta penalmente rilevante, conferendole particolare intensità criminale. L'intenzione può tuttavia non accompagnare la condotta nell'interesse dell'*iter criminis*. A tal proposito a seconda dei sistemi penali riconosciuti di *Common* e *Civil Law* viene distinto il *generic intent* dallo *specific intent*, il dolo generico dal dolo specifico, con tutte le variabili del caso²⁰.

Un modo alternativo di impostare il rapporto tra dolo e colpa è quello di porre in risalto l'atteggiamento interiore del soggetto rispetto all'evento dannoso. Elementi fondamentali dell'imputazione dolosa si fondano sul binomio *wissen und wollen* della rappresentazione e volontà²¹. Autorevole dottrina sottolinea la prevalenza dell'impatto rappresentativo sul momento volitivo, aderendo alle teorie empiristiche di Russell, che attribuisce alla volontà la qualifica di "stato psichico suscettibile di conferma sperimentale, come impulso co-

¹⁸ Sul concetto di *recklessness* in senso generale, cfr. N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, *Reconstructing Criminal Law, Text and Materials*, N.Y., 4^a ed., 2010, 104 ss., in specie p. 109-110. Il concetto viene successivamente ripreso nell'idea di '*practical indifference*', ipotesi illustrata da R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, 1990, p. 172, che pone la questione in ordine all'assunzione del rischio da parte dell'agente nella consapevolezza della sua indifferenza nei confronti degli altrui interessi, in qualche modo lesi dalla sua condotta. Vedi sul punto in senso critico, rispetto alla concezione obiettiva della *recklessness*, V. TADROS, *Recklessness and the Duty of Take Care*, in S. SHUTE, A. SIMESTER (Eds), *Criminal Law Theory*, Oxford, 2002, p. 248-250.

¹⁹ In generale si rimanda alla copiosa trattazione di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

²⁰ Sulla letteratura in tema di *direct* o *indirect intention, ex pluris*, A. NORRIE, *Crime, Reason and History*, London, 2002, 2^a ed., p. 47-50; I. KLUGER, *Direct and Oblique Intention in Criminal Law*, Adelrsht, 2002.

²¹ Nel dettaglio sugli sviluppi della struttura e delle forme di dolo, G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, p. 516 ss.

sciente del volere diretto ad un puro movimento corporeo esterno”, pur ammettendola nei casi di dolo intenzionale²². Per altra parte della dottrina italiana “la rappresentazione e la volizione sono le *funzioni psichiche effettive o reali*”, parti essenziali della struttura del dolo, che enfatizza “l’essenzialità di una volizione, quale scelta soggettivo-personale che mette in conto la lesione del bene”²³. In altro senso la volontà viene intesa come “elemento empirico, seppure di ordine psicologico”, avente ad oggetto “solo il risultato che *dà causa* alla condotta”, identificando l’elemento volitivo con la volontà²⁴.

Nella graduazione dei tali elementi si pongono tutte le ipotesi in cui il soggetto agente non si sia attivato positivamente per evitare che una determinata conseguenza dannosa del suo agire od omettere di agire si verificasse, definite come dolo eventuale²⁵.

La sentenza *Thyssen* introduce l’esame della posizione subiettiva di dolo e colpa con riferimento, *in primis*, alla posizione dei singoli imputati/persone fisiche. I giudici hanno affermato che “il quadro di conoscenza di cui gli imputati disponevano permetteva loro di prefigurarsi, di *rappresentarsi* la concreta possibilità di un incendio e di un infortunio anche mortale sulla linea 5 analogo a quello accaduto; sussiste, pertanto, il nesso di causalità tra la loro condotta omissiva, consistita nel non aver *segnalato* l’esigenza di adottare le indispensabili misure e l’evento in concreto verificatosi”²⁶, aderendo ad orientamenti consolidati della giurisprudenza in materia²⁷.

La colpa cosciente nelle motivazioni della sentenza della Cassazione si verifica quando “l’agente nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell’evento ne abbia escluso la possibilità di realizzazione, non volendo

²² M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, p.141-142 ss. Nella dottrina tedesca “alla fine del 1800 fu Reinhard Frank a trasformare consapevolmente la teoria della volontà (*Willenstheorie*), tradizionalmente accolta -in Germania- nella sua dottrina del *dolus indirectus*, definita come teoria della rappresentazione”, appoggiando la *psicologia sperimentale*. Cfr. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., p. 520-1.

²³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, 2^a ed. rin., p. 404 ss.

²⁴ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 13 ss.

²⁵ “Il dolo eventuale richiede che l’agente non solo si rappresenti la (concreta) possibilità della realizzazione del fatto di reato, ma un suo consenso ‘inteso non come adesione intima, come speranza, ma come *decisione personale che ricomprende ed accetta a realizzazione del fatto*’, a differenza della colpa cosciente, che ‘è, invece, rappresentazione della (astratta o meglio semplice) possibilità della realizzazione del fatto, ma accompagnata dalla *sicura fiducia che in concreto non si realizzerà* (quindi, *non volizione* del fatto stesso)’. Così ROMANO, *Contributo*, p. 18 ss., riportato da CERQUETTI, *Il dolo*, cit., p. 522.

²⁶ Cfr. la sentenza II Corte d’Assise, cit., p. 302 ss. con riferimento a Cass., Sez. I, 20 aprile 2006, S. C. N. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 233779.

²⁷ Cfr. la sentenza II Corte d’Assise, cit., p. 325.

né accettando il rischio che quel risultato si verifichi nella convinzione o nella ragionevole speranza di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori”²⁸.

Il dolo eventuale nelle motivazioni della Cassazione manifesta una concreta attivazione in vista di un determinato scopo. Il comportamento doloso orienta finalisticamente i fattori della realtà nella prospettiva del nesso verso lo scopo. La giurisprudenza individua il fondamento del dolo eventuale nella rappresentazione ed accettazione da parte dell'agente della concreta possibilità, intesa in termini di elevata probabilità, di un evento accessorio allo scopo seguito in via primaria (continuazione della produzione, non predisposizione di adeguate misure antinfortunistiche ed antincendio)²⁹. L'agente, pur non avendo avuto di mira la morte dei sette operai, ha, tuttavia, agito anche a costo che la morte si realizzasse (predeterminazione volitiva).

Qualora la scala discendente dei vari livelli di colpevolezza dipenda dal grado di probabilità dell'evento e dalla presunta conoscenza di tale probabilità da parte dell'agente, l'apporto è meramente cognitivo. L'approccio doloso, legato alla rappresentazione e volontà dell'evento, dilata i parametri della responsabilità penale, non solo perché è difficile sapere cosa il soggetto agente realmente vuole, ma perché è difficile accertarlo in sede di processo penale. Individuare le nozioni del volere interno comporta una valutazione accertativa della condotta intenzionale, che il soggetto attraverso una parte della sua personalità interiore sceglie di mantenere per ottenere il risultato prefisso. Tale coinvolgimento personale si fonde con il linguaggio volitivo, prevalendo sull'approccio meramente cognitivo della rappresentazione dell'evento.

Come ha giustamente precisato autorevole dottrina in un primo commento a tale sentenza nella ricostruzione, pur metodologicamente corretta³⁰, operata dai giudici del dolo eventuale prevale l'esegesi del momento rappresentativo su quello volitivo. L'esatta impostazione degli elementi distintivi di dolo eventuale e colpa con previsione presuppone la definizione dei rapporti tra

²⁸ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 324 – 325, con riferimento a Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, Ignatiue, in www.altalex.com

²⁹ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 327 ss.

³⁰ Cfr. G.P. DE MURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale. Nota a Corte d'Assise di Torino 15 aprile 2011 (depositata 14 novembre 2011)*, Pres. Iannibelli, Est. Dezani, Imp. Espenhahn e altri, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, p. 142 ss., in specie p. 147, con richiami alla sua opera *Il dolo, L'accertamento*, vol. II, Milano, 2010, p. 269 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 152 ss.; MANNA, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in questa *Rivista*, cit., p. 413 ss., in specie, 422.

l'elemento della rappresentazione e quello della volontà nel quadro della struttura del dolo.

Gli imputati, qualificati come datore di lavoro, dirigente e preposto, sapevano dell'incendio devastante avvenuto a Torino nel 2002; sapevano che le condizioni di lavoro e gli stessi impianti erano oggetto di progressivo degrado; erano a conoscenza della dismissione dello stabilimento e, nonostante tutto, avevano continuato la produzione; sapevano dell'incendio avvenuto nello stabilimento tedesco di Krefeld (senza danni alle persone per la predisposizione di adeguati sistemi di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro); erano a perfetta conoscenza della valutazione tecnica di estrema pericolosità dell'impianto per effetto dell'avvenuto innalzamento del premio franchigia da parte dell'assicurazione AXA. Tutti i fattori probanti e provati indicano con estrema compiutezza l'elemento rappresentativo del dolo. L'evento lesivo si verificò proprio perché, pur a conoscenza di gravi fattori di alto rischio, i responsabili non adottarono quelle misure precauzionali, che se, concretamente attuate, avrebbero evitato l'evento. L'incendio e l'omicidio degli operai della *Thyssen Krupp* si verificò per colpevole (leggi dolosa) condotta omissiva.

Conoscere i fatti è premessa indispensabile per la costruzione giurisprudenziale della volitiva intenzione degli imputati di accettazione di quel significativo rischio, che si sostanzia nella scelta di non fare ciò che bisognava fare. La volontà, dunque, si manifesta come un non agire doloso, effetto concatenato e conseguente di quelle dolose omissioni rappresentate.

Nella colpa cosciente la scelta di trascurare il rischio non è di per sé colpevole; lo diventa se si discosta dal parametro dei comportamenti prudenti, diligenti, periti, rispettosi di leggi, regolamenti, ordini e discipline, descritti dalla legge. La stessa considerazione può valere anche nell'ipotesi eventualmente dolosa. L'essenza dell'azione colpevole risiede nella scelta dei soggetti agenti: si fonda, cioè, sulla volontà dell'evento come requisito del dolo³¹.

Sotto il profilo della volontà dell'evento si deve distinguere il requisito strutturale della *forza della volontà*, che contrassegna l'inizio dell'azione, seguita dalla decisione o scelta dell'agente di transitare dalla motivazione alla volizione pre-azionale, dal requisito strutturale della *direzione della volontà*, che stigma-

³¹ Cfr. CERQUETTI, *Il dolo*, p. 533 ss., *passim*. "Le classiche espressioni delle teorie volitive sono le *teorie del consenso o dell'approvazione*, secondo le quali il requisito del dolo eventuale è integrato qualora l'agente 'abbia acconsentito' alla verifica dell'evento come conseguenza dell'azione, o l'abbia 'approvato'. Al contrario ricorre la colpa con previsione qualora nell'agente manchi tale adesione interiore alla verifica dell'evento medesimo e sussista la fiducia nella sua non verifica".

tizza l'inizio dell'azione, quale "unico contrassegno penalmente rilevante al fine di distinguere il confine tra dolo eventuale e colpa con previsione"³².

4. Nella potente Thyssen Krupp s.p.a. i *compliance programs* non esistono

La *Truck Center* s.a.s. di Molfetta, società in accomandita semplice di piccole dimensioni, come la maggioranza della società collocate nel Sud di Italia o in Italia in generale, ha un elemento rilevante in comune con il colosso economico e finanziario Thyssen Krupp s.p.a., gruppo societario, munito di *executive board* e di *supervisory board*: nessuna predisposizione ed efficace attuazione di modelli di organizzativi ex artt. 6, 7 d.lsg. n. 231 del 2001.

In spregio, dunque, alle disamine accademiche legate alla natura, funzione, struttura, finalità, modalità dei *compliance programs*, i giudici penali non hanno avuto dubbi sull'estraneità dell'esimente in capo alle due società nel caso di specie. Il modello, infatti, non era neanche stato adottato dalla *Thyssen Krupp* in data 6 dicembre 2007. Solo durante il consiglio di amministrazione del 21 dicembre 2007 vennero approvate modifiche al precedente modello, integrandolo. Il principio di effettività del modello, che potrebbe in tale prospettiva superare il dato formale della mancata adozione del *compliance program* in epoca anteriore alla commissione del fatto, collide con la mancata divulgazione ed efficace attuazione dello stesso prima della notte dell'incendio³³.

La sentenza anche in questo caso richiama in ordine all'applicabilità della fattispecie, indicate all'art. 11 l. n. 300 del 2000, che *ab initio* prevedeva le ipotesi di reato commesse in violazione delle disposizioni in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro, prima della stessa introduzione dell'art. 25 *septies* e del Testo unico del 2008³⁴.

A parere di chi scrive la mancata adozione del modello da parte di una società come la *Thyssen Krupp* enfatizza anche dal punto di vista della responsabilità da reato quel momento volitivo di particolare rilievo, che compone

³² CERQUETTI, *Il dolo*, p. 540-41. *De iure condendo*, nel sotteso rispetto per quella legalità formale, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Al confine tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 320-21, propone "una definizione legale del *dolus eventualis*, che dovrebbe essere prevista dalla norma codicistica dedicata al concetto 'generale' di dolo in conformità ai modelli definitori rinvenibili nell'esperienza comparatistica"; RONCO, *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in questa *Rivista*, cit. p.333 ss.; MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 9 ss.

³³ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 377-78.

³⁴ Cfr. la sentenza II Corte d'Assise, cit., p. 372 ss.

l'elemento soggettivo del dolo. Gli artt. 6, 7 d. lgs. n. 231 del 2001 hanno rappresentato nel sistema penale una novità normativa di potente impatto sostanzialista, sia per la struttura dei modelli di organizzazione, gestione e controllo (nessun penalista od operatore del diritto sapeva cosa fossero), sia per la natura degli stessi, sia per l'effetto esimente o scusante che dovevano produrre (e che hanno prodotto) in senso di inversione dell'onere della prova e di compiuta adozione prima dell'apertura del dibattimento.

I modelli di organizzazione, gestione e controllo, in quanto scelte di politica aziendale, o di omessa vigilanza e controllo, individuano il dolo e la colpa delle società coinvolte³⁵. Nel momento in cui i soggetti in posizione apicale, immedesimati organicamente con la società stessa, non hanno voluto predisporli, attuarli, renderli operativi, pur in attività altamente pericolose ed di consistente valore, hanno scelto di agire con dolo. La circostanza provata dell'assenza dei *compliance programs* all'interno della *Thyssen Krupp* indica l'intenzione dolosa della società. La sentenza della Corte di Cassazione (n. 36083/2009) ha interpretato la mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, indicato nel testo di legge, come sufficiente a produrre quella "rimproverabilità", intesa come "nuova forma normativa di colpevolezza per omissione organizzativa gestionale".

Similmente alla Corte d'assise di Torino, nel caso della *Truck Center* s.a.s. il giudice dispone che l'esimente dell'art. 6 non può operare³⁶. L'alveo delle discrezionalità garantita all'organo decidente viene travalicato nel momento in cui la pronuncia dibatte sulla compatibilità e/o autonomia del modello rispetto al documento di valutazione dei rischi di cui all'art. 4 d.lgs. n. 624 del 1996, novellato dagli artt. 26, 28 del Testo Unico in materia di sicurezza (peraltro non entrato in vigore all'epoca del fatto reato)³⁷.

5. Diritto giurisprudenziale e diritto scientifico. *Dove va il diritto?*

³⁵ *Ex pluris*, il mio *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005, p. 175 ss.

³⁶ Sul punto vedi 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 rivista amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 4, p. 167 ss.; G. AMARELLI, nel commento della sentenza Trib. di Trani, sez. distaccata di Mol-fetta, 11 gen-naio 2010, est. Gadaleta, in *Dir. pen. proc.*, n.7, 2010, p. 842, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, 848 ss.

³⁷ Cfr. CARDIA, *op. loc. cit.*, p. 169-170.

L'interpretazione delle norme è un'attività creativa, necessariamente creativa. E' ineliminabile dal processo ermeneutico la componente subiettiva da parte dell'operatore giuridico, che attribuisce un senso al linguaggio del legislatore. E' impossibile che l'interprete, chiunque esso sia, nel compiere tale operazione, non esprima la sua soggettività, con tutto il bagaglio di convinzioni, di opzioni, di scelte, anche di tipo politico ideologico, che hanno concorso a formarne le sua personalità. Si compie così il paradosso della '*duplex interpretatio*': è sempre possibile fornire più di un'interpretazione e tutte le interpretazioni possono considerarsi egualmente legittime, avvallando in tal caso la *soggettività* della stessa³⁸.

L'errore ermeneutico è una *fictio iuris*, per cui si ritiene erronea quell'opinione, che non è condivisa da quel soggetto cui è demandato il compito istituzionale (e cui è affidato il relativo potere) di decidere quale interpretazione, tra quelle possibili, debba ritenersi esatta, escludendo le altre da considerarsi errate.

D'altro canto non si può negare che l'interpretazione data dal soggetto che ha potere vale *di più*, perché essa sola è capace di riceverne attuazione e di tradursi in comportamenti reali sul piano dell'effettività. Il concetto è ben espresso dalla 'funzione nomofilattica' delle Sezioni Unite della Cassazione, attraverso la cristallizzazione dei criteri di ripartizione dei ricorsi *ratione materiae* con conseguente consolidamento delle scelte ermeneutiche³⁹.

La decontrazione del potere nomofilattico tra le sezioni della Cassazione sottolinea il problema della possibilità o meno di conciliare il principio di legalità in materia penale con la creatività dell'elaborazione giurisprudenziale.

Si vuole cercare di comprendere "se la generale crisi di civiltà che travaglia oggi la società e gli Stati, si ripercuota e si manifesti nel momento dell'applicazione pratica del diritto demandata ai giudici. Il giudice è indifferente? Il giudice è un puro logico? Nella pratica dei giudizi è raro che la mo-

³⁸ Sono le considerazioni di CONTENTO, *op. loc. cit.*, p. 225. Più recentemente FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

³⁹ Se il giudice apporti un perfezionamento (o un peggioramento) alla legge, "come può esserne egli stesso sottomesso" alla stregua di ogni soggetto facente parte dell'ordinamento giuridico? "Il caso che deve essere valutato dal giudice, ogni singolo caso è intriso di giuridicità. E i profili di giuridicità che affiorano dal caso interagiscono sulla legge attraverso la mediazione interpretativa del giudice". E' da tale rapporto interrelazionale tra la legge e la sua interpretazione, tra fatto storico e fattispecie astratta, che si realizza un miglioramento o un peggioramento della realtà normativa. Così M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale. Criminologia e Politica criminale*, Milano, 2006, p. 693 ss., in specie p. 700.

tivazione preceda il dispositivo. Le motivazioni sono una giustificazione logica adattata a posteriori a una decisione già presa una scelta già fatta in anticipo, per motivi sentimentali prima che logici. Il giudice non è soltanto un giudice, è un cittadino, cioè un uomo associato che ha certe opinioni e certi interessi comuni con altri uomini⁴⁰. Attraverso l'operazione ermeneutica compiuta dai giudici si viola il principio di legalità attraverso la c.d. interpretazione additiva⁴¹. Si deve dare atto del fenomeno del diritto penale giurisprudenziale ovvero norme incriminatrici, aggiunte in via interpretativa dai giudici⁴². La norma viene adattata mediante rinvii a giudizi valutativi o a mezzo di altre tecniche particolarmente elastiche per sanzionare e disciplinare situazioni illecite.

Il giudice penale è assai sensibile al disvalore etico o sociale e non solo politico del fatto. Il giudizio sulla sua illiceità normalmente precede qualsiasi procedimento logico di sussunzione del fatto stesso. Nell'elaborazione giurisprudenziale le norme non contengono i "nudi fatti", ma fatti valutati in base a determinati criteri⁴³.

Più che un giudizio, si tratta di un'intuizione che soddisfa esigenze e promana da motivazioni "pre" o "meta" giuridiche e che solo *ex post* trova una sua razionalizzazione ermeneutica. L'esegesi non è rivolta alla comprensione e alla spiegazione in termini coerenti e sistematici delle ragioni della norma, ma tende semplicemente a dimostrare la compatibilità della formula linguistica adoperata dal legislatore con il perseguimento degli scopi⁴⁴.

Il ruolo *essenziale* del giudice penale, di cui egli è maggiormente convinto, è quello di colmare i vuoti e le lacune del legislatore. Una parte della giurisprudenza tende ad attrarre di fatto l'intera materia della responsabilità per colpa nell'area della mera responsabilità causale. La sussistenza delle qualifiche

⁴⁰ Così P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Padova, p. 1953, 157 ss., in specie p. 164.

⁴¹ Nella c.d. *supplenza giurisdizionale*, "l'interpretazione giudiziale tende a svincolarsi dalle linee politiche prefigurate dall'organo legislativo per uniformarsi, viceversa, a quelle deputate ad essere degne di essere scelte e perseguite dallo stesso organo giudiziario, che in tal modo attua - sul piano della realtà effettuale - l'unico in grado di farlo - una sua politica criminale giudiziaria". CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Volume I, Roma, Bari, 2004, p. 62 ss.

⁴² Cfr. CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A. M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 3 ss.

⁴³ cfr. F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, p. 124 ss.

⁴⁴ Siamo ben distanti dal concetto di giudice quale "interprete ideale, cui pensa la teoria giuridica, come guidato da un interesse scientifico, dedito ad un impegno di conoscenza weberianamente *wertfrei*". cfr. D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale. Criminologia e Politica criminale*, cit., p. 659 ss., in specie p. 661. In senso completo O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006.

normative, indispensabili al giudizio di colpa (per quanto si riconosca che le stesse debbano formare oggetto di un accertamento distinto rispetto a quello della causalità), non viene mai o quasi mai realmente verificata nella prassi giudiziaria, bensì, *presunta* o accertata soltanto deduttivamente, ovvero sulla scorta del solo fatto che l'evento (che si doveva prevedere ed evitare) si è invece verificato *ex hoc, propter hoc*⁴⁵.

In sostanza, il precetto normativo, riscontrando la colpa nel solo fatto oggettivo che l'evento che si doveva produrre è stato, invece, realizzato, lascia ben poco spazio alla valutazione della concreta colpevolezza del soggetto.

La responsabilità colposa è ritenuta ed affermata in sostanziale violazione del principio di colpevolezza: si assiste ad una totale identificazione fra colpa e responsabilità oggettiva per effetto di deviazione giurisprudenziale. Il nodo cruciale è costituito dai parametri di evitabilità e prevedibilità dell'evento. L'atteggiamento giurisprudenziale esaurisce *in toto* il contenuto della regola di giudizio, effettivamente applicata, per affermare, in concreto, l'esistenza della colpa (generica) nel paradigma del *prevedibile non previsto* e nella deduzione conseguente dell'evitabilità dell'evento causato che, in quanto prevedibile, non si sarebbe dovuto verificare.

Quasi un assioma tra tutto ciò che è prevedibile (nel senso che può essere preveduto) *debba*, perciò, essere preveduto; tra tutto ciò che evitabile *debba*, perciò, comportare l'obbligo a carico dell'agente di evitarlo. Un evento potrà essere ritenuto prevedibile sotto il profilo logico-razionale e, tuttavia, non per ciò solo, il soggetto doveva prevederlo, né potrà essere rimproverato per non averlo previsto. Dalla possibilità non si può dedurre *sic et simpliciter* la necessità.

La colpa non può consistere nel non aver preveduto il prevedibile e di non aver evitato l'evitabile, ma nella violazione di un dovere che si imponeva secondo le regole di comune prudenza diligenza e perizia. Non esisterebbe la categoria della colpa nell'esercizio delle attività pericolose, nel cui ambito l'evento di danno è immancabilmente sul piano logico razionale sempre prevedibile e nel concreto evitabile con certezza, astenendosi dal comportamento di una data attività. Nella zona del rischio consentito al soggetto gli eventi non possono essere imputati obiettivamente, ma occorrerà ulteriormente accertare se, nello specifico, il soggetto aveva o non aveva, al di là della mera possibi-

⁴⁵ Cfr. CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Scritti*, cit., p. 240 ss., in specie p. 249.

lità, *il dovere* di prevedere il prevedibile - razionalmente ipotizzabile - per evitare il danno.

Il banco di prova è rappresentato dalla responsabilità penale dei destinatari delle norme antinfortunistiche. Il bene della sicurezza sul lavoro indica un esempio importante nella concreta applicazione delle norme soprattutto per le scelte di valori insite in questa tematica⁴⁶. Per il notevole apporto quantitativo delle scelte giurisprudenziali in materia di reati colposi si sono superati i confini delle fattispecie descritte nella legislazione antinfortunistica per applicarsi a qualsiasi ipotesi di *culpa in eligendo* e *in vigilando*.

La normativa di riferimento sposta il piano di tutela sul versante soggettivo, rappresentato dal datore di lavoro, non solo in quanto destinatario delle norme, ma vero e proprio garante della sicurezza: egli deve valutare tutti i rischi connessi all'attività produttiva e predisporre di conseguenza le misure di sicurezza, necessarie per eliminare i pericoli derivanti da quei fattori di rischio.

La produzione giurisprudenziale del caso stigmatizza la responsabilità del datore di lavoro come del tutto "svincolata del principio di colpevolezza personale", per assurgere a vera e propria responsabilità da posizione, in quanto connessa alla sua qualità di garante della sicurezza, indipendentemente dalla specifica valutazione del suo comportamento concreto⁴⁷.

Se è pur vero che il canone teleologico autorizza l'interprete a rileggere la norma incriminatrice alla luce degli scopi perseguiti a tutela di beni giuridici di particolare rilievo, non si può legittimare un'esegesi che travalichi i confini della legalità formale.

Sottoporre, pertanto, a costante rilettura critica la produzione giurisprudenziale senza acquietarsi dinanzi ad un potere, che è quello del giudicante, non è ipotesi da sottovalutare.

⁴⁶ Cfr. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza*, cit., p. 255.

⁴⁷ Interessante la ricostruzione di un diritto penale giurisprudenziale di alcuni istituti *creati ad hoc*: ovvero la delega di funzioni, l'amministratore di fatto, la persona giuridica penalmente responsabile, svolta da PALIERO, *Il tipo colposo*, in *Responsabilità e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 517 ss., che, nell'analisi operata nel terreno del rapporto di causalità, delle posizioni di garanzia e della colpa, giunge ad inequivocabili considerazioni: "le basi del giudizio di causalità e, rispettivamente di colpa sono assolutamente *identiche*, la criteriologia del giudizio di causalità e, rispettivamente di colpa sono *diverse*; Il giudizio di causalità è a base *totale ex post*; il giudizio di colpa è a base *totale ex ante*" (523).